



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

FRANCISCO LUCAS AMORIM

**A REFORMA NO REGIME DE INCAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DE
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
PSÍQUICA E INTELLECTUAL**

**FORTALEZA
2018**

FRANCISCO LUCAS AMORIM

A REFORMA NO REGIME DE INCAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E
INTELECTUAL

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.

FORTALEZA
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- A543r Amorim, Francisco Lucas.
A REFORMA NO REGIME DE INCAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E INTELECTUAL / Francisco Lucas
Amorim. – 2018.
52 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Joyceane bezerra de Menezes.
1. Direito das pessoas com deficiência. I. Título.

CDD 340

FRANCISCO LUCAS AMORIM

A REFORMA NO REGIME DE INCAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E
INTELECTUAL

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Thiago do Vale Cavalcante (membro)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus em primeiro lugar, pelo dom da vida.
Aos meus pais, pelo amor empreendido e
incansável incentivo a concretização dos meus
sonhos.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representa não apenas o marco final de minha graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, mas também a consolidação de um sonho. Assim, tenho a oportunidade de agradecer àqueles que sonharam junto a mim e que contribuíram, de alguma forma, para a sua transformação em realidade.

Inicialmente, agradeço à minha mãe, **Sheila**, por ser a mãe mais presente que um filho poderia querer, a qual sempre acompanhou de perto os meus estudos, me dando lições inestimáveis sobre a importância dos estudos na formação de um ser humano, cuja dedicação e orações se perfazem em quaisquer circunstâncias, dando-me exemplo de amor verdadeiro e incondicional. Agradeço, ainda, ao meu pai, **Demócrito**, que sempre me acompanhou e forneceu todos os meios necessários para que eu pudesse concretizar meus sonhos, de todos os modos possíveis.

Serei eternamente grato pela liberdade que meus pais me concederam para seguir o caminho que eu julgasse ser o melhor para mim, e pela tranquilidade passada nos momentos mais difíceis. Ambos foram fundamentais não apenas na minha formação acadêmica, mas inclusive na minha incipiente vida profissional e pessoal.

Colocar-se diante dos enfrentamentos que a vida nos coloca, sendo o estudo apenas um deles, não é fácil, mas com pais capazes de dar todo o apoio necessário, como os meus, tudo fica significativamente mais fácil. Sócrates, o grande sábio da antiguidade, legou-nos o conhecimento segundo o qual a alegria da alma constitui os belos dias da vida, seja qual for a época, sendo-nos útil o conhecimento que nos torna melhores.

Agradeço pelo escritório de advocacia que estagiei, o do **Dr. Cleto Gomes**, por ser a demonstração de aprendizado jurídico e pessoal, no qual tive a oportunidade de conviver com pessoas dedicadas e harmoniosas, em especial aos colegas **Tibério Russo**, **Emanuelly Vieira** e **Ricardo Luna**. Agradeço também pelo estágio prestado junto à 2ª Vara da Justiça Federal do Ceará, em especial aos servidores **Gabriel Batista**, **Ana Célia de Carvalho**, **Kimberly Risso**, **Kátia Leal** e **Vany Pita**, bem como aos juízes **Drs. Dartanhan Vercingetórix** e **Jorge Luís**, pelos ensinamentos passados. Não poderia esquecer da minha colega de todas as horas, que foi a cúmplice mais fiel que um colega de trabalho poderia querer, a doce e meiga **Adriana Lima Maia**.

Agradeço, ainda, à minha mais nova casa, o escritório Menescal e Marcel Advogados Associados, o qual fui acolhido como filho. Agradeço à equipe trabalhista, galera dedicada e que se abriu a mim de uma maneira inimaginável. Agora, agradecimento mais que

especial dedico ao meu mentor, **Dr. Rômulo Marcel**, pois, o pouco tempo que estou ao seu lado tem se mostrado a experiência profissional mais maravilhosa que tive em toda a minha vida. **Rômulo**, obrigado pela sua existência!

Agradeço, ainda, à Faculdade de Direito e a todos os professores e amigos que lá nos inspiraram, em especial, **Monalisa Lima, Letícia Marques, Rafael Marques, Joel Victor, Noêmia Reis, Fernando Paes, Thiago Alberine, Carolina Diógenes, Sabrina Menezes, Raíra Marques**, entre outros.

E, ainda, a todos os projetos de extensão que nos ensinam a ser melhores, em especial ao CEDIC e ao GEDAI, na linha ambiental, com a Professora **Tarin Mont'Alverne**. Agradeço também todas as orientações recebidas durante o curso da bolsa de iniciação científica, no qual tive o prazer de ser conduzido pelo Professor **Hugo de Brito Machado Segundo**.

Por fim, agradeço imensamente à minha professora orientadora, **Joyceane Bezerra de Menezes**, a qual sempre se mostrou prestativa e presente na elaboração deste trabalho. E também pelos professores **Thiago do Vale Cavalcante** e **William Paiva Marques Júnior** por terem aceitado analisar o trabalho com comentários e críticas.

De fato, o momento na graduação nos faz ensaiar os primeiros passos no estudo que nos constrói a expectativa de ser, de alguma forma, útil à sociedade que nos patrocina a condição de integrantes de um cenário que anseia por bons profissionais.

Sem os ensinamentos, o apoio e a presença de cada um, este trabalho não existiria.

“A verdadeira deficiência é aquela que prende o ser humano por dentro e não por fora, pois até os incapacitados de andar podem ser livres para voar.”

Autor desconhecido.

RESUMO

Analisa-se a reforma no regime de incapacidades advinda pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, onde se busca estipular as mudanças realizadas no ordenamento pátrio frente ao princípio da vedação à proteção insuficiente. De forma a concretizar o presente estudos, foi necessária uma pesquisa documental e bibliográfica, de forma a delimitar as mudanças trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Analisou-se, ainda, como tem sido recepcionado pela jurisprudência pátria a mudança no rol de incapacidades. Por fim, verificou-se quanto à possibilidade de negócio jurídicos serem realizados por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, em especial a realização de negócios jurídicos processuais.

Palavras-chave: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Negócio Jurídico Processual.

ABSTRACT

The reform of the incapacity regime of the Statute on Persons with Disabilities is analyzed, where it is sought to stipulate the changes made in the country's order against the principle of the prohibition of insufficient protection. In order to carry out the present study, the methodology of research was bibliography and documentary, delimiting the changes brought by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Statute on Persons with Disabilities. It was also analyzed how it has been accepted by the Brazilian's jurisprudence to change the list of disabilities. Finally, all things considered, it was verified as to the possibility and feasibility of legal business being carried out by persons with psychic or intellectual special needs, especially the performance of legal business processes.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Statute on Persons with Disabilities. Procedural Contract.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	12
2 A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	17
2.1 Definição de pessoa com deficiência. Modelo médico <i>versus</i> Modelo social	18
2.2 Regulamentação da capacidade legal no ordenamento jurídico brasileiro pré-Convenção Internacional e Estatuto da Pessoa com Deficiência	21
3 AUTONOMIA DA VONTADE E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO-EMANCIPATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS	26
3.1 Mudanças trazidas pela CDPD e pelo EPD	29
3.2 Instrumento da Tomada de Decisão Apoiada. Análise à luz do princípio da vedação à proteção insuficiente	32
4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CAPACIDADE DO PROPONENTE	38
4.1 Relação entre negócio jurídico, negócio jurídico processual e capacidade	39
4.2 Reflexos na jurisprudência com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência	43
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS:	51

1 INTRODUÇÃO

Analisa-se a tutela jurídica da pessoa com deficiência frente a realização de negócios jurídicos processuais, instituto que recebe maior destaque pela doutrina após o advento do Código de Processo Civil de 2015, mas que já estava presente no Código de 1973. Tratam-se de acordos realizados entre as partes para estabelecerem as regras processuais a que se vincularão naquele feito, definindo, por exemplo, o foro de eleição, a renúncia a efeito suspensivo em recursos, ou até mesmo a ordem de penalidades a ser arbitradas pelo magistrado. Tais negócios jurídicos processuais podem ser celebrados antes, durante ou até mesmo depois de encerrada a lide.

Porém, como é comum aos feitos processuais, exige-se a capacidade processual da parte negociante, determinável em virtude da sua capacidade civil. Uma vez que a Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece às pessoas com deficiência a igual capacidade jurídica das demais, é de se indagar se as pessoas com deficiência intelectual e psíquica também gozarão de capacidade processual para celebrar negócios processuais.

Para além da relevância acadêmica e da problemática social, sobretudo no que tange a efetivação das políticas públicas, dos direitos fundamentais sociais e a capacidade de pessoas com deficiência intelectual/psíquica, a presente pesquisa se justifica pela problematização emergente da correlação entre o novo regime de incapacidades adotado pelo nosso ordenamento e as possibilidades de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto de Pessoas com Deficiência é necessário avaliar a capacidade processual da pessoa com deficiência, mormente aquela que se apresenta na seara intelectual ou psíquica. Enquanto o Novo CPC estabelece uma maior abrangência para a realização de negócios jurídicos processuais, a Convenção e o Estatuto dão uma maior autonomia às pessoas com deficiência mental em sentido amplo, autorizando, em princípio, que a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica também ostente capacidade processual e, conseqüentemente, a aptidão para celebrar tais negócios processuais.

Privilegia-se, então, a autonomia da vontade da pessoa com deficiência ao invés de estender o controle de suas ações a terceiro diverso. Se houver vulnerabilidade maior pela falta de efetiva aptidão para agir, o apoio e não a substituição de vontade integrará à capacidade de exercício dessa pessoa. O modelo de apoio introduzido pela Convenção e ratificado pelo

Estatuto da Pessoa com Deficiência, que reformularam o antigo modelo de substituição de vontade, aponta de forma clara essa mudança.

O instituto do negócio jurídico processual estava presente desde o Código de Processo Civil de 1973. Hipóteses simples, como a cláusula de eleição de foro, a convenção sobre o ônus da prova, ou mesmo a suspensão do processo para viabilizar um acordo, são exemplos típicos já existentes em sua vigência. Todavia, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um novo texto em que se privilegia a auto-composição em demasia. Dessa forma, espécies consideradas atípicas no antigo código passaram a ser consideradas típicas no advento do atual código, como por exemplo a produção de prova, ordem de penhora, prazos processuais, etc.

Trata-se de um negócio celebrado entre as partes que compõem a lide, em juízo ou fora dele, antes, durante ou depois de encerrado o processo. O negócio jurídico processual busca estabelecer os termos em que se deve dar a composição no processo, independentemente de como já disposto na legislação vigente, respeitando-se, contudo, regras de competência absoluta. Exemplo prático dessa observância é que não podem, em nenhuma hipótese, serem transacionadas a supressão de direito de defesa, do contraditório, do direito de interpor os recursos cabíveis e de se produzir provas.

Está legalmente previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, assim dispendo: “Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Embora a Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência hajam reconhecido a todas as pessoas com deficiência a capacidade jurídica em igualdade com as demais pessoas, garantindo-lhes, conseqüentemente, a capacidade processual, é de se indagar se tais indivíduos reúnem condições efetivas para a celebração de um negócio processual, sem com isso ampliarem sua situação de vulnerabilidade. Seria um desprestígio a sua tutela, conferir-lhe tamanha possibilidade negocial?

O advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe inúmeras alterações ao ordenamento jurídico dos Estados signatários, sobretudo as formas como pessoas com deficiência eram tratadas nos negócios jurídicos como um todo.

Tomando como exemplo a realidade brasileira, o antigo rol de incapacidades não levava em conta o grau de deficiência intelectual ou psíquica do indivíduo, obrigando que essas

pessoas com deficiência, muitas delas algumas vezes aptas para atividades das mais diversas, fossem assessoradas juridicamente por toda a vida. Tal necessidade acabava por gerar desgaste na relação entre esses curatelados e seus curadores, pois, o necessário assessoramento era porta de entrada para cometimento de atos ilícitos por parte destes, possibilitando que usurpassem o patrimônio dos seus curatelados. Quando não ocorria isso, ainda era possível que os curatelados fossem vítimas de uma má administração do patrimônio.

A Convenção buscou assegurar maiores direitos a pessoas com deficiência, bem como trazer maior autonomia sobre si e sobre os seus bens. Dessa forma, pessoas com deficiência mental passaram a ser capazes para todos os atos da vida civil, abandonando a anterior classificação de absolutamente ou relativamente incapaz.

Entendeu-se que incapacidade não deveria reduzir a autonomia do indivíduo, devendo este ter uma parcela de controle sobre si e sobre seus bens. Mesmo assim, não pretendeu lançar a pessoa vulnerável a um quadro de abandono. Dispõe que para o exercício dessa capacidade civil, os Estados devem instituir mecanismos de apoio a essas pessoas. No Brasil, o apoio pode ser realizado por meio da curatela e da tomada de decisão apoiada.

Além desse apoio mais formal, a legislação impõe que a família, a sociedade e o Estado possam incluir essas pessoas respeitando a sua condição de vulnerabilidade. Nesse aspecto, vale lembrar o art.5º, do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência cuja redação diz “A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”. A considerar o parágrafo único do mesmo dispositivo, a proteção ali consignada ainda será mais intensa quando houver gravame na vulnerabilidade em virtude da idade ou gênero.

Portanto, ainda que reconhecida como capaz, a pessoa com deficiência maior de idade, poderá ser apoiada, se houver necessidade, em todas as relações que vier a compor, gozando da proteção geral do Estado e da Sociedade. Até mesmo o seu interlocutor nas relações privadas, deverá, por meio da boa-fé e da solidariedade, zelar para o equilíbrio dos interesses ali colecionados.

Assim, se a pessoa com deficiência não estiver sob curatela poderá livremente firmar negócio processual, a depender das condições concretas para manifestação e concretização de sua vontade. Porém, percebendo maior vulnerabilidade e riscos ao seu interesse, o que poderia fazer o juiz? Tratá-lo como incapaz? Notificar o Ministério Público? Ou simplesmente deferir a celebração do negócio quando cientificar-se de que a pessoa não está sujeita a curatela? (Notificar o Ministério Público e assim, discutirem-se a necessidade de

maior apoio. Se assim se verificar, em concreto, a pessoa poderá ser obstada do direito de celebrar negócio processual. Talvez seja deflagrada o processo de nomeação de curador).

Estando essa pessoa submetida a tomada de decisão apoiada, teria alguma restrição à sua capacidade processual? Seria possível exigir dos apoiadores uma contra-assinatura aos termos negociados? (É de se verificar se o objeto do apoio ajustado no acordo consta a celebração de negócios processuais. Se assim houver, a pessoa continuará podendo celebrar o negócio, mas sob os cuidados do apoiador indicado.)

Em todo caso, entende-se como se passará a testar, que a aptidão para celebrar negócio processual dependerá de exercício da capacidade civil. Cumpre a esta pesquisa analisar alguns problemas que podem exsurgir no caso concreto quando a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica apresentar, no ato, manifesta inaptidão natural para decidir.

Em um primeiro momento, será realizada a análise bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras acerca de conceitos que envolvem o tema, focando em suas repercussões jurídicas, por meio da leitura de livros, revistas, artigos e publicações periódicas atinentes ao campo do Direito, sobretudo no que tange à mudança trazida pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil de 2015.

Será realizada, também, análise documental através do exame da jurisprudência nacional e estrangeira, selecionando-se apenas aquelas que tenham se utilizado da concretização da autonomia da vontade de pessoas com deficiência psíquica/intelectual. Nessa oportunidade, pretende-se compreender as abordagens conferidas aos institutos pelo Judiciário de cada país.

A análise bibliográfica e documental também será primordial para que se proceda a descrição das principais características do instituto do negócio jurídico processual, a fim de que se proceda a avaliação da adequabilidade ou não desse para a superação da nova teoria das incapacidades.

Utilizar-se-á, ainda, do método dedutivo e sistêmico para investigar os pressupostos da autonomia da vontade, adotando como paradigma norteador o princípio da proteção insuficiente, comparando tais pressupostos com as características essenciais dos negócios jurídicos processuais e o atual regime de incapacidades, verificando se há confiabilidade na realização de negócios jurídicos processuais por pessoas com deficiência psíquica e intelectual.

Finalmente, far-se-á uma análise crítico-construtiva da importância de que se conceda tratamento adequado a esta nova modalidade de capacidade plena no âmbito da realização de negócios jurídicos processuais, onde foi atribuída plena capacidade à indivíduos tidos como absoluta e relativamente incapazes para realiza-las, nos termos da CDPD. Assim, a

pesquisa é de natureza bibliográfica, exploratória, descritiva e interpretativa, de cunho qualitativo mediante análise doutrinária e documental, valendo-se da utilização do método dedutivo e de estudos de caso.

2 A TUTELA JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O indivíduo é o cerne dos interesses e relacionamentos sociais, interpessoais e jurídicos, para quem se busca satisfazer necessidades de naturezas diversas. Ainda que os polos de composição de uma dada negociação sejam formados por pessoas jurídicas, necessariamente há o agir de pessoas físicas que representam seus interesses.

Nesse entendimento, tem-se que o nosso ordenamento deve prover as normas que sejam suficientes para regular tais conexões intersubjetivas, pois, é necessário que haja pacífico entrosamento entre indivíduos que, não vivendo isolados, se comuniquem e encontrem soluções para seus problemas (BARASSI, 1955).

Tal proteção legal proporcionada pelo nosso ordenamento imana do princípio da legalidade, que encontra suporte na nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, dispondo 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 (...)”.

Da forma como o ordenamento pátrio coloca, depreende-se que todas as pessoas são capazes de titularizarem direitos e obrigações, podendo vir estes direitos serem limitados o seu exercício, de maneira que seja respeitada a esfera existencial e patrimonial dos sujeitos (GABURRI, 2016).

Essa limitação é expressa pela capacidade de exercício do indivíduo, podendo este ser plenamente capaz, relativamente incapaz ou absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil. As faixas de capacidade civil podem decorrer de motivos variados, nem sempre estando atrelado a uma espécie de deficiência física ou psíquica/intelectual. Todas as hipóteses estão previstas no texto legal.

Todavia, caso a incapacidade se der em razão de limitação física, psíquica, intelectual ou físico-psicológica, há mecanismos jurídicos que promovem a proteção desses indivíduos.

Frise-se que muitos civilistas já denunciaram uma incongruência no regime das incapacidades, pois a atual sistemática não possui o condão de subjugar as questões de trato existencial (MENEZES, 2018). Assim, a titularidade de direitos personalíssimos não pode cindir-se da capacidade de exercício, pois tratam-se de direitos inerentes ao sujeito (MACHADO, 2009).

Não podemos nos debruçar sobre o objeto do presente estudo, qual seja, a capacidade de pessoas com deficiência psíquica/intelectual no novo regime, sem antes

delimitarmos como se operar tal classificação e o que é a pessoa com deficiência para o nosso ordenamento jurídico.

2.1 Definição de pessoa com deficiência. Modelo médico *versus* Modelo social

Inicialmente, para se estabelecer a congruência entre o instituto da capacidade civil de pessoas com deficiência e a liberdade de se realizar negócios jurídicos processuais, necessário se faz diferenciar o tipo de deficiência que opera a redução da capacidade de exercício.

No nosso ordenamento temos dois modelos existentes para se definir se um indivíduo pode ser ou não considerado pessoa com deficiência. Esses são o modelo médico e o modelo social.

O modelo médico teve início na década de 1960 e efetivou-se em escolas especiais, entidades assistenciais e em centros de habilitação. Caracteriza-se pelo estabelecimento de três etapas: i) avaliação profissional, onde uma equipe identifica o que impede o paciente de ter uma vida normal; ii) intervenção, em que a mesma equipe anterior apresenta um modelo de atendimento formal e sistematizado, tudo para que possa diminuir os efeitos incapacitantes do paciente; e iii) encaminhamento (ou reencaminhamento) da pessoa com deficiência para a vida em sociedade (ARANHA, 2005).

No modelo médico se empreendia esforços no sentido de integrar a pessoa com deficiência no seio social. Dessa forma, quem deveria se adequar ao meio deveria ser a pessoa com deficiente, sem que a sociedade precisasse empreender esforços para se adaptar e receber a pessoa com deficiência.

Tal modelo era objetivamente legalista, sendo definido como pessoa com deficiência aquele que tipicamente assim era reduzido. De tal modo, somente se apontada previamente por lei, era que seria o indivíduo considerado com deficiência.

Atualmente é o Decreto nº 3.298 de 1999 que regulamenta tipicamente quem é considerado deficiente, veja-se:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Como se percebe, a enumeração de deficiências não é melhor alternativa. De forma bem lógica, essa classificação produz uma desigualdade e uma produção de injustiça social latente. Não há como diferenciar o deficiente auditivo com perda de 40 decibéis do que tem perda de 41 decibéis. Também fica muito tênue diferenciar o indivíduo que possui acuidade visual de 0,3 do que tem acuidade de 0,29 no melhor olho.

Aranha (2005, p. 27) indica que justamente pelos erros acima verificados, não conseguindo formar um padrão lógico de classificação e mitigação de deficiência, é que o modelo médico cedeu lugar para o modelo social.

Não é obrigação da pessoa com deficiência se adequar à sociedade, esta que deve proporcionar os meios necessários para que essa adaptação ocorra da forma mais confortável possível.

Pessoas com deficiência possuem necessidade ímpares, precisando de suporte constante. Dessa forma, cabe à sociedade proporcionar ao cidadão pessoa com deficiência as condições para que possa se reorganizar e ser de fato introduzido ao meio social.

A jurisprudência tem adotado posicionamento nesse sentido, sendo muito mais inclusivo. Exemplo prático é a incidência da Súmula 377 do Superior Tribunal de Justiça, que aduz: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.”

É através do modelo social, portanto, que se possibilita a disponibilização de suportes, sendo estes instrumentos que garantem à pessoa com deficiência o acesso imediato a todo o recurso presente na comunidade. Tais suportes podem ser econômicos, físicos, sociais, instrumentais, etc. (ARANHA, 2005).

