

**César Fiuza**  
Organizador

**Marcelo Rodrigues da Silva**  
**Roberto Alves de Oliveira Filho**  
Coordenadores

# **Temas relevantes sobre o ESTATUTO da PESSOA com DEFICIÊNCIA**

**Reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**

2018

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# **Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência**

*César Fiuza  
Roberto Henrique Pôrto Nogueira*

## **INTRODUÇÃO**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora criticável por um lado, possui muitos méritos, dentre eles o de tentar, por uma forma ou outra, emancipar o deficiente, principalmente o portador de deficiência física, mas também, dentro de certa medida, o portador de deficiência mental. Sem dúvida alguma, fá-lo, em alguns momentos, de modo muito generalizado, o que levou a comunidade jurídica a uma certa perplexidade, mormente quanto à situação do deficiente mental.

De fato, há certas questões que deixam margem a infindáveis controvérsias. Como pode, por exemplo, uma pessoa a quem falte o poder de expressar-se ser considerada relativamente incapaz, enquanto um adolescente de 15 anos se considera absolutamente incapaz? Como poderia um portador de autismo ou síndrome de Down graves ser inseridos na categoria das pessoas capazes, inclusive para casar, manter união estável, ter filhos etc.? As contradições não param por aí. Como pode ser concedida curatela a uma pessoa capaz, como induz a crer o referido Estatuto? Os ataques à centenária dogmática civilista são aparentemente muito graves, levando o legislador a propor o Projeto de Lei do Senado 757 de 2015, com vistas a restabelecer o respeito que parece terem perdido os portadores de deficiência mental.

Nas linhas abaixo, tentar-se-á demonstrar, ao revés, qual o espírito de que se imbuíu o legislador ao elaborar o Estatuto. Com isso, preten-

de-se descortinar a lógica imanente ao Estatuto e, eventualmente, sanar uma ou outra das contradições que nele se sobressaem.

## 1. CRÍTICAS RECORRENTES À TEORIA DAS INCAPACIDADES

Recentemente, tornou-se modismo em nossa doutrina tecer críticas infundadas à teoria das incapacidades, com fundamento no princípio da dignidade humana. A ideia é a de que a teoria clássica das incapacidades não atenderia ao princípio, não promovendo, portanto, a dignidade do incapaz. As incapacidades existiriam para proteger a família e a sociedade dos atos do incapaz.

A crítica não poderia ser menos procedente.

A teoria clássica das incapacidades divide as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes. Esta é a divisão básica.

Alegam os críticos que o regramento das incapacidades, seja absoluta, seja relativa, é patrimonialista, não se preocupando com a pessoa do incapaz, de um ponto de vista existencial, que se tornaria refém do representante ou do assistente. Não é verdade. Tanto os pais quanto o tutor e o curador devem administrar os interesses patrimoniais e, na medida do possível, deixar as questões existenciais ao arbítrio do incapaz. A Lei e a doutrina, mesmo a tradicional, restringem os cuidados dos pais, tutor ou curador à esfera patrimonial do incapaz, a não ser nos casos em que isso seja impossível (pessoas em coma, ou com Alzheimer avançado, por exemplo). A preocupação mais explícita é com o patrimônio, e isso se explica facilmente. É que os interesses patrimoniais são mais fáceis de receber tutela legal.

Os interesses existenciais, mais importantes, sem dúvida, não são objeto de extensiva regulamentação legal, por não ser necessário. O responsável pelo incapaz acaba por cuidar de seus interesses existenciais, sempre que a isso se veja obrigado, e por tal poderá responder civilmente.

Em relação ao patrimônio, há a necessidade de detalhar um pouco mais, até para estabelecer limites aos poderes do representante/assistente. Concluindo, o responsável pelo incapaz, sejam os pais, seja o tutor, seja o curador têm, sim, e sempre tiveram que zelar pelos interesses existenciais do incapaz, sempre que não houver possibilidade de o incapaz se manifestar ele próprio.

