

CURSO DE DIREITO

Jaqueline Macedo dos Santos

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA REGULAÇÃO DOS
INSTITUTOS PROTETORES DAS INCAPACIDADES**

Santa Cruz do Sul

2018

Jaqueline Macedo dos Santos

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA REGULAÇÃO DOS
INSTITUTOS PROTETORES DAS INCAPACIDADES**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul
2018

Ao mundo que estamos construindo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me amparado nos momentos de cansaço que está pesquisa me causou e em segundo lugar aos meus familiares, pelo colo da minha mãe Jurema, meus avós, principalmente ao meu avô Franscico que recentemente tive que me despedir, mas que além das saudades deixou uma mensagem de sabedoria enorme, ao me ensinar a sempre sorrir.

Aos meus amigos, os quais foram e são uma verdadeira família, ao meu namorado Delmar que sempre me apoiou e me ajudou.

Agradeço também ao meu sobrinho, Eric, por roubar minhas poucas horas de sono me dando sustos para me acordar, também ao meu irmão Jarbas que é a verdadeira fonte de inspiração deste trabalho e de boa parte da minha vida.

Por fim, agradeço aos meus professores, principalmente ao meu orientador, Jorge Renato dos Reis, pelo apoio recebido e a professora Rosana Helena Maas por tirar dúvidas de formatação mesmo não estando no horário, bem como ao professor Everton Elfer de Borba por ter me orientado no primeiro semestre da pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que diz respeito às alterações dos institutos protetores das incapacidades cíveis reguladas pelo código civil pátrio. Para tanto buscou-se analisar os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, muito especialmente aqueles que alteraram artigos do Código Civil Brasileiro de 2002, no que tange à regulação da capacidade civil do deficiente e das suas formas de representação, como a curatela e a tomada de decisão apoiada. Buscou-se, especialmente, através da análise dos artigos do Estatuto, juntamente com mandamentos constitucionais e civis, entender os rumos que a capacidade civil vem tomando e quais seus efeitos. O problema central da pesquisa, portanto, reside no seguinte: Quais alterações ocorreram nos institutos protetores das incapacidades cíveis, regulados pelo Código Civil pátrio, a partir do Estatuto da pessoa com deficiência? Para tanto, foi escolhido o método indutivo, que consiste, em se estabelecer uma verdade universal com base no conhecimento de certo número de dados singulares, no que diz respeito ao método de procedimento, foi usado o método bibliográfico histórico, verificando o posicionamento que a doutrina vem tomando, para por fim, esclarecer alguns pontos obscuros em que os deficientes foram e ainda são colocados, confrontando com os efeitos que lhe são conferidos através da capacidade atribuída.

Palavras-chave: Curatela. Estatuto da Pessoa com deficiência. Incapacidade civil.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze the Statute of People with Disabilities, concerning the changes of the protective institutes for civil incapacities regulated by the Civil Code of the country. Therefore, it was sought to analyze the legal provisions of the Statute of the People with Disabilities, Law 13.146/2015, most especially those which amended articles of the Brazilian Civil Code of 2002, regarding the civil capacity of People with Disabilities and their representation, such as legal guardian and supported decision-making. It was sought, especially, through the analysis of the Statute's articles, together with constitutional and civil commandments, to understand the direction what civil capacity has been taking and what its effects. Therefore, the research central problem resides in the following: What changes have occurred in institutes that protect civil incapacities, regulated by the Civil Code, from the Statute of the People with Disabilities? Therefore, the inductive method was chosen, that consists of to establish a universal truth based on the knowledge of a number of unique data. Concerning the legal procedure, the historical bibliographic method was used, verifying the position that the doctrine has been taking, to finally, clarify some obscure points in which People with Disabilities were and still are placed, confronted with the effects conferred on them by the assigned capacity.

Keywords: Legal Guardian. Statute of People with Disabilities. Civil Capacity

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA REGULAÇÃO DOS INSTITUTOS PROTETORES DAS INCAPACIDADES.....	09
2.1	A evolução histórica do tratamento destinado às pessoas portadoras de deficiências	09
2.2	A proteção dos deficientes nas convenções internacionais e nas constituições pátrias.....	13
2.3	A proteção legislativa infraconstitucional pátria às pessoas com deficiência.....	19
3	INSTITUTOS JURÍDICOS DA CAPACIDADE CIVIL E AS ALTERAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI 13.146/2015, NO CÓDIGO CIVIL.....	24
3.1	Institutos da incapacidade civil de acordo com as alterações realizadas pelo estatuto da pessoa com deficiência.....	24
3.2	Os deficientes e o direito de constituir família.....	29
3.3	Impactos das alterações na teoria das incapacidades no campo das obrigações	33
4	CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA, APLICABILIDADE E COEXISTÊNCIA.....	37
4.1	Da tomada de decisão apoiada.....	37
4.2	Da curatela.....	41
4.3	A possível coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada.....	44
5	CONCLUSÃO.....	50
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema dos institutos de proteção das incapacidades civis a partir da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Possui como objetivo verificar o funcionamento e as implicações da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, no ordenamento jurídico brasileiro, muito especialmente no Código Civil Brasileiro de 2002, no que diz respeito aos institutos protetores das pessoas com deficiência, como a curatela e a tomada de decisão apoiada. O problema a ser respondido na presente pesquisa é: Quais alterações ocorreram nos institutos protetores das incapacidades civis, regulados pelo Código Civil pátrio, a partir do Estatuto da pessoa com deficiência? Para tanto, a presente pesquisa utiliza-se de três capítulos.

No capítulo número dois, o primeiro após a introdução, será analisado o campo histórico, a forma como a humanidade a séculos tem incompreendido os deficientes, por muitas gerações eles foram tratados como sub-raças, pessoas vulneráveis, incapazes de interagir com o mundo, foi esse pensamento que segregou e barrou o desenvolvimento de muitos.

Nesse mesmo capítulo também serão analisadas as legislações, verificar-se-á como as Convenções Internacionais, as Constituições Federais, os Códigos Civis e outros diplomas legais evoluíram ao longo do tempo, fornecendo assim ao leitor uma análise histórica do tratamento que essas legislações delegaram aos deficientes.

Superada a exposição histórica, passar-se-á ao capítulo número três, onde se procederá inicialmente a análise dos institutos da capacidade civil, observando a aplicabilidade destes institutos, bem como as mudanças que ocorreram no rol das pessoas incapazes, as quais ocasionaram sua notável diminuição.

O próximo ponto a ser analisado no capítulo 3, serão as mudanças ocasionadas no Código Civil, principalmente aquelas que se referem aos institutos familiares, como matrimônio e adoção, por exemplo.

Logo em seguida, neste mesmo capítulo, serão verificadas as mudanças que se referem a teoria das obrigações, pois, o Código Civil de 2002 defendia a incapacidade dos portadores de deficiências, essa realidade foi recentemente modificada pelo Estatuto, hoje em dia deficiência não é mais sinônimo de incapacidade para a vida civil, sendo que é tido como regra a capacidade.

No último capítulo, ou seja, o capítulo número quatro, será estudada a figura da tomada de decisão apoiada, seu surgimento, conceito e principalmente sua aplicação. Em sequência passar-se-á ao estudo da curatela, que é outro instituto protetor das pessoas com deficiências.

Em sequência, analisar-se-á a possibilidade de convivência entre a curatela e tomada de decisão apoiada, verificando se diante das alterações trazidas pela Lei 13.146 o instituto da curatela ainda é aplicado e se é possível a coexistência deste com a nova figura da tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, neste último capítulo, responder-se-á a problemática proposta, demonstrando quais alterações ocorreram nos institutos protetores das incapacidades civis, regulados pelo Código Civil pátrio, a partir do estatuto da pessoa com deficiência.

Cabe ressaltar, que nesta pesquisa será usado o método de abordagem indutivo e no que diz respeito ao método de procedimentos, será usado o método bibliográfico histórico, que permitirão o estudo de vários temas que serão levantados e que auxiliarão no esclarecimento de algumas das diversas questões que surgiram com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA REGULAÇÃO DOS INSTITUTOS PROTETORES DAS INCAPACIDADES

As pessoas com deficiência, ao longo dos séculos, tiveram diversas formas de tratamento, na maioria das vezes inconcebíveis para os dias atuais, pois, eram por demais preconceituosas.

Inicialmente, este capítulo abordará a evolução histórica do tratamento destinado às pessoas com deficiências, analisando comportamentos de épocas muito remotas, onde as legislações ainda eram poucas e falhas, logo em seguida, no item 2.2 será analisada a proteção destinada aos Deficientes nas Convenções Internacionais e nas Constituições Pátrias.

E para encerrar o presente capítulo, será verificado o tema da proteção legislativa infraconstitucional pátria às pessoas com deficiência, adentrando brevemente nos saberes dos códigos civis (atual e anteriores) e das demais legislações vigentes.

2.1 A evolução histórica do tratamento destinado às pessoas portadoras de deficiências.

De notável evolução demonstra-se o tratamento destinado às pessoas com deficiências. Antigamente eram diversas as nomenclaturas que as legislações lhe destinavam. Mesmo antes de serem codificadas as legislações pátrias, em época de grande confusão regulamentar, já existiam algumas denominações, na maior parte das vezes de cunho preconceituoso.

Anterior ao surgimento do Código Civil (CC), sendo usado como documento referencial, as Ordenações Filipinas de Portugal colocavam as pessoas com deficiências no mesmo patamar de animais ferozes, veja-se: “contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, dos animais ferozes, ou danados [...]” (Ordenações Filipinas, 1603, art. 66, 3, Livro I), observa-se que a única preocupação existente nessa legislação e em algumas outras correlatas é com a contenção dessas pessoas, pois, elas, na visão da época, poderiam incomodar as demais (REQUIÃO, 2016).

Portanto, como visto não existia um tratamento humano, destinados às pessoas que possuíssem qualquer deficiência, nesta época, essas pessoas eram

tidas como estorvos sociais, tendo o mesmo grau de valorização que os animais desgovernados, sendo totalmente inexistente a sua dignidade, mais acertadamente seria dizer que era completamente inexistente a sua proteção na condição de ser humano. A única preocupação que esta legislação trazia era com a contenção dessas pessoas e para isso era permitido o uso do poder de polícia, o uso da força e os meios a ela inerentes.

Vale lembrar que se trata neste caso de uma legislação anterior ao CC de 1916 e tendo em vista que naquele cenário temporal a medicina e demais áreas do conhecimento ainda engatinhavam, embora seja forçoso aceitar que expressões como: louco, furioso, mentecapto dentre outras fossem usadas, ainda assim é compreensível que esses termos eram utilizados devido à época e ao baixo grau de conhecimento existente.

Em conseqüente eram tidos como pecadores e por conseqüência todos os maus corpóreos eram vistos como castigo divino, a sociedade, infelizmente, neste período trazia uma visão totalmente preconceituosa e equivocada dessas pessoas que além das limitações físicas ou mentais ainda eram segregadas pela legislação e pelo convívio social (REQUIÃO, 2016).

Na vigência das Ordenações Filipinas a curatela era delegada ao pai do “sandeu” e este era responsabilizado civil e até penalmente pelos atos que seu curatelado viesse a praticar, portanto se o curatelado representasse perigo à sociedade ou então se seu pai assim o considerasse, o genitor poderia, fundamentando no dever de guarda e segurança até aprisionar seu filho.

O pátrio poder era muito presente na época, o pai reinava na casa e decidia o que faria ou não com seus filhos, se no caso esse filho fosse deficiente então lhe era mais amplamente permitido essa governança, sendo que o pai poderia até prender o filho dentro de casa, com base em uma suposta proteção, que não passava de tirania disfarçada (REQUIÃO, 2016).

Nesse período era comumente encontrada a ideia do paternalismo exacerbado, onde o pai, detinha o poder sobre a vida do filho deficiente e este, então por ser visto como vulnerável pelo restante da sociedade, vivia trancafiado em casa, ou então era abandonado à própria sorte pelas ruas e portos.

