



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

DÉBORA FERNANDES PEÇANHA MARTINS

**A REGRA DA CAPACIDADE ENCARTADA PELO EPD E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: UM PARALELO**

Salvador

2022

DÉBORA FERNANDES PEÇANHA MARTINS

**A REGRA DA CAPACIDADE ENCARTADA PELO EPD E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: UM PARALELO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade
Católica do Salvador, como requisito para obtenção do
título de Mestre

Orientador: Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa

Salvador

2022

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

M386 Martins, Débora Fernandes Peçanha

A regra da capacidade encartada pelo EPD e o princípio do melhor interesse da criança e adolescente: um paralelo / Débora Fernandes Peçanha Martins. – Salvador, 2022.

115 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família
na Sociedade Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Deficiência Mental 2. Regra da Capacidade 3. Parentalidade
4. Princípio da Igualdade 5. Princípio do Melhor Interesse da Criança e
Adolescente I. Barbosa, Camilo de Lelis Colani – Orientador
II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-
Graduação III. Título.

CDU 316.356.2-056.37

TERMO DE APROVAÇÃO

DÉBORA FERNANDES PEÇANHA MARTINS

“A REGRA DA CAPACIDADE ENCARTADA PELO EPD E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE: UM PARALELO”

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 22 de julho de 2022.

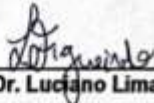
Banca Examinadora:



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Prof. Dr. Thais Novaes Cavalcanti (UCSAL)



Prof. Dr. Luciano Lima Figueiredo (Faculdade Baiana de Direito e Gestão)

Por todo o meu respeito às pessoas com deficiência mental e às diversas famílias amorosas e acolhedoras, dedico este trabalho aos meus avós maternos, Zilda Costa Fernandes e Rodrigo José Fernandes Filho, pelo amor e dedicação incondicionais ao meu tio Rodriguinho, segundo filho, do total de quatro do casal, diagnosticado com esquizofrenia aos 21 anos, quando se graduaria em Engenharia Civil pela UFBA, na década de 1950.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por minha vida, saúde e, especialmente, pela benção de nascer em uma família amorosa e com valores morais e éticos sólidos.

Como sempre digo, abaixo de Deus estão meus pais, meus maiores exemplos de retidão de conduta e caráter. A meu pai, Antonio Carlos Peçanha Martins, por ser o meu maior amor e exemplo profissional e de generosidade, além do melhor ouvinte e confidente, - tenho consciência do quão distante estou do seu brilhantismo, meu amor, mas sigo com a garra e a coragem que aprendi com você ao longo dos nossos 40 anos de convivência -. À minha mãe, Lúcia Maria Fernandes Peçanha Martins, pelo exemplo de trabalho, seriedade e amor incondicional à família, especialmente, aos três filhos. A vocês, meus pais, meu eterno amor e gratidão! A educação que recebi é a responsável por esta conquista tão desejada.

Aos meus irmãos, inclusive Adolfo e Renata, por serem meus grandes companheiros de vida e pelos lindos presentes que me deram, meus sobrinhos mais que amados, inclusive Alexandre.

A meu marido pelo apoio incondicional que somente o amor é capaz de explicar.

À minha filha, Isadora, um amor inexplicável que por vezes me tira o ar e me remexe as entranhas, por me transformar em uma pessoa melhor, mais forte e lutadora pela melhoria das nossas vidas. Filha, você não faz ideia do quanto a sua existência me inspira aos vãos.

A Dudu por me ensinar uma nova forma de amar e pelo crescimento pessoal, própria da relação madrasta e enteado.

Aos tios Alvinho (Álvaro Peçanha Martins), Chiquinho (Francisco Peçanha Martins) e Albertinho (Alberto Peçanha Martins Júnior), pela inspiração aos estudos e à advocacia com qualidade técnica, com cuidado e respeito a todos os envolvidos.

À todas as mulheres fortes, independentes e inspiradoras das quais descendo.

Agradeço, ainda, aos meus colegas e amigos de escritório, Luciano, Matheus e Amanda, pelo incentivo, compreensão e parceria.

Um agradecimento especial ao meu querido Orientador, Prof. Camilo Colani, além do indiscutível profissionalismo, uma pessoa sensível e incentivadora, como todo mestre deve ser.

Agradeço, por fim, ao Corpo Docente do Mestrado pelos grandes ensinamentos, aos queridos colegas mestrandos pelo companheirismo nesta caminhada, bem como, à banca examinadora.

“Você não é sua doença. Você tem uma história individual para contar. Você tem um nome, uma história, uma personalidade. Permanecer você mesmo é parte da batalha.”

Julian Seifter

MARTINS, Débora Fernandes Peçanha. **A Regra da Capacidade encartada pelo EPD e o Princípio do melhor interesse da Criança e Adolescente**: Um Paralelo 2022, 123 f. Orientador: Camilo de Lelis Colani Barbosa. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea). Universidade Católica do Salvador, Salvador-Bahia, 2022.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral verificar, em que medida a regra da teoria das capacidades, introduzida pelo EPD, é capaz de relativizar o Princípio do Melhor Interesse das Crianças e Adolescente dos filhos das pessoas com deficiências mentais. A metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa documental de decisões judiciais sobre o tema de estudo, capacidade das pessoas com deficiência mental e casos de violação ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescentes. Da pesquisa concluiu-se, que, diante da regra da capacidade atual, na qual os pais com deficiência mental possuem o direito ao pleno exercício ao poder familiar, somente haverá intervenção do Estado nestas famílias com a possível alteração no que tange ao exercício da guarda e poder familiar, em caso de violação ao melhor interesse das crianças e adolescentes, filhos das pessoas com deficiência mental, capaz de violar à dignidade destas pessoas em formação.

Palavras-chave: Deficiência Mental. Regra da Capacidade. Parentalidade. Princípio da Igualdade. Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

MARTINS, Débora Fernandes Peçanha. **The Capacity Rule enshrined by the EPD and the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent: A Parallel** 2022, 123 f. Advisor: Camilo de Lelis Colani Barbosa Dissertation (Master in Family in Contemporary Society). Catholic University of Salvador, Salvador-Bahia, 2022.

ABSTRACT

The present work had as general objective to verify, to what extent the rule of the theory of abilities, introduced by the EPD, is able to relativize the Principle of the Best Interest of Children and Adolescents of the children of people with mental disabilities. problem, the research methodology used was the bibliographic review and documental research of judicial decisions on the subject of study, capacity of people with mental disabilities and cases of violation of the Principle of the Best Interest of Children and Adolescents. From the research, it was concluded that, given the current capacity rule, in which parents with mental disabilities have the right to full exercise of family power, there will only be State intervention in these families with the possible change in terms of the exercise of power. family, in case of violation of the best interests of children and adolescents, children of people with mental disabilities, capable of violating the dignity of these people in training

Key words: Mental disability. Capacity Rule. Parenting. Principle of Equality. Principle of the Best Interest of Children and Adolescents.

LISTA DE SIGLAS

CDPD	Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência
CDC	Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças
CIDID	Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens
CJF	Conselho da Justiça Federal
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente.
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	17
1.1 Breve histórico e conceituação das pessoas com deficiência	17
1.2 Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	33
1.3 A mudança de paradigma mundial da absoluta exclusão ao reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitos de direitos	30
2 ALTERAÇÕES NO INSTITUTO DA CAPACIDADE.....	45
2.1 As Capacidades no Brasil, da pré-codificação ao EPD	45
2.2 O Código Civil Brasileiro e o EPD.....	58
2.3 Capacidade Jurídica – Capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato e de exercício.....	64
2.4 As Alterações da Regra da Capacidade na Argentina após a CDPD, um breve cotejo com as alterações brasileiras.....	69
3 COTEJO DIREITO DOS PAIS COM DEFICIÊNCIA MENTAL COM O DIREITO DOS FILHOS.....	81
3.1 A mudança paradigmática do Direito das Crianças e Adolescentes no Brasil. Da Doutrina da situação irregular do menor ao Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	81
3.2 Um paralelo entre os Princípios da Igualdade, dos pais com deficiência mental, e o Melhor Interesse da Criança e Adolescente, dos filhos	89
3.3 O Posicionamento dos Tribunais em casos de ponderação de princípios em demandas com crianças e adolescentes.....	94
4 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

A deficiência faz parte da humanidade.

Na história antiga, a exemplo da Grécia, especialmente na cidade-Estado Esparta, e em Roma, a deficiência não era bem aceita socialmente, sendo as crianças deficientes sacrificadas ou isoladas da sociedade. D'outra banda existiam também as sociedades que lidavam melhor com as deficiências e até mesmo as valorizava, a exemplo dos Egípcios.

Diversas crenças populares giravam em torno da deficiência, desde a crença como algo milagroso, quanto à vinculação à maldições, o que impunha a estas pessoas tratamentos diversos e, muitas vezes, desumanos.

Foi a partir do século XVIII que a deficiência passou a ser tratada como uma variação do tipo tido como normal da espécie humana e, a partir deste entendimento, a pessoa com deficiência passou a ser tratada como alguém que apresenta características físicas, sensoriais e/ou intelectual e mental, diferentes do sujeito “normal” ou “tipo”.

E, no século XIX, o tratamento às pessoas com deficiência ganhou um perfil mais humanista, reflexo da Revolução Francesa. Entendeu-se, finalmente, que os deficientes não precisariam somente de abrigos, onde eram simplesmente descartados do convívio social, mas também de tratamentos específicos para cada caso.

Diante das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, os países ocidentais se uniram em prol da promoção dos Direitos Humanos e, em outubro de 1945, no momento pós-guerra fundaram a ONU.

A criação da ONU notabilizou os direitos fundamentais e os Estados membros passaram a priorizar a promoção da dignidade humana e o controle às violações aos direitos humanos.

Dentre os públicos mais vulneráveis e, portanto, com seus direitos mais facilmente violados estão as pessoas com deficiência. A violação aos direitos das pessoas com deficiência foi tamanha, durante a Segunda Grande Guerra, que este grupo chegou a ser objeto de pesquisas com métodos escusos e desumanos.

Na primeira metade do século XX surgiu o modelo biomédico da deficiência que a considera como uma incapacidade a ser superada, e, conseqüentemente, capaz de impor restrições à participação social destes indivíduos.

O paradigma do modelo biomédico da deficiência é acreditar que as questões biológicas, diferenciadoras do indivíduo portador dos demais, motivam as desigualdades sociais deste grupo.

Em contraposição ao modelo biomédico surge o modelo social da deficiência, no qual o foco da deficiência deixa de ser o indivíduo para o cenário no qual o indivíduo deficiente está inserido. Dessa forma, o foco da deficiência deixa de ser a característica física da pessoa para o cenário social em que ela está inserida.

Após muitos anos de luta das famílias e das próprias pessoas com deficiência, aliado à pesquisa científica, restou pacificado que a viabilização exclusiva de tratamentos multidisciplinares específicos às pessoas com deficiência não são capazes de promover a dignidade deste público.

Se concluiu, portanto, que a promoção da dignidade e autonomia às pessoas com deficiência depende da união de movimentos da sociedade e do Estado para que, juntos, executem mudanças práticas e em diversos setores sociais, em prol da promoção da igualdade.

Neste sentido, a ONU elaborou diversas Cartas Internacionais com o intuito de promover a igualdade às pessoas com deficiência, culminando com a elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2006.

A CDPD marcou a história das pessoas com deficiência ao estabelecer a igualdade entre elas e os demais e, conseqüentemente, definir a capacidade plena deste público. E foram estas mudanças geradas pela CDPD, na regrada capacidade do ordenamento jurídico brasileiro, que motivaram este estudo.

A mudança paradigmática no direito das pessoas com deficiência estabeleceu que, em regra, todos são considerados capazes, independentemente da deficiência (inclusive mental e cognitiva) e com o direito a exercerem plenamente a conjugalidade, maternidade e paternidade.

O Brasil assinou a CDPD e seu protocolo facultativo, sem reservas, em 30 de março de 2007 e, em atendimento aos ditames da ONU, instituiu a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, conhecida como EPD, que passou a vigor em 03 de janeiro de 2016.

O EPD trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a visão humanista, própria da CDPD, e consagrou um novo tratamento às pessoas com deficiência, ocorre a superação legislativa do modelo médico da deficiência para o social.

As alterações trazidas pelo EPD divide as opiniões dos doutrinadores e operadores do direito a respeito da operacionalidade prática da nova ordem do instituto da capacidade das pessoas com deficiência, com a alteração da regra da incapacidade para a da capacidade.

Apesar dos avanços trazidos às vidas das pessoas com deficiência pelo EPD serem inquestionáveis e incontáveis, surgiram dúvidas pertinentes a respeito da adequação legal à vida prática das pessoas com deficiência mental e/ou cognitiva.

É exatamente sobre a capacidade das pessoas com deficiência mental que este trabalho versa, especificamente, no que tange à plena capacidade destas pessoas exercerem o direito reprodutivo e o conseqüente poder familiar.

A questão que se pretende responder neste trabalho é: quando ocorrer choque entre os direitos dos pais, pessoas com deficiência mental (Princípio da Igualdade), com os direitos dos filhos (princípio do interesse superior das crianças e adolescentes) qual desses direitos deve prevalecer?

Prevalecerá o direito dos pais exercerem plenamente os seus direitos reprodutivos e posterior poder familiar, encartados no artigo 6º do EPD, ou o direito dos filhos gerados, encartados no princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes?

A fim de responder à pergunta problema, o estudo percorreu a evolução da deficiência e do instituto da capacidade, com um olhar multidisciplinar sobre o tema.

A metodologia de pesquisa utilizada pela autora foi a pesquisa bibliográfica e documental, sendo que a pesquisa documental foi realizada em sítios de Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores do país, onde estão disponibilizados os resultados dos julgamentos.