Outra crítica infundada é a de que a incapacidade reduza o indivíduo a pouco mais que nada. Na verdade, depende. Incumbe ao juiz, na sentença de interdição modular os efeitos da incapacidade. E isso se ratificou a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. É o juiz, portanto, que delimita a esfera de autonomia do incapaz. Se alguma crítica se pode fazer é a uma eventual sentença de interdição mal lançada, não à teoria das incapacidades, que deve ser lida como instrumento de proteção e promoção da dignidade do incapaz.

Em relação aos menores de 16 anos, de fato sua autonomia é muito limitada; mas a limitação pode ser relativizada a partir da adolescência, quando eventualmente sua opinião pode ser levada em conta, num processo de atribuição de guarda, por exemplo. Efetivamente, ninguém se deita incapaz e acorda capaz, no dia seguinte, só porque complete 18 anos. É exatamente por isso que se admitem a emancipação e a interdição. Se, por outro lado, o legislador fixa limites de idade, não é, seguramente, nem o foi jamais, no intuito de traçar fronteiras intransponíveis entre um nível e outro. Ficaria difícil tratar das incapacidades das crianças e adolescentes, sem esses limites etários. No entanto, eles não são, e nunca foram absolutos. Sempre se admitiu alguma flexibilização, haja vista a possibilidade de emancipação.

Também sem fundamento é a afirmação de que o patrimônio do incapaz seria administrado em favor de seus sucessores. A observação é absurda. Se o juiz, ao nomear o curador, deva escolher seus parentes, mais ou menos segundo a ordem de vocação hereditária, é por mera coincidência. Na verdade, é porque esses parentes são as pessoas mais próximas ao incapaz, presumivelmente as que tenham maior afeto para cuidar dele. O patrimônio do incapaz deve ser administrado em seu benefício. Se essa administração preservar esse patrimônio para os sucessores, tanto melhor para eles; mas não é essa a *mens legis*, e nunca foi, tampouco da doutrina clássica. Tanto é verdade, que os pais, o tutor e o curador podem requerer ao juiz a venda dos ativos do incapaz, a fim de arcar com os custos de suas necessidades existenciais.

Assim, as críticas parecem desconsiderar que o regime jurídico das incapacidades sempre levou em consideração que a curatela é voltada exatamente para a proteção do incapaz; não é para prejudicá-lo. A vulnerabilidade, portanto, sempre foi considerada. A curatela não atenta contra a dignidade; protege-a. Definitivamente, não se pode dizer, hoje, diante do Direito Civil contemporâneo, que a curatela, ou mesmo o sistema das incapacidades, tenha por objetivo proteger a sociedade ou a

família dos atos nefastos do incapaz. Pelo contrário, a ideia que, atualmente, se deve defender é a de que a curatela seja um instrumento de proteção e de promoção da dignidade do incapaz, que, sem ela, ficaria à mercê de atos inescrupulosos de terceiros, tanto na esfera patrimonial, como na esfera existencial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, não adveio para superar tais críticas infundadas. Cabe, desse modo, destacar os principais contributos do regime protetivo à teoria das incapacidades e o significado prevalente das mudanças implementadas.

## 2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SUBSTRATO DA VULNERABILIDADE PARA O REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES

O Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>1</sup> rejeita a relação entre deficiência e ausência de discernimento, assim como entre deficiência e incapacidade.

Isso fica evidente quando a incapacidade relativa é impingida, para além das tradicionais hipóteses (os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e os pródigos), àqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. A teoria das incapacidades passa a desconsiderar o panorama de fundo desse fenômeno, seja ele a deficiência (impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) ou qualquer outra razão. Afinal, há pessoas não portadoras de deficiências que, por motivos de curto e médio prazos, ficam impossibilitadas ou inseguras para manifestarem sua vontade.