Embora curatelados e sobre o suposto cuidado dos pais, haviam os chamados “intervalos lúcidos”, onde a pessoa tida como incapaz voltava a ser provida de lucidez, sendo que os atos praticados nesses intervalos eram tidos como válidos,

mas assim que a “sandice”, como a lei mesmo referia, retornasse, o pai ou o cônjuge retornavam aos seus postos de curadores e o deficiente à sua condição de curatelado e de absolutamente incapaz, sendo que nos períodos dos intervalos lúcidos a curadoria não era suspensa mas apenas perdia a sua eficácia (REQUIÃO, 2016).

Muitas vezes esses intervalos lúcidos podiam ser simulados, pois, quem garantiria que aqueles espaços de tempo deveras ocorreram, além do que quem daria atenção à uma pessoa reconhecida publicamente como desprovida da razão? Mas, como dito cabia a figura de uma quase “fé pública”, pois, se o pai, o regente da família na época dissesse algo, isto não seria objeto de questionamento.

Outro exemplo, porém mais antigo, de que os pais além de curadores, detinham o poder de vida e morte de seus filhos, encontra-se na Roma antiga onde como exemplifica o texto abaixo, as crianças tidas como defeituosas poderiam sofrer infanticídio, ou seja, quem nascesse com algum tipo de deficiência poderia ser morto por seus pais, sendo que esta prática era plenamente aceita na sociedade:

Na Roma Antiga, o pater família dispunha do direito de morte e vida dos seus filhos, o jus vitae et necis. Portanto, o infanticídio não era concebido como crime, pois crianças imperfeitas ou que consistissem em algum tipo de desonra à família podiam ser mortas. Este é um período da história (até meados do século v a.c) em que o infanticídio era amplamente permitido e praticado, não sendo concebido como crime e nem reprovado pelos costumes (SANTOS, 2010, <<https://www.derechoycambiosocial.com>>).

Como exemplificado no texto acima os portadores de deficiências que viviam na antiguidade, antes do surgimento dos códigos civis, tinham muitas vezes negado até o direito básico de se manter vivos e quando a vida lhe era permitida a inserção no campo social era simplesmente algo impensável e impossível. O pior disso tudo é que esses assassinatos estavam de acordo com a legislação da época, a história traz diversos massacres que estavam sob o amparo legal. Sendo tratados hora com desprezo e hora com piedade, a ideia da caridade cristã, ligada à esmola, quando tratados desta forma, recebiam o mínimo necessário para manter sua subsistência, não eram integrados na sociedade e viviam a vagar e pedir esmolas por onde andassem.

Dependendo da cultura de cada região, eram os tratamentos delegados, sendo que os deficientes nunca tiveram de fato um amparo que os possibilitassem atuar de forma ativa e integrante na sociedade, pois, podiam ser rejeitados de plano,

servindo de escravos defeituosos aos comerciantes que transitavam, aberrações de circos, ou meros pedintes nas ruas da cidade, sem ter nem chance de ter direitos na sociedade, ou então, como dito, serem tratados como pobres coitados, dignos de pena, pela sociedade da época. Entenda-se que as duas possibilidades são horríveis, pois, não delegam vida digna ao deficiente e este se encontrava ao léu, sem um apoio concreto, com esta forma de tratamento essas pessoas nunca conseguiam desenvolver suas capacidades em plenitude como deveria de fato ocorrer.

As pessoas com deficiência, via de regra, receberam dois tipos de tratamento quando se observa a História Antiga e Medieval: a rejeição e eliminação sumária, de um lado, e a proteção assistencialista e piedosa, de outro. Na Roma Antiga, tanto os nobres como os plebeus tinham permissão para sacrificar os filhos que nasciam com algum tipo de deficiência. Da mesma forma, em Esparta, os bebês e as pessoas que adquiriam alguma deficiência eram lançados ao mar ou em precipícios. Já em Atenas, influenciados por Aristóteles – que definiu a premissa jurídica até hoje aceita de que “tratar os desiguais de maneira igual constitui-se em injustiça” – os deficientes eram amparados e protegidos pela sociedade (GARCIA, 2011, p 01).

Não há como se comparar as legislações anteriores aos códigos civis com a proteção dada, atualmente, pelas constituições dos países, baseada em tratados internacionais. A atual Constituição Federal (CF) pátria, possui expresso em seus direitos fundamentais o direito à vida digna, que, como se pode observar, é muito mais do que antes era delegado aos deficientes.

O direito à vida digna tido como fundamental na legislação pátria, muitas vezes, têm sido transvestido, em prol de um falso assistencialismo. Políticos elegem-se todos os anos, com base em falsas promessas de políticas igualitárias que nunca saem do papel, fazendo com que muito dinheiro público que iria para a assistência dos deficientes, acaba por escorrer água abaixo, restando o desleixo e uma vida que não pode ser considerada digna àqueles brasileiros com deficiências.

Os tempos mudaram, as legislações também, mas quando se fala em igualdade de fato, ainda vê-se muitos deficientes que possuem suas limitações, físicas ou mentais, padecendo nas filas do Sistema Único de Saúde (SUS), ou então esperando eternamente uma educação inclusiva de qualidade que ao que se nota, tardará a chegar.

A doutrina tem conceituado o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando mais claro que esta dignidade ainda, infelizmente, apesar da legislação

protetora, tem sido negada aos deficientes, sendo que diversos fatores ainda devem ser revistos para que a sociedade evolua a ponto de efetivar os preceitos abaixo elencados e portanto desejados pela sociedade atual:

Direito fundamental integrante da categoria de direitos negativos ou de defesa, também denominados direitos individuais ou de liberdade. Proclama o valor distinto da pessoa humana e tem, como consequência lógica, a afirmação de direitos específicos de cada ser humano, sem distinções de gênero, raça, cor, credo, sexo e outras. Objetivo e fundamento dos direitos humanos, dá unidade ao sistema constitucional brasileiro (SILVA, 2007, p.114).

Em regra, um deficiente desde criança exige cuidados especiais que se prorrogam ao longo do tempo e esses cuidados dão trabalho, que os pais muitas vezes não estão dispostos a realizar e não realizando banem como outrora a uma situação sub-humana de sobrevivência, esquecendo que as leis mudaram, mas infelizmente a mentalidade das pessoas ainda tem muito que evoluir, para que no Brasil se atinja um patamar igualitário de oportunidades.

2.2 A proteção dos deficientes nas convenções internacionais e nas constituições pátrias

Ao longo da história da proteção legislativa dos deficientes as convenções internacionais sempre foram de grande importância, pois, impulsionavam os países a aderirem um posicionamento mais humanitário, que, na maioria das vezes, passava a integrar de uma forma ou outra as legislações pátrias e até mesmo as constituições nacionais.

Como será verificado ao longo deste capítulo, a atual constituição brasileira sofreu grande e positiva influência das convenções internacionais, daí o seu elevado caráter humanitário.

Com o surgimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007), alguns aspectos modificaram-se, sendo que o Brasil foi pressionado a incorporar em sua legislação uma regulamentação que trouxesse mais autonomia a quem dela dependesse.

Esta Convenção regulamenta, em seu artigo primeiro, o conceito de deficiente, não permitindo dúvidas a este entendimento, prevendo que pessoas deficientes são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo e elenca as várias formas que

esses impedimentos podem aparecer, sendo físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, como pode ser observado através da transcrição abaixo:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (ONU, 2007, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além de ter conceituado, como visto acima, a convenção referida, defendeu veementemente o direito à vida, sendo que é obrigação do Estado proporcionar uma vida digna. Foi reafirmado pelos Estados que a integraram, o fato de que qualquer ser humano tem direito à vida, sendo missão desses Estados proporcionar os meios hábeis para que o deficiente desfrute de uma vida digna (ONU, 2007).

Essa convenção foi incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25 de agosto de 2009, sendo que agora, como legislação nova, surgiu a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), reafirmando-a.

Com a promulgação do EPD, foi respeitado o que está previsto no artigo quarto da mencionada convenção. Este artigo preceitua que os Estados partes modifiquem as suas leis internas, que tenham caráter discriminatório, assim alcançando um patamar maior de igualdade tanto almejado por toda a população mundial (CLETO, 2016).

É de conhecimento comum que diversas convenções têm sido incorporadas nos países por pura pressão política dos demais países que são membros. Isto porque, em um mundo globalizado, a não observância dos tratados internacionais firmados pode implicar em quebra de acordos financeiros, parcerias econômicas, prejuízos na economia nacional. Todavia, ainda assim, possuir uma lei interna que proteja a dignidade do deficiente, é visto com bons olhos, como um passo que é dado em direção ao imenso caminho que ainda deve, com o decorrer do tempo, ser percorrido em prol da igualdade material efetiva.

Nas constituições brasileiras, ao longo da história, tem sido seguidos os entendimentos das convenções internacionais e sendo as Constituições norteadoras dos sistemas normativos que regulam as atividades sociais dos seres humanos no país, ou seja, sendo uma lei maior na qual se baseiam as demais leis existentes, as

quais devem, por óbvio e sem exceção, não fugir das regras impostas por aquela norma maior. As normas que, eventualmente, venham a fugir da regulação da carta magna do seu país podem ser consideradas inconstitucionais e descartadas, por ferirem a CF. Isso demonstra como a Constituição é importante.

A Constituição é o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência. Esse conjunto se desdobra em regras relativas à organização social essencial, isto é, à ordem individualista e às liberdades individuais, e em regras relativas à organização política e ao funcionamento do Governo (HORTA, 2003, p.52).

A sociedade ao longo dos tempos veio mudando, sendo que a atual Carta Magna, no que tange à proteção dos deficientes, derivou de uma construção baseada nas mudanças que ocorreram nessa forma de tratamento, muito embora, na vida dessas pessoas poucas coisas mudaram de fato. Se no século passado chamar de mentecapto e trancafiar dentro de casa eram condutas tidas como aceitas pela legislação brasileira, muito embora constituíssem graves ofensas à condição humana da pessoa, atualmente essas ofensas, na maioria das vezes, só mudaram de forma mas continuam a ocorrer desregradamente, pessoas são segregadas por não terem recebido preparo e educação adequada para se adaptarem ao mundo que as cerca.

Em uma análise histórica das Constituições anteriores, como as dos anos de 1824 e de 1891, percebe-se que é nítida a falta de preocupação destinada às pessoas com deficiências, não havendo registros nesses textos legais que demonstrem preocupação para com os deficientes (ARAÚJO, 1997).

A Constituição de 1934, todavia, já traz um aspecto assistencialista no seu artigo 138, ainda que básico, esse aspecto não passa sem ser notado, pois, este relata que é um dever da União, dos estados e também dos municípios, garantir a prestação de amparo aos deficientes, proporcionando a estes serviços especializados e coordenar os serviços já existentes (BRASIL, 1934).

Nenhuma modificação significativa ocorreu na vigência das constituições de 1937, de 1946 e de 1967, pois, só traziam noções genéricas de tratamento igualitário (ARAÚJO, 1997). Noções essas que na realidade demonstravam a falta de preocupação com os deficientes. Tal ocorre porque eles são uma minoria quase sem voz, formada, muitas vezes, por pessoas pobres.

Já de acordo com a CF de 1988, a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, veio regulamentar a tão necessária igualdade, pois em num país, em que há previsão constitucional de que todos são iguais perante a lei e de que as pessoas possuem direito à vida e à liberdade, nada mais justo do que garantir uma igualdade material às pessoas com deficiência, que vêm sofrendo ao longo da história com o descaso estatal e social, sendo vítimas dos mais diversos tipos de preconceito e de segregação. Portanto, nada mais justo que obedecer à CF, adequando e incorporando normas que venham a efetivar a igualdade de fato, que pode ser tida como aquilo que assegura as mesmas condições a todos, veja-se:

Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (MIRANDA, 2012, p.225).

A atual constituição é muito mais humanizada, regulando a preocupação em proporcionar um tratamento igualitário e inclusivo a toda a sociedade. Nesse sentido há diversos artigos que tratam expressamente sobre o tema, como o artigo sétimo (BRASIL, 1988) que regulamenta a garantia trabalhista do deficiente, onde determina que este não pode sofrer nenhum tipo de discriminação e, principalmente, o fato da pessoa ser deficiente não deve ensejar a esta uma diferenciação salarial ou de oportunidades de conseguir um emprego, por exemplo.

No título III, da carta magna, que diz respeito à organização do Estado, os artigos 23 e 24 tratam expressamente do compromisso assumido pelo Estado, no artigo 23 em prol da saúde e assistência pública (BRASIL, 1988).

