



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

CAROLINA RODRIGUES FARIAS

**A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA SOB A PERSPECTIVA DA
IGUALDADE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

FORTALEZA

2016

CAROLINA RODRIGUES FARIAS

A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA SOB A PERSPECTIVA DA
IGUALDADE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial à obtenção do bacharelado em Direito.

Área de concentração: Direito Civil. Direitos
fundamentais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Beatriz Rêgo Xavier.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

F224c Farias, Carolina Rodrigues.
A curatela e a tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da igualdade constitucionalmente assegurada às pessoas com deficiência / Carolina Rodrigues Farias. – 2016.
72 f.: 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Profa. Dra. Beatriz Rêgo Xavier.

1. Deficientes. 2. Curatela. 3. Tomada de decisão apoiada. I. Título.

CAROLINA RODRIGUES FARIAS

A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA SOB A PERSPECTIVA DA
IGUALDADE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial à obtenção do bacharelado em Direito.

Área de concentração: Direito Civil. Direitos
fundamentais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Beatriz Rêgo Xavier.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Beatriz Rêgo Xavier (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Theresa Rachel Couto Correia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Milena Sousa de Oliveira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus,

Aos meus pais, Maria do Socorro Rodrigues
Farias e Geminiano de Siqueira Farias.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me concedido a benção de fazer parte de uma família tão incrível quanto a minha, a qual me ensinou o verdadeiro significado de amar, cuidar e ensinar, me transmitindo todo o apoio necessário para que eu me interessasse pelos estudos e pudesse, com esforço e dedicação, ingressar no tão sonhado curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Em particular, aos meus pais e ao meu irmão, por sempre acreditarem em mim e me incentivarem a alçar voos cada vez maiores na minha vida pessoal e acadêmica, jamais permitindo que eu desistisse dos meus objetivos.

Aos meus amigos da época de colégio, representados na figura de Andreza Teles, Giovanna Bazan, Marina Arruda, Marília Studart, Ana Virgínia Aquino e Sammylle Castro, os quais compartilharam comigo as mudanças, angústias e felicidades de minha infância e adolescência, contribuindo para a formação do meu caráter e da pessoa que me tornei.

Às maravilhosas amizades que fiz na Faculdade de Direito, sobretudo às “Garotonas”, às “Azamiga FD” e ao Lucas Andrade, melhores pessoas que eu poderia encontrar durante minha graduação, as quais me ajudaram a dividir o peso das responsabilidades e sérias escolhas que essa fase da vida exige.

Ao meu querido namorado, Victor Teixeira, companheiro de faculdade e de estágio, que me proporcionou alguns dos momentos mais especiais da minha vida no último ano, me ensinando não só lições de Direito, mas também a me tornar uma pessoa melhor.

À Defensoria Pública da União no Estado do Ceará, local em que estagiei durante 1 ano e 10 meses, o qual me proporcionou conhecer seres humanos incríveis, que me fizeram ainda mais apaixonada pela ciência do Direito, sendo essenciais para a minha formação acadêmica, em especial ao Dr. Daniel Teles Barbosa, ao Dr. Anderson Lopes Gomes, à Dra. Gislene Frota Lima, e às minhas amadas “Matutinas DPU”, melhores amigas de estágio.

À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Beatriz Rêgo Xavier, por ter tido a paciência e a dedicação necessárias para me guiar neste trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

A Lei nº 13.146/2015, a chamada Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, operou profundas modificações em diversos diplomas legislativos, dentre eles o Código Civil de 2002, particularmente no que se refere à teoria das incapacidades e as medidas a ela correlatas, como a curatela, que se tornou excepcional, e o novel instituto da tomada de decisão apoiada. Decerto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao eliminar a noção de que toda pessoa com deficiência é, necessariamente, incapaz, excluiu do rol dos incapazes, no Código Civil de 2002, as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuísem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; as que, por “deficiência mental”, tivessem o discernimento reduzido; bem como as excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Nesse sentido, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, parte da doutrina civilista já se posicionava com ressalvas acerca dessa mudança de paradigma, afirmando que as pessoas com deficiências devem efetivamente ser protegidas no âmbito das relações civis com terceiros em virtude de serem indivíduos vulneráveis pela deficiência que apresentam, em límpida visão dessas pessoas apenas sob a perspectiva material do princípio/direito fundamental à igualdade. Desta feita, o que se pretende com o presente estudo é constatar, sob a perspectiva da igualdade formal e material constitucionalmente assegurada às pessoas com deficiência, se as transformações inseridas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada de fato significam a desproteção jurídica das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Curatela. Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT

Law number 13.146/2015, the so-called Person with Disability Inclusion Law, has been responsible for profound modifications in many pieces of legislation, among them the Civil Code of 2002, particularly in what concerns to the incapacity theory and to the measures correlated to it, as a guardianship, to what became exceptional, and the new institution of the supported decision making. Certainly, the Person with Disability Statute, by eliminating the notion that a person with disability is necessarily incapable, has excluded from the roster of incapables, in the Civil Code of 2002, the people who by infirmity or mental disability, do not possess the necessary judgment capacity to the practice of acts of civil life; the ones who, by “mental disability”, possess reduced judgement capacity; also the exceptional people without full mental development. In this sense, even before Law number 13.146/2015 coming into effect, part of the civil doctrine was already positioned with reservations regarding the paradigm change, affirming that people with disabilities should effectively be protected regarding the relations with a third party due to the fact that these individuals have a vulnerability caused by the disability they present, in a clear vision of these people only under the material perspective of the principle/fundamental right to equality. Thus, this study intends to determine, under the perspective of formal and material equality constitutionally assured to people with disability, if the transformations inserted by the Person with Disability Statute in the institutions of guardianship and of supported decision making indeed mean the legal neglect of the people with disability.

Keywords: Person with disability. Guardianship. Supported decision making.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO...	12
2.1 Histórico dos modelos de aferição de deficiência.....	12
2.2 A teoria das incapacidades no Código Civil de 2002	15
2.2.1 A curatela no Código Civil de 2002	21
2.3 A curatela e a tomada de decisão apoiada no Código Civil de 2002 após as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	24
3 A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	32
3.1 Breve histórico.....	32
3.2 A igualdade positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988.....	34
3.2.1 Igualdade formal e igualdade material	38
4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	47
4.1 A necessária relação dialógica entre o Direito Civil e o Direito Constitucional na contemporaneidade.....	47
4.2 A curatela e a tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da igualdade formal e material	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, após um período de 180 dias de *vacatio legis*, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 02 de janeiro de 2016, operando significativas modificações na teoria das incapacidades, bem como em seus institutos adjacentes, como a curatela, a qual se tornou medida excepcional. Ainda, referida legislação instituiu a possibilidade de tomada de decisão apoiada pelas pessoas com deficiência, em um nítido avanço para a inclusão social dessas pessoas.

Ocorre que, antes mesmo da entrada em vigor do aludido diploma legal, parte da doutrina civilista já esboçava as primeiras impressões e críticas acerca das alterações ocorridas no Código Civil de 2002, afirmando que as pessoas com deficiências devem de fato ser protegidas no contexto das relações civis com terceiros por serem indivíduos vulneráveis, e que, portanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência deveria ser aplicado com ressalvas, em nítida visão dessas pessoas somente sob o aspecto material do princípio/direito fundamental à igualdade.

Os profundos impactos que as transformações introduzidas no Código Civil de 2002 pela Lei nº 13.146/2015, especificamente no que atine à mutação da perspectiva das pessoas com deficiência como seres capazes de realizar por si só os atos da vida civil em igualdade de condições com as pessoas ditas “normais”, assim como a experiência de estágio na Defensoria Pública da União, em que tanto na seara cível, quanto na previdenciária, há imenso contato com pessoas com deficiência que buscam, inúmeras vezes sozinhos, seus direitos, inspiraram a temática do trabalho de conclusão de curso que ora se delineia.

No presente trabalho, pretende-se, pois, analisar, sob a perspectiva da igualdade formal e material constitucionalmente assegurada às pessoas com deficiência, as mutações perpetradas pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência nos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, constatando se referidas modificações de fato ocasionam uma desproteção das pessoas com deficiência no âmbito de suas relações civis.

A metodologia utilizada sustenta-se em análise descritiva desenvolvida por meio do estudo de livros, artigos científicos, publicações especializadas, dissertações de mestrado, teses de doutorado, bem como da legislação que trata acerca da temática.

No primeiro capítulo, realizar-se-á um apanhado dos modelos de aferição de deficiência já existentes na história mundial fazendo um paralelo com as principais alterações

introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil de 2002 no que se refere à teoria das incapacidades e aos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada.

No capítulo segundo, demonstrar-se-á o modo como a igualdade está positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988, ora como princípio, ora como direito fundamental, conceituando e diferenciando igualdade formal e igualdade material.

Ao final, no terceiro capítulo, haverá a efetiva análise dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da igualdade constitucionalmente assegurada às pessoas com deficiência, sendo realizado um breve estudo acerca da “Constitucionalização do Direito”, assim como da necessária dissociação entre questões existenciais e patrimoniais da vida civil desses indivíduos.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tratamento legal conferido à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro perpassa, necessariamente, pelo estudo dos modelos de aferição de deficiência já existentes na história mundial, bem como pela análise da teoria das incapacidades e dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada nos Códigos Civis de 1916 e 2002, em momento anterior e após as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1 Histórico dos modelos de aferição de deficiência

Historicamente, as pessoas com deficiência são vistas pela sociedade como indivíduos marginalizados, os quais padecem de um mal grave, sendo, portanto, seres humanos passíveis de pena e compaixão.

No decorrer da evolução social, perpassando pelas mais diferentes culturas, é possível aferir os diversos enfoques conferidos às pessoas com deficiência por meio de modelos, isto é, espécies de padrões de entendimento adotados acerca da deficiência.

Inicialmente, importante destacar que a análise que se pretende fazer neste tópico limita-se à divisão proposta pela doutrina de Agustina Palacios e Francisco Bariffi¹, e de Beatriz Martínez Ríos², em modelo de prescindência, modelo médico ou reabilitador e modelo social. Referida escolha justifica-se no fato de que a doutrina selecionada demonstra com maior clareza a evolução do modelo médico para o modelo social de aferição de deficiência, mais utilizado atualmente nas legislações internas dos países, bem como nos tratados internacionais. Contudo, existem outras ramificações aclamadas pela doutrina, como, por exemplo, a de Arlene S. Kanter que classifica os modelos em: médico, social, das minorias e cultural³.

¹ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid: Cinca, 2007.

² RÍOS, Beatriz Martínez. **POBREZA, DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN A LOS COSTES EXTRAORDINARIOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU CONTRIBUCIÓN A LA POBREZA DESDE UN ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS**. Madrid: Cinca, 2011.

³ SOUZA, Rafael Barreto. **Implementação no Brasil do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Os impactos da constitucionalização do direito à plena capacidade jurídica**. 2013. p. 59. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013 *apud* KANTER, Arlene S., **The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011, p. 412.

Consoante lecionam Palacios e Bariffi⁴ e Ríos⁵, o modelo de prescindência é o de origem mais antiga, remontando à época da Idade Média. Nesse modelo, considera-se que as causas que dão origem à incapacidade têm cunho religioso. As pessoas com deficiência assim o seriam por estarem sofrendo um castigo divino. A sociedade, pois, “prescindia” de tais pessoas, concluindo que estas não seriam úteis para as necessidades da comunidade.

Nesse contexto de exclusão, as pessoas com deficiência tornavam-se parte de grupos sociais marginalizados ou transformavam-se em vítimas de submodelos, como o eugenésico, existente na antiguidade clássica, o qual cultivava a prática do infanticídio de crianças com anomalias.

No Brasil, as consequências desse modelo podiam ser sentidas, sobretudo, à época da Colônia, na qual as pessoas com deficiência eram agrupadas e segregadas em locais como as Santas Casas de Misericórdia⁶.

Ríos acrescenta que esse modelo continua em vigor, utilizando como exemplo as legislações, de diversos países europeus, que tratam da possibilidade de aborto eugênico, o qual, em linhas gerais, é realizado quando há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos ou mentais⁷.

O segundo modelo é chamado de médico ou reabilitador. Palacios e Bariffi relatam que o surgimento desse modelo se consolidou, no âmbito legislativo, no início do século XX, mais precisamente ao final da Primeira Guerra Mundial⁸.

Referido modelo aduz que a deficiência possui sua gênese em motivos científicos, e não religiosos, como acreditava o modelo de prescindência. Destarte, as pessoas com deficiência não são consideradas inúteis à comunidade, desde que estejam “reabilitadas”, ou seja, “curadas”, ou, ainda, em processo de tratamento médico.

Beatriz Ríos enfatiza que, por meio desse modelo, é atribuído um sentido negativo à deficiência, a qual é vista como um problema que deve ser solucionado através da “normalização”, a fim de que o indivíduo possa ser incluído na comunidade em que vive. Foi com fundamento nesse modelo que surgiram os chamados manicômios no Brasil, locais onde

⁴ PALACIOS e BARIFFI, *op. cit.*, p. 14.

⁵ RÍOS, *op. cit.*, p. 34.

⁶ FEITOSA, Ana Vlândia Martins. **A relação dialógica entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o regime jurídico das incapacidades**: uma aplicação aos adultos com síndrome de Down. 2014. p. 21. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014 *apud* LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

⁷ RÍOS, *op. cit.*, p. 35.

⁸ PALACIOS e BARIFFI, *op. cit.*, p. 16.

muitas pessoas com deficiência eram medicadas e sofriam, inclusive, choques elétricos, a fim de “consertarem seus defeitos”⁹.

Infere-se, pois, que o modelo médico é o responsável pela necessária - pelo menos do ponto de vista da literalidade das legislações civilistas brasileiras - correspondência entre deficiência mental e incapacidade, culminando na taxatividade de alguns indivíduos como incapazes para a prática dos atos da vida civil apenas por serem “enquadrados” em uma perícia médica como portadores de algum tipo de deficiência mental, conforme será visto no tópico seguinte do presente trabalho.

Por fim, o modelo social, que se solidificou no final dos anos 1960 e início dos anos 1970, sobretudo nos Estados Unidos e no Reino Unido, onde se intensificaram as lutas pela defesa dos direitos civis, sustenta que a deficiência não seria originada por razões religiosas nem científicas, mas sim sociais.

Para Ríos, em contraposição ao modelo reabilitador, o modelo social não aborda a deficiência como um “problema” exclusivo do indivíduo que deve ser solucionado¹⁰. Em verdade, a deficiência é tida como resultado de um processo de opressão social pelo qual passaram esses indivíduos ao longo da história da humanidade e, portanto, deve ter soluções coletivas, as quais perpassam, necessariamente, consoante a lição de Palacios e Bariffi, pelo respeito aos valores essenciais desses sujeitos, os quais são os fundamentos dos direitos humanos, quais sejam: dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade¹¹.

Beatriz Ríos resume¹²:

Não se persegue a eliminação da incapacidade, mas a mudança e a reabilitação de um sistema social que não foi capaz de acomodar essas pessoas considerando seus direitos humanos, políticos e civis. (...) Este paradigma centra-se na acentuação das capacidades, em vez da eliminação das incapacidades. A incapacidade salta do âmbito da medicina para o das políticas públicas, as quais devem incorporar transversalmente, e com medidas de ações afirmativas, os direitos das pessoas com deficiência. Segundo este modelo, a incapacidade é um tema de caráter político. É necessário o desenvolvimento de políticas, programas, medidas e ferramentas que promovam a inclusão dessas pessoas. (Traduziu-se)

Palacios e Bariffi apontam que os principais responsáveis pelo nascimento dessa nova forma de abordar a deficiência foram, sobretudo, as próprias pessoas com deficiência e

⁹ RÍOS, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹¹ PALACIOS e BARIFFI, *op. cit.*, p. 23.