Com o modelo social se deixa de falar em integração – obrigação da pessoa com deficiência, em esforço unilateral, enquadrar-se nos padrões sociais já estabelecidos – e passa-se a falar em inclusão social – que pressupõe esforços comuns na inclusão da pessoa com deficiência no seio da comunidade (GABURRI, 2016).

Assim, a definição de pessoa com deficiência, com base no modelo social, parte de uma conjugação de fatores. Apenas o esforço da pessoa com deficiência não é suficiente (vide modelo médico), mas o apoio da sociedade em geral é pilar fundamental.

Dessa forma, caso a sociedade não faça a sua parte e continue a opor barreiras de natureza física ou de vínculo subjetivo, a pessoa com deficiência não estará integrada na sociedade. Não estando integrada, a sua condição de pessoa com deficiência fica mais evidente (GABURRI, 2016).

Nessa perspectiva, constata-se que o modelo social é o mais adequado frente à atual política de defesa aos direitos humanos. O primeiro documento que definiu pessoa sob o modelo social foi a Convenção da Guatemala, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 198 e promulgada pelo Decreto nº 3.956 de 2001. Veja-se:

1. Deficiência

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A mesma definição foi reafirmada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pela Lei Complementar nº 142 de 2013 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não restando dúvidas que o modelo social superou o modelo médico.

Aliás, parte do modelo social que a condição da pessoa é algo inerente a sua identidade e personalidade. A deficiência faz parte do indivíduo e é parte integrante dele. Parece reducionista, mas explica o fato de que no modelo social a terminologia correta é “pessoa com deficiência” e nunca “pessoa portadora de deficiência”. Se aceito a terminologia “portador de deficiência”, depreende-se que se trata de algo que pode ser descartado a qualquer momento – o que não é verdade, bem como traz uma carga de patologia, visão superada.

2.2 Regulamentação da capacidade legal no ordenamento jurídico brasileiro pré-Convenção Internacional e Estatuto da Pessoa com Deficiência

O termo capacidade remonta aos tempos mais longínquos, sendo que não se sabe ao certo em que momento a capacidade do sujeito passou a ser de interesse da sociedade e do direito. Todavia, atualmente, a capacidade do indivíduo está intimamente ligada com o exercício de seus direitos e deveres.

Aristóteles (1984, p. 54) apontava que para “crianças recém-nascidas, deveria haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados; não seja permitido criar nenhuma criança mutilada, isto é, sem algum de seus membros”.

Na Grécia antiga havia a questão do nacionalismo e do patriotismo muito latente. Em Esparta as crianças eram preparadas desde cedo para a guerra. Estas eram propriedade do Estado, onde o Conselho de Anciãos as examinavam ao nascer. Caso alguma criança nascesse fraca ou disforme, eram atiradas do alto de um abismo, *Taygetos*, para serem descartadas (BARROS, 2008).

Até mesmo na Bíblia encontramos referência ao fato que cegos, leprosos e deficientes em geral eram rejeitados pela sociedade. Acreditava-se que a deficiência se tratava de uma maldição, impureza ou mesmo um sinal de Deus.¹

Esse temor para o diferente, e mesmo o receio de que a deficiência seria algo contagioso, foi o fator determinante para que por muito tempo as pessoas com deficiência fossem marginalizadas e excluídas.

Necessário foi um longo processo de acultramento para que, então, o homem médio tivesse consciência de que pessoas com deficiência também são indivíduos comuns, que na verdade só possuíam uma limitação maior para atos diversos da vida civil.

Na história brasileira a pessoa com deficiência ganhou espaço ainda no reinado de Dom Pedro II, que determinou a criação do Hospício Dom Pedro II em 1841. Criou ainda o Imperial Instituto dos Meninos Cegos em 1854. Em 1857 criou o Instituto Imperial dos Surdos-

¹ — Levítico, 21.17-24: 17 Fala a Arão, dizendo: Ninguém da tua descendência, nas suas gerações, em que houver algum defeito, se chegará a oferecer o pão do seu Deus. 18 Pois nenhum homem em quem houver alguma deformidade se chegará; como homem cego, ou coxo, ou de nariz chato, ou de membros demasiadamente compridos, 19 Ou homem que tiver quebrado o pé, ou a mão quebrada, 20 Ou corcunda, ou anão, ou que tiver defeito no olho, ou sarna, ou impigem, ou que tiver testículo mutilado. 21 Nenhum homem da descendência de Arão, o sacerdote, em quem houver alguma deformidade, se chegará para oferecer as ofertas queimadas do SENHOR; defeito nele há; não se chegará para oferecer o pão do seu Deus. 22 Ele comerá do pão do seu Deus, tanto do santíssimo como do santo. 23 Porém até ao véu não entrará, nem se chegará ao altar, porquanto defeito há nele, para que não profane os meus santuários; porque eu sou o SENHOR que os santifico. 24 E Moisés falou isto a Arão e a seus filhos, e a todos os filhos de Israel.

Mudos. Por fim, em 1874, iniciou-se o tratamento de pessoas com deficiência intelectual no hospital da Bahia (ROMERO; SOUZA, 2014).

Apesar do engajamento imperial para a inclusão de pessoas com deficiência, a verdade é que por um bom tempo o Brasil ainda possuiu políticas que mais excluía do que incluía esses indivíduos. Exemplo é a existência da Portaria nº 13 de 01.03.1938, que estabelecia “a proibição da matrícula de qualquer aluno cujo estado patológico o impedisse, permanentemente, das aulas de educação física (TOSCANO; SOUZA, 2009).

O Código Civil de 1916 não foi muito diferente, pois possuía um rol muito maior de incapacidades. Nesse Código até os surdos-mudos eram considerados totalmente incapazes para todos os atos da vida civil.²

O Código Civil de 2002 trouxe um maior avanço, restringindo o rol dos absolutamente incapazes. Também se pode indicar que, no Código de 1916, a capacidade do sujeito, atributo da personalidade, compreendida como um conceito técnico, referente à aptidão do indivíduo para ser titular de direitos e contrair deveres. No Código Civil de 2002, todavia, a capacidade que é igualmente reflexo da personalidade, é disciplinada de modo semelhante. Bipartida em capacidade de gozo ou de direito, ou seja, capacidade de fato ou de exercício, é atributo inexorável à pessoa, conforme dispõe o art. 1º do CC/2002, que aduz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para se exercer pessoalmente os direitos de qual é titular a pessoa, ou ainda, a aptidão para contrair deveres e obrigações por si mesmo. A capacidade de direito é aquela inerente a toda pessoa humana, que decorre pelo simples fato de ser nascido vivo e existente. Não necessita da capacidade de exercício e existe além desta. Assim, por mais que se discuta sobre a questão das incapacidades, mesmo assim, a pessoa considerada absolutamente incapaz não necessita de representante para o pleno gozo de seus direitos inerentes à sua condição de pessoa humana. Tais direitos derivam da própria personalidade.

Tenha-se em mente que a personalidade exprime a possibilidade de alguém participar de relações jurídicas, pois esta decorre da intrínseca qualidade de ser titular de direitos e deveres na ordem civil (AMARAL, 2006).

² Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente aos atos da vida civil:

I - Os menores de dezesseis anos.

II - Os loucos de todo o gênero.

III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Assim, percebe-se que capacidade e personalidade complementam-se. De nada valeria a ideia de utilização de um direito se não comportasse o fato de alguém ser titular dele (PEREIRA, 1997).

Vê-se então que o nosso ordenamento estabeleceu graus na fixação das incapacidades, limitando o exercício dos direitos por parte daqueles que tivessem reduzida capacidade psíquica, intelectual ou de discernimento. Tal redução incapacitante pode ser permanente ou momentânea. Nesse sentido, vale transcrever a redação dos artigos 3º e 4º do CC/2002, em sua redação original:³

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Disposto dessa forma, o direito proporcionou soluções que contornassem a capacidade do sujeito e deu possibilidade de supri-las, haja vista que, sendo capaz ou não, é imprescindível que todos devam participar da vida em sociedade. Quando absolutamente incapaz o sujeito, este deverá ser representado. Na hipótese de incapacidade relativa, não podendo o ato ser convalidado por seu assistente este será nulo (MENEZES, 2016).

A função primordial do regime de incapacidades é a proteção daqueles que não possuem a mínima condição de transitar de forma autônoma na vida civil. Resguarda-se o incapaz no trânsito jurídico patrimonial, de forma a proteger seus bens e dar maior segurança às relações jurídicas (MENEZES, 2016). Mas essa proteção também trazia um alto custo para a personalidade, na medida em que a representação do incapaz atribuía ao representante o poder de decidir com a sua própria vontade, sobre os interesses do representado, sem se importar com as preferências ou desejos deste.

O rol de incapacidades acima disposto sofreu algumas mudanças significativas com o advento do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência. Um exemplo bem básico é o de que pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, que por algum acaso não tivessem o necessário discernimento para a prática de seus atos, eram consideradas absolutamente incapazes. Cenário

³ Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

totalmente diferente com o advento da Lei nº 13.146/2015 (EPD), que tal indivíduo elencado nesse exemplo passa a ser considerado pessoa relativamente incapaz.⁴

A priori, estabelece-se que as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual⁵, em sentido amplo, que tenham ou demonstrem possuir déficit de discernimento mental para realizar os atos da vida civil, eram destituídas, integral ou parcialmente, da capacidade de fato, onde ficava estabelecido um regime protetivo, em que outras pessoas, estes denominados curadores ou tutores, representavam sua vontade juridicamente. Caso um indivíduo absolutamente incapaz realizasse negócio jurídico, este seria nulo de pleno direito, enquanto que se relativamente incapaz, este poderia ser anulável (AZEVEDO, 2016).

De qualquer forma, as mudanças ocasionadas foram ao todo radicais, pois os institutos permaneceram inalterados, mas o rol de incapacidades mudou de forma considerável. Assim, ampliou-se a diretiva de vontade de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual em sentido lato, podendo estes realizarem determinados atos da vida civil que antes somente poderiam se autorizados por seu representante legal.

No cenário atual, a Convenção sobre a pessoa com deficiência e o próprio Estatuto da pessoa com deficiência não tocam à questão do discernimento. Isto porque desde a Classificação Internacional de Funcionalidades, não há como prever que a pessoa com alguma deficiência tenha ou deixe de ter uma compreensão concreta sobre o seu entorno ou aspectos de sua vida. A aptidão para entender, compreender e querer depende de fatores pessoais e externos e não está vinculada, necessariamente, a um diagnóstico. Além disso, essa mesma aptidão pode ser muito bem assinalada se o sujeito dispuser de apoios necessários, como preceituam a CDPD e o EPD. Assim, a vontade jurígena, antes mensurada pela figura abstrata do discernimento, passa a ser apurada no caso concreto, relativamente a cada sujeito. Em sendo alguém com deficiência severa, ainda que esteja sob assistência ou representação, essa vontade deve ser respeitada pelo assistente ou representante, ainda que colhida por meio de manifestações menos convencionais como o afeto, sinais específicos.