O artigo 24, diferentemente do artigo 23, analisa a competência concorrente, dizendo que a proteção e a integração das pessoas deficientes com a sociedade é uma obrigação que compete à União, bem como aos estados e ao Distrito Federal legislar (BRASIL, 1988).

No que se trata de Administração Pública e Ordem Social (capítulos VII e VIII) os artigos 37 e 203 expressam claramente seus preceitos, reafirmando o compromisso de seguir a legalidade (a Administração Pública somente pode realizar atos que estejam previstos em lei, ao contrário do que ocorre com os particulares que podem praticar todos os atos que não estejam vedados por lei) e reservar um percentual de cargos na Administração Pública às pessoas que contenham algum

tipo de deficiência (BRASIL, 1988). Isto porque, se o Estado cobra de particulares a inclusão social, não pode a Administração Pública desprezar esse dever de igualdade. Não seria coerente com os princípios constitucionais agir de forma diferente, se a igualdade é meta a ser atingida por todos e bem por este motivo não pode e não deve ficar em segundo plano na esfera pública, ela deve ser acessível.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Quando se fala em educação o artigo 208 da CF garante um atendimento especializado aos deficientes, trazendo tal fato como um dever do Estado brasileiro, sendo que isto, deveria ocorrer de preferência nas instituições de ensino regulares (BRASIL, 1988).

Na prática, infelizmente, sabe-se que várias crianças com deficiência são atendidas por profissionais despreparados e que, na maioria das vezes, desmotiva essas crianças ao aprendizado, ou então, outra situação que ocorre é quando o local de ensino não é um lugar acessível para que a criança interaja com os demais colegas e aprenda de fato.

A família também é figura importante no cenário constitucional, funcionando como garantidora, zelando sempre pela integração dos seus membros, tendo que em conjunto com o Estado e com os demais membros da sociedade, tratar com prioridade os deficientes, assegurando a estes o direito à vida, à segurança e ao lazer.

O lazer é um atributo importante, pois, quando a lei delegou o dever da família em conjunto com os demais órgãos priorizarem o lazer, ela demonstrou que espera que as pessoas com deficiência não sejam trancafiadas em casa, como ocorria no passado, e sim que essas saiam de casa se divirtam e venham a interagir de forma ativa na sociedade. Um dispositivo que expressa claramente essa ideia de família e

de liberdade e participação social da pessoa com deficiência, atingindo a plenitude de uma vida digna e participativa, é o artigo 227 da CF, pois, para este artigo a vida, a saúde, a educação, bem como, o lazer são deveres da família, da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Já o inciso II do artigo acima referido, demonstra perfeitamente os deveres, metas e preceitos com o qual o Estado brasileiro trabalha para atingir a tão sonhada igualdade, trabalhando em prol da construção de programas de atendimento especializado, que integrem socialmente o deficiente, treinando-o para o trabalho e garantindo o seu acesso a lugares públicos, através da construção de logradouros e melhoria no transporte público.

Em seu artigo 227, inciso II, a CF de 1988, demonstrou também a sua preocupação em inserir o deficiente no mercado de trabalho e na sociedade, fazendo com que ele esteja preparado para contribuir de forma ativa no desenvolvimento do país, pois, como referido, ele estaria preparado e plenamente adaptado.

Outro artigo da CF que visa adaptar o deficiente à sociedade e que não pode ser esquecido é o artigo 244, o qual prevê a necessidade da construção de prédios adaptados, bem como da adaptação do transporte público, para que este atenda de forma efetiva que possui uma necessidade.

A Constituição cidadã atua de mãos dadas com o princípio da solidariedade, com o da igualdade e com o da dignidade humana, determinando a todos os brasileiros uma vida digna, independentemente de suas condições físicas ou mentais, efetivando, assim, o bem-estar social, sendo que a solidariedade não se baseia apenas em um caráter caridoso e sim em um caráter inclusivo, veja-se:

O ordenamento jurídico brasileiro, no pós Constituição Federal Brasileira de 1988, trilha um caminho de constante busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Utiliza-se da hierarquia das normas para bem regular todos os direitos. Assim, a norma que se encontra no topo da pirâmide normativa é a que servirá de base para a construção de todas as demais, chamadas de normas infraconstitucionais (BRANDT; REIS, 2016, p.1)

Portanto, é tangível a evolução constitucional no tocante ao apoio e à integração dos portadores de deficiências, muitos tabus foram quebrados e outros tantos ainda estão sendo jogados em desuso.

Nenhum artigo revela de forma mais explícita a ideia de igualdade a ser atingida do que o artigo 5º da CF, o qual determina que a legislação brasileira não pode fazer distinção nenhuma entre seus cidadãos, preservando a estes, suas vidas, liberdade e dando a eles segurança (BRASIL, 1988).

No momento em que a CF em seu artigo 5º previu a igualdade sem distinção e garantiu o direito à vida, o tratamento discriminatório foi eliminado no Brasil (pelo menos juridicamente falando), tornando a igualdade uma regra-geral a ser seguida.

2.3 A proteção legislativa infraconstitucional pátria às pessoas com deficiência

Em uma análise infraconstitucional da legislação pátria, observa-se que no CC de 1916, alguns termos deixaram de ser usados e outros foram substituídos, mas seus substitutos ainda possuíam uma carga de preconceito e de desconhecimento muito grande. O cerne da questão das incapacidades nesta lei era a suposta proteção, fundada no conceito de liberdade vulnerabilidade onde a pessoa do incapaz era tida como vulnerável e por isso precisava ser protegida, pois poderia haver terceiros de má fé, e estes lhe poderiam fazer algum mal. (TARTUCE, 2015).

Atualmente, questiona-se o conceito de liberdade vulnerabilidade, justamente porque não há como se precisar se o suposto protetor e responsável pelo deficiente, ao dizer protegê-lo, não estava de fato se aproveitando do mesmo. Quando se tira a liberdade de voz de alguém como saber se quem está falando por esta pessoa, fala visando o bem da mesma.

Era gigante, neste código (Código de 1916) a preocupação patrimonial, sendo que esta superava as questões referentes ao bem-estar do curatelado e, embora não seja possível efetuar a partilha da herança de pessoa viva, no Código de 1916 o interditado muitas vezes ficava sem os devidos cuidados e assistência, conquanto que seu curador administrava e até mesmo se beneficiava dos bens pertencentes ao curatelado.

A figura dos “loucos de todo o gênero” veio englobar aqueles diversos nomes presentes nas Ordenações Filipinas. Essa nomenclatura estava presente no art. 5º do Código Civil de 1916, o qual elencava um rol de pessoas absolutamente incapazes para exercer os atos normais da vida civil, e nesse rol de pessoas encontrava-se presente também a figura do louco de todo o gênero, que era na realidade qualquer deficiente (BRASIL, 1996).

Na lei anteriormente referida, a figura do louco de todo gênero englobava os portadores de qualquer tipo de deficiência, tanto física quanto mental, o portador de deficiências era tido como louco, as deficiências eram muitas vezes atreladas pela legislação a faltas de caráter ou às famosas enfermidades morais e não ligadas a doenças ou necessidades especiais como de fato deveriam ser.

O CC de 1916 ao tratar os deficientes como “loucos de todo o gênero”, lhes retirava toda a capacidade para a vida civil, como afirma Pereira (1999), o qual refere como os conceitos de normalidade vêm se modificando ao longo do tempo, sendo muito relativos à época, mostra como são e foram vistos os deficientes e como isso afeta os atos da vida civil:

A história sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição à razão. Mas esta fronteira entre o norma) e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado ao longo do tempo. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada... eram loucura. Loucura que não tinha remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez e se faz até hoje no campo jurídico é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil. (PEREIRA, 1999, <https://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rodrigo_da_Cunha/Generolouco.pdf>)

O Código civil de 2002, todavia, já foi menos restritivo. Retirou as nomenclaturas ofensivas e segregativas, não usou mais o termo “louco” ou outros de igual calibre, mas infelizmente manteve a incapacidade como absoluta e a interdição do deficiente como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Baseando-se ainda na vulnerabilidade do deficiente, não lhe permitido o direito à voz e à escolha.

Talvez, em uma visão poética o CC de 2002 manteve a incapacidade por acreditar que assim estava protegendo a pessoa com deficiência. Ocorre que, como será demonstrado a seguir, proteção excessiva não cria para a vida, não ensina a se expressar e a clamar pelos seus direitos, talvez na melhor das intenções alguns pais e a sociedade, como um todo, temam dar asas àqueles tidos como vulneráveis, mas sem asas não podem voar e sem voar a vida torna-se uma monotonia que não chamada de digna.

Além do tratamento destinado aos deficientes pelos códigos civis, no Brasil em diversos diplomas legais pode-se observar alguma preocupação com os deficientes. Entre as normas constitucionais podem ser observados os decretos nº 186 de 09 de julho de 2008 e o nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, sendo o primeiro responsável pela aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, e o segundo promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Quando se trata de leis federais são ao todo 33 normas que tratam sobre o tema, das quais serão destacadas apenas algumas. Dentre essas normas encontra-se o EPD (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), a mais recente, no entanto não menos importante, norma protetiva, o Estatuto foi fruto de muito clamor popular e pressão externa, pois as convenções ratificadas, contribuíram de certa forma exercendo um tipo de pressão para que o Brasil elaborasse uma lei interna.

Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência, outra lei federal que também é de suma importância é a Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, a qual Instituiu o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência. Referida lei tem como meta alcançar uma educação igualitária e para isso descreve a forma como a União e demais órgãos federados devem colaborar.

O ato de instituir um fundo nacional complementar de atendimento especializado às pessoas com deficiências, veio no intuito de inserir as crianças deficientes na educação regular, sendo que as entidades privadas que não tenham fins lucrativos e que prestem serviços de educação especial de forma gratuita, se beneficiaram com a transferência de recursos efetuada pelo Fundo Nacional.

A lei acima fala de educação, mas além da educação, as pessoas precisam de um meio de locomoção eficiente e para isso existe uma lei que ainda não é muito conhecida pelos brasileiros que é a Lei nº 10.754, de 31 de outubro de 2003, que altera a Lei Nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995 e dispõe sobre a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física e aos destinados ao transporte escolar. Esta lei permite que um deficiente adquira seu carro de forma mais facilitada e com redução de custo.

Mas para alguns mesmo com a redução do preço acima referida, os custos ocasionados pela compra de um automóvel ainda são muito altos, tornando a aquisição impossível.

Para quem, mesmo com o benefício de isenção do IPI, não possa adquirir seu próprio veículo há uma outra saída que são os transportes públicos interestaduais,

os quais também não devem ter custos para os deficientes, isso graças à Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, mas essas pessoas como a própria lei diz devem ser comprovadamente carentes, ou seja, se um deficiente possui uma renda alta, este não se beneficiará da redução autorizada pela referida lei.

Além das leis federais mencionadas ainda existem várias outras, entretanto, agora, necessário se faz mencionar alguns dos 19 decretos que abordam o tema. Não por grau de relevância, pois todos são muito importantes, mas já que o presente trabalho por tantas vezes se referiu ao tratamento discriminatório, o primeiro decreto a ser lembrado, só poderia ser o Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, que promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Todas as formas de discriminação, sem exceção, desde a forma de chamar (nomenclatura), até a forma de atender, de receber e aceitar, incluir no ambiente de trabalho, no geral estão todas banidas.

Outro decreto importante é o que garante a subsistência com o mínimo de dignidade, trata-se do Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, o qual regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência, que é vital a muitas pessoas, sabe-se que muitas vezes por não conseguirem colocação no mercado de trabalho os deficientes chegam a passar necessidades, o artigo que fora regulamentado pelo decreto é o abaixo referido:

Art. 162. O benefício devido ao segurado ou dependente civilmente incapaz será pago ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta e por período não superior a seis meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento. Parágrafo Único. O período a que se refere o caput poderá ser prorrogado por iguais períodos, desde que comprovado o andamento regular do processo legal de tutela ou curatela (BRASIL, 2007, <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>).