¹² RÍOS, *op. cit.*, p. 36-37. Citação original: “No se persigue la eliminación de la discapacidad sino el cambio y rehabilitación de un sistema social que no ha logrado acomodar a estas personas teniendo en cuenta sus derechos humanos, políticos y civiles. (...) Este paradigma se centra en acentuar las capacidades, en lugar de eliminar las discapacidades. La discapacidad salta del ámbito de la medicina, al de las políticas públicas, las cuales deben incorporar transversalmente, y con medidas de acción positiva, los derechos de las personas con discapacidad. Según este modelo, la discapacidad es un tema de carácter político. Es necesario el desarrollo de políticas, programas, medidas y herramientas que promuevan la inclusión de éstas”.

seus familiares¹³. À época, o Brasil enfrentava um período de redemocratização pós-ditadura militar, tendo sofrido influências desses movimentos civis na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual possui, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, princípio que norteia todos os demais valores inerentes à pessoa com deficiência¹⁴.

O modelo social também passou a ser adotado por diversos documentos internacionais, como o Ato Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), proclamado pela ONU em 1981, bem como a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, a qual foi incorporada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 198, de 13 de junho de 2001, findando na elaboração do mais recente e inclusivo diploma internacional acerca dos direitos da pessoa com deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

No Brasil, essa abordagem mais humanista e menos psicopatológica da deficiência, inspirou a Constituição Cidadã de 1988, consoante visto, e foi fundamental para a mutação ocorrida da legislação civilista de 1916 para a de 2002, e, sobretudo, nas modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que concerne ao tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência mental.

2.2 A teoria das incapacidades no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 inicia seu texto legislativo trazendo à baila a noção de personalidade¹⁵. Decerto, referido diploma legislativo expressamente aduz, em seu art. 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Prossegue afirmando, em seu art. 2º, que o nascimento com vida inicia a personalidade civil de uma pessoa.

Destarte, a personalidade, nos moldes do aludido pela legislação civilista, independe da consciência ou da vontade do indivíduo¹⁶. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira¹⁷:

A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de

¹³ PALACIOS e BARIFFI, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴ FEITOSA, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 179.

¹⁶ PEREIRA, *op. cit.*, p. 179.

¹⁷ *Ibid.*, p. 180 *apud* PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, **Traté Élémentaire**, I, nº 406; L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE e outros, **Introducion à l'Étude du Droit Civil**, p. 29.

conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.

Diferentemente da realidade do direito romano, em que, dentre outros, aqueles que nascessem com deformações congênicas não eram considerados seres humanos¹⁸, e, portanto, seriam desprovidos de personalidade jurídica; no direito brasileiro, a personalidade era concedida mesmo aos escravos, ainda que estes não fossem totalmente equiparados, nas questões jurídicas, ao homem livre¹⁹. O Código Civil de 1916 trazia, no bojo de seu art. 2º, disposição praticamente idêntica à encontrada no art. 1º da atual legislação civilista, supracitada.

Desta feita, o conceito de personalidade jurídica, já contemplado pelo Código Civil de 1916, atualmente, apenas reforça a acepção de que a todo e qualquer ser humano é conferida a aptidão “de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da *cidadania*, garantida constitucionalmente”²⁰.

Conceito intrinsecamente relacionado ao de personalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é o de capacidade jurídica. Grande parte da doutrina civilista brasileira afirma que a capacidade é, em verdade, o limite da personalidade²¹. Caio Mário da Silva Pereira assim ilustra referida situação²²:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo de personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. (...). Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico.

A capacidade, entretanto, bifurca-se em capacidade de direito e capacidade de fato. Aquela, também conhecida como capacidade de aquisição ou de gozo, em verdade, confunde-se com a própria noção de personalidade²³; esta, igualmente denominada capacidade de exercício, refere-se à possibilidade que tem o sujeito dotado de capacidade de

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006. p. 115.

¹⁹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 179.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²¹ *Ibid.*; VENOSA, *op. cit.*, p. 115.

²² PEREIRA, *op. cit.*, p. 221.

²³ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*

direito de praticar, pessoalmente, atos válidos, com efeitos jurídicos. Afrânio de Carvalho explica sucintamente²⁴:

A capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou seu estado de saúde. A capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade e do estado de saúde.

O Código Civil de 2002, em momento anterior às alterações ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, abarcava a ideia de que: se todo aquele nascido com vida é dotado de personalidade e, conseqüentemente, de capacidade de direito, é a capacidade de fato que irá estabelecer aqueles que possuem ou não capacidade jurídica plena, isto é, habilitação para ser sujeito de direitos e deveres, bem como exercer, plenamente e por si mesmos aludidos direitos. Portanto, da noção de capacidade de exercício, origina-se a teoria das incapacidades, positivada no Código Civil de 2002 anteriormente às modificações proporcionadas pela Lei nº 13.146/2015.

A teoria das incapacidades se fundamenta nos diferentes graus de capacidade que uma pessoa pode deter, isto é, capacidade plena, incapacidade relativa e incapacidade absoluta. Nesta, o indivíduo é inteiramente privado de exercer, sob sua titularidade, os atos da vida civil, necessitando de um representante legal; naquela, a vontade do sujeito é considerada, porém, por não ter capacidade plena, necessita ser assistido por terceira pessoa para que seus atos sejam considerados juridicamente válidos²⁵.

Fábio Ulhoa Coelho elucida²⁶:

A diferença entre ter ou não capacidade diz respeito, em suma, à mediação dos atos e negócios jurídicos. Só a pessoa capaz pode praticá-los *imediatamente*. O incapaz só pode praticar o ato ou negócio *por meio* de seu representante ou *mediante* o auxílio de seu assistente. Mesmo assim, nas hipóteses delimitadas em lei. (Grifo do autor)

A teoria das incapacidades possui, como premissa essencial, a aceção de que a capacidade é a regra, e a incapacidade é a exceção²⁷. Portanto, somente nas hipóteses expressas em lei será possível limitar a capacidade daqueles considerados inaptos a exercerem, em nome próprio, os atos civis. Caio Mário da Silva Pereira conclui: “Toda incapacidade resulta, pois, da lei”²⁸.

²⁴ CARVALHO, Afrânio de. **Instituições de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 21.

²⁵ O Código Civil de 2002, em seu art. 104, incisivamente declara: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; (...)”.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral. Volume 1**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁷ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*; PEREIRA, *op. cit.*, p. 222.

²⁸ PEREIRA, *op. cit.* p. 227.

O Código Civil de 1916 previa em seus dispositivos casos de incapacidade absoluta e relativa, da forma que faz, atualmente, a legislação civilista de 2002, porém com acentuadas diferenças.

Atendo-se ao objeto do presente estudo, o qual tem por enfoque as pessoas com deficiência mental, infere-se que, no antigo Código, eram concebidos como absolutamente incapazes os chamados “loucos de todo gênero”. Consoante leciona Sílvio de Salvo Venosa, tal termo referia-se “a qualquer distúrbio mental que possa afetar a vida civil do indivíduo. A expressão abrangia desde os vícios mentais congênitos até aqueles adquiridos no decorrer da vida, qualquer que fosse sua causa”²⁹.

Mencionada lei, portanto, ao abranger todas as pessoas com deficiência mental no rol dos completamente desprovidos de capacidade, ignorava por completo a possibilidade de existência de diferentes níveis de discernimento por aqueles ditos incapazes, generalizando suas situações jurídicas perante a sociedade.

O Código Civil de 2002, por sua vez, aproximando-se da concepção moderna do ordenamento jurídico brasileiro de releitura do Direito Civil sob a perspectiva dos princípios constitucionalmente assegurados e, ainda, sob influência do modelo social de aferição de deficiência, dividiu as pessoas com deficiência em absolutamente e relativamente incapazes, conforme o “grau” de discernimento que apresentassem para a prática dos atos civis.

Desta feita, em momento anterior às modificações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, o Código Civil de 2002 previu dentre os absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e dentre os relativamente incapazes, os que, por deficiência mental, possuísem o discernimento reduzido, bem como os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

Na lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁰:

(...) substituindo a infeliz e criticada expressão “loucos de todo gênero”, utilizada pelo Código Civil revogado, referindo-se, agora, àqueles que sofrem de insanidade mental. É certo que determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano. Daí a opção legislativa de reconhecer tais pessoas como incapazes. Na hipótese, a causa incapacitante reside em uma patologia ou estado psíquico, que, obviamente, reclama comprovação pericial-médica, demonstrando a absoluta ausência de discernimento para os atos da vida.

E prosseguem, adiante, acerca dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo:

²⁹ VENOSA, *op. cit.* p. 131.

³⁰ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*

São casos de deficiência ou de retardamento mental em grau médio, sem retirar, por completo, o discernimento da pessoa – que, de algum modo, mantém um relativo controle de si mesma e dos seus atos. No ponto, é imprescindível a ocorrência de um déficit mental, comprometendo a compreensão plena da vida. É o que ocorre, por exemplo, com os portadores da Síndrome de Down.

Portanto, nos limites das doenças mentais, para a doutrina civilista, o que diferenciava um indivíduo absolutamente incapaz de um relativamente incapaz era a intensidade, avaliada com base em perícia médica, da deficiência que o acometia: se a deficiência fosse tida como severa, privando completamente o sujeito do entendimento da utilidade de seus atos para seus interesses, a incapacidade seria absoluta; caso a deficiência fosse aferida como mediana ou leve, não comprometendo inteiramente as faculdades mentais do sujeito, este seria tido como relativamente incapaz.

Importante observar, contudo, que parte da doutrina defendia que, no caso concreto, as peculiaridades médicas de cada pessoa com deficiência mental deveriam ser avaliadas, não sendo possível admitir, por exemplo, que um portador de Síndrome de Down, independente do seu grau de discernimento, obrigatoriamente seria tido como relativamente incapaz. Nesse sentido, Flávio Tartuce³¹:

O art. 4º, III, do CC, abrange os portadores de síndrome de Down e de outras anomalias psíquicas que apresentam sinais de desenvolvimento mental incompleto. A qualificação que consta nesse dispositivo depende mais uma vez de regular processo de interdição, podendo o excepcional ser também enquadrado como absolutamente incapaz (nesse sentido, ver TJSP, Apelação com Revisão 577.725.4/7, Acórdão 3310051, Limeira, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 21.10.2008, DJESP 10.12.2008). Destaque-se que o portador da síndrome de Down pode ser, ainda, plenamente capaz, o que depende da situação.

Destarte, infere-se que a teoria das incapacidades não se encontrava positivada no Código Civil de 2002 como uma regra absoluta e inquestionável, sendo, em verdade, suscetível de adaptações a fim de atender ao seu fim precípua, qual seja: a pretensa proteção, no que atine à prática de determinados atos da vida civil, daqueles tidos como incapazes juridicamente. Contudo, essa interpretação flexível da norma ficaria ao alvedrio do julgador.

Consoante leciona Caio Mário da Silva Pereira: “O instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”³². (Grifo do autor)

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, compartilhando a ideia de Célia Barbosa Abreu, entendiam que os “diferentes níveis” de capacidade aptos a

³¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte geral**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

³² PEREIRA, *op. cit.*, p. 228.

fazer a diferenciação entre absolutamente e relativamente incapazes somente possuem razão de ser aferidos quando se tratarem do exercício de direitos patrimoniais. No que concerne às relações existenciais, de que são exemplos os próprios direitos de personalidade, é indubitável e indiscutível que todo e qualquer ser humano possui capacidade plena para reivindicá-los e exercê-los, a fim de que não haja violação ao princípio constitucionalmente assegurado à dignidade da pessoa humana³³.

Decerto, tendo-se em mente a ideia, aqui já esboçada, de que todo e qualquer ser humano possui aptidão para ser sujeito de direitos, sobremaneira devido às modernas acepções da necessidade dialógica entre os ramos do Direito Civil e Constitucional, não seria razoável afirmar que uma pessoa natural, dotada de personalidade, não pudesse agir, em nome próprio, acerca de questões atinentes a sua imagem e honra. Pensar desse modo seria, em verdade, prejudicial aos interesses dos ditos incapazes, indo de encontro à finalidade maior da teoria das incapacidades.

Entretanto, ainda que o entendimento de parte da doutrina de Direito Civil fosse nesse sentido, o que estava expressamente positivado no Código Civil de 2002, no que concerne às pessoas com deficiência mental, era uma ideia de polarização entre incapazes e capazes, na qual aqueles jamais seriam dotados de capacidade jurídica plena, ainda que considerados relativamente incapazes, por não possuírem capacidade para exercer, pessoalmente, os atos da vida civil. Ademais, como expresso no Código Civil de 2002, o conceito de deficiência mental era absolutamente vago e impreciso, o que prejudica uma aferição taxativa acerca da ausência ou não de discernimento.

Decerto, os atos praticados por absolutamente incapazes são nulos na seara jurídica, enquanto aqueles exercidos por relativamente incapazes são anuláveis. Nessa toada, alguns dispositivos do Código Civil de 2002, traziam limitações ao exercício de certos atos pelos ditos incapazes. O art. 228, inciso II, afirmava que os indivíduos que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem o discernimento para a prática dos atos da vida civil não poderiam ser admitidos como testemunhas. Ainda, em relação à validade do casamento, o art. 1.548 dispunha expressamente que seria “nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”; o art. 1.557, inciso IV, por sua vez, afirmava que seria considerado erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, apta a anular o casamento, “a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”.

³³ FARIAS e ROSENVALD, 2011 *apud* ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 223.

Em suma, depreende-se do exposto, que, previamente às modificações introduzidas no Código Civil de 2002 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência mental, *a priori*, poderia praticar os mesmos atos jurídicos daqueles dotados de capacidade plena, visto que também dotada de personalidade. Contudo, nos casos expressamente previstos em lei, excepcionalmente, a depender do “grau” de incapacidade do sujeito, sua vontade prevaleceria ou não perante o Direito, o que muitas vezes lhe ocasionava supressão de sua autonomia individual, bem como do tratamento igualitário perante os demais indivíduos considerados “capazes”.

2.2.1 A curatela no Código Civil de 2002

Consoante destacado, e restringindo-se ao objeto do presente estudo, no Código Civil de 2002, as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, estariam sujeitas à representação para a prática dos atos da vida civil. As pessoas que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido, bem como as excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, por sua vez, seriam assistidas por terceira pessoa, encarregada de auxiliá-los no exercício daqueles atos.

Nesse contexto, a curatela, cuja origem remonta ao Direito Romano, com características bem distintas das atualmente apresentadas, afigura-se como instituto conferido a essas pessoas que não possuem, segundo a legislação civilista, plena capacidade para o exercício dos atos da vida civil, sejam absolutamente, sejam relativamente incapazes.

O Código Civil de 1916 trazia dispositivos bastante semelhantes aos existentes na legislação civilista de 2002 antes das alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Decerto, ambas as leis, alinhadas a ideia do modelo médico de aferição de deficiência, previam a possibilidade de recolhimento a “estabelecimentos adequados”³⁴. No entanto, alguns avanços podem ser sentidos, sobretudo no que se refere aos indivíduos que poderiam ser submetidos à curatela, mesmo porque, consoante esposado, a definição de pessoa incapaz sofreu profundas transformações, mormente no âmbito da deficiência mental, em que se substituiu a expressão “loucos de todo gênero” por enfermos e deficientes mentais que não possuem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

³⁴ O Código Civil de 1916 assim dispunha: “Art. 457. Os loucos, sempre que parecer inconveniente conserva-os em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado”. A legislação civilista de 2002, por sua vez, apresentava que: “Havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado”.