Aliar a pesquisa bibliográfica à documental, neste caso, é de fundamental importância pois, como são os Tribunais que interpretam e dão vida às legislações, são eles, portanto, que darão a tônica à pesquisa ao delinirem o entendimento prático das alterações legislativas no instituto da capacidade.

O trabalho integra a linha jurídica do Mestrado em Família da UCSal, desta forma, prioriza os desdobramentos jurídicos dos temas deficiência e família. Apesar de ser um trabalho da área jurídica há o cuidado de destacar as ressalvas legais e jurisprudenciais da importância de estudos multidisciplinares na área de família.

O trabalho tem como objetivo geral verificar se, em alguma medida, a regra da teoria das capacidades, introduzida pelo EPD, pode, em algumas situações, relativizar o Princípio do Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes dos filhos de pessoas com deficiências mentais. Isto porque, diante da regra da capacidade atual, todos os deficientes mentais tem o direito de exercer a maternidade e paternidade de forma plena.

O trabalho possui os seguintes objetivos específicos:

- Apresentar um breve histórico sobre o tratamento dados às pessoas com deficiência ao longo da história até chegar ao Brasil;
- Abordar a evolução do conceito da deficiência e das pessoas com deficiência;

- Traçar um histórico sobre as capacidades no Brasil e relatar as mudanças essenciais ocorridas no pensar deficiência que acarretaram nas mudanças do instituto da capacidade (direitos humanos);
- Discorrer sobre as alterações do instituto da capacidade após o EPD;
- Demonstrar a mudança gerada pela CDPD no ordenamento jurídico argentino;
- Cotejar o Princípio à Igualdade encartado no EPD com o Princípio ao Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes, encartado na Carta Magna, na CDC e disciplinado pelo ECA.

O trabalho foi elaborado em três capítulos. O primeiro capítulo versou sobre as pessoas com deficiência no qual se fez um relato sobre a história deste grupo até a quebra paradigmática no tratamento a eles destinados com a promulgação da CDPD.

O segundo capítulo teve como objeto de estudo a capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, desde o período pré-codificação até o momento. A fim de enriquecer o trabalho, a autora fez uma análise das alterações geradas pela CDPD na regra da capacidade argentina.

Por fim, o terceiro capítulo faz o paralelo entre a regra da capacidade vigente e o melhor interesse das crianças.

Nos segundo e terceiro capítulos são colacionados alguns julgados dos Tribunais nacionais sobre o tema de estudo a fim de demonstrar o entedimento das Cortes brasileiras, bem como a mudança paradigmática sobre o tema capacidade das pessoas com deficiência mental.

Diante da junção de temas fundamentais, deficiência, capacidades e direitos fundamentais das pessoas com deficiência e crianças e adolescentes, o estudo se mostra de relevante importância aos estudiosos do tema família.

A importância se vê justificada ainda por demonstrar que a resolução de demandas de família, especialmente quando há pessoas com deficiência e crianças e adolescentes, impõe um estudo multidisciplinar e com oportunidade de ampla produção de provas com todos os envolvidos, pais, filhos e demais interessados. Ademais, apesar da vasta teoria sobre deficiência, capacidade e princípios da igualdade e do melhor interesse da criança, o recorte dado neste estudo se mostra inovador e com utilidade à advocacia familiarista e demais áreas que atuam conjuntamente às famílias.

1. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 Breve histórico e conceituação das pessoas com deficiência

A deficiência faz parte da história da humanidade e, a depender da época, cultura e local, passou por diversas fases, desde a execução sumária, à marginalização, à benevolência social e, por fim, à conquistada igualdade. (deve se evitar parágrafos muito pequenos)

A deficiência já foi tratada como maldição, sendo, inclusive, aceitos, por algumas sociedades, os sacrifícios das crianças “mal formadas”, conforme se depreende da obra *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho* de Maria Aparecida Gugel¹.

Maria Aparecida Gugel, a fim de exemplificar os tratamentos dados às pessoas com deficiência ao longo da história, traz na sua obra, trecho de *A República*, de Platão, na qual se demonstra a situação de marginalização deste grupo:

Pegarão então os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém [...] (GUGEL, 2007, p. 63).

A pesquisadora traz, ainda, o pensamento de Aristóteles, no Livro VII da obra *A Política*, sobre a destinação das crianças com deficiência:

Quanto a rejeitar ou criar os recém-nascidos, terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada; com vistas a evitar o excesso de crianças, se os costumes das cidades impedem o abandono de recém-nascidos deve haver um dispositivo legal limitando a procriação se alguém tiver um filho contrariamente a tal dispositivo, deverá ser provocado o aborto antes que comecem as sensações e a vida (a legalidade ou ilegalidade do aborto será definida pelo critério de haver ou não sensação e vida) (GUGEL, 2007, p. 63).

Ainda na Grécia antiga, importante destacar que, tamanha a dedicação dos espartanos à guerra, “os nascidos com deficiência eram eliminados, só os fortes sobreviviam para servir ao exército de Leônidas”². Atos como os dos gregos antigos denunciam um pouco do vivido pelas pessoas com deficiência ao longo da história de algumas civilizações.

O trecho em destaque do livro *A Evolução Jurídica e Histórica no Tratamento da Pessoa com Deficiência* de Lílian Damiana de Almeida Ribeiro³, explica sobre a formação de Cidades

¹ GUGEL, Maria Aparecida Gugel. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p.63

² IDEM. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php, Acesso em: 06 set. de 2021

³ RIBEIRO, Lílian Damiana de Almeida. **A Evolução Jurídica e Histórica no Tratamento da Pessoa com Deficiência**. p. 36. E-book

Estados independentes, na peculiar geografia da Grécia (montanhosa, formada por pequenos vales e por várias ilhas), o que, na antiguidade, impediu a formação de um conjunto de normas de direito unitário e narrou sobre a situação das pessoas com deficiência em Esparta:

Na Grécia Antiga, mais especificamente em Esparta, uma das cidades Estado, as pessoas eram treinadas para a guerra, para a área militar, na verdade em Esparta, todo o seu cotidiano girava em torno deste fato. Não obstante, se fazia constante as amputações traumáticas de membros do corpo. Desta forma identifica-se uma parte da sociedade que adquiriu através das lutas, algum tipo de deficiência. Por outro lado, o costume espartano de lançar crianças com deficiências em um precipício tornou amplamente conhecido na história antiga, como um lado negativo.

Diferente de outras culturas à época, especificamente à cultura grega antiga, as pesquisas indicam que as pessoas com deficiência na sociedade egípcia eram muito bem aceitas. Acreditava-se que esta aceitação ocorreu como reflexo do grande número de pessoas com deformidades físicas na mais alta linhagem social.

Recentes descobertas, adquiridas a partir dos exames mais modernos, realizados, atualmente sob a múmia de Tutancâmon, o mais importante Faraó que existiu em toda Dinastia Egípcia, mostraram que o rei *Tut* possuía uma grande deformidade no pé esquerdo. Em sua tumba, aliás, a única tumba não violada no Vale dos Reis, foram encontradas cerca de 130 bengalas, logo, todas usadas

Uma das características positivas dos evoluídos egípcios, que se expressava através de suas leis, era criar todas as suas crianças, pouco importando se elas fossem perfeitas fisicamente ou se possuíssem alguma deformidade⁴.

Atravessando o Mediterrâneo, ao analisar a história romana, em particular a Roma Antiga, percebe-se que as leis não eram favoráveis às pessoas com deficiência. Assim, para ser considerado sujeito de direitos, a pessoa tinha que ter nascido com vida, perfeitamente, sem nenhuma deformidade física, revestindo da forma humana compreendida pela época, ter viabilidade fetal e ser livre⁵. Portanto, na Roma antiga a pessoa com deficiência sequer era considerada um sujeito de direitos, tamanha a exclusão destas pessoas pela sociedade

Enquanto na cultura Grega, especialmente, a Espartana, havia o costume de executar sumariamente as crianças, na Roma antiga esta não era uma prática, embora fosse um antigo costume dos locais remotos do Império Romano. No entanto, o fato de não se praticar a execução sumária dos recém-nascidos com qualquer deficiência não pode ser considerada como uma evolução, face a destinação escolhida pela sociedade para este grupo.

⁴ Ibidem, p. 30

⁵ Ibidem, p. 43.

O poder paternalista da alta sociedade romana apontava que a única saída aos filhos com deficiência desta classe, era o abandono às margens dos rios, onde poderiam ser encontrados e adotados por pessoas de classes inferiores, a exemplo da plebe⁶. Comprova-se, portanto, que não havia espaço para pessoas com deficiência na sociedade romana, muito menos nas altas classes.

Os estudos levam a crer que as histórias humilhantes de maus tratos às pessoas com deficiência se iniciaram na Roma Antiga, fruto de uma sociedade preconceituosa, extremamente racista e excludente do diferente⁷. Somente com o surgimento do Cristianismo e a valorização da caridade, os deficientes, fossem eles deficientes físicos, mentais ou intelectuais, deixaram de ser eliminados e foram preferencialmente postos à margem da sociedade, como na antiguidade. Não eram mais executados, mas também não conviviam em sociedade como as outras pessoas.

Há muito, os deficientes, quando sobreviviam à infância, viviam à margem da civilização, simplesmente existindo, ou eram tratados com desprezo. Muitas pessoas, logo que percebidas com deficiência eram entregues a instituições de caridade, onde viviam o resto da vida em total isolamento social. Em regra, este grupo era rejeitado pela família em seguida à percepção das características próprias das deficiências.

Izabel Maior discorre a respeito da longa caminhada das pessoas com deficiência e a dificuldade de aceitação pela sociedade:

[...] da invisibilidade à convivência dos deficientes na sociedade, houve uma longa trajetória, representada pelas medidas caritativas e o assistencialismo, correspondentes a ações imediatista e desarticuladas, que mantiveram as pessoas com deficiência isoladas nos espaços da família ou em instituições de confinamento⁸.

A concepção da deficiência como uma variação do tipo tido como normal da espécie humana, foi uma criação discursiva do século XVIII⁹. A partir deste entendimento passou-se a tratar o deficiente como alguém que apresenta características físicas, sensoriais e/ou intelectual, diferente do sujeito “normal” ou “tipo”.

O século XIX, fundado nos reflexos humanistas da Revolução Francesa, foi um divisor de águas para as pessoas com deficiência. Entendeu-se, finalmente, que os deficientes não

⁶ RIBEIRO, Lillian Damiana de Almeida. **A Evolução Jurídica e Histórica no Tratamento da Pessoa com Deficiência**. p. 44. E-book

⁷ Ibidem, p. 45

⁸ MAIOR, Izabel. **História, conceito e tipos de deficiência**. Disponível em:

<http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textosApoio/Texto1.pdf>. Acesso em: 23 mai. de 2021.

⁹ DAVIS, Lennard J. (1995) apud Diniz (2007).

precisariam somente de abrigos, onde eram simplesmente descartados do convívio social, mas também de tratamentos específicos para cada caso.

Difundiram-se os orfanatos, os asilos e os lares para crianças com deficiência física. Grupos de pessoas organizaram-se em torno da reabilitação dos feridos de guerra para o trabalho, movimento este ocorrido, principalmente, nos Estados Unidos e Alemanha.

A percepção social da pessoa com deficiência como anormal acompanha-os desde então, a constatação de diferenças físicas/biológicas insiste em atormentá-los, apesar da indiscutível evolução teórica sobre o tema e que vem repercutindo nas atitudes sociais e mudanças legislativas.

No Brasil, o Imperador Dom Pedro II (1840-1889) buscava influenciar a sociedade em seguir o movimento europeu e, neste sentido, criou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, atual Instituto Benjamin Constant, por meio do Decreto Imperial nº 1.428, de 12 de setembro de 1854¹⁰.

Percebe-se o início do movimento, no Brasil, incipiente ainda, em educar os deficientes, neste caso os visuais, para a autonomia e autossustento¹¹:

O curso prático profissional abrangia o estudo completo de música, vocal e instrumental; tipografia; encadernação; trabalhos de agulha para as alunas; e ginástica apropriada aos cegos de ambos os sexos. O ensino profissionalizante voltado para as camadas mais pobres da população fez parte do ideário do regime republicano, que se preocupava não apenas com sua formação como mão de obra, mas também com o controle e ordenamento social no espaço urbano. Por outro lado, no caso do Instituto Benjamin Constant, o regulamento reforçava a importância dos ofícios fabris para proporcionar recursos que garantissem a subsistência aos cegos, ao menos parcialmente, tornando-os “úteis a si, às suas famílias e à sociedade” (BRASIL, 1890c).

Três anos após a criação do Instituto dos Meninos Cegos, em 26 de setembro de 1857, o Imperador Brasileiro, ao apoiar as iniciativas do Professor francês *Hernest Huet*, fundou o

¹⁰ O Imperial Instituto dos Meninos Cegos foi criado pelo decreto n. 1.428, de 12 de setembro de 1854, com a atribuição de ministrar a instrução primária e alguns ramos da secundária, educação moral e religiosa, ensino de música, bem como ofícios fabris. A autorização do governo imperial com o dispêndio de verbas para a fundação do instituto foi conferida pelo decreto n. 781, de 10 de setembro de 1854, e sua inauguração se deu em 17 de dezembro do mesmo ano.