O real intuito de todos os diplomas legais acima mencionados é adaptar a sociedade, determinando para que tome medidas efetivas de inclusão, pois muitas vezes o ato inclusivo se confunde com uma simples colocação de rampas de acesso, como bem expressam as vozes brasileiras, ao dizerem que as pessoas “não querem só comida, querem comida, diversão e arte, não querem só comida e sim saída,

para qualquer parte” (TITAS, 1987), as pessoas merecem muito mais que o básico, todos querem e merecem viver dignamente.

Superada a questão histórica analisada neste capítulo, passar-se-á ao estudo dos institutos da capacidade civil, matrimônio e parentalidade, bem como análise acerca das obrigações. Esse estudo seguirá com enfoque nas alterações ocasionadas no CC, pela Lei 13.146/ 2015.

3 INSTITUTOS DA CAPACIDADE CIVIL E AS ALTERAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI 13.146/2015 NO CÓDIGO CIVIL

Nesse capítulo serão estudadas as mudanças ocasionadas pela Lei 13.146/2015 no instituto da capacidade civil, verificando quem permanece e quem foi retirado do rol das pessoas tidas como incapazes, analisando qual a situação atual dos deficientes no sistema jurídico brasileiro.

Logo após, serão analisados os impactos ocasionados no CC, verificando-se as alterações realizadas em alguns artigos, com enfoque principal nas relações familiares, como a constituição de matrimônio, adoção, parentalidade, enfim aspectos que digam respeito ao planejamento familiar.

Como encerramento deste capítulo verificar-se-á algumas mudanças no campo das obrigações, entendimentos já consolidados no que tange ao dano moral e às novas formas de ver o direito empresarial pós EPD, onde o deficiente por ser pessoa capaz teve seu rol de atuação significativamente ampliado.

3.1 Institutos da incapacidade civil de acordo com as alterações realizadas pelo estatuto da pessoa com deficiência

A capacidade civil garante autonomia para a pessoa se manifestar perante a sociedade dirigindo sua vida e seu patrimônio. Em regra, no sistema jurídico brasileiro, a pessoa adquire a capacidade civil plena ao atingir a maioridade, o EPD (Lei 13.146 de 6 de julho de 2015) veio confirmar esta norma, retirando os deficientes do rol das incapacidades.

A capacidade civil, pode ser limitada por meio da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada (TDA), justamente para preservar a pessoa que não possui plena noção de realidade e que necessita de certo auxílio para realizar alguns atos é que foram criados estes três institutos, que buscam proteger os que neles se enquadram.

A tutela é baseada no fator biológico e funciona como a representação legal do menor, relativa ou absolutamente incapaz, cujos pais tenham sido declarados ausentes, falecidos ou hajam decaído do poder familiar (GAGLIANO, 2013).

A curatela tem sua base na incapacidade de expressão como será visto posteriormente, sendo um instituto que atinge tanto a figura do curatelado como seus bens patrimoniais.

A TDA é o mais recente instituto da capacidade civil, e teve seu nascimento juntamente com a Lei 13.146/15 e serve para ajudar os deficientes que possuem capacidade de expressão, mas, no entanto, ainda necessitam de auxílio de outrem ou que irão necessitar futuramente.

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, como dito, veio trazendo grandes mudanças estruturais e também funcionais, alterou e revogou alguns artigos onde estavam previstos os institutos da capacidade civil, tornando os deficientes absolutamente capazes como regra. As alterações serão abordadas ainda neste capítulo, onde serão verificados alguns dos impactos que o EPD causou no âmbito da capacidade civil.

Como dito acima, neste capítulo serão abordadas as principais mudanças ocasionadas pelo EPD no âmbito da capacidade civil, iniciar-se-á com a análise do artigo 114 da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, que modificou significativamente vários artigos do CC. As modificações provocadas pelo artigo 114 e pelos artigos seguintes foram realizadas em prol da proteção e da dignidade da pessoa com deficiência, o que atingiu fortemente os institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela (TARTUCE, 2015).

O artigo 114 do EPD foi o responsável por várias das mudanças mais significativas que ocorreram no campo da incapacidade, mas uma das mudanças mais importantes foi a que ocorreu no artigo 3º do CC, onde foram revogados todos os seus incisos, o artigo tinha a seguinte redação:

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

A Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/15), provocou grandes impactos, como visto acima, o rol das incapacidades diminuiu consideravelmente, sendo que apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, devendo, portanto, serem representados, como pode ser verificado pela nova versão do caput do artigo 3º do CC.

No Brasil, assim, não há mais previsão de que as pessoas com deficiência sejam, como regra, incapazes, como ocorria anteriormente. Esse entendimento de que não há mais incapacidades absolutas (exceto o caso do menor de 16 anos) além de se basear nas mudanças que ocorreram no CC, também pode ter sua presença verificada na doutrina nacional, a qual merece destaque ao ser citada no trecho abaixo:

Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade (TARTUCE, 2015, <<http://www.migalhas.com.br>>).

O trecho acima além de referir acerca da inexistência de pessoa maior de idade que possa ser considerada absolutamente incapaz, também fala sobre as ações de interdição, posicionando-se pela impossibilidade do ingresso de uma ação de interdição absoluta, tendo em vista o fato de que apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes e esses não podem ser interditados, visto que já estão sob o amparo da figura da tutela.

O fato de o deficiente não se encontrar mais no rol dos incapazes gera várias mudanças, pois, um sujeito não pode ser considerado incapaz apenas por possuir um transtorno mental, sendo que a incapacidade está muito mais ligada com o fato de não conter discernimento e não poder expressar sua vontade. Um transtorno mental ou outro tipo de deficiência nem sempre retiram da pessoa a capacidade de discernir e de expressar sua vontade (REQUIÃO, 2016).

Outro artigo do CC que sofreu severas modificações ocasionadas pelo artigo 114 da lei 13.146, de 6 de julho de 2015, foi o artigo 4º do CC, sendo que o seu inciso II não faz mais referência às pessoas com discernimento reduzido, pois, estas não podem mais ser consideradas relativamente incapazes, como antes.

Foram mantidas no artigo 4º as referências aos ébrios habituais (alcoólatras) e aos viciados em tóxicos, estes ainda continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com base em sentença judicial, para que sua incapacidade possa ser admitida, veja-se:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I-os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; ~~II-os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;~~ III-os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; ~~II-os ébrios habituais e os viciados em tóxico;~~ (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III -aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV-os pródigos. ~~Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.~~ Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Neste mesmo artigo, ocorreu a alteração de seu inciso III, o qual não menciona mais a figura dos excepcionais sem desenvolvimento completo, trazendo em sua nova redação apenas a figura das pessoas que não podem expressar sua vontade.

O portador de Síndrome de Down era abrangido pelo inciso III, do mesmo artigo, mas este agora não pode mais ser considerado um incapaz, sendo que, a partir das alterações produzidas pela Lei 13.146/2015, as pessoas que por causa transitória ou permanente não possam exprimir a sua vontade são consideradas como incapacidade relativa, diferente de antes, que no inciso III do art. 3º, do CC, era considerado como situação de incapacidade absoluta (TARTUCE, 2015).

O texto, após as modificações, como dito anteriormente, possui apenas uma forma de incapacidade plena, que é caracterizada pelo fator biológico, os deficientes que antes se encontravam neste rol de totalmente incapazes, mais precisamente no inciso II, do artigo 3, do CC, agora tem suas capacidades garantidas.

Com a vigência do EPD, os deficientes passam a ser assistidos, ao invés de representados por curatela, o que provoca grande alteração de paradigma no direito pátrio. Nessa mudança gerada ao se introduzir a ordinaryidade da assistência, busca-se efetivar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é um tema que está em alta nos dias atuais (DORNELLES, 2017).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata principalmente os que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares. Encontrando fundamento no art. 5º, § 1º, da CF, tendo, portanto, essas normas aplicação imediata (TARTUCE, 2012).

Pois, ao se aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segue-se uma baliza, onde as demais normas infraconstitucionais obedecem aos princípios que norteiam a Constituição.

Seguindo a análise, constata-se que outra alteração ocasionada pelo artigo 114 do EPD verifica-se no artigo 228 do Código Civil, o qual elenca o rol de pessoas que não podem ser admitidas como testemunhas. Havia, neste artigo 228 do CC a previsão de que as pessoas com enfermidade ou retardo mental, bem como os cegos e surdos, estavam privadas de prestar testemunho.

O artigo 228 teve seus incisos I e II revogados, retirando das pessoas mencionadas anteriormente o impedimento de testemunhar, também foi acrescido a este artigo o § 2º, onde preve: “que a pessoa deficiente poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistida” (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ao tratar da capacidade de prestar testemunho, está se referindo diretamente dos institutos da capacidade civil e de suas evoluções. Com certeza é um grande avanço permitir o testemunho de um deficiente, bem como fornecer os meios para que este testemunho ocorra.

Todavia, apesar dos avanços referidos a partir da alteração produzida pelo EPD, o artigo 228 do CC tem sido alvo de grandes polêmicas, pois, ele delegou uma igualdade de peso aos depoimentos prestados por uma pessoa com deficiência e por qualquer outra pessoa.

Cumprir mencionar que o magistrado valorará o peso de cada testemunho e se vizivelmente a testemunha não possuir discernimento ou ter este reduzido, seu testemunho poderá não ser tão influente como os demais para a formulação da decisão da demanda, ou então caso seja constatada a pouca ciência da realidade o deficiente testemunhará, mas seu testemunho terá peso ínfimo na decisão da lide.

Neste momento adentra-se ao estudo das principais alterações ocasionadas no CC que se referem a temas de família, como matrimônio, adoção, entre outros.

3.2 Os deficientes e o direito de constituir família

No que se refere ao direito de família o EPD provocou diversas alterações em dois grandes setores, quais sejam o matrimônio e a parentalidade, sendo que esses dois atos, caso praticados por deficientes passam a ser considerados válidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange ao matrimônio, as alterações provocadas pelo artigo 114 do EPD, seguiu o que está prescrito no seu artigo 6º, pois, o fato de não ser incapaz gera a

atribuição de capacidade plena aos deficientes, sendo que neste caso, devem, como pessoas plenamente capazes, decidir se querem ou não assumir matrimônio, exercer seus direitos sexuais, de parentalidade, dentre outros, como qualquer outro cidadão, como pode ser observado pela leitura do trecho abaixo transcrito:

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

Nesta linha, falando das alterações trazidas pelo artigo 114 do EPD, o artigo 1.550 do CC, que trata da nulidade relativa do casamento, aumentou, ganhando um novo parágrafo (§ 2º), o qual passou a prescrever que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador, podendo assim o deficiente assumir matrimônio de forma normal sem ter que esbarrar em maiores empecilhos.

Portanto, o casamento do enfermo mental, sem discernimento, passa a ser válido, pois, ao contrário do que se acreditava no sistema anterior, o casamento não deve ser punido com a nulidade, não seria justo levantar uma nulidade contra o instituto do casamento que em tese só vem a ser mais um atributo em prol de realizar a inclusão social do deficiente (TARTUCE, 2015).

Para concretizar essa ideia de que o casamento tornou-se plenamente válido, ocorreram algumas alterações no CC, sendo que diversos de seus artigos foram modificados, dentre eles o 1.518 que teve sua redação alterada, o qual passou a possuir a seguinte redação: “até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio”, anteriormente nesse diploma legal além dos pais e tutores encontrava-se a figura dos curadores, os quais foram excluídos de tal poder, a partir do EPD.

A figura dos curadores saiu da redação do artigo acima referido, pois não se decreta mais a nulidade do casamento das pessoas que estavam mencionadas no antigo art. 1.548, que teve seu inciso I revogado. O artigo 1.548, inciso I do CC dizia

que seria nulo o casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. No atual cenário jurídico brasileiro essa nulidade causada por enfermidade mental restou excluída.

Portanto, o artigo 1.550 somente poderá gerar a anulação do casamento dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos e das pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade, não mais dos deficientes como ocorria anteriormente.

O artigo 1.557 do CC, que trata do erro essencial, capaz de causar a anulação do casamento, também foi alterado, pois, a anulação por erro também não pode mais se basear em deficiência, como pode ser aferido pela leitura abaixo:

Como decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, foram alterados dois incisos do art. 1.557, dispositivo que consagra as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa. O seu inciso III passou a ter uma ressalva, eis que é anulável o casamento por erro no caso de ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico **irremediável que não caracterize deficiência ou** de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (TARTUCE, 2015, p.1).