Para Maria Helena Diniz³⁵ e Arnaldo Rizzardo³⁶, a curatela é um *munus* público confiado à determinada pessoa, conforme o que dispõe a lei, para “dirigir outra e administrar seus bens”. Arnaldo Rizzardo complementa³⁷:

Destina-se, pois, a curatela, a proteger os adultos portadores de enfermidade ou deficiência mental, sem discernimento para os atos da vida civil, ou os que não puderem exprimir a sua vontade por outra causa duradoura, e, ainda, os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, os pródigos e, segundo certo entendimento, também os menores, desde que afetados ou acometidos de enfermidades físicas ou mentais.

Depreende-se, pois, que a curatela não se destinava somente aos ditos absolutamente incapazes pelo Código Civil de 2002, mas também aos relativamente incapazes. Assim é que Maria Helena Diniz, citando Orlando Gomes, divide a curatela em três tipos: curatela dos adultos incapazes, a qual envolve dentre outros, os psicopatas e os pródigos; destacadas do regime legal do instituto devido às suas particularidades, que abrange o nascituro e o ausente; bem como as especiais, que se referem, por exemplo, ao réu preso³⁸.

Demonstrando uma redação repetitiva, o art. 1.767 elencava como indivíduos sujeitos à curatela em seu inciso I os deficientes mentais sem o necessário discernimento para os atos da vida civil e, em seu inciso III, os deficientes mentais. Contudo, apenas a estes era conferida a possibilidade, ao alvedrio do juiz, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do sujeito, dos limites da curatela, os quais poderiam circunscrever-se às privações de, “sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”³⁹.

Criticava-se, com razão, o parâmetro subjetivo conferido à possibilidade de limitação dos poderes da curatela, isto é, “o estado ou desenvolvimento mental do interdito”, haja vista, sobretudo, o fato de o comando legal não fornecer maiores informações acerca do que seriam essas “potencialidades” do curatelado. Portanto, as pessoas com deficiência que não tivessem desenvolvimento intelectual “suficiente”, poderiam ter seus direitos individuais, não apenas os acima elencados, transferidos a outra pessoa, mesmo porque, o art. 1.778 aduz

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 5. Direito de Família.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 712.

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 909.

³⁷ *Ibid.*, p. 909-910.

³⁸ DINIZ, *op. cit.*, p. 714, *apud* GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

³⁹ Redação dada pelos arts. 1.772: “Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador”, atualmente revogado, e 1.782: “Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”, do Código Civil de 2002.

expressamente que: “A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado”⁴⁰.

Para que fosse possível a sujeição de um indivíduo ao instituto da curatela, seria necessário um processo de interdição. Consoante lição de Caio Mário da Silva Pereira: “O pressuposto fático da curatela é a incapacidade; o pressuposto jurídico, uma decisão judicial”⁴¹.

Nos dizeres do art. 1.768, atualmente revogado, a interdição poderia ser promovida, implicitamente⁴² por meio de uma sequência em que constam, primeiramente, os pais ou tutores; após, o cônjuge ou qualquer parente e, por fim, o Ministério Público.

No que concerne ao exercício da função de curador, o art. 1.775, ainda em vigor, cria, literalmente, uma ordem de preferência em que o cônjuge ou o companheiro é, de direito, curador do outro, quando este for interdito; após, os genitores; na falta destes, os descendentes e, não havendo mais nenhum legitimado dentre os acima elencados, compete ao juiz a escolha do curador. Vê-se, pois, que, nos termos do disposto no Código Civil, a vontade do curatelado não é, em nenhum momento, considerada, sendo feita a escolha mais conveniente para o julgador.

O Código Civil de 2002 dispunha, ainda no Capítulo da curatela, acerca da natureza jurídica da sentença que declara a interdição. A sentença seria, em verdade, declaratória, pois não criaria o estado de incapacidade, pré-existente. Portanto, nos termos do que afirmava Arnaldo Rizzardo, “é possível intentar a ação anulatória dos atos praticados anteriormente à sentença, devendo-se, no entanto, provar que a vontade era viciada ou inexistia”⁴³.

Ainda que a doutrina⁴⁴ insistisse que a curatela, assim como a incapacidade para determinados atos, restringir-se-ia aos negócios jurídicos, como celebrações de contratos que comprometessem o patrimônio do curatelado, existiam disposições no Código Civil de 2002 que demonstravam a interferência da figura do curador em atos existenciais, como, por exemplo, a redação do revogado art. 1518, incluso no Capítulo “Da capacidade para o casamento” que aduzia que “até a celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”.

⁴⁰ SOUZA, *op. cit.*, p. 113-114.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume V: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴² RIZZARDO, *op. cit.*, p. 923, afirma que não é necessário seguir, peremptoriamente, a ordem de legitimados do art. 1.768 do CC/2002.

⁴³ *Ibid.*, p. 940.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 929.

Em síntese, o texto do Código Civil de 2002 que dispunha acerca do instituto da curatela não comportava dispositivos que estabelecessem a individualização de regime de interdição para absolutamente e relativamente incapazes, desprezando a teoria das incapacidades; não trazia contornos claros acerca da possibilidade ou não do exercício do curador sobre os atos de cunho existencial da vida do curatelado; além de anular completamente a vontade deste no processo de interdição, comprovando certa dissonância com o modelo social de aferição de deficiência atualmente em vigor no plano internacional.

2.3 A curatela e a tomada de decisão apoiada no Código Civil de 2002 após as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

Aos 13 de dezembro de 2006, a Organização das Nações Unidas passou a adotar, como guia para a efetiva proteção dos direitos dos indivíduos com deficiência a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos da Resolução da Assembleia Geral nº 61/106⁴⁵.

A CDPD surge no cenário jurídico mundial após um histórico sombrio de instrumentos internacionais de natureza cogente, incompletos, os quais não legitimavam, manifestamente, os direitos humanos das pessoas com deficiência⁴⁶.

Flávia Piovesan, dissertando acerca do tema, afirma⁴⁷:

O propósito maior da Convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduce a Convenção o conceito de *'reasonable accommodation'*, apontando o dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o *'reasonable accommodation'* é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada. (Grifo do autor)

Decerto, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência traz em seu bojo uma série de garantias às pessoas com deficiência, seja física, seja mental, com o objetivo de protegê-las e, concomitantemente, incluí-las como sujeitos capazes do pleno exercício de seus direitos no âmbito da sociedade.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto**. In: Ferraz, Carolina Valença *et. al.* (Orgs.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁶ SOUZA, *op. cit.*, p.73.

⁴⁷ PIOVESAN, *op. cit.*

Inicialmente, a Convenção disponibiliza, em seu Artigo 1º, uma definição de pessoa com deficiência em conformidade com aspectos não apenas médicos, mas também sociais, nos moldes do moderno entendimento acerca do modelo social de aferição de deficiência, outrora explicado.

Prossegue o aludido texto discorrendo, em seu Artigo 3º, acerca dos princípios norteadores da Convenção, dentre eles, destacam-se “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”; “a não-discriminação”; “a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”; “a igualdade de oportunidades”.

A fim de efetivar os princípios supracitados, a CDPD estabelece, em seu Artigo 4º, as obrigações gerais dos Estados Partes, os quais devem se comprometer a adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos nela reconhecidos, bem como para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência.

Ademais, a Convenção determina, também em seu dispositivo 4º, que: “Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas”.

Disponibiliza, ainda, um Protocolo Facultativo que reconhece ao Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência competência para receber e considerar petições de pessoas vítimas de violação, por um Estado-Parte, dos direitos previstos na Convenção, demonstrando a primazia ao caráter eminentemente participativo e inclusivo das pessoas com deficiência.

Outrossim, a inovação mais latente introduzida pela CDPD encontra-se positivada em seu Artigo 12, o qual impõe que: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”, e avança: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se

apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”.

O Brasil, em 1º de agosto de 2008, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu respectivo Protocolo Facultativo, conferindo-lhe *status* de norma constitucional, nos moldes do preconizado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.⁴⁸ O Decreto que promulgou a CDPD em âmbito interno é o Decreto nº 6.949/2009, sendo esta também conhecida como Convenção de Nova York.

Nessa toada, e a fim de cumprir as diretrizes impostas pela Convenção, foi instituída, em 06 de julho de 2015, com início de vigência em 02 de janeiro de 2016, a Lei nº 13.146/2015, a chamada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual iniciou sua tramitação perante o Congresso Nacional em 21 de dezembro de 2006, com a apresentação do Projeto de Lei nº 7.699/2006 intitulado “Estatuto do Portador de Deficiência”⁴⁹. Referida terminologia, qual seja, “portador de deficiência”, posteriormente evoluiu para a expressão atualmente utilizada pela CDPD, qual seja: “pessoa com deficiência”.⁵⁰

O Estatuto da Pessoa com Deficiência ocasionou impactos diretos em diversas searas do Direito brasileiro, introduzindo modificações em diplomas como o Código Eleitoral, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo precípuo de assegurar e promover, “em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”⁵¹.

Uma das alterações mais alardeadas no ordenamento jurídico brasileiro refere-se às transformações ocorridas no âmbito do Código Civil de 2002, principalmente no que atine à teoria das incapacidades e ao instituto da curatela.

⁴⁸ A Constituição Federal dispõe que: “Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

⁴⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7699/2006**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

⁵⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 16; SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? In: SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos**. São Paulo: Rnr, 2013. p. 12-16.

⁵¹ Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.146/2015: “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Decerto, buscando promover a inclusão social das pessoas com deficiência por meio da consagração do princípio da igualdade, a Lei nº 13.146/2015 excluiu do rol dos incapazes, no Código Civil de 2002, as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuíssem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; as que, por “deficiência mental” tivessem discernimento reduzido; bem como as excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

Destarte, as pessoas com deficiência são, atualmente, dotadas de capacidade jurídica plena para exercerem os atos da vida civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, contudo, não aboliu o instituto da curatela. Porém, o tornou, expressamente, em Capítulo intitulado “Do Reconhecimento Igual Perante a Lei” medida extraordinária⁵² e afeta somente aos “atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”⁵³.

Ainda, o Estatuto é categórico ao aduzir, em seu art. 85, § 1º, que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.146/2015 modificou dispositivos do Código Civil de 2002 a fim de impedir que os curadores possam revogar a autorização para o casamento de seus curatelados; suprimir o inciso I do art. 1548, o qual afirmava ser nulo o casamento contraído por enfermo mental; incluir o § 2º no art. 1.550, expressamente afirmando que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbria poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”; bem como alterar o art. 1.557, impedindo a possibilidade de anulação do casamento por “doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”.

O Código Civil de 2002 foi alterado, ainda, em seu art. 228, tendo sido incluído o § 2º, o qual dispõe que “a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

No que se refere especificamente ao Capítulo intitulado “Da Curatela”, a Lei nº 13.146/2015 inovou ao suprimir a expressão “interdição”, o que culminou com a conclusão de alguns autores civilistas, como Paulo Lôbo, de que a interdição efetivamente havia deixado de

⁵² Redação dada pelo art. 85, § 2º, da Lei nº 13.146/2015: “§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado” e pelo art. 84, § 3º, da referida lei: “§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

⁵³ Redação dada pelo art. 85 da Lei nº 13.146/2015: “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

existir, haja vista que essa expressão se referia tão somente à completa supressão do exercício dos atos da vida civil pelo curatelado, o que não tem razão de ser com a novel legislação; bem como ao disciplinar que a própria pessoa poderia promover o processo de sua curatela⁵⁴.

Contudo, em 18 de março de 2016, o Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor, revogando diversos artigos modificados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁵⁵, bem como conferindo nova feição a tais artigos, como, por exemplo, resgatando a expressão “interdição”.

Em linhas gerais, o novo Código de Processo Civil regulamenta o procedimento da curatela em Seção denominada “Da interdição” afirmando que esta poderá ser promovida “pelo cônjuge ou companheiro; pelos parentes ou tutores; pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; pelo Ministério Público”. Referidos legitimados, ao ingressarem com a petição inicial, deverão “especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou”. Ainda, deverão “juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo”⁵⁶.

O art. 751, prosseguindo acerca do processo supracitado, afirma que “o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil”. Seu § 2º aduz que “a entrevista **poderá** ser acompanhada por especialista” (grifou-se), e o § 4º informa que “**a critério do juiz**, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas” (grifou-se), o que demonstra, ainda, certa subjetividade no procedimento de interdição. O interditando possui o prazo de quinze dias, a contar da entrevista, para impugnar o pedido. Decorrido esse período, “o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil”. Após, proferirá sentença.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁵⁵ O art. 1.072, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, aduz que revogam-se: “II - os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

⁵⁶ Redação dada, respectivamente, pelo art. 747: “Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público”; pelo art. 749: “Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou”; e pelo art. 750: “Art. 750. O requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo” do CPC/2015.

O CPC/2015, porém, ainda que tenha apresentado certos retrocessos em relação ao disposto na Lei nº 13.146/2015, consagrou uma redação mais condizente com o modelo social de aferição de deficiência, conforme é possível depreender de seu art. 755, § 1º, o qual aduz que “a curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado”, bem como de seu inciso II, o qual afirma que, na sentença que decretar a interdição, o juiz “considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências”.

Paulo Lôbo, entretanto, em lúcida reflexão acerca dos “atropelos” causados pelo CPC/2015, aduz que⁵⁷:

As regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquele, relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo superado de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual.

O certo é que se manteve a supressão, operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dos arts. 1.776 e 1.777 do Código Civil de 2002, os quais previam a possibilidade de recolhimento dos interditos a “estabelecimentos apropriados para o tratamento”. A redação que prevaleceu prima pela convivência familiar e comunitária dos indivíduos sujeitos à curatela.

Ademais, a inclusão do art. 1.775-A pelo Estatuto, no Código Civil de 2002, que trata da curatela compartilhada, foi preservada pelo CPC/2015, aclamando entendimento que já se delineava na doutrina e jurisprudências pátrias, sempre com fundamento na vontade e no melhor interesse do curatelado⁵⁸.

Contudo, uma das grandes inovações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e conservadas com o Código de Processo Civil de 2015, foi a criação, nos moldes do intentado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, do instituto denominado “Tomada de Decisão Apoiada”, disposto em Capítulo próprio do Código Civil de 2002⁵⁹.

A tomada de decisão apoiada se consubstancia na faculdade que dispõe a pessoa com deficiência de eleger “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

⁵⁷ LÔBO, *op. cit.*

⁵⁸ PEREIRA, *op. cit.*

⁵⁹ Apesar do nítido avanço legislativo alçado pelo Código Civil de 2002 no que concerne à instituição do instituto da tomada de decisão apoiada, o Código de Processo Civil de 2015, a despeito de trazer em seu texto todo o procedimento processual da curatela, nada dispõe acerca do mesmo procedimento a ser seguido para os casos de tomada de decisão apoiada.

atos da vida civil”⁶⁰. Depreende-se, pois, que a pessoa com deficiência contará com o apoio de duas pessoas, exercendo, ela mesma, os atos da vida civil.

O instituto da tomada de decisão apoiada comportará limitações, bem como um prazo de vigência pré-estabelecido, ficando expresso “o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”⁶¹.

Ainda, o pedido de tomada de decisão apoiada poderá ser requerido pela pessoa a ser apoiada, tendo validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. O § 5º do art. 1.783-A afirma que “terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”.

O apoiado poderá, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado, bem como assim proceder caso o apoiador aja com negligência, exerça pressão indevida ou não cumpra as obrigações assumidas.