Primeira instituição voltada para a educação dos deficientes visuais no Brasil, seu objetivo era fornecer o ensino básico e profissional aos alunos, o que se inseriu no debate sobre a expansão da escolarização e da profissionalização da população pobre, que marcou a segunda metade do século XIX no Brasil. Não por acaso verifica-se nesse período a criação de instituições com este fim, como o Colégio Nacional para Surdos-Mudos, o Asilo dos Meninos Desvalidos e o Instituto de Menores Artesãos. Disponível em:

<http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/815-instituto-dos-meninos-cegos> Acesso em: 08 out. de 2021

¹¹ Disponível em: [<http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/815-instituto-dos-meninos-cegos>] Acesso em: 08 out. de 2021

Imperial Instituto de Surdos Mudos, atual Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES), que passou a atender pessoas surdas de todo o país, a maioria abandonada pelas famílias.

Na primeira metade do século XX, os estudos das deficiências tomaram um maior corpo e, nesta oportunidade, surgiu o modelo biomédico da deficiência. Este modelo encara a deficiência como uma incapacidade a ser superada, e, conseqüentemente, capaz de impor restrições à participação social destes indivíduos.

Nessa perspectiva, a deficiência é considerada uma consequência de uma doença ou acidente e, portanto, objeto de habilitação ou reabilitação dessas capacidades prejudicadas ao ponto de levar o indivíduo à cura ou, pelo menos, aproximá-lo da cura, ou seja, o foco é a característica da pessoa. Desta forma, o paradigma do modelo biomédico da deficiência acredita que as questões biológicas, diferenciadoras do indivíduo portador dos demais, motivam as desigualdades sociais deste grupo¹².

Em contraposição ao modelo biomédico surge o modelo social, no qual o foco da deficiência deixa de ser o indivíduo para o cenário no qual o indivíduo deficiente está inserido, conforme demonstra o trecho de artigo sobre o modelo social da deficiência¹³:

O modelo social da deficiência estruturou-se em oposição ao modelo médico da deficiência, que reconhece na lesão, na doença ou na limitação física a causa primeira da desigualdade social e das desvantagens vivenciadas pelos deficientes, ignorando o papel das estruturas sociais para a sua opressão e marginalização. Entre o modelo social e o modelo médico há diferença na lógica de causalidade da deficiência. [...] Em síntese, a ideia básica do modelo social é que a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas uma questão da vida em sociedade, o que transfere a responsabilidade pelas desvantagens das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade em prever e se ajustar à diversidade.

Débora Diniz enfatiza ser a deficiência um conceito complexo pelo fato de, além de reconhecer o corpo com lesão, também denuncia a estrutura social opressora da pessoa com deficiência¹⁴.

A evolução dos estudos da deficiência com a mudança de pensar do tema e a consequente transição do modelo biomédico para o social busca a aceitação social das mutações corporais de cada indivíduo e a organização da sociedade para que estes indivíduos tenham a possibilidade de se desenvolverem de forma autônoma e igualitária.

¹² BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHERM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. **Modelo Social:** uma nova abordagem para o tema deficiência. **Rev. Lat-Am. de Enfermagem.** Jul-ago 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/yBG83q48WG6KDHmFXXsgVkr/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 06 set. de 2021

¹³ Ibidem. P. 02 e 03.

¹⁴ DINIZ, Débora. **O que é Deficiência.** Coleção Primeiros Passos. Editora Brasiliense. p. 05.

É após a Segunda Grande Guerra com a valorização do Princípio da Dignidade Humana e o advento dos Direitos Humanos, especialmente, com a criação da ONU e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que os direitos das minorias começam a desabrochar.

O Capítulo IX da Carta das Nações Unidas¹⁵, mais especificamente no seu artigo 55, estabelece que:

com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio de igualdade de direitos e na autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Em 1958, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), no intuito de afirmar a igualdade entre os homens e atender à Declaração Universal dos Direitos dos Homens, combater a discriminação e promover o progresso material ao conceituar o termo discriminação e estabelecer a igualdade entre homens e mulheres:

[...]

Considerando que a declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo tem direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais;

Considerando, por outro lado, que **a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem**, adota, neste vigésimo quinto dia de junho de mil novecentos e cinquenta e oito, a Convenção abaixo transcrita que será denominada **Convenção sobre a Discriminação em matéria de emprego e profissão**, 1958.

Artigo 1

1. Para os fins da presente convenção, o termo “**discriminação**” compreende:

a) **Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenta por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;**

b) **Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. [...]**

¹⁵ **Artº. 55 Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:**

a. A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social;
b. A solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional;

c. O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Na esteira da promoção da dignidade humana segue a Declaração de Direitos do Deficiente Mental, de 1971, a qual estabelece, no artigo 1º, que “o deficiente mental deve gozar, no grau máximo possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos”. É o início da concretização da promoção dos direitos deste público, mas, como todo início do processo, ainda de uma forma muito incipiente e comedida.

Apesar de inovadora quanto à promoção da dignidade humana, percebe-se o perfil assistencialista da referida Declaração, ao declarar a “necessidade de ajudar os deficientes mentais a desenvolver as suas aptidões nos mais diversos setores de atividade e a favorecer, tanto quanto possível, a sua integração na vida social normal”.

Mesmo com o viés assistencialista, próprio do modelo médico da deficiência, comum à época, extrai-se do texto um cuidado com a situação fática da pessoa com deficiência mental ao ponderar que a integração se dará de acordo com cada indivíduo. Há ainda a preocupação com a proteção destes indivíduos de abusos e explorações.

A ponderação fática da situação de cada indivíduo é fundamental para que ocorra de fato a promoção da igualdade entre as pessoas com deficiência, isto para que a individualidade seja considerada e, de acordo com as características de cada um, possa de fato ocorrer a promoção da dignidade. Dignidade esta a ser promovida pela sociedade e não pelo sujeito.

Percebe-se, ainda, a partir da análise documental que a escrita se deu no momento de transição do modelo médico para o social, pois, apesar da valorização das pessoas com deficiência e a busca da promoção e integração deste público à sociedade, ainda se encontra termos próprios do modelo médico, a exemplo da suposta “normalidade”.

Quase 30 anos após a adoção da Convenção sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, a OIT, na 69ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1º de junho de 1983, adotou a Convenção sobre Reabilitação e Emprego das Pessoas com Deficiência. Esta Convenção tem como objetivo a promoção da igualdade de oportunidade de emprego e progressão profissional a fim de proporcioná-las maior integração social:

[...]

Artigo 1º

1. Para efeito desta Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.
2. Para efeitos desta Convenção, todo o País Membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade.

3. Todo País Membro aplicará os dispositivos desta Convenção através de medidas adequadas às condições nacionais e de acordo com a experiência (costumes, uso e hábitos) nacional.

4. As proposições desta Convenção serão aplicáveis a todas as categorias de pessoas deficientes.

[...]

Artigo 4º

Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

[...]

Apesar do avanço nos estudos devidamente refletidos nas legislações sobre o tema deficiência, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1989, elaborou a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID), sob clara influência do modelo biomédico ao definir a “deficiência como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica”.

A classificação da OMS se vê nitidamente encartada no modelo biomédico da deficiência, ao focar nas características da deficiência e, conseqüentemente, na suposta resolução (reparo) destas características a fim de promover a “normalização” do sujeito. Há de se salientar que em 1989 o modelo social da deficiência já se encontrava consolidado na academia e reverberando na sociedade.

A adoção, pelo maior Órgão Mundial de Saúde, do modelo biomédico quando as instituições representantes das pessoas com deficiência e órgãos médicos internacionais respeitados já ultrapassaram este modelo ao social, exprime o conservadorismo e dificuldades enfrentadas pelo público em questão em busca da sua autonomia.

Ainda na Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID), “a incapacidade é definida como toda restrição ou falta, devida à uma deficiência, da capacidade de realizar uma atividade na forma ou na medida que se considera normal para um ser humano; e a desvantagem como uma situação prejudicial para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal” em seu caso (em função da idade, sexo e fatores sociais e culturais).

Somente em 1997, oito anos mais tarde, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reapresentou a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID), com nova nomeação, conceituações e claro perfil social das deficiências. A troca da

palavra desvantagens para participação significou uma grande mudança para o estigma carregado pelas pessoas com deficiência.

O documento passou à denominação, Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação (CIDD-2), e fixou princípios que enfatizaram o apoio, os contextos ambientais e as potencialidades, ao invés da valorização das incapacidades e limitações¹⁶.

As alterações das classificações da OMS denunciam a abordagem da deficiência sob dois modelos, o modelo biomédico, o qual foca na deficiência em si, e o modelo social da deficiência, que tira o foco nas características da pessoa com deficiência e mira na promoção do melhor ambiente para que este indivíduo se desenvolva.

A diferença entre ambos os modelos é bastante significativa, enquanto o primeiro foca na lesão, ou melhor, na reabilitação ou cura da lesão, com o intuito de “normalizar” os deficientes, o segundo foca na promoção de melhores condições ao desenvolvimento dos deficientes.

O modelo social, diferente do biomédico, não tem como objetivo necessário “curar” os deficientes e sim, dentro da condição própria destes indivíduos, proporcionar-lhes a melhor qualidade de vida possível, através de políticas públicas próprias pelas quais se promoveriam a dignidade e a autonomia destes cidadãos.

O modelo social não exclui ou minimiza a importância das intervenções médicas e multidisciplinar em busca da qualidade de vida da pessoa com deficiência, no entanto, muda o foco da atuação em busca de políticas públicas adequadas à melhor socialização, interação e autonomia das pessoas com deficiência.

Em 1999, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiências (Decreto 3.956/2001), conhecida com a Convenção da Guatemala, conceituou deficiência como sendo “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”.

Essa Convenção busca promover a dignidade humana com a erradicação dos preconceitos contra as pessoas com deficiência, ao reforçar a igualdade entre as pessoas, independentemente da sua condição física e mental, ao fazer um importante apanhado das

¹⁶ Informações contidas na Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizConsolidacao/comum/37518.html>. Acesso em: 04 jul. de 2021.

Cartas Internacionais sobre o tema e conceituar a deficiência e exemplificar as formas de preconceitos comumente sofridos por estas pessoas.

Percebe-se que diante da dificuldade das mudanças sociais práticas, as Organizações Internacionais tiveram que renovar e evoluir com as normas em busca do estabelecimento da igualdade entre as pessoas, independentemente, das condições físicas. Neste sentido, segue parte do preâmbulo da Convenção¹⁷:

[...]

Reafirmando que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano;

Considerando que a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 3, j, estabelece como princípio que “a justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura”;

Preocupados com a discriminação de que são objeto as pessoas em razão de suas deficiências;

Tendo presente o Convênio sobre a Readaptação Profissional e o Emprego de **Pessoas Inválidas** da Organização Internacional do Trabalho (Convênio 159); a Declaração dos Direitos do **Retardado Mental** (AG 26/2856, de 20 de dezembro de 1971); a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução nº 3447, de 9 de dezembro de 1975); o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (1988); os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria de Saúde Mental (AG. 46/119, de 17 de dezembro de 1991); [...]

Comprometidos a eliminar a discriminação, em todas as formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência, Convieram no seguinte: [...] (**grifos nossos**)

As denominações das Cartas anteriores e referidas na Convenção da Guatemala denunciam a mudança de paradigma e tratamento sobre o tema, a exemplo dos termos pessoas inválidas e com retardado mental, bem como na própria conceituação da deficiência no seu artigo 1º. O esforço na promoção da igualdade entre os cidadãos, independente da deficiência, se vê estampado especialmente no artigo 2º da referida carta, o qual estabelece que a *Convenção tem por objetivo prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade.*

E o seu artigo 7º, por sua vez, disciplina sobre a impossibilidade desta Convenção ser

¹⁷ Decreto 3.956 de 8 de outubro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm#:~:text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20tem%20por%20objetivo,sua%20plena%20integra%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20sociedade. Acesso em 14 out. de 2021.

interpretada de forma a permitir restrição de direitos do público alvo. Em seguida, foi proclamada a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promovida pela ONU em 2006, com propósitos mais amplos que a Carta anterior, que conceituou, em seu artigo 1º, o que são pessoas com deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Este conceito foi repetido no artigo 2º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

A alínea “e” do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na tentativa de conceituar a deficiência, reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Ao analisar o conceito da deficiência destas duas Cartas Internacionais, percebe-se a clara intenção de se derrubar as barreiras, criadas pelas atitudes sociais e ambientais, nas quais estão inseridos os deficientes.

Os estudiosos e ativistas do tema encontraram guarida em outros movimentos sociais a exemplo do feminismo e do antirracismo, em busca do apoio das políticas públicas a fim de alterar o *modus operandi* social até então estabelecido. Esta correlação está muito bem explicada no texto de Luciene Maria da Silva¹⁸:

[...] **Percebe-se que a causa é deslocada da lesão para seus aspectos externos, que constituem as barreiras sociais**, com uma argumentação neutralizadora da disfunção orgânica e, assim, politizando o enfrentamento da deficiência, propondo ações e atitudes sociais afirmativas. **De forma semelhante ao movimento feminista ou ao movimento negro, por exemplo, quando para desnaturalizar o atributo de ser mulher ou ser negro, passou a posicioná-lo como tensão em relação à cultura, retirando da natureza a justificativa para a dependência.** Com isso, lesão e deficiência foram desagregados, indicando que a última é um fenômeno sociológico determinado pelas barreiras sociais restritivas. [...] (grifos nossos)

Os estudiosos do tema e pessoas com deficiência entendem que os desafios próprios da deficiência devem ser encarados como uma questão de justiça social e não como uma tragédia pessoal e/ou familiar. Desta forma, imprescindível, portanto, deslocar as questões da deficiência do âmbito privado, familiar, para o âmbito público, no qual as políticas públicas são as maiores aliadas à promoção da dignidade humana aos tidos como diferentes.

¹⁸ SILVA, Luciene Maria da. A deficiência como expressão da diferença. **Educação em Revista**, Belo Horizonte. V. 44. p. 111. ano 2006 Texto digital disponibilizado pelo Mestrado.