E ainda que o art. 748 do Código de Processo Civil,<sup>2</sup> ao tratar da legitimidade residual do Ministério Público para mover a interdição, tenha se escorado na circunstância de doença mental grave, tal figura deve ser interpretada como doença que comprometa o discernimento em grau suficiente a justificar a incapacidade e a medida excepcional da curatela.

---

1. BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 06 jul. 2015. Estatuto da pessoa com deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

2. BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

Assim, nem toda característica física ou psíquica da pessoa que des-  
toe do que é considerado socialmente convencional é tida como doença.  
Nem toda doença gera deficiência, do mesmo modo que há deficiência  
que não corresponde, necessariamente, a uma entidade nosológica.

A doença, a deficiência ou qualquer outra qualidade da qual se re-  
vista a pessoa pode ou não gerar dificuldade de expressão da vontade.  
“(...) A doença não é causa necessária de deficiência e nem aquela e nem  
essa, por si só, são causa de incapacidade.”<sup>3</sup> Logo, caso essa dificuldade  
se verifique, cabe aferir se ela é, no caso específico, suficiente para que  
se constitua a incapacidade relativa e para que se justifique a atribuição  
de uma medida de cuidado, sua espécie, extensão e duração.

Por conseguinte a deficiência, em qualquer das suas formas, não é mais  
– por si só – causa para a decretação da incapacidade relativa. Apenas a  
impossibilidade de exprimir a própria vontade, por causa transitória ou  
permanente, autoriza a incapacitação relativa.<sup>4</sup>

Mais do que a detecção de deficiência, importa aferir, por meio de  
equipe multidisciplinar, se a deficiência afeta o potencial para a expres-  
são da vontade, conforme preleciona Iara Antunes de Souza:<sup>5</sup> “Se cabe à  
equipe multidisciplinar verificar a deficiência, também cabe a ela avaliar  
se, excepcionalmente, a deficiência afeta a autodeterminação da pessoa,  
ou seja, afeta seu discernimento para exercer atos da vida civil”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é, portanto, destinado a asse-  
gurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e  
das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua  
inclusão social e cidadania. Para tanto, interfere no regime jurídico das  
incapacidades, para que seja preservada a autonomia privada dos sujei-  
tos nesse estado, na maior medida possível. A normativa serve de pa-  
râmetro para a interpretação teleológica do sistema das incapacidades.

Busca-se, em todo caso, que pessoas com deficiência tenham direito  
à igualdade de oportunidades com as demais, sem discriminação.

- 
3. SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 278.
  4. BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 92.
  5. SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 280.

Por outro lado, a pessoa com deficiência, caso tenha algum comprometimento no discernimento, ainda insignificante para ocasionar incapacidade, pode ser-lhe reconhecido o estado de vulnerabilidade, apto a explicar a aplicação do regime protetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Afinal, a regra é que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para 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.

A rigor, o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência preconiza que a pessoa com deficiência deva ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais.

Cabe reconhecer vulnerabilidade mesmo para pessoas capazes, com alguma redução de discernimento.

(...) o reconhecimento da diferença e da vulnerabilidade pessoal e social desses indivíduos, em distintos graus de comprometimento das possibilidades de interação e desenvolvimento pessoal, merece ser visto com atenção.<sup>6</sup>

O reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiência ou portadoras de necessidades especiais impacta sobre o direito tanto no tocante ao direito público, quanto ao direito privado. Os limites de autodeterminação e liberdade pessoal são ponderados em vista à proteção da dignidade e integridade do deficiente.

Ainda no direito privado, percebe-se uma tendência clara de reforço dos deveres de respeito à dignidade das pessoas e na proteção de seus interesses, especialmente pelo controle mais efetivo dos mecanismos judiciais de avaliação e indicação das situações em que se autoriza a restrição da eficácia da declaração de vontade individual (mediante o uso da curatela, especialmente). Da mesma forma, em relação às situações de deficiência física, legitima-se com mais deveres dos proprietários de imóveis para adoção de providências visando assegurar os direitos de acessibilidade já consagrados.<sup>7</sup>

---

6. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 163.

7. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência revela, efetivamente, a identificação de situação de vulnerabilidade da pessoa que se apresenta com limitação na exteriorização ou na formação de suas convicções, com a conseqüente promoção de tutela jurídica que busque assegurar a autonomia privada, exercida em um contexto intersubjetivo que conta, na maior medida possível, com a sua participação. Afinal, “autonomia é um conceito que pressupõe sempre intersubjetividade, determinando-se por máximas aprovadas pelo teste da universalização”.<sup>8</sup>

Logo, o que se sobleva é a proteção, o cuidado e a promoção dos vulneráveis com dificuldade de expressão da vontade, mais do que a causa desse cenário, seja ela a deficiência ou não. Havendo necessidade de medida de cuidado, ela pode ser extraordinária – a curatela- ou a tomada de decisão apoiada, estruturada para que seja recurso à disposição da pessoa que se vê necessitada de apoio na prática de atos da vida civil.

### **3. O PANORAMA TRANSFORMADO DO REGIME JURÍDICO DAS CAPACIDADES**

Reconhecer a vulnerabilidade da pessoa com deficiência é uma questão de princípio. A regra, tendo por lastro os fundamentos constitucionais do pretendido Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais, passa a ser o suporte à capacidade, com a proteção contra toda forma exclusão, negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Logo, se necessário, mesmo sem incapacidade, há de existir apoio.

E se isso procede, as vulnerabilidades põem em causa a urgência da tutela das capacidades, inclusive.

Em preferência de alusão a um novel desenho de um regime jurídico das capacidades é mister adentrar o campo da capacidade de fato, geral ou plena.

---

8. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Argumentação, capacidade civil e discernimento: a interpretação possível após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SCHWARTZ, Germano; RIBEIRO, Diogenes Hassan. (Org.). **Argumentação, capacidade civil e discernimento**: a interpretação possível após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 01. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. 4, p. 161.



Incapacidade absoluta fica reservada apenas para aqueles que, em razão da idade, a lei presume alguma imaturidade intelectual suficiente a comprometer a definição e expressão da vontade.

No mais, a incapacidade é sempre relativa, e isso há de significar algo para o direito.

Se antes, a ausência do necessário discernimento para a prática de atos da vida civil estava atrelada à causa da enfermidade ou deficiência mental, atualmente, apenas se preocupa com a impossibilidade, considerada em graus, da expressão da vontade.

Vale reforçar, além dos indígenas, pródigos, ébrios habituais e os viciados em tóxico, podem ser declarados relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. Esse é o crivo.

O principal significado dessa mudança é o mandamento da proporcionalidade da medida de cuidado, seja ela qual for.

A proporcionalidade deve ser considerada no tempo, na extensão (campo de atuação) das atribuições e na função do cuidador em (eventualmente) suplementar ou chancelar a vontade. Essa proporcionalidade é direcionada ao mínimo de intervenção necessária para a preservação da capacidade, de maneira que dela se sobressai o irrefutável comprometimento do cuidador com medidas de proteção do vulnerável e de reversão/mitigação do estado de dependência. Portanto, a pessoa vulnerável, no tocante à expressão da vontade, passa a poder experimentar uma medida de cuidado, que pode ou não derivar de um estado de incapacidade, que, por sua vez, não mais se coaduna com a situação excessivamente redutiva e quase sempre irremediável.

Esse mandamento é sustentação da base do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do sistema da teoria das capacidades. Mesmo o Código de Processo Civil destacou o formato dessa proporcionalidade, ao fixar que a prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil pode ser realizada por equipe composta por especialistas com formação multidisciplinar. Estabelece, também, que o laudo pericial deve indicar, especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. Em todo caso, o juiz, na sentença, deve levar em conta as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. No tempo, determina que se levante a curatela quando cessar a causa que a deter-

minou. Por fim, atribui ao curador o dever de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.