Pablo Stolze, em recente artigo sobre o tema, afirmou que, por suas peculiaridades, referido instituto “sempre que possível, deve ser a primeira opção assistencial, antes de se pretender a sujeição à curatela”⁶².

Rafael Barreto Souza, em estudo acerca da temática, em momento anterior à publicação da Lei nº 13.146/2015, apenas sob a perspectiva da Convenção de Nova York, afirma⁶³:

O meio encontrado para albergar o direito à autonomia, capacidade jurídica e participação se deu a partir da noção de tomada de decisão apoiada. (...). Precipualemente, a tomada de decisão apoiada ajuda a pessoa com deficiência a entender a informação, auxiliando-a a tomar decisões segundo suas preferências e vontades. Trata-se de dar suporte para que a manifestação da vontade ocorra, que a comunicação se perfeça e que a decisão seja tomada, cabendo à sociedade acatá-la.

E complementa: “(...) impende ressaltar que o raciocínio subjacente à tomada de decisão apoiada não é de absoluta negação da tomada de decisão substituída. Visa-se garantir que o indivíduo com deficiência seja primordialmente o tomador de decisões em sua vida”.

⁶⁰ Redação dada pelo art. 1.783-A do Código Civil de 2002: “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”.

⁶¹ Redação dada pelo Art. 1.783-A, § 1º, do Código Civil de 2002: “§ 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”.

⁶² STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

⁶³ SOUZA, *op. cit.*, p. 121 e 128.

Infere-se, portanto, diante da redação do art. 1.783-A e seus respectivos parágrafos, que o novel instituto da tomada de decisão apoiada legitimou a ideia de inclusão, por meio do exercício dos atos da vida civil em condições de igualdade com as demais pessoas ditas “normais”, da pessoa com deficiência, conferindo segurança nas relações jurídicas tanto às pessoas com deficiência quanto aos terceiros que com estas negociam, sem, contudo, privar-lhes do exercício de suas autonomias individuais.

3 A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A fim de que seja possível haver a correta compreensão do modo como se encontra positivada a igualdade na Constituição Federal Brasileira de 1988, deve-se interpretá-la tanto como princípio, quanto como direito fundamental, conceituando e diferenciando a igualdade formal e a igualdade material.

3.1 Breve histórico

Os primeiros registros de alusão ao princípio da igualdade como tentativa de resolução de impasses referentes ao tratamento desigual conferido a certos indivíduos remontam à Antiguidade Clássica, época em que Aristóteles apregoava a “igualdade para os iguais” em uma tentativa de justificar a escravidão ora existente⁶⁴.

Nos séculos XVII e XVIII, com a ocorrência das chamadas revoluções burguesas, a premissa de que todos os seres humanos são iguais e livres tornou-se explícita nas primeiras declarações do Estado Liberal, quais sejam: a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, frutos da independência norte-americana e da Revolução Francesa, respectivamente.

Contudo, os direitos consagrados nessa primeira “geração”⁶⁵ de direitos fundamentais privilegiavam essencialmente a liberdade, na seara dos direitos individuais, relegando a igualdade ao plano meramente formal. Exemplo disso, no Brasil, foi a Constituição do Império de 1824, a qual declarava que a Lei deveria ser igual para todos, porém, como se sabe, a escravidão brasileira perdurou, regularmente, até 1888.

Destarte, após a Primeira Guerra Mundial, há a emergência do Estado Social, inaugurando a segunda “geração” de direitos fundamentais, a partir da qual o Estado torna-se atuante no que concerne às prestações positivas, a fim de garantir os ditos direitos sociais, e,

⁶⁴ LOBO, Bárbara Natália Lages. **O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira**: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 13.

⁶⁵ Consoante leciona George Marmelstein (**Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39-41), “A concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal. É a partir daí que os valores liberais se transformam em verdadeiras normas jurídicas, capazes de serem invocadas perante uma autoridade independente, inclusive contra o próprio Estado”. Prossegue o autor afirmando que a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história é ilustrada por meio da chamada “teoria das gerações dos direitos”, desenvolvida pelo jurista tcheco Karel Vasak. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já fundamentou alguns de seus julgados utilizando-se da expressão “gerações de direitos”, a qual é amplamente aceita pela doutrina pátria.

consequentemente, “um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade”⁶⁶. Nessa toada, a igualdade trespassa de direito meramente formal, isto é, perante a lei, para direito material, transcendendo à realidade prática. A igualdade é, em verdade, o princípio basilar desta fase.

Atualmente, vive-se o chamado Estado Democrático de Direito, o qual se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, consagrando a terceira “geração” de direitos fundamentais. Nas palavras de Bárbara Natália Lages Lobo⁶⁷:

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade assume a normatividade almejada pelo Constitucionalismo atual, sendo reconhecido como direito fundamental em várias constituições ao redor do mundo. O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a democracia, a qual se entende como o direito de participação e igualdade de recursos/opportunidades. O Direito aqui é pluralista, participativo e aberto.

Ingo Wolfgang Sarlet elucida que a Declaração Universal dos Direitos do Homem declara, em seu artigo VII⁶⁸:

Numa perspectiva já afinada com o que se convencionou designar de igualdade material, que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. Ainda no plano do direito internacional, verificou-se um processo de amplo reconhecimento de direitos de igualdade mediante sua incorporação em diversos tratados ou convenções, sejam eles de amplitude universal (como no caso art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, de acordo com o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei), sejam eles de abrangência regional, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), cujo art. 24, de modo quase idêntico ao disposto no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, preceitua que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”.

No Brasil, conforme aduzido alhures, a Constituição de 1824 trazia expressamente a noção de igualdade entre os indivíduos. Assim como ela, as Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946 abrangeram referido conceito, sendo notório o progresso da mentalidade do legislador, no que concerne ao entendimento da igualdade, da Constituição de 1891 para a de 1934.

Decerto, a Constituição Republicana de 1891 apenas afirmava, em seu art. 72, § 2º, que “todos são iguais perante a lei”. A Constituição de 1934, por sua vez, afirmava em seu

⁶⁶ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁷ LOBO B.N.L., *op. cit.*, p. 22-23.

⁶⁸ MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 524.

art. 113/1 que "todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas". Depreende-se, portanto, que o Brasil se alinhou à lógica da evolução das "gerações" de direitos fundamentais, acima expostas.

A Constituição de 1967, ainda que tenha sido promulgada sob a égide do Regime Militar, período em que direitos fundamentais como a vida e a liberdade foram completamente violados, a igualdade de todos perante a lei fora resguardada, sendo, inclusive, prevista punição por preconceito de raça.

A constituinte de 1988, por sua vez, por representar o pensamento democrático que pairava à época de sua promulgação, após um período de elevada supressão de direitos e garantias individuais, trouxe uma nova concepção acerca da igualdade.

3.2 A igualdade positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988

A igualdade, nos termos positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representa não somente um princípio norteador da ordem jurídica nacional vigente, mas também e, sobretudo, um direito fundamental de todos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã por inaugurar uma nova perspectiva dos direitos fundamentais após o período ditatorial, afeita aos ditames de um Estado Democrático de Direito⁶⁹, aborda a igualdade em diversos dispositivos de seu texto, inclusive em seu preâmbulo, o qual estabelece a igualdade como valor supremo da sociedade brasileira⁷⁰.

Ainda, a igualdade é mencionada de modo implícito no art. 3º, inciso IV, da CRFB/88, configurando-se como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Nessa perspectiva, José Afonso da Silva enquadra o disposto no art. 3º, inciso IV, como princípio fundamental da Constituição de 1988, relativo à prestação positiva do Estado. O ilustre doutrinador assevera, ainda, que princípios fundamentais se traduzem em "normas

⁶⁹ O art. 1º da Constituição Federal de 1988 é expresso ao afirmar que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito.

⁷⁰ Embora exista certa divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do preâmbulo constitucional, a posição majoritária é, consoante assevera Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013), no sentido de que: "Por estar fora do corpo da Constituição – no qual se concentram as decisões constitucionais explícitas –, o preâmbulo valerá, sobretudo, como pauta hermenêutica".

fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz”, as quais “contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional”⁷¹.

Alinhado a esse pensamento, Uadi Lammêgo Bulos explica que princípios fundamentais são “diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser”. Aduz ainda que “são qualificados de *fundamentais*, porquanto constituem o alicerce, a base, o suporte, a pedra de toque do suntuoso edifício constitucional. Em nossa Constituição, vêm localizados no Título I, arts. 1º a 4º”⁷². (Grifo do autor)

Desta feita, a igualdade, juntamente com o princípio da dignidade humana, também positivado na Constituição de 1998 como princípio fundamental, comporta-se como “norma impositiva de tarefas para o Estado”⁷³, devendo conduzir os aplicadores do Executivo, do Legislativo e do Judiciário no exercício de suas funções.

Como direito fundamental, característica que não lhe retira o atributo de princípio, a igualdade se estabelece no *caput* do art. 5º, o qual inicia o Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, explicitando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Embora não seja tarefa fácil, haja vista a magnitude e complexidade dos direitos fundamentais, a doutrina pátria lhes aponta diversos conceitos. Uadi Lammêgo Bulos, conferindo conceito mais genérico e abrangente: “*Direitos fundamentais* são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*”⁷⁴. (Grifo do autor)

José Afonso da Silva também tenta definir os direitos fundamentais, afirmando que são “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁷⁵.

Destarte, os direitos fundamentais demonstram a consagração de um Estado Democrático de Direito, representando verdadeiras garantias aos indivíduos que fazem parte de determinado ordenamento jurídico. Qual seria, no entanto, a qualificação dos direitos fundamentais? Teriam eles natureza de princípios ou de regras?

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-95.

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 506.

⁷³ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 529.

⁷⁴ BULOS, *op. cit.*, p. 525.

⁷⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 178.

Robert Alexy, filósofo do Direito alemão contemporâneo, em estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã, que, por sua importância e generalidade, pode ser aplicado às Constituições que têm como supedâneo os direitos fundamentais, como o faz a CRFB/88, afirma que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”⁷⁶.

Avançando em sua análise, o insigne filósofo propõe que regras e princípios sejam “reunidos sob o conceito de norma”. Justifica essa unicidade aduzindo que “ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”⁷⁷.

Contudo, para Alexy e boa parte da doutrina contemporânea que segue seus ensinamentos, é necessário distinguir regras de princípios. Para tanto, o autor esclarece que a principal diferença entre ambos é que estes são considerados mandamentos de otimização, isto é, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Já aquelas, são determinações, ou seja, “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”⁷⁸.

Destarte, quando da colisão entre princípios, um não deve ser anulado em detrimento do outro, mas sim sopesado para que se conclua qual deve prevalecer no caso concreto, diversamente do que ocorre no confronto entre regras. Neste caso, uma será considerada inválida em face da outra, sendo excluída do ordenamento jurídico⁷⁹.

No que concerne aos direitos fundamentais, Robert Alexy, embora afirme a existência do caráter principiológico dos direitos fundamentais, entende que “compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quanto às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios”. Para exemplificar, utiliza o direito fundamental à dignidade humana, porém o mesmo raciocínio pode ser aplicado à igualdade⁸⁰:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 90-91.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 92-94.

⁸⁰ ALEXY, *passim*.

necessitada de limitação em face alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. **Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio.** (Grifou-se)

Portanto, consoante o estudo de Robert Alexy, o direito fundamental à igualdade pode ser visualizado tanto sob a perspectiva de uma regra quanto sob a perspectiva de um princípio, embora tenha nítido caráter principiológico.

Não se pretende com essa sucinta explanação da teoria de Robert Alexy esgotar o debate acerca da natureza dos direitos fundamentais, mesmo porque seu posicionamento não é unânime na doutrina⁸¹.

Intenta-se, em verdade, demonstrar que, independente da qualificação que se dê a tais direitos, o Estado que os acolhe como seu fundamento, seja de modo implícito, seja de modo explícito, tem o dever de assegurá-los. Nas palavras de Leonardo Martins⁸²:

A compreensão teórica dos direitos fundamentais pode variar (direitos fundamentais são regras ou princípios?). Tal diferença não afasta e também não diminui a necessidade de o Estado ter que justificar sua ação ou omissão em face dos direitos assegurados. (...) Concepções teóricas são multifacetárias e importantes para a compreensão do sistema jurídico e sua função social, política, histórica, etc., mas para a solução de problemas jurídico-dogmáticos elas não deveriam ser protagonistas a tal ponto de levar a conclusões diferentes dependendo da teoria preferida do operador.

Portanto, sendo regra ou sendo princípio, o fato é que a igualdade se encontra positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988 como alicerce de todo o ordenamento jurídico nacional, representando, um direito fundamental dos mais caros à sociedade. Logo, merece a devida atenção dos representantes do Legislativo e do Judiciário.

Frise-se, ainda, que a igualdade é expressamente enaltecida em diversos outros dispositivos da CRFB/88, dentre os quais se pode citar o próprio inciso I do art. 5º, que estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, bem como o art. 206, inciso I, o qual afirma que o ensino, no Brasil, tem como princípio a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

⁸¹ Cf. GORZONI, Paula. **Entre o princípio e a regra**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013#nt5>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁸² MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

A igualdade é lembrada, também, de modo implícito em muitas outras passagens do texto constitucional, assim como em vários documentos jurídicos dos quais o Brasil é signatário, os quais, conforme aduz o art. 5º, § 2º, não são excluídos pelos direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988, estando, em verdade, em equivalência de relevância com aqueles. Cite-se como exemplo a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, assinada pelo Brasil em 07 de março de 1966.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, consoante exposto, tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”⁸³, apresenta-se, na realidade, como parte do próprio texto constitucional, haja vista ter sido a única Convenção Internacional sobre Direitos Humanos que, até o presente momento, foi aprovada com *status* de emenda constitucional⁸⁴, e, por tal motivo, deve seguir os ditames do art. 60, § 4º, isto é, não pode ser extirpada do ordenamento jurídico brasileiro por constituir verdadeira cláusula pétrea⁸⁵.

3.2.1 Igualdade formal e igualdade material

A distinção entre igualdade formal e igualdade material perpassa necessariamente pelo entendimento da evolução da igualdade como direito fundamental, isto é, pela apreciação do contexto histórico em que estavam inseridas as “gerações” dos direitos fundamentais.

Segundo explicitado no primeiro tópico do presente capítulo, em um primeiro momento, durante a vigência do Estado Liberal, a liberdade era tida como o direito mais importante e inviolável dentre os que se propugnava na época, mesmo porque a transição do Estado Absolutista para o “Estado burguês” representava necessariamente a exaltação de direitos individuais e a abstenção do Estado no que concerne à esfera privada dos indivíduos.

Portanto, embora nessa época houvesse a proclamação de uma igualdade de todos perante a lei, a realidade fática que se delineava não era bem essa. George Marmelstein,

⁸³ Redação dada pelo Artigo 1º da CDPD: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

⁸⁴ Cf. p. 15 do presente trabalho.

⁸⁵ O art. 60, § 4º, da CRFB/88, apresenta a seguinte redação: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - **os direitos e garantias individuais**” (Grifou-se). Uadi Lammêgo Bulos (*op. cit.*, p. 417) assim conceitua as chamadas cláusulas pétreas: “Trasladando a etimologia da palavra para o campo constitucional, *cláusula pétrea* é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o *núcleo irreformável* da constituição”. (Grifo do autor)

acerca da situação, aduz uma igualdade “da boca pra fora”, haja vista o fato de que as camadas mais abastadas da população, como os operários das fábricas, continuavam à margem das atividades da sociedade⁸⁶.