A grande luta encampada pelos estudiosos da deficiência contemporânea é disseminar que o fato do sujeito possuir uma lesão não, necessariamente, o limita. A partir deste paradigma, passou-se então, a separar radicalmente a lesão da deficiência, sendo que a lesão é o objeto das ações biomédicas no corpo humano, enquanto a deficiência seria entendida como uma questão da ordem dos direitos, da justiça social e das políticas de bem-estar.

Nesse caminhar, segue a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que, no seu artigo 14, expressamente afirma “ser o processo de habilitação e de reabilitação um direito da pessoa com deficiência” e deixa claro que este direito contribui para a conquista da autonomia e participação social em igualdade de condições e oportunidades com os demais.

O próprio conceito de deficiência contemporâneo, encartado no Estatuto da Pessoa com Deficiência, possui o tom social das demandas próprias destas pessoas, no sentido de viabilizar a autonomia do sujeito, e não mais no toque da “normalização” da pessoa com deficiência.

Diante do tema desta dissertação, na qual relaciona a regra da capacidade vigente ao exercício dos deveres próprios da parentalidade, especialmente, no que diz respeito às pessoas com deficiência mental, necessário conceituá-la conforme descrita no Decreto nº 5.296/2004:

Art. 5º Os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário **às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.**

§ 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

d) 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:

1. comunicação;
2. cuidado pessoal;
3. habilidades sociais;
4. utilização dos recursos da comunidade;
5. saúde e segurança;
6. habilidades acadêmicas;
7. lazer; e
8. trabalho; [...]

Forçoso, ainda, ressaltar que a deficiência intelectual se vincula à possíveis limitações cognitivas e não exclusivamente a transtornos mentais, bem como, em atendimento ao explicitado no artigo 5º do Decreto nº 5.296/2004, transcrito acima, há diversos níveis que devem ser levados em consideração no momento de se avaliar a capacidade dos sujeitos pela equipe multidisciplinar.

Sobre esses diversos níveis de transtornos, apesar de ser tema do próximo capítulo, há de se chamar a atenção que, hoje, após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), somente são considerados absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Desta forma, após a inserção dos valores encartados na CDPD no ordenamento jurídico pátrio, apesar dos diversos níveis de comprometimento acarretados pelas deficiências cognitivas e mentais, estas pessoas somente podem ser consideradas relativamente incapazes, mesmo que, de fato, não possuam capacidade alguma.

Há de se trazer, ainda, diante da referência à Lei nº 10.690 (2003), na conceituação acima (artigo 5º do Decreto nº 5.296/2004) e ao fato deste trabalho tratar sobre deficiência, **a conceituação de deficiência física e deficiência mental e/ou cognitiva e intelectual, para que estas pessoas tenham direito à isenção fiscal ao adquirirem automóveis:** (grifos nossos)

Art. 2º A vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, alterada pelo art. 29 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e pelo art. 2º da Lei nº 10.182, de 12 de fevereiro de 2001, é prorrogada até 31 de dezembro de 2006, com as seguintes alterações:

"Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

V – (VETADO)

§ 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta 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, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§ 2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

§ 3º Na hipótese do inciso IV, os automóveis de passageiros a que se refere o caput serão adquiridos diretamente pelas pessoas que tenham plena capacidade jurídica e, no caso dos interditos, pelos curadores.

§ 4º A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da legislação em vigor e o Ministério da Saúde definirão em ato conjunto os conceitos de pessoas portadoras de deficiência mental severa ou profunda, ou autistas, e estabelecerão as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação delas.

§ 5º Os curadores respondem solidariamente quanto ao imposto que deixar de ser pago, em razão da isenção de que trata este artigo. [...]
(grifos nossos)

As legislações atuais, especialmente as balizadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, não conceituam mais a deficiência como expressão referida ao resultado da doença, indicando um desígnio imposto por uma lesão, porque, as estratégias de prevenção, reabilitação e/ou inclusão não são mais aspirações, são possibilidades concretas, dada a evolução das ciências. O que impede a viabilização das medidas médicas para todos é a configuração da sociedade.

Após esta breve explanação a respeito da história e dos conceitos da deficiência, passa-se a analisar a CDPD que, conforme amplamente anunciado neste tópico, trouxe um novo tratamento às pessoas com deficiência.

1.2 Da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência

Em continuidade à longa trajetória da promoção dos Direitos Humanos, a ONU promulgou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 13 de dezembro de 2006, em reunião da Assembléia Geral comemorativa ao Dia Internacional dos Direitos Humanos. Essa Convenção é um divisor de águas para o público em questão e todos os ativistas da causa, assim como foi o ano de 1981, denominado Ano Internacional da Pessoa Deficiente.

A elevação do tema, pessoas com deficiência, à categoria de Tratado de Direito Internacional, tem como objetivo “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”, além de promover o respeito à dignidade às pessoas com deficiência com a garantia de condições de vida digna e autônoma às pessoas com deficiência.

Como visto no tópico acima, antes da CDPD, a ONU trilhou um caminho com a promulgação de algumas normas prévias no sentido de conter discriminações e proporcionar a inserção social e autonomia a este público, a exemplo das Declarações dos Direitos dos

Deficientes Mentais¹⁹, esta datada de 1971, das Pessoas Portadoras de Deficiências²⁰, de 1975, e Normas sobre Equiparação de Oportunidades, esta última de 1993, dentre outras.

Infelizmente, estas normas internacionais não foram capazes de promover uma mudança social e jurídica sobre o público em questão, apesar de todo o empenho da ONU e países membros. Com o intuito de executar o programa mundial de ação em busca da equiparação de oportunidades às pessoas com deficiência e, conseqüentemente, à autonomia e autosustento deste grupo, a ONU estabeleceu a Década das Pessoas com Deficiência (1983 a 1992).

Em 2001, foi promulgada a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como a Convenção da Guatemala, a qual reconheceu que “toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas ou mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento da sua personalidade” e estabeleceu que:

[...]

Levando em conta que a deficiência pode dar origem a situações de discriminação, pelo qual é necessário propiciar o desenvolvimento de ações e medidas que permitam melhorar substancialmente a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério;

Considerando que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que os direitos e liberdades de cada pessoa devem ser respeitados sem qualquer distinção;

Levando em consideração que o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, reconhece que “**toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas ou mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento da sua personalidade**”; [...] (grifos nossos)

A fim de concretizar a promoção da dignidade da pessoa humana a todos, razão de ser dos Direitos Humanos, a Assembléia Geral da ONU produziu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada no ano de 2006, na cidade sede da Organização, Nova York.

A CDPD é a conquista de uma luta dos ativistas e próprias pessoas com deficiência dos direitos das pessoas com deficiência com o intuito de erradicar a discriminação e conseqüente marginalização deste público. Neste sentido o preâmbulo da CDPD “relembra 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

¹⁹ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html> Acesso em: 29 out. de 2021]

²⁰ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf [Acesso em: 29 out de 2021]

fundamento da liberdade ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie” e reafirma “a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir o exercício pleno destes direitos às pessoas com deficiência”, sem qualquer discriminação.

A Carta Internacional é mais uma tentativa da ONU de promover a igualdade das pessoas, sem qualquer discriminação, em busca da promoção integral do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O documento elenca diversos temas e atitudes a serem implementadas pelos Estados signatários, desta forma, serão destacados os itens mais afins com a presente dissertação, ou seja, os dispositivos que tratam sobre a implementação do princípio da igualdade no que tange à capacidade das pessoas com deficiência, bem como da promoção e preservação ao princípio do melhor interesse da criança e adolescentes.

A alínea **d** do preâmbulo elenca alguns dos documentos internacionais que buscam a erradicação de discriminações:

o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias

O documento analisado, ainda no seu preâmbulo, mais especificamente na alínea **e**, conceitua a deficiência:

e. Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (grifos nossos)

O conceito encartado na CDPD ratifica o modelo social da deficiência no qual se estabelece que as políticas sociais de inclusão e promoção da igualdade devem focar nas limitações ambientais e não em uma suposta “erradicação” da deficiência da pessoa. Ratifica, ainda, o conceito fluido da deficiência e a impossibilidade de engessá-lo.

Por sua vez, a alínea **f** do preâmbulo da CDPD, mais uma vez chama a atenção para a luta em promover a igualdade de oportunidades direcionadas às pessoas com deficiência:

reconhece a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a

promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência.

Ainda no preâmbulo, na sua alínea **h**, o Órgão Internacional, assim como em documentos anteriores, a exemplo das convenções sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão e da Guatemala, “reconhece que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano”.

Em atendimento às definições da alínea **h** da CDPD, o artigo 2º institui que a discriminação por motivo de deficiência “significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou o efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro”.

Diante do tema deste trabalho, imprescindível destacar as **alíneas i, j, m, q, r, v e x**

[...]

i. Reconhecendo ainda a **diversidade das pessoas com deficiência**;

j. Reconhecendo a necessidade de promover e **proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio**;

[...]

m. Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à **diversidade** de suas comunidades, e que **a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade** resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza;

[...]

q. Reconhecendo que **mulheres e meninas com deficiência estão freqüentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração**;

r. Reconhecendo que as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades com as outras crianças e lembrando as obrigações assumidas com esse fim pelos Estados Partes na Convenção sobre os Direitos da Criança;

[...]

x. **Convencidos de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e eqüitativo dos direitos das pessoas com deficiência**;

[...] (grifos nossos)

Estabelece, a CDPD, como propósito “promover, proteger e **assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua dignidade inerente**”. (grifos nossos)

Um dos princípios gerais da CDPD, conforme descrito no artigo 3º, é o respeito pela **dignidade inerente**, a **autonomia individual**, inclusive a **liberdade de fazer as próprias escolhas**, e a independência das pessoas. (grifos nossos) São esses princípios que acarretaram enormes mudanças legislativas nos países signatários e algumas delas serão expostas neste trabalho.

O artigo 5º da CDPD²¹ disciplina sobre a igualdade e não discriminação, reconhecendo a igualdade das pessoas com deficiência. No artigo seguinte, trata a CDPD, especificamente sobre as mulheres com deficiência, público ainda mais exposto às violações dos direitos. Diante da tônica do novo paradigma do tratamento às pessoas com deficiência, não se utiliza a expressão vulnerabilidade, no entanto, se concretiza a preocupação com o empoderamento do gênero e com as múltiplas formas de discriminação a que estão expostas.

O artigo 12 da CDPD é de extrema relevância para este trabalho, pois, reconhece a igualdade perante a lei estabelecendo expressamente que os “Estados Partes que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. O referido artigo será explorado no tópico seguinte pois configura a verdadeira mudança paradigmática no tratamento às pessoas com deficiência.

O artigo 16 da CDPD disciplina sobre a prevenção contra a exploração, a violência e o abuso das pessoas com deficiência:

Artigo 16 Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero.

2. Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade

²¹ Artigo 5 **Igualdade** e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

2. Os Estados Partes **proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.**

3. A fim de **promover a igualdade** e eliminar a discriminação, os Estados Partes **adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.**

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou **alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência** não serão consideradas discriminatórias.

das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.

3. A fim de prevenir a ocorrência de quaisquer formas de exploração, violência e abuso, os Estados Partes assegurarão que todos os programas e instalações destinados a atender pessoas com deficiência sejam efetivamente monitorados por autoridades independentes.

4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.

5. Os Estados Partes adotarão leis e políticas efetivas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, investigados e, caso necessário, julgados. (grifos nossos)

O artigo 17 da CDPD, por sua vez, disciplina sobre a proteção da dignidade da pessoa e estabelece que “toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas”.

No que tange à independência das pessoas com deficiência e à inclusão na comunidade, foi disciplinado o artigo 19 no qual “os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas”²².

E, por fim, imprescindível destacar o artigo 23 da CDPD que trata sobre o respeito ao lar e à família das pessoas com deficiência, considerado pelos ativistas da causa como uma das grandes conquistas:

[...]

²² **Artigo 19 Vida independente e inclusão na comunidade**

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem **o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas**, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para **facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade**, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.

Artigo 23 Respeito pelo lar e pela família

1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para **eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:**

a) **Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;**

b) **Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.**

c) **As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.**

2. **Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.**

3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

4. **Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.**

5. **Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade** (grifos nossos)

O destaque de parte do trecho do artigo transcrito acima é para chamar a atenção do tratamento dado às crianças das famílias das pessoas com deficiência, tema de estudo integrante deste trabalho.

Ao analisar a CDPD, em especial os artigos acima destacados, contata-se a potencialidade das mudanças a serem adotadas pelos Estados signatários. Não se trata de meras mudanças legais, são mudanças efetivas na vida prática das pessoas com deficiência em busca da tão sonhada e lutada autonomia e igualdade de direitos.

Quando se trata de pessoas com deficiências físicas, sem qualquer comprometimento psicológico e/ou psiquiátrico, de fato as normas internacionais promovem uma maior igualdade, desde que os Estados signatários de fato executem as mudanças necessárias para a implementação da autonomia destas pessoas.

No que tange às mudanças destinadas à autonomia das pessoas com deficiência física, estas devem ocorrer na promoção de mudanças no ambiente comum (ruas, transportes públicos, escolas, hospitais e centros médicos...) para a efetiva promoção da dignidade, especialmente com a promoção da autonomia. A partir do momento que o Estado implanta mudanças físicas e legais para a promoção da igualdade e consegue desenvolver a autonomia das pessoas com deficiência está promovendo a igualdade.

A questão que se busca neste trabalho responder ou menos analisar é se de fato as pessoas com deficiências mentais, hoje consideradas capazes ou, no máximo relativamente incapazes, conseguem de fato exercer todos os direitos em igualdade às pessoas sem qualquer deficiência, especialmente, no que se refere aos deveres parentais.