Coube, assim, à Lei n. 13.146 empreender uma série de modificações no Código Civil.<sup>9</sup> Algumas lacunas, contudo, ficaram evidentes como resultado desse processo e exigem enfrentamento doutrinário.

A doutrina, por exemplo, já criticava a ausência de enfrentamento, pelo ordenamento jurídico, das circunstâncias de intervalos de lucidez. Pelo novo regime, deve haver espaço, inclusive prevalente, para a abordagem dos intervalos de loucura (circunstância na qual se presume mais lucidez à pessoa e, assim, mais autonomia). A perspectiva generalizante irrefletida de uma teoria que se ocupa de incapacidades pode gerar exclusão apriorística da pessoa em relação ao mundo jurídico, de maneira que, em razão dos intervalos de loucura, não se preservava o exercício da autonomia privada nos períodos de lucidez.

Ainda que o ordenamento jurídico não preveja a situação da incapacidade intervalada por períodos de lucidez, talvez pela dificuldade de aferição de sua concretização, tal ideia pode ser a base para a releitura da teoria das incapacidades, que não mais deve ser interpretada de modo generalizado. Isto porque, hodiernamente, é de todo precipitado dizer ser uma pessoa absolutamente incapaz para a prática de todos os atos da vida civil, haja vista que tal declaração trata-se de uma exclusão, apriorística, plena e efetiva da pessoa do mundo jurídico, ainda que protegida por outrem.<sup>10</sup>

Se a incapacidade passa a ser, nos casos de deficiências (inclusive as decorrentes de transtornos mentais), sempre relativa e a medida de cuidado deve, necessariamente, contemplar a proporcionalidade em todos os casos, talvez caiba menção a tais intervalos, para que o curatelado possa ser ouvido, eventualmente, cogitando-se, nesse caso, do fenômeno da assistência ou mesmo do apoio à tomada de decisão.

Os efeitos de toda essa reviravolta são diversos, e sua pluralidade e extensão justificam o aparte de abordagem desses aspectos, no presente trabalho.

A pessoa vulnerável, capaz ou não, faz jus a cuidado, apoio e proteção.

9. BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 janeiro 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

10. SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

#### 4. MEDIDAS DE CUIDADO DE INCAPACIDADES RELATIVAS: CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Tendo em vista que o presente ensaio não se ocupa da incapacidade relativa dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, dispensa-se, aqui, a atenção à tutela.

A mais famosa e já conhecida medida de cuidado do ordenamento jurídico brasileiro é a curatela. É medida de cuidado da qual se lança mão em última hipótese, submetida a constante revisão quanto à espécie, extensão e duração.

A tomada de decisão apoiada tem, igualmente, natureza jurídica de medida de cuidado disponibilizada pelo Estado à pessoa vulnerável capaz, a seu pedido, em decorrência de alguma mitigação em seu discernimento, exercida por pessoas com as quais estabeleça vínculo de confiança.

Na lição de Nelson Rosenvald<sup>11</sup>, o art. 116 da Lei n. 13.146 (BRASIL, 2015) teria criado um *tertium genus* de modelo protetivo de pessoas em situação de vulnerabilidade, ao lado da tutela e da curatela. Segundo o mesmo autor, essa importante inovação já era aguardada, concretizando o art. 12.3 do Decreto 6.949/09, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos seguintes termos: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

A tomada de decisão apoiada é limitada quanto à legitimidade para o seu pedido e à extensão dos poderes de atuação do apoiador. Difere-se, assim, da curatela.

Confrontada com a curatela, a tomada de decisão apoiada apresenta estrutura e função bem distintas. Embora ambas se constituam judicialmente e tenham por função atender o melhor interesse da pessoa com deficiência, tem como traço diferencial a existência ou não de capacidade de exercício em cada caso.<sup>12</sup>

- 
11. ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Nelsonrosenvald.info** (sítio da internet): 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decisão-Apoiada>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
  12. BARBOZA, Heloísa Helena. Curatela em nova perspectiva. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Cap. 6, p. 95.