Destarte, tinha-se a percepção de que a igualdade estava adstrita ao plano meramente teórico, formal. A teoria se dissociava da prática na medida em que a todos os homens, sem que houvesse a indispensável prudência na distinção de suas peculiaridades, deveria ser conferido igual tratamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet, citando Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, leciona⁸⁷:

Na sua primeira fase de reconhecimento, o princípio da igualdade, como já anunciado, correspondia à noção de que todos os homens são iguais, compreendida no sentido de uma igualdade absoluta em termos jurídicos, **correspondendo ao direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais**, razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do estado constitucional de matriz liberal. (Grifou-se)

Com a sucessão do Estado Liberal para o Estado Social, a igualdade tornou-se o direito basilar nas reivindicações sociais. Ocorreu uma significativa modificação no pensamento acerca da concepção de igualdade. Decerto, a noção de igualdade perante a lei, isto é, na aplicação da lei, foi complementada pela igualdade “na lei”, ou seja, na confecção do texto da lei, conferindo-lhe um sentido material.

Sarlet aduz que o principal motivo para aludida transformação de perspectiva deu-se com a observação de que “a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, além de afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário”⁸⁸.

Portanto, a acepção de uma igualdade material instaurou-se como uma tentativa de conferir tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, com a conseqüente diminuição das desigualdades econômicas e sociais, as quais advinham, sobretudo, da perspectiva da igualdade como mero mandamento para o aplicador da lei.

A igualdade material se apresenta, ainda, como “proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da

⁸⁶ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 45-46.

⁸⁷ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 526-527 *apud* GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**, p. 36-37.

⁸⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 527.

pessoa humana”, com a “exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais”⁸⁹.

Decerto, é inegável a correlação entre dignidade humana e igualdade. A violação ao princípio e ao direito de igualdade implica, necessariamente, na transgressão ao próprio princípio da dignidade humana, haja vista o fato de este ser inerente à essência de todo e qualquer ser humano igualmente considerado, referindo-se, sobretudo, ao respeito para com a vida e as particularidades de cada um.

Destarte, a dignidade da pessoa humana constitui verdadeiro parâmetro do exercício da igualdade em uma realidade fática, material, integrando um dos critérios de aferição da supracitada razoabilidade quando do tratamento desigual conferido aos desiguais.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, igualdade material e igualdade formal caminham lado a lado. Leonardo Martins assevera⁹⁰:

No *caput* do art. 5º são garantidas, portanto, duas igualdades: a primeira é a igualdade *perante* a lei ou igualdade de aplicação da lei; a segunda é a igualdade em sentido amplo, que abrange, além da primeira, também a igualdade *da* lei (“na” lei) ou igualdade *pela* lei, vale dizer, a igualdade material. (Grifo do autor)

Desta feita, com base nessa fundamental coexistência entre o aspecto material e o aspecto formal da igualdade, típica de um Estado Democrático de Direito, conclui-se que, no ordenamento jurídico pátrio, “*uma intervenção no direito de igualdade se verifica apenas quando se estiver diante de um tratamento igual de situações essencialmente desiguais ou de um tratamento desigual de situações essencialmente iguais*”⁹¹. (Grifo do autor)

É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 150, inciso II, expressamente afirma que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: “**instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente**, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. (Grifou-se)

Outrossim, em seu art. 201, § 1º, a CRFB/88 aduz que “**é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de**

⁸⁹ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 527-528 *apud* GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**, p. 62. .

⁹⁰ MARTINS, *op. cit.*

⁹¹ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 531 *apud* KLOEPFER, Michael. **Veifassungsrechtl**, p. 201.

segurados **portadores de deficiência**, nos termos definidos em lei complementar”. (Grifou-se)

Ora, no primeiro caso, a título de exemplo, tem-se um panorama em que pessoas em situações equivalentes devem receber exatamente o mesmo tratamento. No segundo, por sua vez, indivíduos em circunstâncias claramente diferentes percebem trato diferenciado.

Se por ventura dois contribuintes, que se encontram em igual situação jurídica, forem tratados desigualmente, a igualdade estaria sendo violada. O mesmo ocorreria se à pessoa com deficiência fossem exigidos os mesmos requisitos e critérios de um beneficiário “comum” para a concessão de aposentadoria no regime geral de previdência social.

A noção ora perfilhada se aproxima da clássica divisão dos direitos fundamentais, dentre os quais se encontra a igualdade, consoante já exposto, em dimensões subjetivas e objetivas. George Marmelstein, acerca do assunto, pondera que⁹²:

De um lado, os direitos fundamentais, na sua **dimensão subjetiva**, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua **dimensão objetiva**, esses direitos funcionariam como um “sistema de valores” capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre. (Grifou-se)

Ambas as dimensões conferidas aos direitos fundamentais, portanto, referem-se ao caráter vital de tais direitos para a harmonia de todo o ordenamento jurídico, o que se traduz no acentuado valor normativo que tais direitos possuem.

Marmelstein, contudo, particulariza a força normativa dos direitos fundamentais à dimensão subjetiva destes direitos, e prossegue afirmando que aludida força deve implicar em uma aplicação diferenciada de tais direitos. Aduz o ilustre autor que as leis não devem ser a fonte dos direitos fundamentais, mas sim o contrário, isto é, as leis é quem devem buscar sua razão de ser nos direitos fundamentais. Ademais, tanto o Poder Judiciário, como o Legislativo e o Executivo devem buscar, igualmente, concretizar os direitos fundamentais positivados, através do “dever de respeito, proteção e promoção”⁹³.

Referidos deveres, segundo o autor, são verdadeiras obrigações do Estado para com a sociedade. Traduzem-se nas seguintes ideias, respectivamente: obrigação do Estado de atuar segundo os ditames dos direitos fundamentais, não os infringindo nem concebendo “medidas que possam ameaçar um bem jurídico protegido pela norma constitucional”;

⁹² MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 284.

⁹³ *Ibid.*, p. 285-286 *apud* NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación y limitaciones de los derechos fundamentales. **Ius et Praxis**, 2005, v. 11, n° 2, p. 15-64.

compromisso do legislador, do administrador e do Judiciário de editar normas, agir materialmente e prestar jurisdicionalmente a compatível proteção aos direitos fundamentais; e, por último, incumbência do Estado de criar, pôr em prática e zelar pela aplicação de normas que promovam efetivamente os direitos fundamentais⁹⁴.

Infere-se, portanto, a necessidade de atuação conjunta de todas as esferas estatais, bem como da sociedade de um modo geral, a fim de que os direitos fundamentais se perpetuem como os pilares do ordenamento jurídico vigente.

Essa necessidade de atuação do Estado decorre diretamente da seguinte norma insculpida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual demanda que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim é que George Marmelstein explica⁹⁵:

Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador. (Grifou-se)

Aludida acepção possui uma explicação lógica: a fundamentalidade de tais direitos, os quais não deveriam estar condicionados, para serem postos em prática, a qualquer situação jurídica ou normativa. Em verdade, o simples fato de estarem presentes na Constituição já autorizaria sua direta realização.

No entanto, existem alguns autores, como José Afonso da Silva⁹⁶ e Uadi Lammêgo Bulos⁹⁷, que defendem a possibilidade de as normas de direito fundamental constitucionalmente positivadas estarem classificadas não só como normas de eficácia plena, isto é, capazes de produzir, desde a sua introdução no ordenamento jurídico, todos os seus efeitos sem a possibilidade de terem seus conteúdos restringidos pelo legislador infraconstitucional; mas também como normas de eficácia contida, ou seja, aquelas que desde logo geram efeitos, porém estão sujeitas a posterior regulamentação infraconstitucional.

Contudo, aludida possibilidade vai completamente de encontro ao que postula a norma do § 1º do art. 5º da CRFB/88. Nesse sentido, George Marmelstein encontra uma solução para o impasse que, por privilegiar o texto da Constituição, parece bastante acertada.

⁹⁴ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 287-288.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 296.

⁹⁶ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 116.

⁹⁷ BULOS, *op. cit.*, p. 481-482.

Para ele, “quando se analisa uma norma como a contida no art. 5º, inc. XXXII, da Constituição de 88, deve-se partir do princípio de que ela tem aplicação imediata, ainda que seu efeito principal dependa da atuação do legislador”⁹⁸.

O inciso XXXII do art. 5º expressamente aduz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A expressão “na forma da lei” demonstraria a eficácia contida da norma em comento. Entretanto, interpretando o mandamento como postula Marmelstein, a defesa do consumidor, como direito fundamental que é, já estaria produzindo efeitos independente de a referida lei regulamentadora estar ou não em vigor.

Conquanto seja relevante aludida discussão, o fato é que o direito à igualdade, conforme posto no *caput* do art. 5º, funciona, em verdade, como clássica norma de eficácia plena e imediata. Desta feita, ainda que seja capaz de gerar, desde logo, efeitos jurídicos integralmente, não elimina a atuação do legislador, o qual deve cumprir regularmente sua função típica de legislar proporcionando o dever de proteção e promoção desses direitos, conforme já exposto.

Do mesmo modo, os órgãos executivos devem, cumprindo sua função típica, zelar pela execução das leis conforme a igualdade. Caso referidas responsabilidades não estejam sendo cumpridas, o titular do direito de igualdade pode demandar judicialmente em face daquele que tinha a obrigação de respeitar, proteger e promover o direito fundamental à igualdade.

Não se pretende afirmar, contudo, que o direito/princípio à igualdade deve ser utilizado de modo irrestrito. Em verdade, a aplicação da igualdade às situações concretas pode encontrar limites quando há a colisão com outros direitos fundamentais/princípios. Nesse diapasão, Sarlet analisa que “direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais”⁹⁹.

Entretanto, existem limites a essa possível contenção, sobretudo em virtude da fundamentalidade e da forte vinculação ao princípio supremo da dignidade da pessoa humana conferidas ao direito de igualdade. Decerto, deve haver respeito às limitações impostas nos próprios preceitos aduzidos na Constituição Federal, assim como ao juízo de razoabilidade e proporcionalidade afeito à restrição do aludido direito.

⁹⁸ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 300.

⁹⁹ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 333.

De todo modo, ainda na toada da perspectiva subjetivista, Sarlet apresenta a igualdade como¹⁰⁰:

Fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções etc.) disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade. Também a exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, **de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas pode ser reconduzida à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades.** (Grifou-se)

Dessa análise, inicialmente, depreende-se quem seriam os titulares e os destinatários do direito de igualdade. Enquanto aqueles seriam toda e qualquer pessoa, consoante a própria lição do *caput* do art. 5º da CRFB/88, incluindo pessoas jurídicas e os estrangeiros; estes seriam os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Isto posto, a todas as pessoas, indistintamente, deve ser assegurada a igualdade perante a lei, tarefa destinada aos órgãos administrativos e judiciais quando da aplicação da lei, bem como a igualdade na lei, incumbência dos órgãos legislativos quando da elaboração das leis, sendo necessário, em ambos os casos, a devida atenção às situações iguais e desiguais, a fim de que não seja feita nenhuma discriminação irrazoável e desproporcional.

Decerto, “o que a Constituição proíbe não é a discriminação em si, mas a discriminação desproporcional”¹⁰¹. Desta forma é que uma lei, assim como qualquer outro diploma normativo, pode estabelecer distinção entre determinados indivíduos, desde que tenha como justificativa uma medida proporcional. Marmelstein complementa:

Se a lei discriminatória não passar pelo teste da proporcionalidade, deverá ser anulada, sempre lembrando que, quando a Constituição contém um mandamento específico proibindo determinado comportamento e uma lei segue a diretriz oposta, a lei será, em princípio, inconstitucional, salvo se for demonstrado, à luz do princípio da proporcionalidade, que a medida se justifica.

Portanto, a dimensão subjetiva do direito de igualdade está diretamente conectada, conforme dito, às noções de igualdade formal e material, isto é, todos têm direito a uma aplicação razoável e proporcional do princípio e direito de igualdade, por parte dos órgãos executivos, legislativos e judiciários, no sentido de que em situações iguais deve ser

¹⁰⁰ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 532 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 342.

¹⁰¹ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 407.

conferido tratamento igual, assim como em situações de desigualdade, deve ser percebido trato desigual, com a devida proporcionalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza¹⁰²:

Nessa perspectiva e em síntese, é possível afirmar que o STF tem adotado o entendimento de que **o princípio da igualdade exige uma relação de razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo toda e qualquer diferenciação arbitrária, exigindo, portanto, no âmbito de um controle mais rigoroso, a demonstração da congruência lógica entre o fator de *discrímen* e a discriminação questionada em juízo como violadora da igualdade** (no sentido de uma justificação suficiente do fator de desigualdade em face do objetivo almejado e a compatibilidade do objetivo com a ordem jurídico-constitucional) **ao passo que na esfera de uma modalidade menos intensa de controle, necessário que a violação do princípio da igualdade seja flagrante** (ou seja, basta a inexistência de flagrante desigualdade para legitimar o tratamento desigual). (Grifou-se)

Ainda sob o ponto de vista da igualdade material e formal, em sua dimensão subjetivista, sobretudo no que toca à ação estatal para a promoção dessa igualdade, deve-se ter em mente a noção de fomento de uma “igualdade de oportunidades”, consoante já pontuado¹⁰³.

Destarte, aludida concepção enseja o que a doutrina costuma denominar de “ações afirmativas”. Daniel Sarmento conceitua ações afirmativas como “medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social”¹⁰⁴.

Portanto, o que se impõe, em outros termos, é uma efetiva atuação prestacional do Estado para aqueles grupos historicamente marginalizados e passíveis de discriminação, como os homossexuais, os negros e as pessoas com deficiência, sob pena de verdadeira omissão inconstitucional¹⁰⁵.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê a confecção de medidas não só fáticas, mas também normativas a fim de ver dirimidas desigualdades históricas. A título de exemplo, tem-se o art. 37, inciso VIII, o qual prevê que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

¹⁰² MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 537.

¹⁰³ *Cf.*, p. 31 do presente trabalho.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.154.

¹⁰⁵ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 540.

Ademais, para a real efetivação de tais medidas, nada mais justo e democrático que essas “minorias”¹⁰⁶ participem, de forma igualitária com as demais camadas da população, para a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo do direito à igualdade, afinal também são titulares de tais direitos, consoante preconizado constitucionalmente. Imprescindível, pois, a ideia de igualdade participativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Em síntese, produzindo um paralelo entre os deveres de respeito, proteção e promoção inerentes a todos os direitos fundamentais, tem-se, no que atine à igualdade, que a obrigação de respeito advém, para o Estado, do dever de não acolher medidas discriminatórias desproporcionais; na mesma toada, o Estado, para comprimir o dever de respeito, possui a responsabilidade de confeccionar providências a fim de impedir os particulares de realizarem ações discriminatórias arbitrariamente¹⁰⁷; e, por último, consoante amplamente exposto, tem, o Estado, o dever de promover o direito à igualdade adotando meios, dentre os quais as ações afirmativas, para criar uma situação de igualdade de condições, oportunidades e participação de grupos historicamente marginalizados com os demais cidadãos¹⁰⁸.

Até o presente momento, debruçou-se sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, por conseguinte do direito à igualdade. Devido a uma questão de organização lógica, a dimensão objetiva do direito fundamental à igualdade será explanada no capítulo seguinte.

¹⁰⁶ José A. Camargo (In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. **Diversos enfoques do princípio da igualdade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 89) conceitua as minorias como “legítimos periféricos ou excluídos sociais”, listando alguns desses grupos, dentre os quais “determinadas etnias ou raças, pobres, deficientes físicos e mentais, idosos, analfabetos e outros”.

¹⁰⁷ Nesse sentido, a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 declara, em seu art. 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

¹⁰⁸ MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 411-412.

4 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A análise dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da igualdade constitucionalmente assegurada às pessoas com deficiência está intrinsecamente atrelada à contemporânea noção de “Constitucionalização do Direito”, assim como à necessária dissociação entre questões existenciais e patrimoniais da vida civil desses indivíduos.