Além da impossibilidade da anulação por erro baseado em deficiência, foi revogado o antigo inciso IV do art. 1.557 do CC que possibilitava a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave, nota-se que conforme dito anteriormente o casamento realizado por deficiente não será mais punido com nulidade.

Pelo que foi acima exposto, no artigo 1.557 somente caracterizará matéria de erro essencial algum fato que diga respeito: à sua identidade, à sua honra e boa fama, além de que isso deverá ser de tal gravidade que a vida em comum se torne impossível ou então, se trate de algum crime que ocorra anteriormente ao casamento e do qual o cônjuge não fazia ideia de sua existência.

Além das duas hipóteses mencionadas, que causam erro essencial, existe a figura do inciso III, no qual consta como causa deste erro o fato de que um dos cônjuges desconhecia um defeito ou moléstia física grave de seu companheiro, como se nota essa situação deve ser capaz de causar prejuízo físico ao cônjuge desconhecedor.

Tendo em vista a restrição feita pelo artigo 85 do EPD, o qual elencou os atos que poderão ser afetados pela curatela, mencionando que os direitos ao corpo,

sexualidade, matrimônio, dentre outros não podem ser afetados, pois, estes direitos são essenciais à dignidade da pessoa humana, entende-se que a curatela somente atingirá o campo do direito patrimonial. A curatela por ser tida como medida extraordinária deve ser sempre fundamentada, preservando assim os interesses e a real necessidade do curatelado (TARTUCE, 2016).

Quando o assunto é adoção e parentalidade, deve-se observar o inciso III do artigo 6º do EPD, juntamente com o § 7º do artigo 226 da CF, que são os dois regramentos que melhor retratam a situação da do direito de família do deficiente nos dias atuais. Para melhor exemplificar o direito do deficiente, cabe trazer à tona o conceito de parentalidade:

A parentalidade pode ainda ser concebida como um conjunto de tarefas e funções inerentes ao desenvolvimento familiar, que se inicia e caracteriza por mudanças cognitivo-emocionais e comportamentos dos indivíduos-pais ou cuidadores, que ocorrem pela expansão das expectativas e responsabilidades dos indivíduos que iniciam a sua aprendizagem parental (CONCEIÇÃO, 2016, <<http://knoow.net>>).

Torna-se perceptível pela análise do conceito acima que a constituição de família é também um ato de inclusão social, pois, ao passo que ocorre um envolvimento emocional do deficiente e que esse envolvimento lhe atribui expectativas, responsabilidades e aprendizados, essa constituição familiar passa a contribuir com o aprimoramento das capacidades deste deficiente, fazendo com que este se sinta parte integrante da sociedade como um todo.

O planejamento familiar, portanto, para de fato ajudar na inserção do deficiente, deve ser regado de informações e apoio, privilegiando sempre o fato de que aquele deficiente possui capacidade de expressão e de que tal constituição familiar está de acordo com a vontade do deficiente de efetivar tal entidade familiar, construindo os vínculos que este deseja ter.

Ressaltando essa ideia, o inciso III do artigo 6º do EPD, relata que a deficiência não afeta a aptidão civil do deficiente no que tange ao planejamento familiar, sendo que este encontra-se apto para decidir o número de filhos que deseja ter, sendo que deve ser dado a ele informações adequadas acerca de assuntos como reprodução e métodos contraceptivos.

O inciso IV do diploma legal mencionado, reforça esta ideia, pois, veda a esterilização compulsória do deficiente, por mais inconcebível que esta prática

pareça ser nos dias atuais, ressalta-se que já foi em muito utilizada no cenário mundial, como pode ser observado no texto abaixo:

Inicialmente, cabe registrar que aproximadamente 300 mil deficientes foram vítimas de esterilização obrigatória na Alemanha nazista. Nesse sentido, nota-se que medidas de esterilização de pessoas com deficiência já foram adotadas na história da humanidade, afigurando-se violações flagrantes da dignidade da pessoa humana (ALBUQUERQUE, 2013, p.23).

Os absurdos que a humanidade já fez com os deficientes são perceptíveis a qualquer leigo e a esterilização, feita muitas vezes por meios que colocavam em risco a vida do próprio deficiente, já foi, como dito, muito utilizada, bem por isso que o EPD se preocupou em reafirmar que os deficientes não podem ser obrigados a tal prática tão degradante.

Em consonância encontra-se o artigo 226 da CF, visto que este prevê com base na dignidade da pessoa humana, que o planejamento familiar é uma livre decisão do casal, sendo que o Estado não intervirá nesse campo, apenas cabendo ao Estado proporcionar meios educativos e recursos científicos necessários a família e ao seu planejamento.

Como os deficientes estão inseridos no rol das pessoas plenamente capazes, passam a usufruir dos direitos previstos no artigo 226 da CF, sendo inconcebível qualquer ato discriminatório ou coercitivo da sociedade, entidade familiar ou até mesmo do Estado (FURST, 2016).

Portanto, como visto o EPD trouxe consigo os direitos matrimoniais e parentais aos deficientes, fazendo com que estes possam planejar e constituir suas famílias, espera-se que o Estado, juntamente com o restante da sociedade, possa promover meios e informações necessárias para que a constituição da entidade familiar se dê de modo responsável.

Passar-se-á no próximo item à análise de algumas modificações e evoluções ocasionadas pelo EPD no campo das obrigações civis, verificando temas como o dano moral e responsabilidade empresarial.

3.3 Impactos das alterações na teoria das incapacidades no campo das obrigações

A questão da capacidade discutida neste trabalho e modificada pelo EPD, já demonstrou atingir campos relacionados à autodeterminação dos deficientes, à sua família, à sua parentalidade e à sua capacidade de prestar testemunho, mas seus efeitos não se esgotam nisto, no campo das obrigações também há muitos impactos.

A grande importância das mudanças que foram ocasionadas pelo EPD, encontra-se justamente no fato de que vários institutos contêm usos distintos, ao atingirem pessoas capazes e incapazes, como por exemplo no que tange às obrigações contratuais e ao direito empresarial, ao dano moral, dentre outros.

O deficiente até pouco tempo atrás era considerado incapaz e bem por isso não poderia abrir uma empresa, com o surgimento da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, essa realidade foi modificada, sendo que estas pessoas por não constarem mais no rol dos incapazes não são mais impedidas de constituírem empresas (SIQUEIRA, 2016).

Cabe ressaltar que, quando se trata de direito empresarial, o art. 972 do CC elenca quem pode ser empresário, referindo as pessoas que estão no pleno uso de sua capacidade e não forem legalmente impedidas, podem exercer a atividade empresarial. O incapaz possui uma ressalva no art. 974 do CC, onde refere que este necessita de assistência ou representação para continuar a gerir a empresa que possuía antes do acometimento da incapacidade, veja-se:

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização (BRASIL, 2002, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Os bens particulares que o incapaz já tinha em posse antes do advento da incapacidade não respondem por possíveis perdas da empresa, até porque seria

incorreto deixar sem bens um incapaz, que no momento de sua aquisição tinha capacidade e discernimento plenos.

Pelo que foi exposto, observa-se que não houve uma alteração no posicionamento da teoria da empresa, sendo que esta ainda prevê que o incapaz está impedido de constituir uma empresa individual, possuindo apenas a permissão para gerir uma empresa que já possuía, mediante assistência ou representação. No entanto, com a diminuição do rol de incapazes e a retirada da figura do deficiente deste rol, o deficiente passou assim a possuir o direito de constituir uma empresa individual, sem problema algum (SIQUEIRA, 2016).

O incapaz que já possuía empresa, deve requerer autorização judicial para a continuação das atividades desta. Essa autorização inclui um tipo de proteção do patrimônio, havendo uma espécie de inventário dos bens pessoais, estes não irão responder caso ocorra inadimplência das obrigações por parte da pessoa jurídica obrigada (TOMAZETTE, 2012).

Desta forma, torna-se claro que as pessoas com deficiência não encontrarão, em tese, obstáculo algum no que tange ao exercício empresarial, entretanto, a preocupação existente é referente aos diferentes tipos de deficiências. Não se referindo apenas casos de deficiência física ou sensorial, como também aos de deficiência mental ou intelectual, nestes incluídas as doenças tratadas pela psiquiatria, que distanciam na maioria das vezes o deficiente da visão correta de realidade.

A deficiência por si só não retira a capacidade, mas se for nítida a falta do poder de expressar sua vontade, então o deficiente passará a fazer parte do elenco dos relativamente incapazes e terá que ser assistido para poder fazer parte da sociedade empresarial.

Passando a outro tópico bastante importante, analisar-se-á o dano moral, que com a capacidade que foi adquirida pelos deficientes está plenamente garantido, sem qualquer sombra de dúvida.

No caso do dano moral, anteriormente entendia-se que somente as pessoas capazes poderiam padecer deste mal, pois em tese quem não tem capacidade não sofreria o abalo emocional e sem abalo não haveria dano, ocorre que em decisão recente este cenário começou a ser alterado.

O dano moral existe pelo fato de ter havido uma violação de um bem ou interesse jurídico, sem exigir que a vítima tenha sofrido dor ou qualquer outra modificação no seu

estado da alma. O dano moral é analisado pelo simples ataque em si a determinado direito, ou seja, houve uma violação, e não com sua consequência, com o resultado por ele provocado, isso independe da dor, tristeza a sentimentos semelhantes que recaíram sobre o deficiente, o que se analisa é a injustiça em si, esse é o posicionamento de boa parte da doutrina, como refere Cavalieri:

O dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. Com essa ideia, abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar dano moral." (CAVALIERI FILHO, 2018, p.79).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento semelhante, pois, em alguns de seus julgados a corte considerou vítimas de dano moral crianças e outras pessoas que tem um grau de discernimento muito reduzido, havendo na jurisprudência do STJ precedentes de dano moral, por violação a direito da personalidade, em relação a sujeitos cujo grau de discernimento é baixo ou nem ao menos existe.

Na decisão da 3ª Turma. REsp 1291247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que será abaixo analisada, o estado da pessoa não foi motivo suficiente ao afastamento do dano, pois, o fato de que esta pessoa no momento da ação lesiva não se encontrava em uso de sua capacidade, não afasta o caráter pejorativo e condenável da ação, sendo que fechar os olhos para esse tipo de conduta, seria desqualificar a vítima de seu papel de ofendida, veja-se a seguir um trecho da jurisprudência mencionada:

[...] 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de

saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada [...] (BRASIL, 2014, <<http://www.stj.jus.br>>).

Seria injusto um entendimento diverso, visto que embora não seja capaz de discernir, a imagem do menor, ou de qualquer outra pessoa que se encontre em situação de redução de discernimento temporária ou permanente, tem sua honra afetada, sua imagem focaliza-se no dano, no injusto e não na ciência por parte da vítima acerca da lesão.

Os entendimentos mostrados eram aplicados aos deficientes, pois se encontravam no rol dos incapazes, mas como agora são considerados plenamente capazes, não há o que se questionar sobre sua aplicação, mas vale lembrar que se o deficiente, além da deficiência, não possuir discernimento necessário ou então não tiver condições de expressar sua vontade, os entendimentos acima serão aplicados a ele, levando-se em conta a lesão de fato e não o abalo emocional sofrido.

Portanto, pode-se dizer que os tribunais pátrios, tem arguido entendimento de que o dano moral mesmo que não cause abalo emocional deve ser reprimido, caso contrário seria uma aceitação da desvalorização humana, quando se estaria permitindo que alguém atingisse moralmente outrem e saísse impune, somente por que este não possui uma noção completa da realidade.

Superada esta temática, passar-se-á no capítulo próximo a investigação das alterações trazidas pela Lei 13.146 na principal problemática proposta na presente pesquisa.

4 CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA, APLICABILIDADE COEXISTÊNCIA

No presente capítulo serão abordados os institutos da TDA e da curatela, com intuito de verificar a aplicabilidade de ambos, observando se de fato é possível que ocorra uma coexistência entre eles, e se essa coexistência em conjunto com os demais assuntos abordados ao longo dos capítulos, pode ser considerada uma das alterações positivas que ocorreram nos institutos protetores das incapacidades civis.