Lei peruana recente dispõe que a vontade tácita da pessoa deve ser respeitada, *in verbis*:

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1384

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: (...)

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera

⁴ Ponto de discussão latente. Embora assim esteja redacionado, vários civilistas já se posicionaram pela equiparabilidade em direitos e em capacidade de exercício.

⁵ Reduzida capacidade de discernimento e compreensão, abrangendo aqueles que não possuem desenvolvimento mental completo.

designado un apoyo con anterioridad”

“Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.”

“Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos Esenciales El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.” (...)

“Artículo 141.- Manifestación de voluntad La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”

Trata-se de recente decreto legislativo peruano publicado em 4 de setembro de 2018, no qual aponta-se a constante evolução do poder imperativo de vontade. A autonomia da vontade, portanto, deve ser garantida a todos e de forma igualitária, independentemente de suas limitações físico-psíquicas.

Toda pessoa com deficiência psíquica e intelectual tem direito ao apoio de pessoas capazes para a tomada de decisão em diversos aspectos, devendo estes serem escolhidos livremente por aqueles. Frisa-se, ainda, que as pessoas com deficiência possuem plena capacidade, salvo as restrições previstas em lei.

Tal decreto possui peso idêntico ao do nosso Estatuto da Pessoas com Deficiência, sendo inovação legislativa peruana que se baseia na Convenção.

3 AUTONOMIA DA VONTADE E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO-EMANCIPATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS

A autonomia da vontade se expressa na possibilidade em se estipular livremente as relações privadas, prevalecendo o que ficou estabelecido entre as partes convergentes. Assim, o princípio da autonomia da vontade é verdadeira irradiação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (FABRO; BAEZ; 2014).

Partindo-se da diretriz que a Constituição deve nortear todo o ordenamento jurídico nacional, o direito civil – privado – sempre foi considerado o ramo mais distante possível do direito constitucional – público. Mesmo assim, aquele deve se balizar a todas as determinações constitucionais (LÔBO, 2003).

O ordenamento jurídico é resultante de inúmeros fatores, tais como a composição legislativa, o sistema sociocultural, a aplicação jurisprudencial das normas, etc. Todavia, tal multiplicidade e complexidade deve ser compreendida de forma unitária a partir da tábua axiológica contida na Constituição Federal. Assim, tem-se concretizado o papel unificador do sistema, que é a principal função da nossa Magna Carta (TEPEDINO, 2003).

A dignidade da pessoa humana é modelo de orientação existente antes mesmo da nossa Constituição, sendo produto das evoluções trazidas pela área de direitos humanos. Como exemplo motriz, cita-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Inicia-se aí a internacionalização dos direitos humanos.

Orienta Thomas Buergenthal (1991, online) que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse

O iluminismo também foi fator determinante na internacionalização dos direitos humanos, na medida que, ao se ligar direitos humanos a proteção da dignidade da pessoa humana, de forma racional, se deu mote às propagações de ideias defendidas por ocasião das revoluções burguesas. Foi um verdadeiro processo de internacionalização de valores jurídicos comuns.

Dessa maneira, diante das revoluções que buscavam uma maior amplitude de direitos e garantias fundamentais, foi com a edição da Carta das Nações Unidas, que instituiu organização com o mesmo nome (ONU), que os direitos humanos foram de fato irradiados e internacionalizados.

Ainda nas lições de Thomas Buergenthal (1991, online):

A Carta das Nações Unidas ‘internacionalizou’ os direitos humanos. Ao aderir à Carta, que é um tratado multilateral, os Estados-partes reconhecem que os ‘direitos humanos’, a que ela faz menção, são objeto de legítima preocupação internacional e, nesta medida, não mais de sua exclusiva jurisdição doméstica. No sentido de definir o significado de ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’ e esclarecer e codificar as obrigações impostas pelos arts. 55 e 56 da Carta, um vasto universo de normas jurídicas foi elaborado. Este esforço é simbolizado na adoção da International Bill of Human Rights e em inúmeros outros instrumentos de direitos humanos que existem hoje.

O princípio da dignidade humana construído e internacionalizado, forjou um modelo de ser humano ilustrado e delineado por um conjunto de características estéticas e éticas que remetiam a um padrão de perfeição (MENEZES, 2016). Foi diante desse modelo que a nossa Constituição de 1988 foi promulgada, recebendo fortes influências.

Assim, mesmo que tenha havido uma difusão dos direitos humanos ao redor do mundo, forçando diversos ordenamentos a evoluírem no respeito aos direitos e garantias fundamentais, reduziu-se o protótipo do agente apto a participar do discurso moral por sua capacidade de raciocinar, sentir e de se comunicar, manifestando as competências indispensáveis ao desempenho de seu papel social (MENEZES, 2016).

Aqueles que não fossem capazes de exprimirem sua vontade seriam titulares de direito não sob o fundamento da sua dignidade, mas estariam garantidos pelo fato de que outras pessoas os considerassem merecedores dessa atribuição (MENEZES, 2016).

Quem não pode exprimir sua vontade, necessitando que terceiros os representem em atos da vida civil, não pode traduzir um exercício pleno da liberdade de se contratar, negociar, estipular e etc. Complica-se aí o exercício da autonomia da vontade nas relações privadas.

Compreendendo que mesmo havendo a evolução e ampliação das garantias e direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana diretriz do nosso ordenamento jurídico, diferenças no trato e exercício dos direitos de pessoas com limitação psíquica ou intelectual, transitória ou duradoura, foram um empecilho a plena concretização da irradiação da autonomia da vontade em todas as relações privadas.

Diversos institutos limitadores foram utilizados de forma arbitrária, como a interdição. Instituto esse que se efetua sobre aquele que não possua efetiva capacidade de exercício, sendo necessário que o seu curador funcione como um assistente do interdito (interdição parcial) ou seu representante (interdição total).

O que se concretiza é apenas a substituição – ou seria a extensão? – do exercício dos interesses patrimoniais da pessoa sob curatela. Todavia, tais interesses podem restar

prejudicados, haja vista que existem alguns que não podem ser exercidos por pessoa diversa, como é o caso dos direitos personalíssimos (MENEZES, 2016).

Diversos fatores poderiam influenciar no discernimento do indivíduo, tais como idade, competências, grau de incapacidade, status social ou econômico, etc. Motivo que forçou a alteração do modelo médico pelo modelo social, como já mencionado. Entretanto, a regra existente no ordenamento não era em toda prática e não facilitava o exercício da autonomia da vontade por pessoas em situação de incapacidade absoluta, ou mesmo a relativa em alguns graus. Neste sentido, a vontade e as preferências da pessoa devem ser respeitadas pelo seu apoiador – curador ou apoiador em sentido strito (nos termos de tomada decisão apoiada). Quando a pessoa ainda dispuser de condições pessoais para manifestar por si a sua própria vontade, deverá fazê-lo.

Apenas com a instauração do modelo de apoio previsto na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), promulgada pela ONU em 2007 e assinada pelo Brasil em 2008, foi que o antigo modelo de substituição de vontade sofreu mudanças para o que hoje vigora como o que atribui maior autonomia ao indivíduo incapaz relativa ou absolutamente.

O Brasil assinou a CDPD na data de 30 de março de 2007, vindo adentrar no ordenamento nacional pelo Decreto nº 6.949/2009. Faz-se mister até mesmo lembrar que a Convenção foi aprovada seguindo o estatuído no art. 5º, § 3º da CRFB/88, sendo norma com característica de emenda constitucional e fazendo parte integrante do bloco de constitucionalidade, sendo, portanto, hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais e supralegais.

Pouco tempo depois, apesar de a Convenção já ter sido absorvida pelo nosso ordenamento, editou-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Documento que tem suscitado discussão entre os juristas pela maior restrição que operou no regime das incapacidades e no instituto da curatela, além de instituir a tomada de decisão apoiada.

O EPD é decorrente da CDPD, sendo aquele editado justamente para regular todos as diretrizes trazidas por esta. Uma das principais mudanças ocorridas pela edição do estatuto foi a mudança na teoria das incapacidades.

O rol previsto no Código Civil de 2002 foi substancialmente alterado com a finalidade se retirar os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade do rol de absolutamente incapazes. Este último foi incluído no

rol dos relativamente incapazes, sendo adicionado também os que não puderem exprimir sua vontade permanentemente.

Ainda quanto ao rol de incapacidades, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, foram retirados do rol de relativamente incapazes. Assim, estes adquiriram capacidade plena com a mudança da legislação.

A CDPD e o EPD constroem o reconhecimento de igualdade entre pessoas com deficiência e as demais pessoas, favorecendo o exercício da capacidade e limitando o exercício de institutos de controle e salvaguarda de direitos das pessoas com deficiência, como a interdição. Na verdade, o novo sistema fortalece o exercício da capacidade psíquica ou intelectual, seja pela restrição do exercício da curatela, seja pela criação da tomada de decisão apoiada.

A temática do presente estudo encontra-se, portanto, em consonância com as dificuldades que estão se desenhando no judiciário brasileiro. A possibilidade de que pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, realizem negócios jurídicos processuais de forma ampla, desconstituindo-se estas da nulidade de pleno direito e sendo apenas anulável juridicamente.

3.1 Mudanças trazidas pela CDPD e pelo EPD

O direito possui como função precípua a de regular a vida em sociedade, sendo esta composta por pessoas que são sujeito de direitos (VENOSA, 2013). Indo mais além, o conceito de pessoa está conectado com o de personalidade jurídica, sendo este “... a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica”.

Em síntese, a capacidade jurídica é a medida da personalidade jurídica e é conceituada, em sentido lato, como a aptidão para exercer direitos e cumprir obrigações na ordem civil. Em sentido estrito, a capacidade jurídica se subdivide em capacidade de fato ou de exercício, sendo a esta a medida exata da capacidade do indivíduo, e ainda, em capacidade de direito ou de gozo, que é inerente a todo indivíduo nascido com vida.

Como já explanado, nos interessa aqui a capacidade de exercício, pois foi nessa seara que a CDPD e o EPD mais trouxeram mudanças. Ademais, o exercício da capacidade é de maior interesse quanto ao gerenciamento de bens e propriedades, como o direito de livre disposição sobre o próprio corpo. Pontos esses que costumam ocasionar maiores conflitos.

Vejamos como a dinâmica foi disciplinada pela CDPD e pelo EPD:

CDPD

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei: [...]

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

EPD

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

- I - Casar-se e constituir união estável;
- II - Exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - Exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - Conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - Exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - Exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nota-se de imediato que a principal preocupação tanto da CDPD quanto do EPD foram a de conferir maior liberdade e dinamismo para pessoas com deficiência psíquica/intelectual, de modo que estas pudessem gerir o próprio patrimônio e dispusessem sobre a composição familiar e sobre o próprio corpo sem intromissão de outros, exceto quando curateladas e o curador possuir gerência nesses aspectos (FRIZZERA; PAZÓ, 2016).