4.1 A necessária relação dialógica entre o Direito Civil e o Direito Constitucional na contemporaneidade

Na esteira da evolução do pensamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da instauração do neoconstitucionalismo, percebe-se, com cada vez mais evidência, a imprescindível relação dialógica entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito, especialmente o Direito Civil.

Decerto, consoante aduz Maria Celina Bodin de Moraes, à época em que a liberdade era tida como o direito principal e predominante nas relações privadas, ainda na fase da primeira “geração” de direitos fundamentais, havia uma nítida dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Enquanto este se referia aos direitos naturais e pessoais dos indivíduos, aquele advinha do Estado, a fim de orientar os interesses de todos. Ambos, *a priori*, não se imiscuíam¹⁰⁹.

Nesse diapasão, o Direito Privado se confundia com o próprio Direito Civil, por ser esta a legislação responsável por regulamentar as relações privadas. Do mesmo modo, à Constituição era conferido o caráter de mero documento político ou “mero ideário não jurídico”¹¹⁰. Ainda, o Direito Civil impingia valores eminentemente patrimoniais em detrimento dos existenciais, isto é, aqueles atinentes à realização da pessoa humana em si mesma considerada.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial, nº 65, p. 21-22, jul-set.1993 *apud* GIORGIANNI, Michele. **"Il diritto privato e i suoi attuali confini"**, in Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1961, p. 396.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

Luís Roberto Barroso expõe a existência de três marcos, conjuntamente considerados, para a construção do que contemporaneamente se denomina “Constitucionalização do Direito”: marco histórico, marco filosófico e marco teórico¹¹¹.

Conforme explanado no capítulo anterior, o fim da Segunda Guerra Mundial inspirou uma onda de redemocratização a nível mundial, com a ascensão do Estado Democrático de Direito. No Brasil, esse marco histórico deu-se com a promulgação da Constituição de 1988.

O marco teórico, por sua vez, fincou-se com o pós-positivismo, corrente doutrinária que confunde traços do jusnaturalismo com o positivismo, após a superação de ambos. Barroso afirma que “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”, demonstrando a nítida difusão entre as duas teorias citadas. Foi o pós-positivismo o responsável por atribuir o caráter de norma aos princípios, bem como por tornar os direitos fundamentais a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito¹¹².

No campo teórico, o novo Direito Constitucional teve como marco, sobretudo, o reconhecimento da força normativa da Constituição¹¹³, a qual implicou numa interpretação conforme a Constituição de todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, Barroso aduz que “atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do **caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições**”¹¹⁴. (Grifou-se)

A partir dessas mudanças de perspectiva em relação ao Direito Constitucional, há a atenuação da tradicional divisão entre Direito Público e Direito Privado. Torna-se, em verdade, assente a ideia de unidade do ordenamento jurídico, no qual a Constituição Federal encontra-se no vértice da hierarquia das normas, irradiando seus fundamentos, objetivos e princípios a todos os demais ramos do Direito.

Luís Roberto Barroso sintetiza¹¹⁵:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. **Os valores, os fins**

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **RERE: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 10, mar. 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 13 de abr. de 2016.

¹¹² *Ibid.*, p. 4-5.

¹¹³ Aludida força normativa tem por consequência, obviamente, consoante visto no capítulo anterior, a própria relevância das normas de direitos fundamentais. *Cf* p. 31 do presente trabalho.

¹¹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 5-6.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 12.

públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (Grifou-se)

Nesse sentido, o Código Civil, que, em momento anterior, ocupava posição central no ordenamento jurídico, foi cedendo lugar às normas constitucionais. Concomitantemente, ocorreu o que a doutrina costuma denominar de “descodificação” do Direito Civil¹¹⁶, com a instituição de diversas legislações autônomas e específicas acerca de temas civis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, a partir da atribuição de supremacia material e não apenas formal à Constituição, com a conseqüente releitura de todo o ordenamento jurídico sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores existenciais afeitos a ele, como a personalidade e o livre desenvolvimento, houve a chamada “despatrimonialização” do Direito Privado¹¹⁷, isto é, a predominância do entendimento de que os institutos patrimoniais, como, a título exemplificativo, a propriedade privada, não devem ser considerados bens em si mesmos, mas sim meios designados a consumir os valores existenciais da pessoa humana.

Em contrapartida, a “repersonalização” do Direito Civil tornou-se assente, notadamente no âmbito do Direito de Família, no qual, consoante afirma Maria Celina Bodin de Moraes, citando Gustavo Tepedino, houve uma mudança no papel desempenhado pela família, passando de mera instituição à verdadeira ferramenta de promoção dos valores existenciais de seus membros¹¹⁸.

Decerto, o Código Civil de 2002, mesmo após as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz, no bojo do seu texto legislativo, dispositivos em que há, nitidamente, a prevalência do patrimônio sobre a pessoa, como, por exemplo, o art. 1.523, inciso IV, o qual aduz que “o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e **não estiverem saldadas as respectivas contas**” não devem casar, visto que poderia haver um interesse de cunho meramente econômico no aludido matrimônio. (Grifou-se)

¹¹⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁷ MORAES, *op. cit.*, p. 28 *apud* PERLINGIERI, Pietro. Il Diritto Civile, cit., passim. C. Donisi, “Verso la ‘despatrimonializzazione’ del diritto privato” in Rassegna di Diritto Civile, 1980, p. 680 e ss.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 33 *apud* TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Jurídica da Filiação (Aspectos Constitucionais e Estatutários)**, in T. Silva Pereira (coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócio-Jurídicos, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. pp. 265 e ss.

Acerca do tema, Luis Roberto Barroso cita o condizente posicionamento de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk no sentido de que a “aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da repersonalização imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”¹¹⁹.

Contudo, o que o texto constitucional impõe é, sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios e direitos fundamentais a ele relacionados, como a igualdade, a integridade física e moral, a liberdade e a solidariedade, exatamente uma releitura desses dispositivos, a fim de que o “ser” se sobreponha ao “ter”¹²⁰. Não é justo que prevaleça, em qualquer hipótese, a presunção de que um tutor ou curador intentariam casamento com seu respectivo tutelado ou curatelado com objetivos unicamente financeiros, em detrimento do desejo real e fiel de contrair matrimônio por amor.

Gustavo Tepedino, nesse sentido, afirma¹²¹:

O desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema -, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. **Portanto, o Código Civil de 2002 deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.** (Grifou-se)

Desta feita, consoante já asseverado, o processo de constitucionalização do Direito determina uma atuação, consentânea com as normas e princípios constitucionais, não apenas do Legislativo e do Executivo, mas também do Judiciário. De fato, se existem legislações que não estão em harmonia com a imperatividade do texto constitucional, o Judiciário deve zelar por essa conformidade, não só por meio de uma interpretação da lei à luz dos ditames constitucionais, mas também mediante o controle de compatibilidade entre aludida legislação e a própria Constituição.

¹¹⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 26 *apud* FACHIN, Luiz Edson e RUZYK Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, Revista trimestral de direito civil 4:243, 2000.

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, v. 4 e ano V, v. 5, 2003-2004, p. 174.

É nesse sentido que emerge a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual, conforme explanado sucintamente no capítulo anterior, traduz-se na elevada influência que possuem esses direitos no ordenamento jurídico¹²².

Ingo Wolfgang Sarlet preleciona¹²³:

Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (...) Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico. Associado a este efeito - mas não exclusivamente decorrente do reconhecimento da dimensão objetiva, visto que o papel principal neste processo foi desempenhado pela afirmação da supremacia normativa da constituição e o controle de constitucionalidade das leis - está o assim designado fenômeno da constitucionalização do direito, incluindo a questão da eficácia dos direitos fundamentais na esfera nas relações entre particulares.

Destarte, límpida a relação existente entre a constitucionalização do direito e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual implica em verdadeira releitura de todo o ordenamento jurídico sob a ótica do Direito Constitucional, primordialmente do conteúdo normativo dos direitos fundamentais. Premente, pois, a acentuada disseminação, na contemporaneidade, dessa perspectiva em todas as searas do Direito, não somente a nível.

Essa necessidade de interpretação de todo o ordenamento jurídico sob o ângulo dos direitos fundamentais e, por consequência, da própria Constituição Federal, traz à tona, ainda, conforme lecionado por Sarlet, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que a doutrina costuma denominar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, os particulares não seriam, tão somente, titulares dos direitos fundamentais, mas também, destinatários, assim como o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O modo de incidência dos direitos fundamentais às relações privadas é objeto de divergência, para a doutrina e para a jurisprudência pátrias. Decerto, primordialmente, o caráter de fundamentalidade conferido a esses direitos deu-se a fim de que os particulares se insurgissem em face do poder estatal, o que é denominado de eficácia vertical desses direitos.

¹²² Cf, p. 28 do presente trabalho.

¹²³ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 296.

Ocorre que, a partir da perspectiva de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, sobretudo, da noção contemporânea de constitucionalização do Direito, visualizou-se a necessidade de impor aludidos direitos também às relações entre particulares. A discrepância supracitada, contudo, refere-se à discussão se, quanto aos indivíduos privados, essa aplicação seria de forma direta ou indireta.

Luís Roberto Barroso, nesse sentido, aduz¹²⁴:

Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais: a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas; b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado. O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

Destarte, o posicionamento que prevalece na doutrina é o da incidência direta dos direitos fundamentais às relações privadas¹²⁵. Para tanto, necessária a análise minuciosa do caso concreto, buscando sempre, em vistas dos postulados da constitucionalização do Direito, conferir preferência aos valores existenciais, afeitos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso do direito fundamental à igualdade, tem-se que o que deve prevalecer é a ideia de não discriminação, com a conseqüente isonomia no tratamento conferido entre os particulares.

Contudo, consoante assevera Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁶:

Assim, à míngua de uma legislação que regule o dever constitucional de igual tratamento e a proibição de discriminações (pois é esta que será aplicada aos atos praticados pelos particulares), **uma eficácia direta dos direitos de igualdade nas relações privadas se dará apenas em casos de evidente violação das proibições constitucionais de discriminação, visto que por conta do princípio da igualdade não se poderá esvaziar por completo a autonomia privada.**

¹²⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 26-27.

¹²⁵ *Cf.*, MARMELSTEIN, *op. cit.*, p. 343.

¹²⁶ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, *op. cit.*, p. 534.

Deve-se, pois, conciliar a igualdade com a autonomia privada nas relações privadas. Daniel Sarmento, em precisa lição, sintetiza um modo de solucionar possível conflito entre ambos, privilegiando, mais uma vez, a ideia de constitucionalização do Direito¹²⁷:

(...) Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela do direito fundamental contraposto. Nestas relações patrimoniais, por sua vez, a proteção da autonomia privada será maior, quando estiverem em jogo bens considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade humana.

Em síntese, a imprescindível relação dialógica entre o Direito Constitucional e o Direito Civil deve-se, sobremaneira, ao instituto contemporâneo do neoconstitucionalismo, o qual prevê uma releitura de todo o ordenamento jurídico sob a perspectiva dos ditames constitucionais, essencialmente o princípio supremo da dignidade da pessoa humana. Nessa toada, a constitucionalização do Direito privilegia os valores existenciais, afeitos à personalidade humana, em detrimento da concepção primitiva da propriedade como valor prioritário e central nas relações privadas.

4.2 A curatela e a tomada de decisão apoiada sob a perspectiva da igualdade formal e material

Em momento anterior à publicação da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mas ainda sob as premissas do disposto no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988, a relação entre os direitos da pessoa com deficiência e do princípio da igualdade restringia-se à perspectiva material deste princípio.

É possível visualizar esse cenário, exemplificativamente, por meio do que aduz Ingo Wolfgang Sarlet, em publicação do ano de 2012¹²⁸:

O caso das pessoas com deficiência tem sido central para a teoria e a prática do princípio da igualdade de dos direitos de igualdade, pois se trata de grupo de pessoas particularmente vulnerável (em maior ou menor medida, a depender da condição pessoal) a práticas discriminatórias, sejam elas diretas ou indiretas. Não é à toa que ao longo da evolução constitucional contemporânea ocorreu a inserção em um

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 329.

¹²⁸ SARLET, Ingo W. **Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: Aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência** In: Ferraz, Carolina Valença *et. al.* (Orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

significativo número de constituições de cláusulas especiais contemplando o problema, além da forte atenção dispensada ao tema pelo direito internacional dos direitos humanos (...)

Ainda, na lição de José A. Camargo, ao iniciar tópico denominado “Deficientes físicos, mentais e idosos. Minoritários e excluídos”¹²⁹:

O telos da igualdade encontra-se em uma relação direta com os que se encontram em uma posição mais vulnerável. E é essa vulnerabilidade dos grupos minoritários a condição de uma proteção e maior efetividade de seus direitos fundamentais no entorno da ordem social. Isso porque, para alguns grupos, faltam condições permanentes que permitam igualá-los, no mundo da vida, aos seus pares. (Grifo do autor)

Era nítida, portanto, a noção de que as pessoas com deficiência, por serem seres humanos marginalizados do seio da sociedade, seriam mais vulneráveis a sofrer discriminações e, portanto, deveriam receber uma maior proteção do ordenamento jurídico. Decerto, essa ideia de proteção, historicamente conferida a essa parcela da população brasileira, determinou a existência de textos legislativos que, além de intentarem prevenir tratamentos discriminatórios e, por consequência, mais inclusivos, assentaram-se na premissa de “tratamento desigual conferido aos desiguais na medida de suas desigualdades”. No caso, os “desiguais” seriam as pessoas com deficiência.

Contudo, é necessário ponderar acerca de algumas importantes reflexões levantadas por autores como Maria Celina Bodin de Moraes¹³⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹³¹. Aludida autora afirma:

Os problemas surgem, porém, no momento em que se tenta responder à questão sobre quem é igual e quem é diferente. Os critérios em base aos quais se agrupam os indivíduos iguais e os diferentes variam conforme os tempos, os lugares, as ideologias, as concepções éticas, religiosas, filosóficas etc. De fato, os indivíduos são, entre si, tanto iguais – pessoas – e todos diferentes – altos, baixos, gordos, magros, cultos, analfabetos, mulheres, homens, etc. A regra valorativa que aprioristicamente os igualará. (Grifou-se)

Bandeira de Mello, seguindo a mesma linha, questiona:

Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de

¹²⁹ CAMARGO, José A. **Princípio da Igualdade: Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos**. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 110.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 10-11.

igualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

O certo, portanto, é que o postulado do “tratamento desigual conferido aos desiguais na medida de suas desigualdades” jamais pode estar dissociado da noção de quem seja, em determinado lugar e tempo, o indivíduo tido como desigual.

No Código Civil de 2002, consoante já esposado, a perspectiva de vulnerabilidade, e conseqüente resguardo dos direitos da pessoa com deficiência, advieram por meio de um texto legislativo em que a capacidade intelectual dos indivíduos taxados como seres humanos sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, “excepcionais sem desenvolvimento mental completo” e deficientes mentais com “discernimento reduzido”, era atenuada por serem tidos como inaptos para o exercício, por si mesmos, dos atos da vida civil¹³².

Havia, pois, de fato, uma verdadeira generalização da situação de incapacidade, na legislação, sob a premissa de que todo indivíduo que se encaixasse em uma das três categorias supracitadas não seria hábil, em menor ou maior medida, para praticar atos tanto existenciais como patrimoniais de suas vidas sem a anuência de outra pessoa tida como capaz.