Na primeira parte do capítulo será abordada a TDA, verificando como esta se encontra prevista e qual sua real função. Logo em sequência será analisado o instituto da curatela, verificando quando este será aplicado, tendo em vista as mudanças ocasionadas pela Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.

Na parte final deste capítulo será analisada a possível coexistência destes dois institutos, se de fato um anula ou não o outro, verificando em que situação se aplicará a curatela e em qual se aplicará a TDA, e se a curatela se mantém após o surgimento do EPD, constatando-se como dito acima os benefícios que o EPD trouxe aos institutos protetores das incapacidades civis.

4.1 Da tomada de decisão apoiada

A figura da TDA, como referido em capítulo anterior, surgiu com o EPD (Lei 13.146 de 6 de julho de 2015), no momento em que este alterou o Título IV do Código Civil e fez com que esse título passasse a vigorar com o acréscimo do Capítulo III, o qual é formado por apenas um artigo e que refere justamente à novidade jurídica, chamada TDA.

A TDA pode ser diferente para cada caso, pois, para que ela seja consolidada, conforme artigo 1.783-A do CC, é necessária a formulação do pedido, no qual a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Cada pedido formulado pode ser diferente, depende dos limites que forem estabelecidos entre o apoiado e o apoiador, para alguns casos o auxílio pode ser

bem amplo, atingindo-os de forma mais severa, já em outros, esse apoio pode se restringir, atingindo o apoiado apenas em alguns de seus atos.

O artigo 1.783-A, já mencionado, que forma o Capítulo III do Título IV, se impôs, garantindo a forma de sua aplicabilidade, pois, este artigo explica em que consiste esta figura nova e como deve ser requerida, sendo observado que a mesma possui limites a ser respeitados, e pode ser acordada por prazo de vigência determinado e limites de atuação delimitados, como pode ser averiguado abaixo:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>)

Como visto acima, neste instituto novo, a pessoa com deficiência escolhe duas ou mais pessoas da sua confiança e que sejam idôneas, bem como com ela tenham vínculos, para lhe auxiliarem nos atos da vida civil. Essas pessoas não substituem a opinião do deficiente, mas apenas a complementam por meio de informações e outras formas de ajuda, para que este decida por si mesmo, realizando suas próprias escolhas (REQUIÃO, 2016).

Dá-se mais ênfase à possibilidade de escolha, possibilitando assim que o afetado pela TDA possa constituir em torno de si uma rede de pessoas baseada na confiança, para lhe auxiliarem, podendo estas serem familiares ou não, pois a questão sanguínea não é um requisito.

O modelo alternativo também tem sido muito encontrado em outros países, em alguns com o intuito de levar ao desuso a curatela, em outros o que se espera é causar sua completa exclusão e em alguns espera-se que ocorra uma coexistência pacífica dos dois institutos.

O artigo 1.783-A, que foi incluído no CC e trouxe à tona a figura da TDA, traz em seu parágrafo primeiro, a forma como o pedido de tomada de decisão apoiada deve ser formulado, referindo que a pessoa com deficiência e seus apoiadores devem apresentar um termo que vai dizer os limites do apoio que essas pessoas prestaram, bem como o prazo de duração do auxílio que será prestado.

O parágrafo segundo demonstra a necessidade de que o pedido de tomada de decisão apoiada, descreva de forma clara, quais serão as pessoas aptas como apoiadores, essa descrição clara evita equívocos da vontade que poderiam ser alegados posteriormente.

Em sequência, no parágrafo terceiro, o juiz analisará o pedido, ouvindo o requerente e as pessoas que lhe prestaram apoio, nestes atos o magistrado contará com o auxílio de uma equipe multidisciplinar e do Ministério Público, o qual lhe fornecerá sua oitiva.

Os Tribunais já estão decidindo em consonância com os preceitos antes mencionados, a necessidade de uma grande e qualitativa produção probatória no momento de analisar o pedido. Tem sido afirmada, nesse diapasão, que se justifica a realização da oitiva e todos os cuidados que o magistrado deve tomar ao proferir sua decisão, como pode ser verificado através do acórdão nº 70070966890, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatoria de Liselena Schifino Robles Ribeiro:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. CONTRADIÇÃO DAS PROVAS ANGARIADAS AO FEITO. NECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. Razoável a desconstituição da sentença, a fim de que seja realizada nova perícia por equipe multidisciplinar, nos termos do artigo 1.771 do Código Civil (com a nova redação dada pela Lei 13.146/15), com vistas a especificar minuciosamente a capacidade e as responsabilidades de Jéssica, em conformidade com a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, se for o caso, o procedimento especial de Tomada de Decisão Apoiada, destinado às pessoas que possuem algum tipo de deficiência, mas que podem exprimir vontade, na forma prevista no artigo 1.783-A do Código Civil, introduzido pela Lei nº 13.146/15. RECURSO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>)

Na jurisprudência acima mencionada, além da essencialidade da produção de provas, verifica-se que no caso da possibilidade de expressão de vontade, a medida adequada a ser seguida é a TDA.

O estatuto cuidou dessa forma, para que haja um procedimento adequado no processo de concessão da tomada de decisão apoiada, preservando aqueles que dela necessitam. Este cuidado também é visível no momento em que se delegou a própria pessoa que será apoiada o direito de escolha dos apoiadores (REIS, 2017).

A legitimidade ativa da TDA cabe somente ao sujeito que fará uso dela, ou seja, o deficiente, que terá o apoio de quem ele mesmo escolheu, as pessoas que o

apoiaram são frutos de suas escolhas e não imposições de terceiros como ocorria anteriormente, onde atos eram justificados pelo conceito de vulnerabilidade-proteção. Esse conceito como já referido no decorrer da pesquisa perdeu espaço para o conceito de vulnerabilidade-liberdade (REQUIÃO, 2016), como pode ser percebido através da leitura do texto abaixo transcrito, veja-se:

Trata-se de regime que, à semelhança da curatela, se constituirá também pela via judicial. O juiz, antes de decidir, deverá ouvir não apenas o requerente, como também os apoiadores, o Ministério Público e equipe multidisciplinar (artigo 1783-A, §3º). Note-se que a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1783-A, §2º), o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis (REQUIÃO, 2015, <<https://www.conjur.gov.br>>)

Os parágrafos quarto e quinto, do artigo 1783-A, do CC, acrescido, como já referido pela Lei 13.146/2015, referem acerca dos efeitos da TDA perante terceiros, a qual terá plena validade, mas cabe ressaltar que essa decisão deve estar prevista nos limites do apoio que foi assumido.

É uma faculdade do terceiro que tem relação de negócios com o deficiente, requerer que as pessoas que atuam como apoiadoras assinem em conjunto com o apoiado, deixando bem claro qual a função que exercem em relação a ele, demonstrando desta forma a ciência e a concordância com os atos que estão sendo praticados no negócio consolidado ou que esteja se consolidando.

Em alguns casos, haverá divergência entre o apoiado e os apoiadores, nestes casos, prevê o parágrafo sexto que caberá ao juiz, após oitiva do Ministério Público, decidir a questão, principalmente quando esta se pautar de negócios jurídicos que possam trazer algum risco, ou então prejuízos.

Caso haja negligência do apoiador, a pessoa apoiada pode oferecer denúncia ao Ministério Público ou ao juiz, como demonstra o parágrafo sétimo do artigo antes mencionado, cabendo ao apoiado ou a qualquer pessoa denunciar o apoiador, caso este seja negligente. Essa denúncia poderá ser oferecida tanto para o Ministério Público, bem como, para o juiz. (BRASIL, 2002).

Caso a denúncia acima mencionada se comprove, deve o juiz retirar do apoiador o encargo antes lhe atribuído e delegar este a pessoa diversa. A pessoa apoiada poderá participar da escolha de seu novo apoiador, até mesmo indicando nova pessoa de sua confiança.

Da mesma forma que a pessoa apoiada pode participar da escolha de novo apoiador, bem como, denunciar o antigo, ela pode também solicitar o término do acordo estabelecido por meio da tomada de decisão apoiada, como prevê o parágrafo nono do artigo que está sendo objeto de estudo, isso graças ao fato de que a TDA possui caráter temporário.

O apoiador também possui o poder de solicitar ao magistrado sua exclusão, sendo que isso será analisado e fica dependente da manifestação do juiz acerca do pedido.

Como visto, a TDA não é eterna, não sendo, portanto, o encargo de apoiador um encargo vitalício, pois, tanto o apoiado, o apoiador e o juiz podem por meios diferentes extinguirem o auxílio que foi outrora convencionado, estabelecendo outros vínculos com pessoas diversas.

Tendo como critério fundante a incapacidade de expressar sua vontade, a tomada de decisão apoiada poderá ser extinta caso a incapacidade deixe de existir, voltando assim, a pessoa apoiada a ter plenas rédeas sobre os rumos de sua vida e de seus bens.

As disposições referentes à curatela que versem acerca de prestação de contas são aplicáveis ao instituto da tomada de decisão apoiada, visto que o apoiador assume vínculos patrimoniais com o apoiado que devem ser esclarecidos de tempos em tempos.

Passar-se-á no próximo tópico ao estudo da curatela, conceituando-a e demonstrando em quais situações esta ainda possui aplicabilidade garantida, mesmo após o surgimento da TDA.

4.2 Da curatela

Antes de adentrar no tema da curatela propriamente dito, cabe diferenciar brevemente o curador especial (processual) do curador de fato. O curador especial age somente nos atos processuais, sendo que sua figura será necessária quando o incapaz não possuir representante legal ou ocorrer colisão de interesses. Ocorrerá então a nomeação, que é específica para o processo, podendo abranger, inclusive, os dois polos da relação jurídica processual. Esse tipo de curador agirá como representante ou assistente, conforme a incapacidade.

Esse tipo de curador especial é facilmente encontrado em ações previdenciárias, onde se busca o benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pois, o solicitante ao ingressar com a demanda não tinha comprovada sua incapacidade, mas quando no decorrer do processo, mediante laudo médico, esta incapacidade se comprova, faz-se necessária a representação processual mediante curador especial, que é a pessoa que atuará nos autos em nome e em prol dos interesses do solicitante (MAURO, 2011).

Já o curador de fato, diferentemente do que ocorre com o curador especial, age em todas as esferas da vida do curatelado, cuidando do bem estar, saúde e dos bens patrimoniais deste.

Feita a diferenciação, cabe verificar que o segundo tipo de curatela refere-se a um *múnus* público destinado ao auxílio de pessoas que já atingiram a maioridade legal, mas que por diversos motivos não possuem capacidade, a curatela dessa forma protege a pessoa e administra os seus bens (PELEGRIN, 2015).

A curatela destina-se a pessoas maiores de 18 anos que não possuem capacidade para administrar seus bens e tomar decisões sobre alguns aspectos da vida sem o auxílio de uma terceira pessoa, no caso o curador:

A curatela é o instituto utilizado para proteger aquele que, transitória ou permanentemente, é considerado incapaz para a prática dos atos da vida civil. Considerando a superveniência da incapacidade que pode decorrer de uma doença, por exemplo, o ordenamento jurídico visa primordialmente resguardar e proteger o incapaz, o seu patrimônio e os seus negócios (PENA, 2018, <http://www.migalhas.com.br/conteudo/verTexto.asp?codigo_migalhas=45977>). Reflexoes+sobre+a+curatela>).

Como visto, a curatela aplica-se àqueles que por causa transitória ou permanente são considerados incapazes para os atos da vida civil, em regra usa-se o fator idade, mas também pode ocorrer de algum outro fator que impeça o curatelado de expressar livremente a sua vontade.

Para cumprir com maestria sua função o curador deve ser pessoa capaz, deve zelar tanto pelos bens do curatelado, como também pelo bem estar e vida digna deste, sendo que a curatela não possui prazo certo para atingir seu término.

O objetivo principal da curatela como se pode observar acima, é cuidar primeiramente do ser humano, proporcionando a este, condições dignas de viver e interagir com o mundo, e somente em segundo plano curatelar seu patrimônio

(GAGLIANO, 2013). O elemento secundário é o patrimônio, sendo que o elemento primário é a vida do curatelado.

No Código Civil anterior ao vigente, como referido nos capítulos anteriores, era gigante a preocupação patrimonial, sendo que a pessoa muitas vezes não tinha o cuidado merecido, como já mencionado nos capítulos passados.