As pessoas com deficiência mental e que constituem família têm capacidade prática de exercer os deveres da maternidade e/ou paternidade? Esse direito ao exercício pleno da parentalidade viola o melhor interesse das crianças e adolescentes? Porque, ao se verificar a legislação internacional e nacional, após recepção da CDPD, a ordem é a livre possibilidade de planejamento familiar pelas pessoas com deficiência o que é visto, inclusive, como uma enorme vitória. Quando se trata de deficiência física, não há o que se discutir, a liberdade está aí, a questão é quando se trata de pessoas com deficiências mentais que decidem por gestar.

Nesse sentido, a total liberdade das pessoas com deficiência mental executarem livremente seu planejamento familiar pode relativizar o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes?

Desta forma, a discussão central é se o direito à igualdade e a consequente possibilidade das pessoas com deficiência mental exercerem livremente a parentalidade pode relativizar o Princípio ao Melhor Interesse das Crianças e Adolescente desses filhos.

Segue a presente dissertação com as mudanças paradigmáticas sobre o tema pessoas com deficiência que regem a atualidade e que, por um lado implementa a tão sonhada igualdade, pode, de fato, gerar um conflito entre princípios basilares do ordenamento jurídico.

1.3 A mudança de paradigma mundial da absoluta exclusão ao reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeito de Direitos

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, muitas foram as mudanças legislativas ocorridas, pós-segunda guerra mundial, para a efetivação dos direitos das minorias, especialmente das pessoas com deficiência. Essas alterações legislativas foram profundas e estabeleceram a igualdade das pessoas com deficiência a fim de torná-las autônomas e erradicar todos os tipos de preconceito e discriminação.

Importa ressaltar que até meados do século passado as pessoas com deficiência eram completamente desprovidas de direitos, tratadas como incapazes, fática e juridicamente, e, conseqüentemente, dependentes da família e Estado. Assim, eram vítimas frequentes de discriminação e abusos por parte de toda a sociedade, em especial, das próprias famílias.

A grande mudança social e, posteriormente, jurídica, incorreu com a nova plataforma de direitos humanos a qual elevou a dignidade da pessoa humana a macroprincípio, inerente a todos, nos moldes da Declaração Universal dos Direitos Humanos²³, especificamente no seu preâmbulo e seguintes artigos:

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

[...]

Artigo 1°

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2°

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 3°

Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

²³ Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> Acesso em: 27 out. de 2021.

[...]

Artigo 7°

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo 12°

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

[...]

Artigo 16°

1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.
2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.
3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado. [...]

Com a valorização dos direitos humanos, pós-segunda guerra mundial, a sociedade passou a exigir significativas alterações na promoção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente desta volumosa minoria, a das pessoas com deficiência.

Foi também a partir dos Direitos Humanos que se construiu o dinâmico conceito de vulnerabilidade de certos grupos da sociedade a fim de minimizar as diferenças e, especialmente, as restritas oportunidades:

La situación de vulnerabilidad em que se encuentran vários sectores sociales exige a los estados establecer politicas publicas positivas para disminuir el riesgo al que están sometidos estos colectivos, por falta de oportunidades, falta de acceso a la justicia y la imposibilidad de acceso a derechos políticos, económicos, sociales y culturales, donde subyace una constante violación a derechos reconocidos em las convenciones y Pactos internacionales subscriptos por esos estados²⁴.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é o marco inicial desta mudança paradigmática, desde então, diversos outros documentos internacionais foram firmados, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica (1969), de fundamental importância aos Estados das Américas.

²⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAYCHO, Renato Antonio Constantivo; BARIFFI, Francisco José.

Capacidade Jurídica, Deficiência e Direito Civil na América Latina. Editora Foco. Fls. 41. 2021

A situação de vulnerabilidade em que se encontram diversos setores sociais exige que os Estados estabeleçam políticas públicas positivas para reduzir o risco a que esses grupos estão sujeitos, por falta de oportunidades, falta de acesso à justiça e impossibilidade de acesso a direitos políticos, social e cultural, onde há uma constante violação de direitos reconhecidos em convenções e pactos internacionais assinados por esses Estados.

A influência dos Direitos Humanos na mudança de tratamento destinado às pessoas com deficiência foi fundamental, conforme demonstra o comentário de Cristiano Chaves, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto a respeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁵:

Dentre inúmeros fundamentos do diploma legal em exame, o que desponta, em primeiro lugar, consiste exatamente na **proteção do deficiente como consequência do desdobramento dos direitos humanos. Estes, importando em verdadeira superação do modelo egoístico, onde predominava o indivíduo, coloca-se em favor do interesse da sociedade como um todo**, aí incluindo, com mais razão, o deficiente, em face da sua notória hipossuficiência.

A valorização da pessoa humana a elemento principal dos ordenamentos jurídicos se deu face às atrocidades ocorridas na segunda guerra com as minorias. Conforme amplamente divulgado, os primeiros grupos a serem exterminados e/ou entregues à pesquisadores pelo regime nazista foram os deficientes e homossexuais, posteriormente, o alvo do extermínio passou aos judeus. Sobre o tema, trecho da Dissertação de Mestrado de Bruna Krimberg Von Müllen²⁶ a respeito da imigração judaica:

Os nazistas estavam certos de que ninguém acreditaria que seres humanos seriam capazes de cometer tamanhas atrocidades, era a “inimagibilidade” do Holocausto, sua inverossimilhança. Assim, em 1939 os nazistas começaram a caça aos judeus, aos ciganos, aos homossexuais, às Testemunhas de Jeová, aos deficientes físicos e aos doentes mentais utilizando-se de uma cruel metodologia nunca antes registrada na História (MÜHLEN, 2012, p.17).

Este fato histórico demonstra a forte e determinante influência dos estigmas na vida de certos grupos sociais, dentre eles dos deficientes, seja na sua própria aceitação, seja na aceitação social da sua característica física e/ou psicológica.

Erving Goffman na sua obra *Notas sobre a manipulação deteriorada*, conceitua o estigma como um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo²⁷. Explica, ainda, que independentemente de qual o estigma daquela pessoa, encontram-se as mesmas características sociológicas:

*um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que pode-se impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus*²⁸.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo a artigo**. 2ª edição. Editora JusPodivm. 2016 p. 18.

²⁶MÜLLEN, Bruna Krimberg Von. **Cultura, identidade e gênero no processo de imigração judaica de sobreviventes da Segunda Guerra Mundial**. PUCRS.2012, p. 17. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/814> Acesso em :27 out. de 2021

²⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Tradução: Mathias Lambert. Data da Digitalização:2004. p. 7.

²⁸ Ibidem, p. 7

Percebe-se, portanto, a força social em busca da normatização das pessoas, pela homogeneização da suposta raça humana.

A obra denominada *Capacitismo*²⁹, escrita por uma pessoa com deficiência e estudioso sobre o tema, Victor de Marco, descreve sobre a expectativa de uma “normalização” do corpo:

[...] No caso de pessoas com deficiência, o “impeditivo” é o próprio corpo. Quando um corpo tem uma deficiência, ele está fora de muitos padrões além do estético e, por muitas vezes, as pessoas acreditam que, se a gente se esforçar, vai deixar de ter uma deficiência. [...]

A difusão dos direitos humanos e consequente implantação dos direitos fundamentais nos Estados, a promoção da dignidade dos deficientes passou do ostracismo à visibilidade, assim como os demais grupos minoritários e até então esquecidos pelos Estados e ordenamentos jurídicos.

A difusão da promoção das pessoas com deficiência revolucionou os estudos sobre deficiências, na década de 1970 na Inglaterra e Estados Unidos. Os avanços nos estudos da promoção das pessoas com deficiência descolaram o estudo da pessoa em si para o ambiente em que elas estão inseridas, partindo, portanto, de um campo estritamente biomédico para o campo das humanidades. Com essa evolução constatou-se que até o aparecimento do modelo social da deficiência, na Inglaterra, ocorria o encarceramento dos deficientes e não o tratamento ou reabilitação destas lesões.

Neste sentido, breve relato da pesquisa histórica, realizada por Maurício Requião sobre o histórico da deficiência até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁰:

O primeiro movimento de exclusão acontece ainda não dotado da justificativa fornecida pelo arcabouço psiquiátrico. Ele se dá, de certa forma, vinculado à Revolução Industrial que faz surgir, principalmente nos grandes centros urbanos, uma massa de desocupados. A mendicância errante dos desempregados se une àquela dos loucos, criando uma massa de sujeitos indesejáveis socialmente.

Percebe-se, portanto, que, com a evolução dos direitos humanos e as incansáveis lutas dos deficientes e suas famílias para uma melhor condição de vida com a devida promoção da dignidade da pessoa humana, o foco deixa de ser exclusivo nas diferenças biológicas para as políticas públicas destes sujeitos.

²⁹ MARCO, Victor di. **Capacitismo: o mito da capacidade**. Belo Horizonte, MG: Editora Letramento, 2020, p 23 e 24. [Ebook]

³⁰ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª Edição. Editora Tirant lo Blanch, 2018. p. 101.

Sobre a quebra deste paradigma, segue a explanação de Débora Diniz³¹:

[...] Nessa guinada acadêmica, deficiência não é mais uma simples expressão de uma lesão que impõe restrições à participação social de uma pessoa. Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente. [...]

Dessa forma, os estudos sobre a deficiência passaram a englobar não somente as lesões, mas, principalmente, a tratar a deficiência de forma humanística e, como tal, a inseri-la em políticas públicas.

Mas foi a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência que sedimentou a igualdade deste grupo, disciplinada no seu artigo 12:

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. (grifos nossos)

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.** (grifos nossos)

A CDPD não somente disciplinou a igualdade das pessoas com deficiência como estabeleceu critérios a serem seguidos pelos Estados signatários para efetivar esta igualdade, a exemplo do respeito aos desejos destas pessoas à destinação às suas vidas no que tange aos seus direitos pessoais e patrimoniais.

³¹ DINIZ, Débora. **O que é Deficiência**. Coleção Primeiros Passos. Editora Brasiliense. 2012, p. 05.

Em verdade o que ocorre nos ordenamentos jurídicos pós CDPD é a substituição da lógica da representação das pessoas com deficiência, até então imposta nos sistemas, para implantação dos sistemas de apoio às pessoas com deficiência, esta é a grande mudança legal e que ainda encontra, em certa medida, resistência cultural para se estabelecer.

A respeito do sistema de apoio, segue trecho do texto *Algunas Notas sobre Derechos Sexuales Y Reproductivos de Personas con Discapacidad en Argentina*, de autoria de Augustina Palacios³²:

*La CDPD ha reemplazado - en materia de capacidad jurídica - el "modelo de sustitución en la toma de decisiones" por el "modelo de apoyo en la toma de decisiones". Ello implica el reconocimiento previo de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, y tiene importantes consecuencias para el goce y ejercicio de todos los derechos. Así, el inciso 2 del artículo 12 establece que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida" incluyen, obviamente, el ejercicio de derechos personalísimos y el ámbito sanitario*³³.

Percebe-se, portanto, que a CDPD não se restringe a impor os limites no princípio da igualdade, ela vai além ao se referir expressamente sobre quais direitos os Estados signatários devem se atentar em manter intactos para que de fato o princípio da igualdade seja promovido, nos moldes estabelecidos pela ONU em nome da promoção da dignidade da pessoa humana.

Promover a igualdade de fato significa estabelecer mudanças reais e de grandes proporções não somente na capacidade das pessoas como também nos demais direitos pessoais e patrimoniais que advém de uma capacidade de direito e de fato.

Foi em atendimento à CDPD que o Estado Brasileiro promulgou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e modificou de sobremaneira o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao tema desta dissertação, a capacidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, o EPD, é a real “virada de chave” na questão do tratamento aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, especialmente, como se verá no

³² MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAYCHO, Renato Antonio Constantivo; BARIFFI, Francisco José. **Capacidade Jurídica, Deficiência e Direito Civil na América Latina**. Editora Foco. Fls. 78.ano 2021

³³ A CDPD substituiu - em termos de capacidade jurídica - o "modelo de substituição na tomada de decisão" pelo "modelo de apoio à tomada de decisão". Isso implica o reconhecimento prévio da capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas, e tem consequências importantes para o gozo e exercício de todos os direitos. Assim, o n.º 2 do artigo 12.º estabelece que “as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspetos da vida” incluem obviamente o exercício de direitos muito pessoais e no domínio da saúde.

capítulo seguinte, ao afastar a regra geral da incapacidade e estabelecer como regra, a capacidade civil neste Estado Democrático de Direito.

A respeito desta mudança paradigmática que revoluciona a vida prática e jurídica deste público é que se busca debruçar nesta dissertação, especificamente no que tange ao direito à livre escolha das pessoas com deficiência mental à procriação e a interface com o princípio ao melhor interesse das crianças, filhos desse público.

2. ALTERAÇÕES NO INSTITUTO DA CAPACIDADE

Este capítulo tem como objetivo analisar o instituto das capacidades perpassando por sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, desde as legislações portuguesas quando o Brasil era colônia, até a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/2015), também denominado como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

2.1 As capacidades no Brasil, da pré-Codificação ao EPD

A teoria das incapacidades somente eclodiu no Brasil com a obra de Teixeira de Freitas, ainda no Brasil Império³⁴. Até então, a legislação vigente, importada de Portugal, não versava especificamente sobre incapacidades.

Ao analisar a história do direito civil brasileiro constam-se três fases: a do Descobrimento do Brasil à codificação; a referente ao processo de codificação em si e, por fim, a fase posterior ao Código, a fase atual³⁵.

A fase pré-codificação brasileira se divide em duas: Brasil-Colônia, de 1500 a 1808, e Brasil Império, de 1808 a 1889.