Não foi à toa que o preâmbulo da CDPD reafirmou o princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz a uma maior igualdade na inclusão das pessoas com deficiência.⁶

⁶ CDPD – “Preâmbulo Os Estados Partes da presente Convenção,

a) Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

b) Reconhecendo que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie,

c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação, [...].

n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas, [...].

Artigo 12 (Reconhecimento igual perante a lei): 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência 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. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com

Joyceane Bezerra (2016, p. 582) orienta que de forma a viabilizar essa inclusão, a dignidade da pessoa humana foi confirmada como o dever que impõe ao Estado, à sociedade e à Família as prestações específicas voltadas para a emancipação das pessoas com deficiência, além da perspectiva da dignidade como autodeterminação que sustenta a personalidade do sujeito com limitações intelectuais ou psíquicas, atribuindo igualdade entre os indivíduos.

Entretanto, diversos outros autores já se posicionaram no sentido de associar o princípio da dignidade da pessoa humana à ideia de autodeterminação. Assim, a CDPD e o EPD destoam entre autodeterminação, capacidade mental e capacidade civil, rompendo com o padrão conceitual das primeiras declarações de direitos humanos (MENEZES, 2016).

A CDPD e o EPD tinham por escopo analisar a pessoa com deficiência através de outras matizes e situações. Ademais, os tradicionais processos de interdição não permitiam uma completa análise de todas as características do indivíduo curatelado. Na verdade, buscava-se apenas uma transição do modelo médico para o modelo social.

Reconheceu-se todas as pessoas como de igual dignidade, além de atribuir um maior grau de capacidade jurídica. Todavia, como o objetivo é o pleno gozo e exercício de direitos, garantindo a dignidade dessas pessoas, não pode ser negado o suporte necessário para tal exercício. Não se pode conceber o regime de incapacidades como uma barreira institucional tendente a ampliar o quadro de desigualdade e obstar o exercício de direitos (MENEZES, 2016).

Assim, como analisado no art. 6º, *caput* do EPD, estabeleceu-se que a deficiência não deve ser critério para auferir a capacidade, limitando o próprio entendimento de igual capacidade para todos da CDPD. Tal mudança acabou por revogar, de forma expressa, os artigos do Código Civil que faziam referência à deficiência como causa de incapacidade civil ou relativa.⁷

Importante ainda diferenciar a capacidade jurídica da capacidade mental. Joyceane Bezerra (2016, p. 588) nos ensina que a capacidade jurídica deriva da capacidade de exercer direitos (fato ou exercício) somada a capacidade de titularizar tais direitos (gozo ou de direito). A capacidade mental remete a capacidade de agir, ou seja, aptidão para tomada de decisões.

deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens”.

⁷ Art. 114. A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I - (Revogado); II - (Revogado); III - (Revogado).’ (NR)

‘Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...]. II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; [...] Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.’ (NR)

Em decorrência do art. 12 da CDPD, eventuais déficits na capacidade mental, supostos ou reais, não podem ser utilizados como motivo para restringir ou negar a capacidade jurídica da pessoa.

Na realidade, tanto a CDPD quanto o EPD acabam por trazer igualdade de direitos entre todos, garantindo que a pessoa com deficiência, que necessita de apoio ou representação, tenha acesso a essa garantia. Instrumentos esses caracterizados pela curatela, bem como pelo novo instrumento da tomada de decisão apoiada.

Tais mudanças não têm agradado a todos os juristas, motivo pelo qual há o Projeto de Lei nº 757/2015 que propõe a sua reformulação, na qual tenciona alterar o EPD, o Código Civil e o CPC, praticamente recobrando a situação anterior, alegando-se que as mudanças trazidas mais desamparam que protegem a pessoa com deficiência (MENEZES, 2016).

Frise-se que qualquer mudança tendente a mudar o EPD deve observar a CDPD, pois esta foi uma das primeiras Convenções a receber natureza de norma constitucional ao passar pelo crivo estabelecido no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, como já apontado.⁸

3.2 Instrumento da Tomada de Decisão Apoiada. Análise à luz do princípio da vedação à proteção insuficiente

O princípio de proibição a proteção insuficiente (*Untermassverbot*) é de autoria de Claus-Wilhelm Canaris, alcunhada na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado (Grundrechte und Privatrecht)*. Tal projeção deriva da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da constitucionalidade da descriminalização do aborto em 1993.⁹

No caso concreto específico, foi reconhecido que há um dever estatal em proteger a vida não nascida. Dever inerente a proteção a própria vida da mãe do nascituro. Assim, a vida intrauterina não pode ser submetida à livre decisão de terceiros – ainda que o terceiro seja a mãe da prole discutida.

A proteção é uma obrigação positiva do Estado, devendo este promover os meios normativos e materiais para garantir a efetiva tutela do bem jurídico. Dessa forma, à luz da vedação a proteção insuficiente, o legislador não tem a livre disposição da utilização do

⁸ 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.

⁹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfG, 2 BvF 2/90 of 05/28/1993, paragraphs No. (1 - 434).

interesse do que deve ou não proteger, se vinculando a todas as diretrizes apontadas pelo texto constitucional de onde deve efetivamente exercer sua atividade legislativa (CANARIS, 2006).

Fica estabelecido assim o mínimo a ser instituído (vedação a proteção insuficiente) e o máximo a ser observado (proibição do excesso), originando-se uma margem de direitos que devem ser observados e garantidos pelo Estado. O que destoa dessa moldura, se submete ao controle de constitucionalidade (excesso) ou ao *mandamus* de injunção (insuficiência).

Vê-se então que o Estado deve observar duas linhas tênues e garantir a proteção constitucionalmente estabelecida. De um lado deve evitar o excesso, vedando toda atividade legislativa que vai além do necessário, afetando direitos fundamentais. De outro, tem-se a vedação a proteção insuficiente, que é a ordem de suprir a falta da atividade normativa que regula algum direito ou garantia fundamental (SANTIAGO, 2012).

A função dos direitos fundamentais é atuar como imperativo de tutela, garantindo a “eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros.” Somente o Estado é destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Assim, somente o Estado pode ser responsabilizado pela falta de observância destes (CANARIS, 2006).

Sintetizando, Claus-Wilhelm Canaris (2006, p. 107) preleciona que a função dos imperativos de tutela no contexto das relações privadas seria a proteção dos direitos fundamentais de intervenções por parte dos particulares, permitindo o livre gozo dos direitos por seus titulares.

É dizer-se que há dado direito na órbita normativa que deve ser editado para plena fruição e gozo de direitos e garantias fundamentais. Por mais que o direito não esteja editado e em pleno vigor, ele é garantido e deve ser observado pelo legislador.

Nesse interim, percebe-se que o princípio de vedação a proteção insuficiente tem por escopo garantir que todas as garantias já conquistadas e implementadas dentro de um dado ordenamento, possam vir a ser reguladas por meio do instrumento normativo próprio, garantindo a sua plena efetividade e exercício.

Dessa forma, o Estado deve prover não só as vicissitudes mínimas para manutenção do bem-estar social, como deve se limitar a constranger a liberdade dos indivíduos, bem como articular que esse constrangimento não seja travado entre estes últimos (ALEXY, 2008).

Robert Alexy (2008, p. 233) ensina que a liberdade deve ser protegida, pois, a proteção constitucional abrange não somente o direito a que o Estado se abstenha de praticar condutas que frustrem a liberdade do indivíduo. É dizer que a liberdade não necessita de normas para refreá-lo, mas precisa de normas que evitem a intervenção de terceiros na liberdade uns dos outros.

Significa, portanto, que garantias e direitos fundamentais impõem ao estado a necessidade de intervir de forma objetiva e eficaz, de forma preventiva ou repressiva, de modo a evitar ou solucionar ofensas a bens jurídicos de particulares violados por terceiros (SARLET, 2008). Garantias fundamentais despontam como deveres de proteção do Estado, não só negativa, mas também positiva, onde se estabelece a vedação a proteção insuficiente.

É essa linha que Canaris (2006, p. 110) aponta, onde os imperativos de tutela poder-se-iam ser intitulados como “eficiência prática”. A garantia de uma eficiente tutela dos bens jurídicos em geral somente se perfaz por meio da regulação de “situações de perigo” e de ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

Canaris (2006, p. 113-114) ainda aponta que outros pontos devem ser analisados, tais como o peso da intervenção, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autopreservação do titular do direito fundamental atingido. Toda essa análise somente se efetiva na atividade legislativa. Os imperativos de tutela, portanto, somente se concretizam através do direito infraconstitucional.

Frise-se que os imperativos de tutela não devem se restringir ao mínimo garantido. Deve sim obedecer a garantia mínima de proteção, mas não se limitando apenas aí. Como já dito mais acima, deve se buscar estar sempre entre a margem da vedação a proteção insuficiente e a proibição do excesso (CANARIS, 2006).

Tal princípio já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise do Recurso Extraordinário nº 418.376, em que se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 107, VII do Código Penal. O último caso no STF em que se utilizou o princípio da vedação a proteção insuficiente foi na ADIn nº 3510:

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”. Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas de embrião humano. O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio da responsabilidade. (Dje, Publicado em 31.05.2008).

Depreende-se que o princípio da vedação à proteção insuficiente já está arraigado até mesmo no nosso ordenamento. Não há, portanto, como negar a garantia e observância dos direitos mais básicos. E, indo mais além, não tem como haver conformação pelos modelos utilizados que não prestam uma segurança jurídica a todas as classes, como era o caso das pessoas com deficiência pré CDPD e EPD.

Conforme já analisado durante todo esse trabalho, a pessoa com deficiência não possuía todos os seus direitos e garantias mínimas reguladas a contento. Faltava-lhe direitos básicos que não lhe observavam o mínimo para se estabelecer uma vida digna. O mais basilar dos princípios lhes eram negados, o pleno exercício da dignidade da pessoa humana.

Embora houvessem maneiras de suprir a deficiência em vigor, o modelo observado era o de substituição de vontade e não de apoio à autonomia. Não era estranho ocorrer abusos constantes, como pessoas capazes de gerir o próprio patrimônio sofrendo processos de interdição por familiares ambiciosos, pais super protetores que não cediam liberdade aos filhos deficientes e entre outras inúmeras situações.

A CDPD, nas palavras de Joyceane Bezerra (2016, p. 36), proporcionou uma verdadeira virada de Copérnico no direito protetivo. Os Estados signatários tiveram que se adequar a uma instituição de apoio favorável ao livre exercício da capacidade, devendo implementar todas as salvaguardas necessárias para abusos e garantir os direitos humanos.

Toda pessoa é dotada de liberdade de eleição e de liberdade moral. A liberdade de eleição garante a condição de realizar escolhas e participar nos processos sociais como sujeito no discurso moral, enquanto a liberdade moral possibilita desenvolver e executar o seu projeto de vida. Somente pela liberdade associada à garantia de igualdade é que se garante uma vida digna (MENEZES, 2016).

A CDPD e o EPD inauguram o modelo de apoio da pessoa com deficiência, embora ainda receba críticas por transpassar o modelo médico, não superando o termo deficiência (MENEZES, 2016).