Maria Helena Diniz, em doutrina do ano de 2012, enumera algumas condições que se subsumiriam a esses “estados”¹³³:

2) *Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (...), tais como: a) portadores de enfermidades físico-psíquicas que impedem o discernimento como: demência ou fraqueza mental senil; demência afásica; degeneração; psicastenia; psicose tóxica; psicose autotóxica (depressão, uremia etc.); psicose infectuosa (delírio pós-infeccioso etc.); paranoia; demência arteriosclerótica; demência sífilítica; mal de Parkinson senil, apresentando tremores, sensíveis sinais de depressão evolutiva, rigidez muscular, instabilidade emocional e demência progressiva; doença neurológica degenerativa progressiva etc.; b) deficiência mental ou anomalia psíquica, incluindo alienados mentais, psicopatas mentecaptos, maníacos, imbecis, dementes e loucos furiosos, ou não. (Grifo do autor)*

O novo entendimento sedimentado pela Lei nº 13.146/2015, no sentido de que as pessoas com deficiência não são mais tidas como incapazes, em nítida transformação da noção outrora firmada pela teoria das incapacidades, tornou-se condizente, contudo, com a crítica que estudiosos do assunto e a própria doutrina civilista faziam, em certa medida, à ideia arraigada pelo Código Civil de 2002 de que a curatela se constituía, em verdade, em um instituto cuja finalidade precípua seria proteger os interesses da pessoa com deficiência.

¹³² Cf., p. 15-18 do presente trabalho.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.

Decerto, da forma como positivada no Código Civil, a teoria das incapacidades e seus institutos adjacentes, como a curatela, visavam à salvaguarda, precipuamente, da segurança nas relações jurídicas, ou seja, de interesses patrimoniais, muitas vezes de terceiros e não da própria pessoa com deficiência, em detrimento dos valores existenciais destes indivíduos.

Ademais, não houve uma preocupação do legislador, a despeito do Código Civil de 2002 ter sido elaborado em momento posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, com a peculiaridade das pessoas com deficiência individualmente consideradas, isto é, com o caso concreto. O julgador, ao seu alvedrio, poderia considerar ou não a situação em si. Embora a prudência e o bom senso assim o exigissem, o texto legislativo não explicitava essa postura a ser adotada.

Renata de Lima Rodrigues, em estudo sobre a curatela como forma de proteção à pessoa com deficiência, datado de 2007, assevera¹³⁴:

(...) Qual o significado da proteção conferida ao curatelado? Pesquisar o significado dessa proteção na contemporaneidade é a chave para se compreender de que maneira ela deve e pode ser efetivada e, como já indicado, **o instituto não pode descurar de preservar, na maior parcela possível, a autonomia do curatelado, desde que ele tenha discernimento para compreender o significado e a extensão dos atos que quiser ou necessitar praticar, sobremaneira, no que toca às escolhas existenciais que ele possa exprimir. A aplicação desse instituto, que não for legítima, pode transformá-lo em punição e prisão ao invés de efetiva proteção.** (Grifou-se)

E conclui:

Hodiernamente, a curatela deve ser despregada desta ótica patrimonial para apresentar outro perfil, mais coerente com a principiologia de um Estado Democrático de Direito, de vertente personalista, em que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República brasileira. Nesse contexto, a curatela tem que ser entendida como proteção à personalidade do incapaz, com o escopo de proteger a pessoa em todas as suas dimensões concretas. O instituto deve consistir em instrumento de desenvolvimento do ser humano, ou seja, como forma de efetivar a dignidade do incapaz, porque viabiliza o acesso a direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. (...) **Repensar a curatela significa possibilitar novos mecanismos legais e hermenêuticos para que ela não se torne medida de exclusão do incapaz do seio social, através da aniquilação de sua subjetividade e de sua individualidade, o que certamente contribui para a deterioração de sua personalidade e reforço de sua incapacidade.** (Grifou-se)

No mesmo sentido, Maurício Requião de Sant'ana:¹³⁵

¹³⁴ RODRIGUES, Renata de Lima. **INCAPACIDADE, CURATELA E AUTONOMIA PRIVADA: ESTUDOS NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2007. 198 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 129-131.

¹³⁵ SANT'ANA, Maurício Requião de. **AUTONOMIA, INCAPACIDADE E TRANSTORNO MENTAL: PROPOSTAS PELA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE**. 2015. 195 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 83-85.

Aqui, diante da decretação da incapacidade, retira-se qualquer necessidade de análise da situação fática concreta, para determinar que a todo e qualquer ato (ou conjunto de atos abrangidos pela interdição) praticado por aquele sujeito incapaz, terá o mesmo destino. (...) O sujeito que é declarado incapaz sofre os efeitos da incapacidade a todo tempo, independentemente da sua factual capacidade de discernimento diante de uma situação concreta. **Nesta linha, por exemplo, a inexistência no CC-2002 de exceção à regra da incapacidade no que toca aos atos praticados pelo portador de transtorno mental nos chamados intervalos lúcidos. Pois então que seja declarado: a teoria da incapacidade, certamente, não existe unicamente para atender ao bem estar do incapaz.** (Grifou-se)

E prossegue:

A teoria da incapacidade, como estruturada no CC-2002, preocupa-se mais com a proteção do patrimônio do incapaz, do que com este. (...) **O que se dá é que, neste afã de proteção do patrimônio do incapaz, com a sua consequente interdição, acabam sendo restringidos também seus direitos existenciais.** Além do mais, não bastasse já ter a interdição este cunho eminentemente patrimonialista, não raras são as notícias de casos em que esta proteção do patrimônio do incapaz acaba se dando não na defesa de seus interesses, mas sim de terceiros. (Grifou-se)

Patente, pois, o anseio dos estudiosos civilistas no sentido de conceder uma nova leitura à teoria das incapacidades, e, por consequência, à curatela e ao procedimento de interdição, solidificada nas bases de um direito civil-constitucional em que a igualdade, a autonomia e os valores existenciais devem prevalecer.

Nessa toada, Maurício Requião sustenta, em tese de doutorado datada de 2015¹³⁶:

(...) se o instituto da curatela continuar a ser aplicado com base na categorização apriorística sobre a qual se estrutura o regime das incapacidades brasileiro, ignorando os traços de discernimento que o incapaz efetivamente apresenta, submetendo-os todos indiscriminadamente às mesmas normas supostamente protetivas, significa atentar contra o princípio da isonomia, constitucionalmente garantido. (...) Se o legislador ignora eventuais graduações entre as categorias de incapacidade, privando indistintamente todos aqueles submetidos à curatela da prática dos atos da vida civil, retirando-lhes autonomia, e com isso possibilidade de autodeterminação, significa que a própria lei age com *discrímen* injustificado, em afronta ao princípio da igualdade.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, em doutrina de 2011, citando Luciana Barbosa Musse, também assim se posicionavam, defendendo a possibilidade de “*gradação da interdição*”¹³⁷:

(...) é de relevo lembrar que o direito à igualdade substancial e à não discriminação, assegurados constitucionalmente, ganham cores, tons e matizes bastante nítidos quando se trata de pessoa com transtorno mental. Ao contrário do que sugere o Código Civil (que, em visão simplista, permite a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à igualdade traz a reboque o direito à *singularidade*, que não é outra

¹³⁶ SANT'ANA, *op. cit.*, p. 135-136.

¹³⁷ FARIAS e ROSENVALD, *op. cit. apud* MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da Bioética e do Biodireito**, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008, p. 76.

coisa, senão o *direito de ser diferente*. E é com base no direito à igualdade jurídica (em especial no que tange à igualdade de exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos ao ser humano), que Luciana Barbosa Musse sustenta que a igualdade constitucional assegura ‘o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos normais pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadora, moradia, lazer’. (Grifo do autor)

E concluem o excerto destinado à análise do tema tecendo a seguinte crítica:

Conclua-se este ponto com uma oportuna crítica centrada na justificativa do legislador de que a proteção ao incapaz é fruto de sua falta de discernimento para administrar pessoalmente os seus “interesses”, tomando o conceito em sentido patrimonial. Veja-se que os exemplos emprestados pela doutrina clássica sempre gravitaram em torno da proteção patrimonial, olvidando outras perspectivas. Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse este o seu valor preponderante. (...) É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela *é*, e não pela ótica do que ela *tem*. (Grifo do autor)

Com a nova roupagem conferida à teoria das incapacidades pelas introduções advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, esse quadro estático de generalização da incapacidade, transcrito na lei, sofreu uma profunda mutação, haja vista o fato de que, como já explanado no primeiro capítulo do presente trabalho, as pessoas com deficiência que outrora eram considerados absolutamente ou relativamente incapazes para os atos da vida civil tornaram-se plenamente aptos para tal.

A Lei nº 13.146/2015, nitidamente influenciada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, traz, em seu bojo, diversos dispositivos que aduzem expressamente à relevância da igualdade no trato das pessoas com deficiência. Em verdade, o art. 1º da referida legislação afirma explicitamente ser a finalidade do Estatuto a defesa e a promoção do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, em condições de igualdade. Ademais, em muitos de seus Capítulos há menção à ideia de igualdade de oportunidades e condições, consoante se depreende do Capítulo IV, que dispõe acerca do direito à educação, e do Capítulo VI, o qual trata do direito ao trabalho, ambos do Título II.

Existe, ainda, um Capítulo, intitulado “Da Igualdade e da Não Discriminação”, constante no Título I, destinado exclusivamente à noção de igualdade no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência. Aludido excerto da legislação supracitada constitui o

mote para o entendimento de que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, noção que está expressamente inscrita no *caput* do art. 6º do referido Capítulo.

O dispositivo supracitado, privilegiando a perspectiva de constitucionalização das relações privadas, com a consequente supremacia dos valores existenciais em detrimento dos patrimoniais, afirma que casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, bem como o direito de decidir sobre o número de filhos e o direito à família e à guarda, tutela, curatela e adoção, “em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, não deve ser obstado à pessoa com deficiência, pois sua plena capacidade civil não está influenciada pela condição de deficiente.

Desta feita, pode-se dizer que, sob o prisma da igualdade, e considerando, obviamente, a autonomia e o princípio supremo da dignidade da pessoa humana, houve a implementação, pelo legislador pátrio, das modificações atinentes à teoria das incapacidades e, por consequência, aos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada. Decerto, houve verdadeira mutação da “tomada de decisão *substituída* para a tomada de decisão *apoiada*”¹³⁸. (Grifo do autor)

Joyceane Bezerra de Menezes, analisando os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento civilista brasileiro apresenta a seguinte visão sobre a temática¹³⁹:

(...) aquelas pessoas com impedimentos de ordem duradoura também têm direito à autonomia, em igualdade de condições com as demais. Em virtude da sua condição humana também precisam realizar a sua personalidade sem o que a sua dignidade seja malferida (art.10 da Lei no.13.146/2015). **Mas quando seria legítima uma intervenção na sua autonomia? A resposta dependerá da aferição do grau de discernimento. Mas é importante saber que a análise desse discernimento será sempre pessoal, apurada caso a caso. Não pode ser pautada em critérios puramente objetivos, fixados abstratamente na lei.** Cada pessoa deve ser observada, no contexto de sua própria vida e experiência, no processo de avaliação dos limites de sua capacidade. (Grifou-se)

Ocorre que, após a implantação das já analisadas alterações, parte da doutrina civilista, pelo menos *a priori*, haja vista a ausência até o presente momento de julgados recentes sobre casos concretos envolvendo a temática, tendo-se em vista o fato de que a Lei nº 13.146/2015 entrou em vigor em janeiro deste ano, voltou-se contra essa perspectiva de possibilidade de tomada de decisão apoiada, em favor de uma tomada de decisão puramente substituída.

¹³⁸ SOUZA, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 1, n. 4, 2015, p. 12. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 maio 2016.

Flávio Tartuce, em síntese a respeito do assunto e em momento anterior a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ponderou que¹⁴⁰:

Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel – condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (*dignidade-vulnerabilidade*). A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da *dignidade-liberdade* das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão (Grifo do autor)

As correntes citadas por Tartuce demonstram que essa parte da doutrina civilista insatisfeita com o teor das transformações executadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil de 2002 ainda vê a pessoa com deficiência pura e simplesmente como vulnerável, o qual necessita da “proteção” da curatela para a prática dos atos da vida civil.

Decerto, José Fernando Simão, em artigo de opinião acerca da temática, transmitindo a impressão de que não existiria mais curatela, elenca uma série de consequências que a Lei nº 13.146/2015 trouxe para o Código Civil de 2002 e que, em sua concepção, não trazem vantagens para as pessoas com deficiência. No entanto, tais consequências se referem, em sua grande maioria, a questões patrimoniais da vida da pessoa com deficiência, como fica nítido no seguinte trecho¹⁴¹:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC.

Porém, é preciso ter-se em mente que não se pretende, com as modificações alicerçadas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, excluir a possibilidade de curatela. Aludida legislação, em verdade, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de regular explicitamente postulados já assentes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como um todo e, principalmente, em seu Artigo 12, o qual trata expressamente do reconhecimento igual da pessoa com deficiência perante a lei.

¹⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL PELA LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA): REPERCUSSÕES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA E CONFRONTAÇÕES COM O NOVO CPC. SEGUNDA PARTE..** 2015. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/08/coluna-migalhas-alteracoes-do-codigo.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

¹⁴¹ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 22 maio 2016.

Ressalte-se uma vez mais que a CDPD se encontra em pleno vigor, no Brasil, com igual *status* jurídico, frise-se, das normas constitucionais, desde o ano de 2008.

O que se intenta é conferir uma nova visão à teoria das incapacidades e, por conseguinte, à curatela, mais afeita aos ditames civis-constitucionais e, sobretudo, igualitários aos direitos da pessoa com deficiência. O legislador apenas cumpriu seu papel, construindo um texto legislativo que resguarda a dimensão subjetiva do direito fundamental à igualdade para as pessoas com deficiência, bem como a noção de igualdade formal destes indivíduos em relação às pessoas tidas como “normais”, noção esta que se encontra positivada na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, *caput*, desde o ano de 1988.

Rafael Barreto Souza, nesse sentido de necessidade de uma visão diferenciada da igualdade sob seu aspecto material no que atine às pessoas com deficiência, argumenta com precisão: “Particularmente, no que tange à deficiência, ignorar as diferenças implica na exclusão talvez de modo mais brutal do que em relação a qualquer outro grupo minoritário. Um tratamento materialmente igualitário implica no reconhecimento das especificidades deste grupo e na acomodação de sua diferença”¹⁴².

Não há, ademais, nenhuma desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade no que ora se encontra positivado no Código Civil de 2002 e se pretende pôr em prática. Há, em verdade, límpida devoção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista o fato de que, com o novo texto legislativo, o grau de discernimento da pessoa com deficiência será efetivamente considerado, tornando-se a curatela medida excepcional e extrema, proporcional à individualidade do caso concreto, o que conferirá indubitavelmente a igualdade dos atos praticados por estas pessoas com os dos ditos “capazes”.

Intenta-se, ainda, com as inovações legislativas, impedir que as pessoas com deficiência sejam discriminadas de modo arbitrário por particulares, visto que aquelas não seriam mais tidas obrigatoriamente como incapazes sedentos de auxílio ou representação de outro indivíduo apto a praticar atos da vida civil por si mesmo; bem como concretizar ações afirmativas para este grupo da sociedade historicamente marginalizado, mesmo porque tais ações também podem ser traduzidas na confecção e publicação de leis inclusivas.

Nítido, portanto, que com a excepcionalidade da curatela e a implementação da tomada de decisão apoiada como possibilidade para a pessoa com deficiência, o Estado está apenas cumprindo os deveres de respeito, proteção e promoção inerentes a todos os direitos fundamentais, como o é a igualdade. Além disso, está apenas confirmando a igualdade

¹⁴² SOUZA, *op. cit.*, p. 72.

enquanto princípio fundamental, norteador de todo o ordenamento jurídico vigente, como assim aduz a Constituição Federal de 1988.