Antes da sintetização da legislação civil, ocorrida em 1916, as normas eram organizadas pelas Ordenações Portuguesas (e em legislações esparsas) que regulavam o Brasil durante os períodos colonial e imperial.

Teixeira de Freitas, pessoa escolhida para compilar as leis em forma de Código, na sua maneira interpretativa própria e diferencial, descreve o emaranhado de normas extravagantes pelas quais o Brasil era regido:

³⁴ O nome de Augusto chegou até a Corte e o Imperador Pedro II o nomeou como Advogado do Conselho de Estado. Libertando-se o Brasil das raízes metropolitanas de Portugal, surgiu a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, onde no seu artigo 179, item 18, dispunha: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. O fato é que, Dom Pedro contratou, em 15 de fevereiro de 1855, Augusto Teixeira de Freitas para consolidar toda a legislação civil existente à época. Obviamente, esta, na sua maior parte, vinha das ordenações, legislações portuguesas e brasileiras. Ressalta-se que além das Ordenações Filipinas, que eram paupérrimas, teria Freitas ainda que analisar as regras do direito romano, leis, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, avisos, portarias, regimentos, estatutos. O fato é que em 1857 Freitas já havia consolidado e codificado todas as leis existentes, surgindo então a Consolidação das Leis Civis. Freitas achava as Ordenações Filipinas e as leis existentes muito pobres, e isto era verdade porque os estudiosos do direito reportavam-se ao direito romano, às glosas da Acúrsio e às opiniões de Bártolo. Freitas continuou seu trabalho utilizando-se do método de Leibniz, em termos de classificação jurídica e ainda o pensamento jurídico alemão, passando a analisar também os códigos da Baviera (1756), da Prússia (1794) e da França (1804). Certo é que a Consolidação solicitada pelo Governo Imperial foi dividida por ele em duas grandes partes: uma geral (com 75 artigos), reunindo os princípios fundamentais as relações jurídicas de direito civil; e outra especial (com 1.257 artigos), com os títulos “dos direitos das pessoas”, e “dos direitos reais”. Fonte: atf.org.br. Acesso em: 02 abr. de 2022.

³⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª Ed. Rev. atual., e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161.

[...]

Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, **estariamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Pátrio.** (grifos nossos)

Aquellas Ordenações, que são pobríssimas, reclamavão co-piosó supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados (3), ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores. [...]

Neste sentido, vale o comentário de Francisco Amaral³⁶ sobre a legislação importada de Portugal para o Brasil:

A fase do Brasil-Colônia caracteriza-se pela aplicação das Ordenações Filipinas, legislação portuguesa que já era, no dizer de Coelho da Rocha, “atrasada, retrógrada”, mantendo em vigor, na época moderna, regras do século XV. Trazidas para o Brasil, consolidou-se aqui em atraso.

Em ordem cronológica, as primeiras Ordenações, a regular o Brasil Colônia, foram as Afonsinas, vigentes do descobrimento do país até 1.521, em seguida as Ordenações Manoelinas (1.521 a 1.569) e, por fim, as Filipinas (1.603 a 1.830).

Apesar do objetivo primaz deste trabalho não contemplar um estudo completo acerca das Ordenações Portuguesas Pré-Codificação, será feito um breve recorte sobre como era disciplinada a capacidade civil ao longo da história brasileira.

‘ As Ordenações Afonsinas regulavam a maioridade aos 25 anos de idade. Regulava, ainda, sobre o cabimento de nomeação de tutores aos menores e curadores aos maiores “desassisados” e “pródigos”.

As Ordenações Manuelinas e Filipinas seguiram com a determinação da maioridade aos 25 (vinte e cinco) anos, bem como sobre a necessidade de representação processual dos menores e órfãos e dos maiores “pródigos” ou mentecaptos”.

O livro II das Ordenações Filipinas, no seu artigo 8º, determinava a suspensão ao exercício dos direitos políticos, em caso de incapacidade física ou moral, dentre outras causas³⁷.

³⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7ª Ed. Rev. atual., e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161.

³⁷ Art. 8. Suspende-se o exercício dos direitos políticos:

- I. Por incapacidade physica ou moral.
- II. Por sentença condemnatória a prisão ou degredo, enquanto durarem os seus efeitos.

Este mesmo Tomo das Ordenações Filipinas declarava a incapacidade da mulher, conforme descrito na Quarta dúvida, quando se questionou sobre a sucessão de terra, deixada por um homem sem varão algum legítimo, quando se decide que o correto seria que as terras voltassem à Coroa do Reino:

Quarta dúvida. Se por morte daquele, que a terra ultimamente houve, não ficasse varão algum legítimo, descendente per linha masculina, e ficasse algum seu descendente legítimo de filha legítima, se este tal poderia haver a terra da Corôa? A qual dúvida declarou, não ser sua tenção tal descendente per linha feminina herdar a dita terra. Antes acordou, que fosse logo tornada à Côroa sem nenhuma contenda: porque achava per Direito, que pois a filha, de que tal legítimo varão descendeu, não podia haver a dita terra, a sua incapaciddae fazia seu descendente a não poder haver, e segundo Direito commum, a dita terra não podia fazer salto ao seu descendente varão: e por tanto devia ser tornada à Côroa do Reino.

Enquanto as legislações importadas de Portugal disciplinavam a maioridade aos 25 anos, a obra de Teixeira de Freitas, prévia à elaboração do Código Civil de 1916, inovou ao disciplinar a maioridade aos 21 anos de idade, conforme demonstra o artigo 8º do Esboço³⁸.

Nos comentários do Esboço há a explicação sobre a redução da maioridade civil dos 25 anos para os 21

(7) Na Lei está—vinte cinco annos—, que reduzi á vinte e um, tendo em vista a Resol. de 31 de Outubro de 1831, nao obstante algumas razões em contrário. Approximei a palavra menores às outras—até a idade de vinte e um annos—, para cortar as dúvidas de interpretação que contradictoriamente suscitara Borges Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 11 § 108 n. 16. reputando redundantes as ultimas palavras, se nao fossem applicadas aos filhos-familias. Elle mesmo reconhece no T. 10 § 96 n. 17 Not., que os filhos-familias, ainda tendo mais da idade da Lei, estão no caso dos menores.

A disposição deste Art. (nao como a do Ait. antecedente) pertence á essência do contracto esponsalício, porque respeita á capacidade das partes contractantes. Vid. Nots. aos Arts. 25e26.

Como vê-se do texto, a lei nao faz distiuçao entre menores puberes e impuberes, e falla em geral de-filhos-familias e menores até a idade de vinte e um annos—. Poderão os menores impuberes contrahir esponsaes, consentindo seus Pais ou Tutores? Poderá o Juiz dos Orphaos supprir esse consentimento, ou conceder licença para o casamento neste caso?

A solução é negativa, mas implicaca o Direito Canonico, e provavelmente foi este o motivo do silencio da lei.

Por Direito Canonico o varão para poder contrahir matrimônio deve ter quatorze annos completqsv e a molher doze annos completos, salvo quando ante à dessa idade constar que tem discrificação que suppra a falta delia ; è para os esponsaes basta, que os promittentes tenham sete annos completos— Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1' T. 63 n. 262, e T. 64 n. 267. (grifos nossos)

A publicação do Esboço ao Código Civil é o marco inicial da capacidade etária de agir. Constata-se, portanto, que a idade é um dos fatores atuantes no estado individual dos sujeitos, sendo estes, classificados em maiores ou menores³⁹. O artigo 25, desta mesma obra, estabelecia

³⁸ Art. 8. As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil (9).

³⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª Ed. 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 174.

que o menor de até 14 anos e a menor até os 12 anos serão representados em Juízo por seus tutores⁴⁰. O artigo 29 equiparava os deficientes mentais, denominados à época como loucos de todo gênero, e pródigos aos menores, com as mesmas proteções⁴¹.

O artigo 81 disciplina sobre a impossibilidade dos menores de 21 anos casarem sem o consentimento dos pais, Curadores ou Tutores, através de Escritura⁴². Quanto à Tutela e Curatela, eram previstas no Título V, das Tutelas e Curatelas. O artigo 238 determinava que: “O Juiz dos Orphãos dará Tutores e Curadores a todos os menores, no prazo de um mês, que ocorrerá do dia que ficarem órfãos”.

No que tange à preferência de nomeação dos Tutores e Curadores⁴³, são tratadas entre

⁴⁰ Art. 25. O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de doze-annos, serão acliva e passivamente representados em JUÍZO por seus Tutores (30). (Art. 4=61)

⁴¹ Art. 29. Os loucos de todo o gênero, e os pródigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo o-pro-tege (34).

⁴² Art. 81. Os filhos-familias, e os menores até a idade de vinte e um annos (7), não podem contrahir esponsies sem consentimento de seus Pais, Tutores, ou Curadores; e se estes o-prestarem, far-se-ha disto expressa menção na escriptura (8).

⁴³ Art. 241. Em primeiro logar, serão admittidos osTutores e Curadores, que o pai ou avô deixarem em testamento a seus filhos e netos, a mãi á seus filhps, e o pai á seu filho natural (4).

Art. 242. Para serem admittidos os Tutores e Curadores testamentarios, é necessário, que sua nomeação tenha sido feita em testamento valido esolemne; e que recaia em pessoas, que possuão exercer tal encargo (5). Art. 243. Se forem deixados pelo pai, ou avô, não serão obrigados á prestar fiança alguma (6).

Art. 244. Quando forem deixados pela mãi á seus filhos, ou pelo pai á seu (illio natural, devem sôr confirmados pelo Juiz; se entender, que são idôneos (7).

Art. 245. Em segundo logar, na falta de Tutores e Curadores testamentarios, serão admittidos os legítimos, á saber: § 1.º A mãi ou avô do menor, se o-quiserem sêr, vivendo honestamente, e não tendo passado á segundas nupcias (8)

§ 2.º Depois da mãi, ou avô, o parente mais chegado,-que houver no logar, ou seu~ termo, onde se-acharem os bens-, nomeando o Jíiz, e constringendo á servir, se o menor tiver muitos parentes em igual gráo, aquelle, que fôr mais idôneo e habilitado (9).

Art. 246. A mãi, ou avô, deve obrigar-se perante o Juiz á administrar com fidelidade e zelo as pessoas, e bens, de seus filhos e netos; e á pedir, antes que se-casem, a nomeação de outros Tutores ou Curadores (10). Art. 247. Devem outrosim renunciar o beneficio do Art. 782, e todos os direitos e privilégios introduzidos em favor das molhéres (11).

Art. 248. Esta obrigação e renuncia far-se-hão por termo nos autos do inventario, e o Juiz o-assignará com três testemunhas presentes ao toenos; declarando uma dellas que assigna a rogo da Tutora, ou Curadora, se esta não souber escrever (12).

Art. 249. Não tendo a mãi ou avô bens de raiz sufficientes para segurança dosorphãos, prestarão fiança idônea e abonada, a qual será tomada e assignâda nos inventários com testemunhas, e valerá como escriptura publica (13).

Art. 250. Passando a segundas nupcias, a mãi ou avô serão removidas da tutela ou curalela; e não a-recobráo mais, ainda que viuvem (14). Art. 251. Também preslarão fiança abonada os outros Tutores e Curadores legítimos., e além disto prestarão juramento por onde se-obriguem á zelar as pessoas dos orphãos, o administrar fielmente seus bens (15).

Art. 252. Poderá o Juiz permittir, que os Tutores obriguem seus próprios bens á essa fiança; posto que os bens estejam fora do districto, onde a obrigação contrahirem (16). Art. 253. Será dispensada a fiança, se esses Tutores e Curadores possuireffi bens de raiz equivalentes á fortuna e rendas dos orphãos, ou se jurarem que não podem achar fiador; sendo elles pessoas de probidade, e dignas de confiança (17).

Art. 254. Emquanto houver parente do orphão abonado para sêr Tutor, o Juiz não constringerá á servir o que não for abonado, posto que mais próximo em gráo (18).

Art. 255. O parente mais próximo, que se-escusar da tutela, não herdará os bens do orphão ; se este vier á fallecêr antes de quatorze annos sendo varão, ou de doze annos sendo do outro sexo (19). (Art. 982 § 7º) Art. 256. A escusa não produz este effeito de excluir da successão, quando o orphão fallecôr em idade superior á designada no Art. antecedente (20).

Art. 257. Também não é applicavel esta pena á aquelles, que pela Lei (Art. 202) não podem sôr Tutores (21).

os artigos 241 a 261, sendo os imedidos de assumires o *munus* no artigo 262.

Sendo o presente estudo voltado à incapacidade de agir como resultado da deficiência mental, passa-se a pormenorizar a questão.

O artigo 311 estabelecia que “logo que o Juiz dos Orphãos souber, que em sua jurisdição há algum demente, que pela sua loucura possa fazer mal; entrega-lo-há a um Curador, que administre sua pessoa e bens”. E, no artigo seguinte, define a ordem de preferência em assumir a Curadoria:

Art. 312. Esta Curadoria será deferida na ordem seguinte:

§ 1º A mulher do demente, sendo honesta e discreta, se quizer aceitar o cargo;

§ 2º Ao pai, se o demente o tiver;

§ 3º Ao avô paterno, ou materno; e sendo ambos vivos, ao mais idôneo;

§ 4º Ao filho varão, se for idôneo, e maior de vinte e um anos;

§ 5º Ao irmão, tendo casa posta em que viva, e também maior de vinte e um anos;

§ 6º Ao parente mais chegado, paterno ou materno, sendo idôneo e abonado conforme o patrimônio do demente;

§ 7º E finalmente a qualquer estranho, que também idoneo e abonado seja.