O EPD, inclusive já demonstrado mais acima, reformulou o instituto da curatela e criou a tomada de decisão apoiada. Esta apresenta-se como um instrumento que oferece apenas um apoio àquele que ainda possui pleno exercício de sua capacidade, podendo decidir e realizar escolhas por si, celebrando qualquer negócio jurídico sem a necessidade de assistência ou representação (MENEZES, 2016).

A tomada de decisão apoiada foi incluída no Código Civil por meio do EPD, veja-se:

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. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 10 O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 11 Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Trata-se de instituto novel criado para fazer cumprir o art. 12 da CDPD “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”

Trata-se de apoio a pessoa com deficiência de caráter judicial ou extrajudicial, cuja finalidade é facilitar os processos de tomadas de decisão quando da realização de negócios jurídicos, inclusive os de natureza processual.

A tomada de decisão apoiada, portanto, trata-se de medida alternativa e intermediária, voltado a auxiliar a pessoa que se sente fragilizada no exercício de sua autonomia, mas que não necessita de medida mais extrema, como a interdição (MENEZES, 2016).

Dessa forma, a tomada de decisão apoiada nada mais é que um mecanismo, que se vale a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, para tomar com maior assertividade decisões das mais diversas, inclusive, mas não exclusivamente, quanto a realização de negócios jurídicos processuais.

4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CAPACIDADE DO PROPONENTE

No âmbito das relações privadas, os negócios jurídicos são imprescindíveis para estabelecer direitos e obrigações, pautando-se na boa-fé objetiva tão valorada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A validade do negócio jurídico na perspectiva do código civil de 2002 embasa-se nos seguintes requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei conforme disposto ao longo dos incisos do art. 104 do Código Civil.

Ao reportar a pesquisa em apreço, volta-se o debate para a capacidade do proponente em casos de incapacidade relativa de pactuar os negócios jurídicos, haja vista que as alterações inseridas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência oportunizaram a autonomia da vontade desses sujeitos de direitos. A reflexão em apreço direciona-se para a compreensão da capacidade do proponente na firmação de negócios jurídicos.

Nas palavras de Talamini (2018, p. 1) “o negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e específicos efeitos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra”, isto é, a vontade das partes direciona as relações entre os particulares, somente podendo sofrer óbice nos casos de invalidade do negócio jurídico, conforme estabelece o capítulo V do Código Civil ao dispor acerca do erro ou ignorância, do dolo, da coação e da fraude aos credores como possibilidades para anular os negócios jurídicos. A vontade das partes, quando transparentes e límpidas, oportunizam a concretização dos negócios jurídicos que ensejaram direitos e deveres na espera jurídica.

Ainda conforme Talamini (2018, p. 1) “a voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências”. Nesse sentido, torna-se evidente que a autonomia das partes para firmarem negócios jurídicos que terão reflexo no ordenamento jurídico, devem ser efetivadas da maneira mais natural possível. A interferência do Estado nas relações privadas deve ser mínima, pois livre é a vontade das partes em dispor de seus bens e de seus direitos.

No Código Civil de 2002, a capacidade jurídica das partes é requisito imprescindível para a efetivação dos negócios jurídicos. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015 – seguindo o determinante da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência optou por assegurar a todos, inclusive àquelas pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, uma capacidade jurídica plena, em igualdade com os demais sujeitos de direitos. Possuem plena capacidade, ainda que para o seu exercício venham a necessitar de apoio mais ou menos intenso. Gonçalves (2016, p. 326) acentua “no negócio jurídico a

manifestação da vontade tem finalidade negocial, que abrange a aquisição, conservação ou extinção de direitos”, ou seja, patente a relevância da autonomia da vontade nas relações privadas.

Corroborando nesse sentido, o ensinamento de Nogueira (2011, p. 109) ao dispor que o negócio jurídico se fundamenta na perspectiva de fato jurídico, isto é, encontra-se eivado de direitos e deveres que devem ser respeitados pelas partes, pois a vontade é imperativo das relações entre os indivíduos. Na lógica da compreensão do negócio jurídico, assevera a sua correlação com fato jurídico, que nos estudos de Peixoto e Macêdo “é o resultado do fato concreto da vida que, por ser previsto em hipótese normativa, acaba por ingressar no mundo jurídico, atribuindo-lhe determinados efeitos”. Gonçalves (2016, p. 323) acentua que “a expressão ‘negócio jurídico’ não é empregada no código civil no sentido comum de operação ou transação comercial, mas como uma das espécies em que se subdividem os atos jurídicos lícitos”.

Nas palavras de Gonçalves (2016, p. 322) “negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito privado”.

A razão de existir dos negócios jurídicos é, sobretudo, respeitar a vontade das partes sem se pautar numa perspectiva de capacidade civil. Depreende-se que a capacidade civil é relevante, entretanto a vontade das partes deve ser imperativa nos negócios jurídicos.

4.1 Relação entre negócio jurídico, negócio jurídico processual e capacidade

O negócio jurídico, portanto, como já aludido, trata-se de declarações de vontade realizadas entre duas ou mais pessoas e que se destinam a produzir os efeitos jurídicos queridos pelos agentes. Em sentido estrito, são manifestações de vontade obedientes à lei, gerando efeitos que se sobressaem da própria lei.

O negócio jurídico processual é decorrência do negócio jurídico, mas se limitando apenas ao campo processual. Existe desde o Código de Processo Civil de 1973, mas foi inserido expressamente apenas no Código de Processo Civil de 2015, com a redação do seu art. 190, o qual dispõe que “versando o processo sobre direitos que admitem auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

Se faz mister apontar que, mesmo o Código de Processo Civil de 2015 estipulando uma maior autonomia na composição da lide, evidenciando-se como diferencial da nova ordem processual, estabeleceu que para a realização de negócios jurídicos processuais os sujeitos devem ser plenamente capazes, limitando a sua realização por indivíduos absoluta ou relativamente incapazes.

Podemos considerar a narrativa como uma “involução”, pois aparentemente amplia o campo de abrangência da possibilidade de se realizar a realização de negócios jurídicos processuais, mas o limita apenas a pessoas plenamente capazes. Não se leva em conta que a capacidade de ser parte transpassa a lógica de sanidade mental, independentemente da existência desta, o sujeito pode ser responsável por suas decisões, melhor explicando, sua autonomia não deve ser renegada a segunda opção nas relações privadas.

Talamini (2018, p. 1) preconiza acerca dos negócios processuais:

Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do(s) sujeito(s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos.

Depreende-se que nos negócios jurídicos processuais a autonomia da vontade deve direcionar as relações entre as partes, tendo como escopo o embasamento na boa-fé objetiva, princípio imprescindível ao ordenamento jurídico no âmbito das relações privadas.

Bellinetti e Hatoum (2017, p. 245) asseveram:

Os negócios jurídicos processuais se apresentam como espécies de atos jurídicos processuais em sentido amplo, tendo em vista que a vontade é elemento nuclear do suporte fático e, assim como os demais fenômenos processuais, podem ter seu conceito extraído daquele desenvolvimento no campo da Teoria Geral do Direito, aqui considerados como negócios jurídicos materiais.

O negócio jurídico processual apresenta pressupostos a fim de serem válidos para o ordenamento jurídico. Há pressupostos objetivos e subjetivos. Como o intuito do debate é a capacidade do proponente, o foco da discussão será embasado no pressuposto subjetivo.

Recentemente o Código Civil de 2002 teve seu rol de incapacidades reformado. Conforme disposição do caput do art. 3º “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”, já os relativamente incapazes nos ditames do art. 4º são: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, alterações provenientes da Lei nº 13.146/2015, que alterou

a lógica de pautar a capacidade civil na perspectiva de saúde mental. Preleciona Gonçalves (2016, p. 110):

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art.1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.

Joyceane Bezerra e Carolina Brochardo (2016, p. 574), quanto ao antigo modelo de substituição de vontade, ensinam:

Diante de tais situações, foi necessário encontrar soluções que contornassem a incapacidade, tendo em vista a necessidade de qualquer pessoa, independente de ser ou não capaz, participar da vida em sociedade. Por isso, o Direito estabeleceu formas de suprimento da incapacidade. Quando absoluta, a incapacidade deverá ser suprida através da representação do incapaz, instituto que determina que a vontade do representante substitua a vontade do incapaz; caso o incapaz pratique algum ato sozinho, a hipótese é de nulidade, conforme o artigo 166 do CCB/02, de modo que o ato não possa ser convalidado por seu representante.

A Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência vieram, portanto, desmistificar a concepção que o desenvolvimento mental incompleto seja óbice para expressar a autonomia da vontade. Autonomia esta que se comporta como característica intrínseca e decorrente da condição humana. Mesmo nas hipóteses em que o sujeito seja completamente impedido (por sua deficiência) de manifestar sua vontade, ainda que sob o apoio do curador, este não estará autorizado pela Convenção e pela Lei a substituir-lhe a vontade. Nem mesmo exercendo os poderes de representação poderá fazê-lo, devendo sempre buscar qual seria a vontade e as preferências do curatelado. A mudança proporcionada no nosso ordenamento do modelo de substituição de vontade para o modelo de apoio, estabelece o que a Constituição Federal já assegurava no caput do seu art. 5º, que “todos são iguais em direitos e obrigações”.

Além disso, a dignidade da pessoa humana, amplamente referendada no inciso III do art. 1º da mesma carta constitucional como direito fundamental, também era desrespeitada, quando o Código Civil afastava o exercício da autonomia da vontade, atrelando a capacidade civil ao desenvolvimento mental. Nessa perspectiva, os negócios jurídicos eram afetados porque limitada a capacidade civil das partes, desconsiderava-se a autonomia de ser sujeito de direitos.

É nesse debate que a capacidade do proponente nos negócios jurídicos adquire nova dimensão após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Acentuam Joyceane Bezerra e Carolina Brochardo (2016, p. 570):

Nos moldes atuais - após a Convenção e o Estatuto - é necessário rever os termos até então utilizados pela doutrina para tratar do tema capacidade. Esta, enquanto gênero

abrange duas espécies: a capacidade de direito e a de fato. A grande confusão que vem sendo feita após o advento do EPD- ao interpretá-lo segundo a Convenção-, se refere ao termo capacidade legal ou jurídica (utilizada pela CDPD e pelo EPD como capacidade enquanto gênero), na medida em que essa expressão vinha sendo utilizada pela doutrina como sinônimo de capacidade de direito.

Essa dicotomia entre capacidade de direito e de fato, por muito tempo, contribuiu para a incompreensão da necessidade de oportunizar as pessoas com deficiência sua plena autonomia na esfera privada. Assim Joyceane Bezerra e Carolina Brochardo (2016, p.570) asseveram:

A capacidade de direito (capacidade civil, de gozo) é a projeção do valor personalidade no mundo jurídico, bem como um atributo da personalidade. Esta é reconhecida pelo ordenamento; já a personalidade é concedida por ele. Capacidade é manifestação dos poderes de ação inerentes à personalidade, constituindo-se em medida jurídica desta.