Desta feita é que a curatela, e a conseqüente interdição, não podem ser instituídas de modo puramente genérico, como outrora aduzia o Código Civil de 2002. A atuação do julgador deve-se pautar nos termos do que pondera Joyceane Bezerra de Menezes, em compatibilidade com o que já sustentava Pontes de Miranda¹⁴³ em comentários ao Código Civil de 1916¹⁴⁴:

Se o sujeito estiver com dificuldades concretas ao exercício de sua capacidade legal, antes de ver ceifada a sua autonomia, poderá adotar o processo de tomada de decisão apoiada, medida de apoio mais branda (art.84). **Excepcionalmente, verificada a ausência do discernimento, por meio das cautelas devidas e, no âmbito do devido processo legal, é que será possível restringir-lhe a autonomia e fixar-lhe a curatela. (...) Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível, às suas inclinações e relações afetivas. (...) Se houver necessidade de proteger o interdito no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos.**

Ademais, buscando efetivar integralmente a igualdade de autonomia entre a pessoa com deficiência e os demais indivíduos tidos como “normais”, deve-se primeiramente assumir o processo de tomada de decisão apoiada, método menos drástico. Caso observada total falta de discernimento para praticar os atos da vida civil por si só, e após o devido processo legal, é que será possível instituir a curatela, a qual não implicará, imprescindivelmente, a instituição da interdição da pessoa com deficiência¹⁴⁵.

Nesse sentido, em recentíssima decisão, datada de abril de 2016, aplicando os preceitos da Lei nº 13.146/2015, a juíza Coraci Pereira da Silva, da Vara de Família e Sucessões da comarca de Rio Verde (GO), negou o pleito de interdição total realizado pela filha de um idoso de 85 anos acometido por mal de Alzheimer, por entender que o homem

¹⁴³ Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1916, p. 411-412.) decerto, asseverava que “(...) Como todas as instituições tutelares, não sendo legítima a sua condição final, que é a protecção da pessoa e bens do interdito, a curatela por insanidade mental torna-se uma medida condenável, opressiva e manifestamente arbitrária. A doutrina firmada pelo Código Civil, além de antiquada, é de maus resultados práticos. Não admite graus a incapacidade do insano: o profissional medico dirá apenas, sem outras considerações intermediárias, se o curatelado é ou não incapaz. (...) As moléstias mentaes admittem gradações e modalidades infinitas e era necessário que a lei permitisse, conseqüentemente, as gradações e modalidades da incapacidade jurídica”, argumento que se amoldava perfeitamente ao Código Civil de 2002 antes das alterações levantas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹⁴⁴ MENEZES, *op. cit.*, p. 12-18.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 12.

ainda possuía “discernimento quanto a sua orientação no tempo e no espaço”. Foi-lhe aplicado, no caso concreto, a curatela parcial, visto que, nas palavras da magistrada¹⁴⁶:

O interditando está lúcido, demonstrando-se orientado no tempo e no espaço, com delimitação na sua capacidade de memorização, decorrente do Alzheimer, enfermidade que o próprio interditando tem conhecimento, pois se justificou ao argumentar o motivo de não se recordar para responder o que lhe foi questionado quanto ao tempo e nome de autoridades políticas da nossa região. Porém, demonstrou noções de conhecimentos gerais ao responder com precisão o valor do salário-mínimo, o qual foi recentemente atualizado (...) Os elementos demonstraram que é inegável reconhecer que o interditando necessita de adequada curatela para manutenção de seu bem-estar e gerir seu patrimônio, pois ainda não foi descoberto tratamento para a cura do Alzheimer.

Em suma, da forma como antes posta, a adoção da curatela, limitada ao disposto na legislação, a qual subsumia automaticamente a pessoa com deficiência a uma das formas de incapacidade, fosse relativamente, fosse absolutamente, ofendia o princípio/direito de igualdade. Atualmente, após as modificações introduzidas pela Lei de Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, deu-se um tom mais realista e condizente com os ditames da constitucionalização do Direito Civil, sobretudo da igualdade, afastando-se da noção de proteção da pessoa com deficiência apenas no que atine às questões patrimoniais de sua vida e da segurança das relações jurídicas de que seja parte.

¹⁴⁶ CONJUR, Consultor Jurídico. **Idoso com Alzheimer pode ter curadora nomeada sem sofrer interdição**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-02/idoso-alzheimer-nao-interditado-curadora>>. Acesso em: 23 maio 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento legal conferido às pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro evoluiu sobremaneira com o passar dos anos, acompanhando, de certo modo, a evolução dos modelos de aferição de deficiência já existentes na história mundial.

Decerto, enquanto o Código Civil de 1916 se utilizava da expressão “loucos de todo gênero” para tratar de todas as pessoas com deficiência mental, tidas pela própria legislação, de modo genérico, como absolutamente incapazes, ignorando por completo a possibilidade de existência de diferentes níveis de discernimento desses indivíduos, em nítida consonância com o modelo médico de aferição de deficiência; o Código Civil de 2002, em momento anterior às modificações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, e em harmonia, de certa forma, com o modelo social de deficiência, o qual propugna o respeito por valores sociais, como a dignidade dessas pessoas individualmente consideradas, dividiu as pessoas com deficiência em absolutamente e relativamente incapazes, conforme o “grau” de discernimento que apresentassem para a prática dos atos civis.

Nesse sentido, a curatela, instituto que, conforme aduz a teoria das incapacidades possui como finalidade, sobretudo, a proteção das pessoas com deficiência na prática dos atos da vida civil, também sofreu significativas transformações na forma como posta em prática a fim de se amoldar ao modelo social e aos ditames mais humanistas da Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 2002, contudo, até a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda trazia, em seu bojo, dispositivos que demonstravam resquícios do modelo médico de aferição de deficiência, como a confusão entre os conceitos de “pessoa incapaz” e “pessoa com deficiência”, acarretando nítido tratamento desigual a essas pessoas em comparação com os indivíduos considerados “capazes”.

De fato, a pessoa com deficiência mental, *a priori*, possuía habilidade para exercer os mesmos atos jurídicos dos indivíduos providos de capacidade plena, uma vez que também dotada de personalidade. No entanto, nos casos prenunciados pela legislação, sua vontade poderia imperar ou não perante o Direito, o que por vezes implicava na nulidade de sua autonomia individual. Ainda, o texto da legislação civilista de 2002 que deliberava acerca do instituto da curatela não trazia, por exemplo, limites nítidos acerca da possibilidade ou não do exercício do curador sobre os atos de natureza existencial da vida do curatelado, além de suprimir totalmente a vontade deste no processo de interdição.

Com a publicação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a qual cumpre os imperativos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008 com *status* de norma constitucional, em consonância com o prescrito pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, a teoria das incapacidades e, por conseguinte, o instituto da curatela, transformaram-se de modo impactante no que concerne às relações civis travadas pelas pessoas com deficiência.

A Lei nº 13.146/2015, intentando promover a inclusão social das pessoas com deficiência por meio da legitimação do princípio da igualdade, excluiu do rol dos incapazes, no Código Civil de 2002, os indivíduos que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuíssem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; os que, por “deficiência mental”, tivessem discernimento reduzido; bem como os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

Destarte, as pessoas com deficiência são, hodiernamente, contempladas pela capacidade jurídica plena para praticarem atos da vida civil. O instituto da curatela, portanto, tornou-se, expressamente, medida extraordinária e atinente apenas aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial das pessoas com deficiência. Ademais, houve a inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da tomada de decisão apoiada, por meio da qual a pessoa com deficiência poderá contar com o apoio de duas pessoas, desempenhando, ela mesma, os atos da vida civil em condições de igualdade com os demais indivíduos ditos “normais”.

Ocorre que, posteriormente à instauração das alterações supracitadas, parte da doutrina civilista, pelo menos a princípio, considerando-se a escassez, até o presente momento, de julgamentos atuais acerca de situações concretas sobre a temática, haja vista, sobremaneira, o fato de que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência entrou em vigor em janeiro deste ano, posicionou-se contra essa perspectiva de possibilidade de tomada de decisão apoiada, em favor de uma tomada de decisão exclusivamente substituída.

No entanto, as críticas relativas às alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do Código Civil de 2002, no sentido de que as pessoas com deficiência devem efetivamente ser protegidas no âmbito das relações civis com terceiros por serem indivíduos vulneráveis, e que, dessa forma, a Lei nº 13.146/2015 deveria ser aplicada com ressalvas, em nítida visão dessas pessoas apenas sob o ângulo material da igualdade, não devem prosperar.

A curatela e a tomada de decisão apoiada, da forma como atualmente positivadas na legislação civilista brasileira, além de estarem efetivando determinações impostas pela

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, frise-se, possui hierarquia constitucional, atendem a reclamos antigos de grande parte da doutrina civilista brasileira, que sustentava a necessidade de análise do caso concreto em que inserida a pessoa com deficiência, individualmente considerada, a fim de que a curatela não fosse implantada de modo arbitrário.

Ademais, as mudanças ocorridas foram essenciais para que a teoria das incapacidades e seus institutos adjacentes, como a curatela, se amoldassem à noção de Constitucionalização do Direito, noção correlata ao Estado Democrático de Direito em que vive o Brasil, a qual transformou, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores existenciais afeitos a ele, como a personalidade e o livre desenvolvimento, a noção de “patrimonialização” do Direito Privado em “repersonalização” dessa seara jurídica. De fato, do modo como outrora positivada no Código Civil de 2002, a curatela destinava-se à defesa, primordialmente, da segurança nas relações jurídicas, isto é, de interesses patrimoniais, com frequência, de terceiros e não da própria pessoa com deficiência, em prejuízo dos valores existenciais desses indivíduos.

Ainda, as alterações se conformam perfeitamente ao que preleciona o princípio/direito fundamental à igualdade, mormente em sua dimensão subjetiva, a qual, estando imediatamente interligada às concepções de igualdade formal e material, sustenta que todos os indivíduos têm direito a uma consagração proporcional e razoável do princípio e direito de igualdade, por parte dos órgãos executivos, legislativos e judiciários, no sentido de que em ocasiões iguais deve ser reconhecido tratamento igual, do mesmo modo que em ocasiões de desigualdade, deve ser concebido trato desigual, com a adequada proporcionalidade.

Os recentes institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, na realidade, representam límpida afeição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista o fato de que, com a nova redação legislativa, o grau de discernimento da pessoa com deficiência será verdadeiramente apreciado, tornando-se a curatela medida extraordinária, proporcional à particularidade do caso concreto, o que conferirá, incontestavelmente, a igualdade dos atos exercidos por estas pessoas com os outrora ditos “capazes”.

Além disso, as reformas legislativas se propõem a evitar que as pessoas com deficiência sejam discriminadas de forma injustificada por particulares, dado que aquelas não seriam mais vistas necessariamente como incapazes ávidos de auxílio ou representação de outra pessoa apta a exercer, por si mesma, atos da vida civil; assim como a consubstancializar ações afirmativas para este grupo da sociedade historicamente marginalizado, ações estas que

podem ser concretizadas, muitas vezes, por meio da elaboração e publicação de leis inclusivas.

Nítido, pois, que as mutações exercidas pela Lei nº 13.146/2015 desempenham a função de conferir trato formalmente igualitário às pessoas com deficiência e, não somente, material, visto que a análise das especificidades desses indivíduos apenas sob o ponto de vista material implica no costume de que tais pessoas sejam vistas de modo genérico, pela sociedade, como sujeitos diferentes.

Portanto, a curatela, da forma como atualmente positivada, bem como a tomada de decisão apoiada, estão em conformidade com o prelecionado pelos princípios e direitos constitucionais, e devem ser institutos cada vez mais utilizados pelos julgadores brasileiros ao se depararem com situações patrimoniais e existenciais que envolvam a pessoa com deficiência. Do mesmo modo, o Legislativo e o Executivo devem, em conformidade com suas atribuições, buscar meios de efetivar aludidos institutos a fim de que haja, gradativamente, a inclusão das pessoas com deficiência como seres humanos capazes de realizar, na medida de suas particularidades, os atos da vida civil por si mesmos sem que isso cause estranheza ao restante da sociedade, sendo substancial, ainda, que as próprias pessoas com deficiência, com as oportunidades que lhes são dadas pelas medidas judiciais, legislativas e executivas, participem desse processo como sujeitos atuantes na busca da materialização de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, n. 10, mar. 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 3.971, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm> Acesso em: 16 mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARGO, José A. **Princípio da Igualdade: Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos**. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Arts. 1º a 107. 4. ed. Coimbra: CoimbraEd., 2007.

CARVALHO, Afrânio de. **Instituições de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral. Volume 1**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

CONJUR, Consultor Jurídico. **Idoso com Alzheimer pode ter curadora nomeada sem sofrer interdição**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-02/idoso-alzheimer-nao-interditado-curadora>>. Acesso em: 23 maio 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7699/2006**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 5. Direito de Família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, Revista trimestral de direito civil 4:243, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. E-book.

FEITOSA, Ana Vlândia Martins. **A relação dialógica entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o regime jurídico das incapacidades: Uma aplicação aos adultos com síndrome de Down**. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GIORGIANNI, Michele. **"Il diritto privato e i suoi attuali confini"**, in Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1961.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GORZONI, Paula. **Entre o princípio e a regra**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013#nt5>. Acesso em: 17 abr. 2016.

KANTER, Arlene S., **The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011.

KLOEPFER, Michael. **Veifassungsrechtll.** Band 1, München: C.H. Beck, 2011.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação.** 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W. **Curso de Direito Constitucional.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2004.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 1, n. 4, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 maio 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial, nº 65, p. 21-32, jul-set.1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da Bioética e do Biodireito,** Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación y limitaciones de los derechos fundamentales. **Ius et Praxis**, v. 11, nº 2, 2005.

PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Madrid: Cinca, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume V: Direito de Família.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

PERLINGIERI, Pietro. Il Diritto Civile, cit., passim. C. Donisi, "**Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato**" in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980.

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

PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, **Traté Élémentaire**, I, n° 406; L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE e outros, **Introduction à l'Étude du Droit Civil**, I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos, 1916.

RÍOS, Beatriz Martínez. **POBREZA, DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS: APROXIMACIÓN A LOS COSTES EXTRAORDINARIOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU CONTRIBUCIÓN A LA POBREZA DESDE UN ENFOQUE BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS.** Madrid: Cinca, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Renata de Lima. **INCAPACIDADE, CURATELA E AUTONOMIA PRIVADA: ESTUDOS NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.** 2007. 198 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **AUTONOMIA, INCAPACIDADE E TRANSTORNO MENTAL: PROPOSTAS PELA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE.** 2015. 195 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SARLET, Ingo W. **Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: Aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência** In: Ferraz, Carolina Valença *et. al.* (Orgs.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência.* São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? In: SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos.** São Paulo: Rnr, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 22 maio 2016.

SOUZA, Rafael Barreto. **Implementação no Brasil do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Os impactos da constitucionalização do direito à plena capacidade jurídica**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

TARTUCE, Flávio. **ALTERAÇÕES DO CÓDIGO CIVIL PELA LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA): REPERCUSSÕES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA E CONFRONTAÇÕES COM O NOVO CPC. SEGUNDA PARTE**. 2015. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/08/coluna-migalhas-alteracoes-do-codigo.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte geral**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. E-book.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Jurídica da Filiação (Aspectos Constitucionais e Estatutários)**, in T. Silva Pereira (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Sócio-Jurídicos*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. pp. 265 e ss.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil**. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, v. 4 e ano V, v. 5, 2003-2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.