De todos os legitimados a assumir o *munus*, somente a mulher do deficiente mental, então denominado demente, não poderia excusar-se da Curadoria, conforme disciplinava o artigo 313 do Esboço ao Código Civil do Jurista Baiano.

Quanto ao prazo da Curadoria, estabelecia o artigo 314 do Ensaio Civil que a mulher, o pai e o avô assumiriam o *munus* enquanto durasse o quadro, enquanto que os demais curadores não se obrigariam por mais de dois anos.

Vale ressaltar que, acaso a mulher do demente fosse menor, esta não poderia figurar como Curadora face os §§ 4º e 5º do artigo 312 e, sobretudo, de acordo com o § 2º do artigo 262, o qual proibia a tutoria e curadoria aos menores de 21 anos, mesmo que beneficiados pela suplementação de idade⁴⁴.

Art. 258. Em ultimo logar, na falta de Tutores ou Curadores legitimes, que sejam idôneos (22), obrigará o Juizá servir um homem bom do logar, que seja abonado, discreto, e digno de fé; e entregar-lhe-ha o orphão, e todos os seus bens (23).

Art. 259. Tendo o orphão beis em diverso districto, deprecar-se-ha ao Juiz competente, para que os-fuçn descrever, e entregar á um Curador capaz, e juramentado, que delles cuide, e dê conta; do que o Juiz deprecado enyiará resposta, para se-fazêr declaração noiqventano (24).

Art. 260. Os Tutores e Curadores dativos não serão obrigados á servir mais que dois annos contínuos, contados do dia, em que a administração começar (25).

Art. 261. Querendo esses Tutores e Curadores continuar além dos ditos dois annos, o Juiz annuirá, emquanto bem servirem (26)

⁴⁴ Art. 262. Não podem ser Tutores e Curadores:

[...]

§ 1º Os menores de 21 anos de idade, ainda que tenham suplemento de idade; [...]

Chama a atenção o artigo 319 do ensaio ao permitir que o Curador mande prender o deficiente mental (demente), a fim de evitar danos à sociedade. Prender um deficiente mental que colocasse a ordem pública em cheque, demonstra a cultura da época⁴⁵.

O artigo seguinte estabelecia o dever de indenizar do Curador, acaso o deficiente mental causasse dano a outrem, quando por culpa ou negligência de quem possui o *munus*⁴⁶. Importante, inclusive, frisar esse tipo de conduta formalmente legal para compreender a mudança paradigmática ocorrida no século XXI.

Quanto ao término da Curadoria, disciplinava o Ensaio ao Código Civil, no artigo 321 que “a curadoria cessará, logo que o demente recobre seu perfeito juízo, restituindo-lhe a livre administração de seus bens”.

Complementava o artigo 322, ao estabelecer que, havendo intervalos de lucidez, o Curatelado administrará seus bens, enquanto lúcido estiver, mas, por precaução, a Curatela seria mantida.

O tratamento dado à Curatela no que tangia à suspensão e término da Curatela, nos moldes do artigo 321 e 322, chama a atenção ao possibilitar que transitoriamente, em caso de melhora do quadro mental, a pessoa com transtornos mentais seja legitimada a assumir a gestão dos seus bens. Isto porque, conforme dito acima, a cultura e tratamento legal pertinente às pessoas com deficiência, era bastante diverso do atual.

Em parte da nota da folha 178 do Esboço, Teixeira de Freitas disciplinava que “são absolutamente incapazes os dementes os menores impúberes, os filhos-famílias, os pródigos”, nos moldes abaixo destacado:

Qual o effectó do testamento nullo, roto, e irritó, quanto ao filho natural nelle roconhecido?

Quanto ao testamento nullo, se a nullidade vem da fôrma, o cit. Comment. Quest. 10' resolve negativamente, e resolve bem. Sé porém a nullidade não vem da fôrma, elle faz distincões arbitrarías, estranhas á Sciencia, e conclue pelo absurdo de que os menores impuberes podem válidamente reconhecer filhos naturaes em testamento! Excludííe as nullidades de fôrma, ficao as nullidades visceraes; entretanto que nestas nullidades o cit. Comment. suppõe algumas que não são visceraes l E' tao visceral a nullidade, que provóm da falta de liberdade ao testadôr, como a que deriva da falta de capacidade civil. Por falta de capacidade é nullo o testamento feito por demente, e também é nullo o testamento feito por menor impubere; e nao obstante o citado Comment. **reputa nullo o reconhecimento feito por testadôr demente, e ao mesmo tempo considera valido o testamento feito por testadôr impubere ! Todo o acto de pessoa absolutamente incapaz é nullo, ou seja entre vivos, ou seja disposição de ultima vontade. Sao absolutamente incapazes os dementes os menores impuberes, os filhos-familias, os pródigos. Logo é nullo o testamento feito por taes pessoas, e nullo é o reconhecimento que elle contiver..** O nosso Direito também presta apoio à esta conclusão, como se vê na cit. Ord. L. .4º T. 37" § 4º e Consolid.

⁴⁵ Art. 319. Sendo necessário, o Curador fará, prender o demente para que não «ause damno (16).

⁴⁶ Art. 320. Se o demente fizer mal ou damno á outrem, o Curador é responsável pela indemnisação, tendo havido culpa e negligencia (17). Art. 809)

Art. 640 Not. Presta-o iguailmente quanto ás alforrias deixadas em testamento nullo a L. 23'Djg; de manurnis. ledam, como se-póde vêr na Not. ao Art. Íl31.

A respeito da encomenda do Código Civil a Teixeira de Freitas, segue um breve comentário de Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷:

A Constituição de 1824 referiu-se à organização de um Código Civil “baseado na justiça e na equidade”, sendo que em 1865 essa tarefa foi confiada a Teixeira de Freitas, que já havia apresentado, 1858, um trabalho de consolidação das leis civis. O projeto então elaborado, denominado “Esboço do Código Civil”, continha cinco mil artigos e acabou não sendo acolhido, após sofrer críticas da comissão revisora. Influenciou, no entanto, o Código Civil argentino, do qual constitui a base.

Ainda no Brasil Império, apesar da missão inicial de implantação da primeira codificação brasileira ter sido incumbida a Teixeira de Freitas, o projeto não foi aprovado, assim como o projeto seguinte de Felício dos Santos. A reprovação desses projetos fez com o que, já no Brasil República, o Ministro da Justiça Campos Sales incumbisse Coelho Rodrigues a apresentar um projeto do Código Civil. Projeto este “de incontestável merecimento, em condições de se converter em lei”, no entanto, não obteve a aprovação do Legislativo⁴⁸.

Após a negativa do Legislativo, o mesmo Campos Sales, desta vez como Presidente, designou Clóvis Beviláqua para elaborar o Código Civil, o que foi realizado rapidamente, face o aproveitamento do trabalho realizado pelo seu antecessor.

Após todos estes anos, finalmente a primeira Codificação das leis civis brasileira foi concluída com a promulgação do Código Civil de 1916, vigorando a partir de 1º de janeiro de 2017 até 11 de janeiro de 2003 e comportando duas grandes divisões: Parte Geral e Parte Especial, sendo antecedido pela Lei de Introdução ao Código Civil.

No que concerne à qualidade técnica do primeiro Código Civil Brasileiro, observe-se a análise de Sílvio Rodrigues⁴⁹:

Estupendo monumento de cultura jurídica, o Código Civil Brasileiro representava, ao tempo de sua feitura, aquilo que de mais completo se conhecia no campo do direito. Seu defeito, se tem algum, é o de ter sido elaborado ao fim do século XIX e representar a cristalização da cultura de uma época, porventura desadaptada à evolução que se seguiu.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1:parte geral. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 12.

O Código Civil de 1916 manteve a maioridade aos 21 anos de idade, nos moldes do seu artigo 6º:

Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

§ 1º. Cessará, para os menores, a incapacidade: (Renumerado pelo Decreto nº 20.330, de 1931)

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

§ 2º redigido assim: Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 anos de idade. (Incluído pelo Decreto nº 20.330, de 1931)

O artigo 5º disciplinava sobre os absolutamente incapazes.

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os 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.

Da análise legal, constata-se a privação legal da capacidade de pessoas que presume não tenham discernimento necessário para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos.

Imprescindível chamar a atenção para a nomenclatura loucos, constante no Código de 1916. Hoje, mais de um século após aprovação da codificação, a nomenclatura se encontra completamente imprópria, podendo-se, até mesmo, a ser considerada desrespeitosa, diante do contexto atual.

E o artigo seguinte, disciplina sobre a incapacidade relativa:

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

II - Os pródigos. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

III - Os silvícolas. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962)

A incapacidade para o exercício dos direitos consta de preceitos legais de ordem pública, que abrem exceções à regra geral da capacidade. Percebe-se, ainda, que a incapacidade não

possui a mesma extensão imposta *a algumas pessoas em relação a todos os direitos civis e ora a alguns ou ao modo como exercê-los*⁵⁰.

No que tange ao instituto da curatela, vale destacar alguns artigos, abaixo relacionados, do Código Civil de 1916:

Art. 446. Estão sujeitos à curatela:

I. Os loucos de todo o gênero (arts. 448, n. I, 450 e 457).

II. Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade (arts. 451 e 456).

III. Os pródigos (arts. 459 e 461).

[...]

Art. 450. Antes de se pronunciar acerca da interdição, examinará pessoalmente o juiz o argüido de incapacidade, ouvindo profissionais.

Art. 451. Pronunciada a interdição do surdo-mudo, o juiz assinará segundo o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela.

Art. 452. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

Art. 453. Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela, à qual se aplica o disposto no capítulo antecedente, com a restrição do art. 451. E as modificações dos artigos seguintes:

Art. 454. O conjugue, não separado judicialmente, é, de direito, curador do outro, quando interdito (art. 455).

§ 1º Na falta do conjugue, é curador legítimo o pai; na falta deste, a mãe; e, na desta, o descendente maior.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos, e, dentre os do mesmo grau, os varões às mulheres.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.

Sobre a teoria geral da representação, intrínseca ao estudo das pessoas com deficiência, leciona Orlando Gomes que “o poder exclusivo atribuído a todo sujeito de direito de regular seus próprios interesses é princípio básico da ordem jurídica, que todavia, comporta justificadas exceções⁵¹”. A essência da representação é a atuação em nome de outro, seja por necessidade, seja por conveniência, fundada em lei ou em negócio jurídico.

Trecho interessante a ser destacado aqui se vê na obra de Orlando Gomes, quando o jurista esclarece que:

*a representação legal é instituída em razão de relevante interesse jurídico e complementa; diante da impossibilidade jurídica das pessoas incapazes proverem seus próprios interesses, torna-se necessário atribuir a alguém o poder dever de curá-lo*⁵².

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª Ed. 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 177.

⁵¹ Ibidem, p. 446.

⁵² Ibidem, p. 447.

Mais uma vez, se observa a visão médica e curativa do tratamento das incapacidades.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 com a instituição do Estado democrático de Direito e todos os seus valores e princípios baseados na promoção da dignidade humana, o Código Civil de Beviláqua se demonstrou ainda mais ultrapassado.

Diante da mudança paradigmática do ordenamento jurídico pátrio, imprescindível a adaptação do Código Civil aos novos ditames, próprios de um Estado democrático de Direito. Sendo assim, a necessária interação do Direito Civil e o Texto Maior levou a um novo caminho metodológico denominado Direito Civil Constitucional⁵³.

A alteração do perfil do Direito Civil é muito bem demonstrada por Flávio Tartuce⁵⁴ ao citar Dworkin⁵⁵:

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade em sentido amplo ou isonomia servirão sempre de socorro ao civilista na análise de questões polêmicas e de casos concretos que surgem na prática...

Com este perfil, de valorização das cláusulas gerais que possibilitam uma margem interpretativa do julgador e demais operadores, foi promulgado o Código Civil de 2002, que veio com um perfil mais social, abandonando, dentro do possível, o perfil individualista, patrimonialista e patriarcal do Código anterior.

No que tange ao tema deste trabalho, esse Código reduziu a maioridade civil para os 18 anos de idade⁵⁶, conforme artigo o 5º. Quanto à regra das capacidades, esta foi alterada com a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência, antes da alteração se manteve praticamente a ordem anterior.

O artigo 3º disciplinava que seriam absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II – os que por enfermidade ou deficiência

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.1: Lei de Introdução e Parte Geral. 12 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 70.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.1: Lei de Introdução e Parte Geral. 12 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 70.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. 2005.

⁵⁶ **Art. 5ºA** **menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.**

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Já o artigo 4º, enumerava sobre os relativamente incapazes:

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 tóxico, 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.

Constata-se, portanto, que as pessoas com deficiência mental e/ou cognitiva com desenvolvimento e discernimento incompletos eram consideradas relativamente incapazes.

O tema curatela, por sua vez, foi disciplinado nos artigos 1.767 a 1.783.

Antes de tratar do instituto como um todo, imprescindível chamar a atenção para o artigo 1.780 (revogado pela Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência), o qual disciplinava que “a requerimento **do enfermo ou portador de deficiência física**, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”.

Se atendo aos artigos em maior consonância com o tema desta dissertação, vale destacar os artigos 1.767, 1.769, 1.776 e 1.777 originais do Código Civil de 2002:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos.

[...]

Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I – em caso de doença mental grave;

II – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo na antecedente;

III – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

[...]

Art. 1.776. Havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado.

Art. 1.777. Os interditos referidos nos incisos I, III e IV do art. 1.767 serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico. (grifos nossos)

Ao avaliar os artigos acima, transparece o tratamento protecionista dado às pessoas com deficiência e, principalmente, à mentalidade curativa, própria do modelo médico com que já se tratou a deficiência, e os resquícios da possível exclusão do convívio social com o isolamento destas pessoas. Adiante se constatará a mudança ocorrida na legislação pátria.