O instituto da curatela encontra-se previsto no Título IV, capítulo II, do CC, que trata dos institutos da Tutela, da Curatela e da TDA, iniciando pelo artigo 1.767, o qual prevê o rol de pessoas que estão sujeitas à curatela. O artigo 1.767 foi muito modificado pela Lei 13.146 de 2015, sofrendo severa redução.

Como visto no capítulo anterior, vários artigos deste título foram revogados (1.768 ao 1.773), as revogações acometeram principalmente os artigos que falavam da interdição, forma e procedimentos a serem tomados para alcançar sua efetivação.

Os artigos 1.774 que versa sobre a aplicação da curatela, as disposições da tutela e o artigo 1.775 que trata que o cônjuge ou companheiro que não tenha se separado, seja de fato ou de direito o curador do outro e elenca a ordem de quem será curador na falta deste, permaneceram.

Ocorreu a inclusão do artigo 1.775-A, o qual traz a possibilidade de que o magistrado delegue a curatela compartilhada, ou seja, a mais de uma pessoa.

O artigo 1.776 que falava da internação do interdito foi excluído, sendo que este assunto passou a se encontrar no artigo 1.777, o qual traz a preferência de que as pessoas incapazes permaneçam no convívio familiar e comunitário, sendo feito o possível para que estas não sejam segregadas.

Uma breve leitura do artigo 1.777 já revela que o antigo sistema brasileiro, que se pautava na internação e na retirada dos deficientes do meio social, tem sido rejeitado, partindo-se a uma visão comunitária atuante, na qual prefere-se sempre pelo convívio e adaptação social ao invés da internação, onde o Brasil já viveu horroresas cenas:

Lá suas roupas eram arrancadas, seus cabelos raspados e, seus nomes, apagados. Nus no corpo e na identidade, a humanidade sequestrada, homens, mulheres e até mesmo crianças viravam “Ignorados de Tal; [...] comiam ratos e fezes, bebiam esgoto ou urina, dormiam sobre capim, eram espancados e violentados até a morte (ARBEX, 2013, p.14).

Após justificar pelo trecho acima a existência do artigo 1.777, passar-se-á a análise do artigo 1.778, no qual se nota a preocupação com os herdeiros da pessoa

curatelada, pois, este artigo refere que existe uma autoridade não somente com a pessoa do curatelado, mas também com os filhos deste.

Outra mudança que ocorreu foi na Seção II, Da Curatela do Nascituro e do Enfermo ou Portador de Deficiência Física, onde foi revogado o artigo 1.780 que falava sobre os deficientes, sendo que agora esse título somente versa sobre os direitos do nascituro e sobre a hipótese no caso da genitora encontrar-se curatelada no momento do nascimento.

O exercício da curatela está previsto nos artigos 1.781, 1.782 e 1.783, os quais estabelecem que as regras da tutela podem ser usadas para a curatela exceto o que está no artigo 1.772, bem como referem sobre a internação do pródigo e da hipótese do cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens não necessitar prestar contas, fazendo isso somente em atenção à decisão judicial.

Com a concretização da análise feita acerca da curatela, cabe verificar no tópico abaixo qual o impacto que a curatela sofreu com o surgimento da tomada de decisão apoiada, com isso será verificada a subsistência da curatela, sua exclusão ou convivência pacífica entre os dois institutos mencionados, além de verificar qual a implicação que essa possível coexistência pode ocasionar nos institutos protetores das incapacidades civis.

4.3 A possível coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada

Com o surgimento da TDA, muito se indagou acerca da manutenção da curatela no sistema jurídico brasileiro, pois, em tese, o Brasil, não excluiu totalmente a figura da curatela de seu ordenamento jurídico, o que ocorreu foi a criação de um instituto menos severo que talvez venha a ocasionar o desuso da curatela no sistema jurídico brasileiro.

Para verificar se houve ou não exclusão da curatela e confirmar a ideia trazida acima, serão levantadas três hipóteses do que poderia ter ocorrido com a curatela após o surgimento da TDA.

A primeira hipótese afirma que a TDA não seria aplicada, pois, os juristas continuariam a adotar a curatela como meio de proteção do deficiente.

Ao se analisar esta primeira hipótese verifica-se que ela logo caiu por terra, pois, acreditava-se que a TDA não seria aplicada, continuando-se assim a aplicar a curatela em todos os casos que envolvessem direitos dos deficientes.

A curatela por ser regime mais rígido, priva de forma mais severa a autonomia dos deficientes, sendo que estes passam a ter muito mais setores das suas vidas sendo atingidos do que quando instaurada a TDA.

Tratam-se de dois regimes diferentes, a curatela não é aplicada com exclusividade devido ao fato de que a TDA por ser menos severa e se basear na capacidade de expressão, preserva a autonomia daqueles deficientes que possuem noção de seus atos e de suas vidas, expressando livremente suas vontades (TARTUCE, 2017).

Como se pode perceber, alguns tipos de deficiências, como no caso das pessoas com síndrome de down, pode ser decretada a tomada de decisão apoiada, como medida alternativa à curatela, pois, com amparo e apoio que esse instituto visa garantir, essas pessoas podem desenvolver independência, gerando assim sua autonomia, com escolhas conscientes e seguradas por pessoas nas quais o deficiente escolheu e possui confiança (ORTEGA, 2017).

Portanto, verifica-se que a primeira hipótese restou excluída, pois, como visto, para aqueles deficientes que possuem capacidade de expressão, a tomada de decisão apoiada, por se basear justamente na possibilidade de escolha do deficiente é medida mais adequada, notável desta forma que a hipótese primeira não possui meios de se sustentar (REIS, 2017).

Passar-se-á neste momento a análise da segunda hipótese a qual afirma que a tomada de decisão apoiada causaria a exclusão completa da curatela do sistema jurídico brasileiro.

No mundo existem vários exemplos de modelos alternativos à curatela, os quais podem-se observar alguns efeitos, como no caso do que ocorreu na Áustria, onde existe a figura da *Sachwalterschaft*, o seu surgimento causou a exclusão da curatela do sistema jurídico vigente naquele país (REIS, 2017).

Também na Itália, de forma semelhante o instituto alternativo, chamado *amministrazione di sostegno*, foi criado com o objetivo de provocar o desuso do instituto da curatela (REIS, 2017).

Para rechaçar a segunda hipótese, cabe ressaltar que se trata de dois institutos distintos, a curatela e a TDA, diferindo entre si, sendo que na curatela o indivíduo é representado ou assistido pelo curador não atuando diretamente, mas sim por meio de outra pessoa, contrariamente do que ocorre na TDA, onde o indivíduo atua de mais forma direta, mesmo que conte com o auxílio de seus apoiadores.

Como será visto, a TDA, não é via de regra alternativa à curatela, sendo que em alguns casos isso pode ocorrer, como exposto acima, quando se tratar de pessoas com síndrome de *down* por exemplo, mas essa substituição não ocorre para todas as formas de curatela:

Todavia, não se trata a TDA, em regra, de meio alternativo à curatela. Esta última, embora tenha sido reformulada e limitada quanto ao seu alcance, ainda permanece como o instituto de representação de pessoa maior relativamente incapaz com impossibilidade de manifestar vontade e se impõe a partir de determinados requisitos, na forma da lei. Isto posto entendemos que diante de um caso de pessoa maior, que apresente determinada deficiência, seja permanente ou não, que lhe impossibilite manifestar vontade, por exemplo, alguém com deficiência mental severa ou pessoa em estado de coma, não se espera que haja a opção entre propor uma ação de curatela ou uma de TDA, sendo forçoso, em tais exemplos, o estabelecimento da curatela, sem sombra de dúvidas. Não há, portanto, ideia de alternativa (REIS, 2017, <<https://msreisjr.tomada-de-decisao-apoiada>>).

Como visto acima a curatela ainda possui aplicabilidade nos casos em que a pessoa maior, que apresente deficiência não conseguir expressar sua vontade, sendo que nesses casos não deve ser substituída pela TDA. O que se observa é que o crivo entre o que vai para curatela ou não, baseia-se na aptidão que a pessoa atingida tem de expressar sua vontade.

Bem por isso, se diz que foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro apenas a figura da curatela completa, que ocorria mediante um processo de interdição, onde ao seu findar o magistrado conhecia a incapacidade do deficiente. Na curatela completa toda a vida do deficiente era afetada, tanto seus bens patrimoniais, quanto seu poder de escolha cotidiano.

Não resta, portanto, totalmente excluída a curatela, o que não é mais admitido é que ela atinja de forma absoluta a pessoa do deficiente, portanto, seu campo de atuação deve se restringir apenas ao patrimônio deste (STOLZE, 2015).

No que tange às demandas judiciais de curatela, a TDA pode ser considerada como meio de solução apropriada a um determinado caso, ou então pode ocorrer que ela seja estabelecida como um tipo de medida preventiva que servirá até o momento em que a pessoa seja declarada relativamente incapaz (REIS, 2017).

A TDA como visto, não anula a possibilidade de curatela, pois, a TDA é um novo instituto a coexistir com curatela e também com a tutela, não podendo ser

considerado como meio substitutivo, sendo um instrumento intermediário (REIS, 2017).

Pelos motivos acima expostos, foi totalmente rechaçada a segunda hipótese, verificando que embora a tomada de decisão apoiada seja aplicável a muitos casos, ela não excluiu totalmente a figura da curatela do ordenamento jurídico brasileiro, mantendo-se, portanto, a curatela a alguns casos onde apesar de maior de idade a pessoa possui tal incapacidade que lhe é completamente impossível a esta expressar sua vontade.

A terceira e última hipótese a ser estudada, defende a ideia de que é possível que estas duas figuras coexistam no sistema jurídico brasileiro, sem que uma venha a anular a outra.

Seguindo essa linha de pensamento, tanto a curatela como a TDA teriam aplicabilidade, só que ambas em momentos e situações distintas, a curatela seria aplicada nos casos de pessoas maiores de idade incapazes e que não podem expressar suas vontades. Já a TDA aplicar-se-ia aos deficientes que apesar de suas limitações conseguem expressar essa vontade ou necessitam apenas de um apoio limitado a ser prestado por pessoas de sua confiança.

Embora os dois institutos sejam parecidos e muitas vezes regidos pelas mesmas normas, como ocorre na aplicação das disposições que dizem respeito a prestação de contas já previstas para a curatela, os institutos de fato não se confundem na sua aplicabilidade, sendo que cada um atinge um grupo de pessoas diferentes.

A TDA atinge os deficientes que conseguem expressar suas opiniões e então por intermédio dessa expressão de vontade, eles escolhem duas pessoas de sua confiança (como visto anteriormente) para lhe auxiliar, ou seja, confirmar suas decisões, conforme se observa pela análise do texto abaixo:

O benefício introduzido pela TDA em nosso ordenamento é a possibilidade de proporcionar à pessoa deficiente uma atuação de forma direta na condução das suas relações civis de caráter patrimonial ou negocial, tendo por suporte a orientação dos seus apoiadores legais. A decisão da pessoa apoiada, conforme o § 4º, do artt. 1.783-A/CC “terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”(REIS, 2017, < <https://msreisjr.jusbrasil.com.br>>).

Na curatela esses deficientes não conseguem ter uma noção da própria realidade e desta forma necessitam que alguém tome várias atitudes em nome deles,

preservando o bem estar e o seu patrimônio, nessa figura não há uma cooperação ou complemento de opiniões e sim um terceiro (o curador) que decide pelo deficiente.

Neste capítulo, onde já foram analisados os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, levantando-se três hipóteses que diziam respeito ao destino da curatela diante das novidades trazidas pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, verificou-se a eliminação das duas primeiras.

Passar-se-á à análise da subsistência da última hipótese, a qual prevê uma coexistência pacífica entre os institutos da capacidade civil.

Como visto na análise das duas primeiras hipóteses, a curatela não é aplicada com exclusividade no Brasil, bem como a TDA não vem com o intuito de excluir de vez a existência da curatela.