Depreende-se que a capacidade civil se dimensiona na perspectiva de capacidade de fato e de direito. Entretanto, é patente que a capacidade para atos da vida civil não deve se restringir as limitações do pleno desenvolvimento mental, haja vista que diante dessa limitação tem-se um sujeito de direito. Joyceane Bezerra e Carolina Brochardo (2016, p. 573) salientam que “embora o ordenamento jurídico lhes atribuisse capacidade de direito, negava-lhes a autodeterminação, impedindo-lhes a exercício dos direitos, pessoal e diretamente”.

Nesse sentido, ainda nos estudos de Joyceane Bezerra e Carolina Brochardo (2016, p. 571-572), “tendo em vista à falta de pressupostos materiais para que algumas categorias de pessoas se conduzam com a autonomia, em face da ausência de experiência e maturidade no trânsito jurídico, estabelecia-se o regime das incapacidades para os menores e para aqueles cuja doença impedia o discernimento, total ou parcialmente.”

O Estatuto da Pessoa com Deficiência contribuiu para romper a concepção de limitar a autonomia da vontade dos sujeitos considerados inferiores mentalmente. O regime de incapacidades presente no Código Civil, apesar de possibilitar a execução dos direitos e garantias individuais por meio do modelo de representação, não acolhia totalmente os ditames da Constituição Federal de 1988 de valorização do ser humano com suas particularidades. O indivíduo é sujeito de direito e deve ser respeitado por si, não sendo pertinente privá-lo de exercer sua vontade perante terceiros.

A plena capacidade civil não pode ser afetada pela deficiência, haja vista que conforme dispõe o art. 6º do Estatuto da pessoa com deficiência o sujeito de direito nessas condições pode casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas

sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Patente é a expansão dos direitos civis para os indivíduos independentes de suas condições físicas ou psíquicas, ou seja, tornam-se plenamente capazes para exercer sua vontade sem os ditames do Estado, especialmente quando se refere à esfera privada.

Nesse sentido, Joyceane Bezerra (2018, p. 2) aduz que:

Sob essas razões é que se reconhece a liberdade de eleição e a autonomia (o uso dessa liberdade) à pessoa com deficiência, creditando-lhe, de igual modo, a capacidade jurídica (de exercício, sobretudo), que é a porta de acesso ao exercício dos direitos e obrigações, em igualdade com todas as demais pessoas.

Nesse sentido, os negócios jurídicos podem ser realizados por pessoas outrora considerados absolutamente incapazes, haja vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em evidente reafirmação dos valores, consolida o modelo de apoio em detrimento do modelo de substituição de vontade. Ainda nas palavras de Joyceane Bezerra (2018, p. 4) “ao tempo em que é assegurada à pessoa o respeito à sua personalidade, dignidade, também se lhe reconhece a autonomia e capacidade jurídica em igualdade com as demais. Ainda que prevendo um sistema de apoio que ampara o sujeito no exercício dessa capacidade.”

4.2 Reflexos na jurisprudência com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Depreende-se que os negócios jurídicos sofreram o impacto dessas alterações no regime de incapacidades, pois expandiu os sujeitos que livre e autonomamente poderão dispor juridicamente de seus bens ou direitos junto a terceiros, em flagrante respeito a esfera privada.

O ordenamento tem se adaptado às mudanças abruptas, sendo que o Estatuto fez uma verdadeira reforma no regime de incapacidades, como adiante será tratado. Entretanto, já podemos encontrar decisões que, embasando-se no novo modelo de apoio à pessoa com deficiência, têm decidido pela redução do alcance de curatelas e dando uma maior liberdade e autonomia ao curatelado. Veja-se:

CIVIL. APELAÇÃO. NULIDADE DE CONTRATO VERBAL DE PERMUTA DE IMÓVEL URBANO. NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO POR PESSOA RELATIVAMENTE INCAPAZ. CARACTERIZADA A ANUÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DO CURADOR. IMPOSSIBILIDADE ANULAÇÃO. VEDAÇÃO AO BENEFÍCIO DA PRÓPRIA TORPEZA. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela,

com efeitos ex nunc de modo a se presumir, em regra, que a partir dela todos os negócios jurídicos praticados pelo relativamente incapaz, sem a intervenção do curador, são anuláveis de pleno direito. 2. De acordo com inovações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no Código Civil, em seus artigos 3º, 4º, 1767 e seguintes, está claro que o relativamente incapaz interdito por deficiência mental continuará na administração de seu patrimônio, recaindo a curatela somente à prática de atos negociais, os quais necessitam de assistência e anuência do curador. Incidência artigos 84 e 85 do citado Estatuto. 3. Comprovado em audiência de instrução que a permuta foi efetivada com a assistência e anuência da curadora, bem como a demonstração de prejuízo à curatelada, não é possível a anulação do negócio jurídico. O ordenamento jurídico veda a alegação de benefício da própria torpeza. 4. Recurso desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0709199-13.2014.8.01.0001, DECIDE a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto da Relatora e das mídias digitais arquivadas. (TJ-AC 07091991320148010001 AC 0709199-13.2014.8.01.0001, Relator: Regina Ferrari, Data de Julgamento: 24/04/2018, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 25/04/2018)

Conforme dicção da decisão ora em apreço, é insubsistente o entendimento anterior da incapacidade civil por questões de deficiência mental, que se baseavam no modelo de substituição de vontade. Anteriormente, a pessoa com deficiência psíquica e intelectual era considerada absolutamente incapaz. Atualmente, tal indivíduo é classificado como incapaz relativamente, não possuindo muita interferência no exercício da sua autonomia, devendo os negócios jurídicos pactuados por esses serem considerados plenamente válidos no ordenamento jurídico.

Ainda, de acordo com o ementário da decisão acima, o relativamente incapaz não necessita da anuência do seu curador para os mais diversos atos da vida civil, à exceção dos casos em que a curatela se estende a um determinado espaço de decisões, em que o curatelado irá necessitar de auxílio para administrar seu patrimônio e dispor sobre o próprio corpo.

Os negócios processuais, portanto, caracterizam-se pela autonomia da vontade. Desconsiderar que as partes podem dispor de seu patrimônio é tornar o Estado figura ímpar das relações privadas. Contudo, tal lógica não coopera para o direito civil, pois o Estado deve intervir o mínimo possível. Nessa perspectiva, depreende-se que houve uma maior elasticidade no exercício da autonomia da vontade de pessoas com deficiência psíquica e intelectual, mas que ainda existe resquícios do modelo de substituição de vontade nos casos em que o curatelado não possui discernimento suficiente para a tomada de algumas decisões.

Outra decisão nesse sentido, reafirma a postura de que pessoas com deficiência psíquica e intelectual podem dispor de seu patrimônio nas relações privadas, sem a interferência do curador, ou seja, a participação do curador se restringe a situações em que sejam consideradas imprescindíveis. O agravo de instrumento de nº 00209988120178050000 do Tribunal de Justiça da Bahia fora conhecido, porém improvido, haja vista que a não participação

do curador em alienação de bem imóvel arrematado em leilão não é requisito para validade do negócio jurídico, caso a curatela não se estenda para os atos patrimoniais. Veja-se:

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOBRESTAMENTO DOS EFEITOS DO LEILÃO E ARREMATACÃO DO IMÓVEL ALIENADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO. TÍTULO FORMALIZADO POR PESSOA RELATIVAMENTE INCAPAZ SEM A PARTICIPAÇÃO DA SUA CURADORA. PERICULUM IN MORA INVERSO. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. É possível o sobrestamento dos efeitos do leilão e arrematação do imóvel alienado. A alienação fiduciária regulada pela Lei 9.514/97 é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). Vencida e não paga, no todo ou em parte a dívida, e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário (art. 26). Ocorre, todavia, que a concessão da tutela requerida, incorrerá no periculum in mora inverso, pois o suposto risco demonstrado pelo agravante não supera o suportado pelo agravado, sobretudo diante da discussão acerca da nulidade do título por ter sido formalizado por pessoa relativamente incapaz e sem a participação da sua curadora. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0020998-81.2017.8.05.0000, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 06/12/2017). (TJ-BA - AI: 00209988120178050000, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 06/12/2017)

A anuência do curador à venda de imóvel somente se faz necessária quando a curatela se estende a esfera de decisão patrimonial. Limitação proporcionada pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Embora, frise-se, atos de alienação também requeiram autorização judicial.

Os negócios jurídicos processuais se encaixam na perspectiva de assegurar a pessoas com deficiência, psíquica e intelectual, a sua participação nas relações privadas, limitando a ingerência de seus curadores. A autonomia da vontade é corolário do direito privado e qualquer interferência nesse sentido somente pode existir quando eivado de prejudicabilidade para a pessoa com deficiência psíquica e intelectual. Salieta-se que os negócios jurídicos praticados pelos relativamente incapazes não são nulos de pleno direito, devendo seus efeitos serem produzidos até decisão judicial anulatória.

Assim, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência busca assegurar a plena efetivação do indivíduo na vida civil e privada, os negócios jurídicos processuais caracterizam-se pela autonomia da vontade das partes, cuja consequência é a mínima interferência do Estado no âmbito particular.

Percebe-se claramente que nada deve obstar o estabelecimento de negócios jurídicos por pessoas com deficiência, tendo em vista a evolução do modelo de substituição de vontade para o de apoio. Todavia, deve-se frisar que tal liberdade e autonomia não pode se

insurgir como porta de entrada para que pessoas com deficiência intelectual/psíquica sejam devidamente protegidas pelo ordenamento pátrio.

O Próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece em seu art. 5º que “a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.” Entretanto, é necessário nos debruçarmos de forma mais aprofundada sobre as mudanças trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD).

5 CONCLUSÃO

Ao chegar ao final do presente estudo, conclui-se que, a celebração de um negócio jurídico válido depende, inicialmente, dos requisitos mínimos para sua constituição. A semelhança com os negócios jurídicos, em geral, os requisitos de validade são: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Sendo agente capaz um dos primeiros requisitos a se observar, esbarra-se na impossibilidade de que indivíduos considerados incapazes, absoluta ou relativamente, possam estabelecer negócio jurídico plenamente válido e eficaz. Porém, com a CDPD e o EPD, modificou-se o regime das incapacidades. Atualmente, absolutamente incapaz será apenas a pessoa menor de 16 (dezesseis) anos. Pela Convenção, a pessoa com deficiência sequer poderá ser considerada incapaz. Com o advento do EPD, mantida a curatela, é de se perguntar se o sujeito que está sob curatela sofre restrição à sua capacidade. Pela interpretação do EPD com o art. 1.767, inciso I do Código Civil cuja redação diz que está sujeito à curatela quem não pode manifestar sua vontade, repetindo o texto do art.4º, inciso III, há muitos autores que sustentam que a pessoa com deficiência sob curatela seria *relativamente incapaz*. Nisto são seguidos pela jurisprudência.

Uma vez que se entenda nesta direção, a pessoa com deficiência seria relativamente incapaz porque quanto aos atos definidos em sentença como sujeitos ao poder do curador, não poderia celebrar negócios processuais. Se a curatela nada dispuser sob certo aspecto da vida pessoal ou patrimonial daquela pessoa, em tese, poderia ela continuar a praticar os mesmos atos. Na prática, porém, a sentença de curatela acaba por representar uma baixa no potencial de exercício de direitos. A pessoa ficará sob a observação cerrada de que não tem aptidão para nada.