Mas, se nenhuma das duas hipóteses anteriormente levantadas foi confirmada, restou então apenas a terceira hipótese, a qual prevê uma existência pacífica entre os dois institutos, essa existência se justifica, pois, como visto anteriormente, os públicos que serão atingidos pelos dois institutos são completamente distintos, bem por isso um instituto não visa eliminar o outro do ordenamento, sendo que suas esferas de atuação não se comunicam, como pode ser aferido pela leitura abaixo:

Ademais, são eles institutos de natureza distinta, pois na curatela o indivíduo é representado ou assistido pelo curador e não atua diretamente, ao passo que na TDA o indivíduo atua de forma direta, ainda que conte com o auxílio de seus apoiadores (REIS, 2017, <<https://msreisjr.jusbrasil.com.br>>).

Portanto, como visto, no Brasil preferiu-se ocasionar a convivência entre a curatela e a nova figura, o surgimento da TDA, não é, neste caso, uma completa e incondicional exclusão da curatela no Brasil, como fora verificado no avançar dos estudos realizados.

Pelo exposto, entende-se que no que tange aos institutos protetores das incapacidades civis, verifica-se que a coexistência pacífica entre a figura da curatela e da TDA somente trará benefícios às pessoas com deficiências, pois a TDA atenderá a maioria dos deficientes que ainda possuem meios de manifestar suas vontades de forma consciente e os demais que estejam privados desta capacidade de expressão serão curatelados, dentro dos limites impostos pela curatela.

Cumpra-se desta forma o real intuito dos institutos protetores das incapacidades civis que é o de zelar para que as pessoas com deficiência tenham

uma vida pautada em meios que lhe permitam alcançar a dignidade, o EPD ao trazer a figura da TDA e fazer com que esta conviva e complemente a curatela, reafirmou esse intuito, lhe acrescentando uma pitada de autonomia, pautando-se desta forma no conceito de dignidade-liberdade.

Essas são algumas das novidades trazidas pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, mas ainda há muito a ser abordado e com certeza será de grande valia, pois, embora as correntes apoiadoras e críticas ainda estejam alvoroçadas com o surgimento desta lei, ainda não se sabe ao certo todos os impactos jurídicos que virão à tona.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, objetivou-se analisar as alterações produzidas nos institutos protetores da incapacidade civil que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o código civil pátrio. Para tanto, verificou-se a evolução do tratamento delegado aos deficientes e o impacto da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 na capacidade civil. Essa análise foi efetuada com base em tratamentos destinados na antiguidade até os que são adotados nos dias atuais, verificando qual a posição que o sistema jurídico tem adotado quanto a isso.

No capítulo número dois restou claro, na exposição histórica que os deficientes, têm sofrido ao longo dos séculos com um tratamento desumano que muitas vezes encontrou-se positivado nos sistemas jurídicos mundiais, sendo que em muitas culturas e por muito tempo era permitido até a morte das crianças deficientes, visto que estas eram consideradas estorvos sociais.

Em análise dos diplomas legais, neste mesmo capítulo, constatou-se que com o decorrer do tempo alguns diplomas começaram a se preocupar com as pessoas com deficiências, os diplomas pioneiros nesse campo foram as convenções internacionais que em muito influenciaram as constituições pátrias, fazendo com que estas inserissem em seus textos algumas menções protetivas.

Um exemplo de que as constituições pátrias foram influenciadas pelas convenções internacionais, encontra-se na atual constituição brasileira, a qual prevê diversos meios protetivos, contando com princípios norteadores que nada mais são do que guardiões da condição humana e das necessidades do povo brasileiro.

Seguindo a linha dos diplomas legais anteriormente mencionados os códigos civis (atual e o de 1916) e outras leis internas também começaram, embora timidamente andar ao encontro da proteção do deficiente, proporcionando a estes meios de interagir com a sociedade, garantindo em tese uma educação de qualidade, dentre outras formas inclusivas que foram adotadas.

No capítulo número três inicialmente foi verificado os impactos que o EPD ocasionou na capacidade civil, constatando por meio das modificações no rol das incapacidades, que o deficiente adquirir capacidade absoluta para os atos da vida civil, podendo devido a sua capacidade inclusive prestar testemunho, sendo que este deve ser facilitado mediante meios de auxílio.

Constatou-se com o decorrer deste capítulo que os deficientes adquiriram direitos no campo familiar, como direito ao matrimônio e à parentalidade, sendo que o Estado é proibido de interferir de forma coercitiva nesses dois campos da vida. Foi ressaltado o direito ao planejamento familiar, que deve contar com as mais diversas informações, práticas como a da castração ficou veementemente vedada, por ser ato degradante que inibe o planejamento familiar e põe em risco o deficiente, mas que infelizmente já foi muito usada por muitos povos.

Ao findar do artigo número três, verificou-se as modificações no campo das obrigações, dentre elas o fato de que agora o deficiente pode ser empresário, pois, como dito, este é visto pela legislação brasileira como uma pessoa absolutamente capaz.

Além do direito empresarial, foi ressaltada a questão do dano moral, informando que mesmo antes da vigência do EPD este já vinha sendo aplicado sempre com base no ato danoso e não na percepção tida pelo deficiente acerca desse ato, ou seja, causando tristeza ou não ao deficiente, pune-se de qualquer forma a conduta danosa realizada.

O último capítulo, ou seja, capítulo número quatro iniciou com a análise da TDA, conceituando-a e demonstrando como ocorreu seu surgimento e a quem ela visa beneficiar.

Foi demonstrado que a TDA surgiu com a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 e veio com o intuito de conceder mais autonomia aos deficientes, ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, visto que estes podem escolher duas pessoas nas quais confiem para lhe auxiliarem nos atos da vida civil.

Logo após conceituar a TDA, partiu-se para a análise e ao conceito da curatela, verificando-se que essa figura é aplicável às pessoas maiores que não possuem capacidade de expressar suas vontades, sendo um *múnus* público, que visa a proteção do deficiente.

Como encerramento do capítulo quarto e do presente trabalho foi verificada a possibilidade de coexistência da TDA e da curatela, sem que um instituto viesse a causar a anulação do outro, para tanto foram levantadas três hipóteses do que ocorreria com esses institutos sendo refutadas as duas primeiras, as quais acreditavam que apenas um instituto subsistiria, restou a terceira hipótese como válida.

A terceira hipótese refere acerca da coexistência entre a TDA e a curatela, levando em consideração que ambos os institutos possuem campos de atuação distintos, atingindo e auxiliando públicos diferentes, portanto, não haveria questão de anulabilidade e sim de coexistência pacífica, sendo que um complementa as particularidades que o outro não é capaz de alcançar em sua atuação.

Respondendo, portanto, ao problema da presente pesquisa, que era: quais alterações ocorreram nos institutos protetores das incapacidades civis, regulados pelo Código Civil pátrio, a partir do Estatuto da pessoa com deficiência? Pode-se responder que diversas foram as alterações conforme foi tratado nos capítulos referidos, mas muito especialmente pode-se concluir-se que os deficientes foram tardiamente amparados pelas legislações mundiais, sendo que por muito tempo e até em algumas situações nos dias atuais não encontram o amparo necessário, fato que dificulta em muito a interação e integração com a sociedade que os cerca.

O EPD veio, no Brasil, reparar essa situação, retirando os deficientes do rol dos incapazes sendo que apenas permanecem sendo considerados absolutamente incapazes as pessoas menores de 16 anos e não mais os deficientes, visto que esses nos dias atuais possuem capacidade plena.

Além de retirar as pessoas com deficiência do rol dos incapazes o EPD também trouxe consigo a figura da TDA, a qual indubitavelmente delega mais autonomia aos deficientes e como visto permitiu sua coexistência com a figura da curatela fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro esteja mais preparado para atender a todos os públicos que dele necessitarem.

Ao findar do presente trabalho resta a certeza de que muito se evoluiu em prol da dignidade dessas pessoas com necessidades especiais, principalmente ao que tange aos institutos protetores das incapacidades civis, que como visto foram alterados para melhor (surgimento da TDA, retirada do rol dos incapazes, aquisição da capacidade de abrir uma empresa, constituir matrimônio, família...) mas ainda há muito a se evoluir, para garantir uma dignidade de fato o EPD deve ser observado e cumprido a risca, o legislador criou uma lei de caráter inclusiva, a qual se entende que veio beneficiar os deficientes, mas cabe ao Estado juntamente com a sociedade criar meios que garantam uma aplicabilidade plena desta lei.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Revista BIOETHIKOS**, 2013, p. 18-26. Disponível em: < <https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>>. Acesso em: 05 de jan. 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro** – vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BRANCO, Thayara Castelo. O Holocausto manicomial: trechos da história do maior hospício do Brasil!. **Justificando**, 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/05/o-holocausto-manicomial-trechos-da-historia-do-maior-hospicio-do-brasil/>>. Acesso em: 02 de fev. 2018.

BRANT, F.; REIS, J. R. Princípio da solidariedade na Constituição Federal brasileira de 1988: uma nova perspectiva social. In: **III Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado**. 2016. Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/issue/view/80>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2018

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 8 ed. 2008.

CLETO, Vinicius Hsu. A convenção de Nova Iorque e o estatuto da pessoa com deficiência: ordenamento brasileiro e políticas públicas, **Conteúdo Jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-convencao-de-nova-iorque-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-ordenamento-brasileiro-e-politicas-publicas,57368.html>>. Acesso em 25 jan. 2017.

COLLAÇO, Bianca. Tutela e guarda: sobre as formas de proteção do menor de idade no ordenamento brasileiro. **Direito Diário**, 2016. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/tutela-e-guarda-sobre-as-formas-de-protecao-do-menor-de-idade-no-ordenamento-brasileiro/>>. Acesso em 21 de abril de 2018.

CONCEIÇÃO, Catarina Vargues. Parentalidade. **Knoow**, 2016. Disponível em: <http://knoow.net/ciencsocioishuman/psicologia/parentalidade/>. Acesso em: 10 de fev. 2018.

FERNANDES, Mateus. Escusa dos tutores e prazos para apresentar escusa conforme o NCPD, **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://mateusfernandesoficial.jusbrasil.com.br/artigos/342107531/escusa-dos-tutores-e-prazos-para-apresentar-escusa-conforme-o-ncpc>>. Acesso em: 22 de abril de 2018

FURST, Marcela. O estatuto da pessoa com deficiência e o direito à família. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <<https://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/305114606/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-direito-a-familia>>. Acesso em: 03 de abril 2018.

GARCIA, Vinicius Gaspar, As pessoas com deficiência na história do mundo, **Bengala Legal**, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em 20 de março de 2018.

HORTA, Raul. **Direito constitucional**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual do direito constitucional**. 9 Ed. Editora Coimbra. 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. As contradições do Estatuto da pessoa com deficiência, **Migalhas**, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/MI255264,101048>> As+contradicoes+do+Estatuto+da+pessoa+com+deficiencia>. Acesso em 05 jan. 2017.

Organização das Nações Unidas, Assembleia Geral das Nações Unidas. **A convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 2006. Disponível em: <<https://www.selursocial.org.br/convencao.html>> Acesso em: 10 jul. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Todo gênero de louco – uma questão de capacidade. Belo Horizonte. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 1999. Disponível em: <http://gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rodrigo_da_Cunha/Generolouco.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

REIS, Manuelito. A Tomada de Decisão Apoiada. Funcionalidade do instituto sob a ótica da Síndrome de Down. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://msreisjr.jusbrasil.com.br/artigos/446987056/a-tomada-de-decisao-apoiada>>. Acesso em: 01 de jan. 2018.

REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em 18 de fev.2018.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Jus PODIVM, 2016.

SANTOS, Natalia de França. O infanticídio indígina no Brasil: O universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural, **Derecho y Cambio Social**, 2016. Disponível em: <<http://www.anml.org.br/wp-content/uploads/2016/12/O-infantic%C3%ADdio-ind%C3%ADgena-Natalia-de-Fran%C3%A7a-Santos.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Dignidade da pessoa humana. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

STOLZE, Pablo. Novo curso de direito civil - responsabilidade civil. 13 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 5 Ed . São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Flávio. Manual de direito civil. 6 Ed . São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Flávio. O que é eficácia horizontal dos direitos fundamentais?. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/direitos-fundamentais>>. Acesso em 23 de abril de 2018.

_____, 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 Parte I. **Migalhas**, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes>>. Acesso em: 19 de fev. 2018.