Mas e quanto a pessoa tem uma deficiência e não está sob curatela. Mesmo assim seja visível a sua vulnerabilidade pela ausência de aptidão para bem compreender os efeitos de sua decisão? Diz o art.5º, do EPD que a pessoa não pode estar sob “A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”

Se mesmo nessa condição estiver litigando, em juízo, o Estado Jjuiz teria o dever de oficiar o representante do Ministério Público a fim de que se observe eventual fragilidade e necessidade de pleitear-se a curatela seja por iniciativa própria ou por meio da chamada aos familiares a fim de que estes possam exercer tal competência.

Se no âmbito da curatela houver poderes para celebração do negócio jurídico processual, assistindo o curador ao curatelado, é de se observar que o curador deverá cotejar a vontade e as preferências do curatelado. Pois no nosso ordenamento jurídico o modelo de substituição de vontade foi abandonado. Alternativa prática e viável durante muito tempo, mas que ia de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, pois se via diante de uma vontade de um terceiro suprindo a de um indivíduo que, juridicamente falando, não estava autorizado a decidir sobre a própria vida.

O modelo inicial a ser utilizado para se definir o critério de pessoa com deficiência foi modelo médico, no qual não se levava em conta as especificidades de cada indivíduo, mas o padrão social a ser seguido. Assim, cabia à pessoa com deficiência se adequar ao padrão imposto pela sociedade, critério este totalmente legalista.

Políticas públicas por todo mundo forçaram a evolução para o modelo social, que justamente é o trazido pela CDPD e pelo EPD. Neste modelo, a inclusão da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual se concretiza não por esta se adequar ao meio onde está inserida, mas a sociedade se adapta às limitações do indivíduo.

Esse foi o estopim para que a pessoa com deficiência pudesse ser vista não como alguém que precisa ter sua autonomia suprida, mas sim que poderia pensar de forma autônoma e independente.

Consequentemente, a tutela jurídica da pessoa com deficiência era analisada sob um modelo de substituição de vontade, no qual imperava não a decisão consciente do indivíduo, mas a de um terceiro que complementava a capacidade que faltava àquele.

Sendo assim, frente a disposição de negócios jurídicos, vigorava no nosso ordenamento a completa nulidade dos atos realizados por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual¹⁰ ou, em outros casos, a anulabilidade desses atos.¹¹

Dessa forma, praticava-se um verdadeiro demérito em relação à autonomia da vontade de pessoas com deficiência, afligindo a dignidade dos mesmos. A proteção ofertada estava sendo feita de forma insatisfatória, indo de encontro ao quanto disposto na própria Constituição Federal de 1988.

Todavia, tal cenário não ocorria apenas no nosso ordenamento, sendo os casos de proteção insatisfatória de pessoas com deficiência psíquica/intelectual recorrente em vários países distintos. Motivo o qual ensejou a edição da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pela ONU em 2007 e ratificada pelo Brasil em 2008.

¹⁰ Capacidade absoluta.

¹¹ Capacidade relativa.

A CDPD proporcionou a mudança do modelo de substituição de vontade, que imperava no nosso ordenamento, para o atual modelo de apoio. Mitigou-se, então, o instituto da curatela, embora este ainda tenha continuado plenamente válido.

Apesar das mudanças empreendidas, muitos aplicadores do direito ainda encontravam conflito entre o texto da CDPD e do Código Civil, sobretudo quanto à capacidade do indivíduo com deficiência intelectual ou psíquica, considerado, conforme o grau de deficiência, absoluta ou relativamente incapaz. Embora tal conflito fosse apenas aparente, pois a CDPD foi introduzida no nosso ordenamento como emenda à Constituição, sendo parte integrante do bloco de constitucionalidade.

Diante disso, necessário foi editar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que realizou uma verdadeira reforma no regime de incapacidades do nosso ordenamento. Através do EPD pessoas com deficiência adquiriam maior autonomia para gerir diversos atos da própria vida, inclusive relacionados à disposição do próprio corpo e na gestão do patrimônio.

Estendeu-se o preceituado no art. 12 da CDPD no art. 6 do EPD, além de este ter realizado uma verdadeira reforma no instituto da curatela e criar a tomada de decisão apoiada, reforçando o novo modelo de apoio trazido pela CDPD.

Da maneira aqui disposta, revisitando todos os argumentos discutidos no presente trabalho, percebeu-se que a evolução trazida pela conhecida “virada de Copérnico” no direito das pessoas com deficiência, compreendeu-se que o negócio jurídico *lato sensu* passou a possuir maior legitimidade quando realizado por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, visto a maior autonomia e igualdade conferida a estes indivíduos.

Analisando-se de forma *stricto sensu*, o negócio jurídico processual passou a ser admitido quando um dos indivíduos a o realizar for pessoa com deficiência. Apesar da figura de as partes comporem o processo e negociarem disposições não previstas no nosso ordenamento tenha sido presente desde o CPC de 1973, somente com a edição do CPC de 2015 tal instituto ganhou força e passou a ficar no cerne das discussões. Justamente, concomitantemente à mesma época em que o EPD foi editado.

Assim, chegamos ao desfecho concluindo que, antes do advento do EPD e do CPC de 2015, o negócio jurídico processual realizado por pessoas com deficiência era algo totalmente impensável e, se realizado, nulo de pleno direito se a pessoa absoluta ou relativamente incapaz não estivesse devidamente representada na ação discutida.

Com o advento da CDPD, especialmente quanto ao disposto em seu art. 12, pode-se estabelecer a mudança entre o modelo de substituição de vontade para o modelo de apoio,

sendo necessário o EPD vir posteriormente para fazer uma reforma no regime de incapacidades e outras mudanças em diversas outras legislações relacionadas.

Além do mais, o fortalecimento do negócio jurídico processual pelo CPC de 2015 foi definitivamente um marco na garantia da dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade, possibilitando que indivíduos diversos, inclusive pessoas com deficiência, compusessem possibilidades diferentes para o regular prosseguimento de uma discutida, desde que não afligissem o direito.

Assim, estabelecesse que a composição de negócio jurídico processual realizado por pessoas com deficiência não só é uma realidade, como um verdadeiro avanço no campo da garantia de direitos e garantias fundamentais desses indivíduos, formalizado pelo princípio de vedação à proteção insuficiente.

REFERÊNCIAS:

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

AMARAL NETO, F. dos S. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, ano 12, v. 46, p. 9, out./dez. 1988.

AMORIM, F. L. **Capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência frente aos artigos 1857 e 1860 do código civil de 2002, 12.5 da convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência e 6º, caput do estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <http://sysprppg.ufc.br/eu/2018/index.php/trabalhos-aceitos/por-cpf-bolsista>
Acesso em: 30.set.2018.

_____. **Negócio jurídico processual sobre os poderes instrutórios do juiz**. In Revista dos Encontros Universitários UFC 2017. v. 2, n. 1, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará. 2017.

ARANHA, M. S. F. **Projeto Escola Viva: garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola: necessidades educacionais especiais dos alunos**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; FILHO, Waldir Macieira da Costa. **A lei 13.146/2015 (o estatuto da pessoa com deficiência ou a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência) e sua efetividade**. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30. 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

AZEVEDO, T. A. **O estatuto da pessoa com deficiência e as incongruências ocasionadas pelas modificações ideológicas e legislativas no regime das incapacidades: uma proposta de interpretação**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, Recife, n. 9, p. 275-311. 2016.

BARASSI, L. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. por Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: JMB, 1955. v. 1.

BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em 21 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm Acesso em: 13.out.2018.

_____. **Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Publicado no Diário Oficial da União em 09 de outubro de 2001.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm Acesso em: 13.out.2018.

_____. **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. Publicado no Diário Oficial da União em 26 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 30.set.2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Publicado no Diário Oficial da União em 7 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 30.set.2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 30.set.2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 30.set.2018.

BRASÍLIA, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil.

BUERGENTHAL, Thomas. “Prólogo”, in Augusto Cançado Trindade. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos.** São Paulo, Saraiva, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Tradução de Info Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Reimpressão. Palheira – Assafarge. Gráfica de Coimbra. 2006.

FABRO, Roni Edson; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **Constitucionalização da autonomia da vontade como expressão do direito fundamental de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro.** In Unoesc International Legal Seminar. Dignidade e Proporcionalidade na Teoria de Robert Alexy. Organização: Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Nery da Silva e Robison Tramontina. Chapecó, Unoesc. p. 199-218. 2014.

FERNANDES, Renata Assalim. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC – o que pode?** In Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258990,71043-Negocios+juridicos+processuais+no+novo+CPC+o+que+pode> Acesso em: 30.set.2018.

FRIZZERA, Mariana Paiva; PAZÓ, Cristiana Grobério. **Da capacidade das pessoas com deficiência intelectual à luz da vulnerabilidade social e o instituto da tomada de decisão apoiada.** Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Curitiba, n. 2, v. 2, p. 110-129, jul/dez. 2016.

GABURRI, Fernando. **Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil.** Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. v. 1.** 14 ed. São Paulo, Saraiva. 2016.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p.242-278, dez. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Civil: atualidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova.** Revista dos Tribunais Online. V. 241, p. 463-487. 2015.

MACHADO, Diego Carvalho. **Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 37, p.17-52, jan./mar. 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade.** Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 1-13, 2018.

_____. **Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015).** Revista Brasileira de Direito Civil do Instituto Brasileiro de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 9, p. 31-57, 2016.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

_____. **Casamento da pessoa com deficiência intelectual e psíquica.** In *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais* (Orgs Gustavo Tepedino e Joyceane Bezerra de Menezes). Belo Horizonte. 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Bahia. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

PERU. Decreto Legislativo 1384. **Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad em igualdad de condiciones.** Publicado en Diario Oficial del Bicentenario. Normas Legales. Martes 4 de setiembre de 2018.

RECKZIEGEL, Janaina; FABRO, Roni Edson. **Autonomy of will and private autonomy in the Brazilian legal system/Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro.** Revista de Direito Brasileira, vol. 8, 2014.

ROMERO, R. A. S.; SOUZA, S. B. de. **Educação inclusiva: alguns marcos históricos que produziram a educação atual.** Anais...Paraná: PUC, 2014. p. 5. Disponível em: <http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/447_408.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2018.

SANTIAGO, Paulo Roberto Sampaio. **A proteção deficiente da lei de abuso de autoridade. Desproporcionalidade por deficiência da proteção penal do estado democrático de direito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Bahia. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e direito penal: breves notas a respeito da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos.** Revista da ESMESC, v. 15, n. 21, 2008, p. 49.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, no 104, outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>> acesso em 03.nov.2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral.** 10. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código.** In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOSCANO, C. V. A.; SOUZA, R. de C. S. **Representações conceituais na prática educativa especial e inclusiva do professor de educação física.** In: DIAS, F.; BORDAS, M.; GALVÃO, N.; MIRANDA, T. [Orgs.]. Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 13. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.