A fim de compreender a essência das alterações geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no instituto da capacidade, segue lição de Fernando Gaburri⁵⁷, pela qual esclarece que, no sistema anterior, a mensuração da capacidade se dava através do discernimento:

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, **a mensuração da capacidade baseava-se em um critério biopsicológico e era graduada de acordo com o nível de discernimento da pessoa. Assim, considerava-se absolutamente incapaz aquela pessoa que não tinha o necessário discernimento; relativamente incapaz aquela cujo discernimento era existente, porém reduzido e insuficiente;** e plenamente capaz aquela que atingisse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. (grifos nossos)

A partir da subscrição da CDPD pelo Brasil e o conseqüente ingresso no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 186 e posteriormente pelo Decreto Presidencial nº 6.949, datado de 25 de agosto de 2009, iniciou-se à mudança paradigmática sobre o tratamento jurídico e social às pessoas com deficiência. A fim de operacionalizar essa mudança sobre o tema deficiência, o ordenamento jurídico brasileiro foi alterado de uma maneira contundente, passando o tratamento das pessoas com deficiência de um polo a outro.

Sendo o Brasil signatário da CDPD necessário adaptar o ordenamento jurídico brasileiro aos ditames internacionais aos quais se filiou e, neste sentido, promulgou a Lei nº 13.146 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Como era de se esperar, a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou significativamente o instituto das capacidades e, automaticamente da Curatela, na intenção de promover uma maior autonomia e autossuficiência às pessoas com deficiência em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante desta mudança paradigmática, o ordenamento jurídico brasileiro, alterou o instituto das capacidades significativamente, conforme se depreende da análise dos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (grifos nossos)
 I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

⁵⁷ Disponível em: <https://ampid.org.br/site2020/wp-content/uploads/2020/12/O-novo-sistema-de-capacidade-e-seus-reflexos-no-direito-civil-Fernando-Gaburri.pdf> Acesso em: 21 nov. 2021.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Ao confrontar esses dois artigos antes e depois da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, já se percebe a quantidade e o significado das mudanças ocorridas no ordenamento jurídico.

O artigo 3º foi praticamente revogado por completo, mantendo-se, somente, a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos. Já os relativamente incapazes, descritos no artigo 4º do Código Civil, foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, retirando desta categoria os deficientes mentais, com discernimento reduzido, e excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Percebe-se, portanto, que a deficiência em si deixa de ser um elemento incapacitante, passando, em regra, para uma característica humana que, eventualmente, poderá acarretar incapacidade relativa. A regra, repisa-se, é a capacidade absoluta.

Diante dessa nova perspectiva das capacidades, os institutos da interdição e curatela também sofreram alterações, se chegando a pensar que a interdição não mais existiria no ordenamento jurídico pátrio

O artigo 1.767 do Código Civil, ao elencar quem está sujeito à curatela, reitera o artigo 4º ao retirar deste rol os deficientes mentais e excepcionais, veja-se:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - ~~(Revogado)~~; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - ~~(Revogado)~~; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

V - os pródigos.

Imprescindível, ainda, trazer a revogação do artigo 1.776 o qual disciplinava que, em havendo a possibilidade de recuperar o interdito, o Curador promover-lhe-ia o tratamento adequado, demonstrava a visão médica e curativa da deficiência. Visão ultrapassada e combatida pelos movimentos das pessoas com o estabelecimento do modelo social da deficiência.

Ademais, a fim de demonstrar a mudança paradigmática do tratamento às pessoas com deficiência, necessário destacar a alteração sofrida pelo artigo 1.777 ao valorizar a integração familiar e social destes sujeitos, em total consonância com a visão social da deficiência e, principalmente, da total integração destas pessoas ao meio social, nos moldes do artigo 23 da CDPD o qual disciplina sobre o *respeito pelo lar e pela família*.

Importante trazer, ainda, o Enunciado 574 do Conselho da Justiça Federal (CJF), o qual estabelece que “*a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)*”.

Além das alterações ocorridas na Curatela por conta da nova visão e tratamento às pessoas com deficiência, apesar deste trabalho não se ater a este tema especificamente, vale citar a inserção do instituto da tomada de decisão apoiada, no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim como as demais alterações introduzidas no ordenamento jurídico, após a CDPD, a intenção deste instituto é de promover uma maior liberdade, autonomia e inclusão social às pessoas com deficiência. Sobre este instituto vale destacar que, apesar da intenção, a prática operacional ainda é burocrática, o que pode dificultar a adoção por algumas pessoas com deficiência. Isto porque o Brasil escolheu o procedimento judicial para regular este instituto e não o extrajudicial por meio de Escritura Pública.

Todas estas alterações legais são resultado de uma luta árdua das pessoas com deficiência a fim de ver os seus direitos civis preservados.

Da análise das últimas alterações legislativas, constata-se a preocupação efetiva em preservar todos os direitos pessoais das pessoas com deficiência, possibilitando a terceirização exclusiva dos direitos patrimoniais deste grupo.

E é sobre este tema que este trabalho se desenvolve, se de fato a preservação absoluta de todos os direitos pessoais e de forma igualitária configura como algo positivo para essas pessoas e seus descendentes ou, em alguns casos, pode gerar conflito de interesses entre princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro?

2.2 O Código Civil Brasileiro e o EPD

O Brasil como signatário da CDPD se comprometeu a adequar seu ordenamento jurídico nos moldes propostos pela Carta Internacional o que significou uma alteração significativa no tratamento das pessoas com deficiência, especialmente no instituto das capacidades. Até a promulgação da CDPD, as alterações legislativas, advindas da absorção dos direitos desta

minoria (pessoas com deficiência), em regra, foram lentas e comedidas, apesar da evolução dos Direitos Humanos.

No entanto, após o ordenamento jurídico brasileiro absorver os princípios norteadores da CDPD e promulgar a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (EPD), as legislações, especialmente o Código Civil, sofreram grandes alterações. Imprescindível ressaltar que tais mudanças legislativas reverberam de maneira contundente na vida prática das pessoas com deficiência, bem como de todos que os rodeiam.

O EPD tem como objetivo “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. A fim de cumprir o seu papel e implementar os valores da CDPD, o EPD⁵⁸ transportou para o seu artigo 2º, o conceito de pessoa com deficiência expressamente disposto no artigo 1º da CDPD⁵⁹.

No Capítulo II do EPD, denominado da igualdade e da não discriminação⁶⁰, o artigo 4º reforça o princípio da igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência e assegura a este público que não sofrerá qualquer discriminação e, no artigo seguinte (5º), estabelece a proteção às pessoas com deficiência de todas as formas de tratamentos desumanos ou degradantes⁶¹. Mas, é no artigo 6º que o EPD regulamenta os princípios basilares deste trabalho, pois estabelece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa⁶², inclusive para

⁵⁸ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. [...]

⁵⁹ Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em **interação** com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

⁶⁰ Art. 4º **Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.**

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. [...]

⁶¹ Art. 5º **A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.**

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no **caput** deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

⁶² 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;**

casar-se e constituir união; 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

Assegura a este público, portanto, nos moldes disciplinados pela ONU a igualdade formal destas pessoas a todas as outras e implementa a máxima de que a deficiência em si não acarreta redução de direitos.

Neste sentido de assegurar o exercício pleno dos direitos por este público, imprescindível destacar o artigo 8º do EPD que estabelece como ⁶³, dentre tantos outros direitos decorrentes da Constituição Federal, da CDPD e seu protocolo facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Sobre as alterações produzidas pelo EPD, a partir da orientação da CDPD, reitera-se a exclusão da deficiência como critério redutor da capacidade e, em caso de resgate deste critério a fim de mitigar a responsabilidade, incorrer-se-ia em ato inconstitucional, haja vista a natureza normativa da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁴.

Os artigos seguintes do EPD disciplinam individualmente todos os direitos assegurados a este grupo de pessoas e elencados no artigo 8º e, neste sentido, vale destacar os artigos 84 a 87 por disciplinarem sobre a efetivação do reconhecimento da igualdade perante a lei⁶⁵, nos moldes do artigo 12 da CDPD.

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**.

⁶³ Art. 8º **É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos** referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

⁶⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRHARDT JR., Marcos. **Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Editora Fórum, 2016. p. 183.

⁶⁵ **Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.**

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

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

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

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

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Os artigos 84 a 87 do EPD além de expressar objetivamente que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a da capacidade, como dito acima, desatrela a deficiência da incapacidade civil e estabelece a excepcionalidade da curatela, bem como estabelece a obrigatoriedade do Juiz especificar a extensão daquela curatela, aplicando ao caso concreto a particularidade imprescindível à preservação dos direitos daquela pessoa curatelada.

O reconhecimento da igualdade entre as pessoas é fruto da implementação do artigo 12 da CDPD. Sobre o tema vale destaque um trecho do artigo “A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru⁶⁶” o qual assegura, em regra, a plena capacidade civil:

O artigo 12 da Convenção, considerado o verdadeiro pivô das reformas legislativas necessárias para a adequação ao conteúdo da Convenção, assegura a toda pessoa com deficiência a íntegra capacidade legal como dispositivo indispensável, impactando intensamente nos diversos institutos do direito civil dos países signatários.

O EPD ao disciplinar expressamente que a deficiência em si não afeta a capacidade civil e elencar as escolhas pessoais que pertencem somente às pessoas com deficiência, gera uma mudança social de enorme monta, pois, esta não era a lógica legal e cultural até então vigente.

Em verdade, até o EPD, a lógica do exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência era a representação onde havia a substituição das escolhas destas pessoas pelas escolhas de seus representantes. (tem que ser no plural mesmo) Após o EPD, a lógica passa da representação ao apoio às tomadas de decisões, com o objetivo que este grupo exerça os direitos de forma igualitária e passe a decidir e a escolher a respeito das suas próprias vidas.

Todas essas mudanças no tema deficiência levaram a alteração da regra das capacidades no Brasil, assim como, os demais países signatários, passou da regra da incapacidade à regra da capacidade. Neste sentido, as alterações mais importantes para o tema deste trabalho foram as ocorridas nos artigos 3º e 4º do Código Civil ao estabelecer que somente são considerados

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do [Código de Processo Civil](#).

⁶⁶ Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/43240> Acesso em: 05 mar. de 2022.

absolutamente incapazes os menores de 16 anos, conforme disciplina o artigo 3º do Código Civil e, conseqüentemente, as demais pessoas acima desta idade somente podem ser consideradas relativamente incapazes.

Inclusive, neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem proferindo suas decisões, a exemplo do Recurso Especial nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9), de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.

2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil.

4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.

5. Recurso especial provido.

O entendimento do Tribunal Cidadão ao ratificar o artigo 3º do Código Civil levou à publicação de um artigo na revista da OAB Fluminense, de autoria de Fábio de Oliveira Azevedo, o qual pondera que o Decreto Legislativo 168/08 possui estrutura de Emenda Constitucional, o EPD de uma Lei Orgânica e questiona a decisão na seguinte posição:

[...]

Muito embora o art. 3º do Código Civil, com a redação dada pela Lei 13.146/2015, realmente preveja, tão somente, a hipótese do menor de 16 (dezesseis) anos como causa de incapacidade, **é preciso reconhecer o caráter exemplificativo desse dispositivo, a possibilitar a existência de outras hipóteses de incapacidade, desde que previstas em Lei Federal.**

É o que estabelece o art. 84 do EPD, ao adotar a regra geral da capacidade em seu caput – afinal, sempre ensinou a doutrina civil que a capacidade se presume e a incapacidade deve ser demonstrada – e prever a possibilidade de curatela em seu §1º, em circunstâncias minuciosamente descritas e que precisem forçosamente serem provadas em juízo, com a participação diligente do Ministério Público.

Porém, uma vez demonstradas, reconhece-se a incongruência de se reconhecer a curatela de pessoas capazes, pois esse instituto possui como função suprir a incapacidade, de modo que possa a pessoa desprovida de condições de conduzir-se por si só estabelecer uma atuação indireta – incapacidade absoluta, sendo representada – ou uma atuação direta – incapacidade relativa, sendo assistida. [...]

Não há que se discutir o quão louvável é a dissolução da incapacidade da deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, esta dissolução não é capaz de modificar as situações fáticas de incapacidade absoluta geradas por incapacidades, adquiridas ao longo da vida ou não, e, que, de acordo com o entendimento jurisprudencial e nova disciplina legal (artigo 4º do CC), são consideradas relativamente incapazes e, conseqüentemente, cabendo a assistência aos atos patrimoniais e negociais e não a sua representação.

Depreende-se, portanto, da nova redação dos artigos 3º e 4º da Codificação de 2002, que existem “dois critérios determinantes da incapacidade, um deles objetivo (o critério etário) e o outro subjetivo (o critério psicológico)”⁶⁷. O critério etário da incapacidade é objetivo, portanto, facilmente comprovado por documento oficial, enquanto os critérios psicológicos, obviamente subjetivos, somente são comprovados através do devido processo legal, com a intervenção do Ministério Público.

O artigo 85 do EPD disciplina expressamente que a curatela afeta somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

O Código de Processo Civil, apesar das inúmeras discussões em torno da interdição, por conta do novo paradigma da tomada de decisões apoiadas às pessoas com deficiência, em substituição à sua representação, manteve a interdição, disciplinada na Seção IX do código processual. Ainda nesse código, o artigo 748 estabelece que o Ministério Público somente *promoverá interdição em caso de doença mental grave*.

Apesar do EPD expressamente disciplinar que a curatela somente abrange direitos de natureza patrimonial e negocial, o artigo 749 do Código de Ritos disciplina que “incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens **e, se for o caso, para praticar atos da vida civil**, bem como o momento em que a incapacidade se revelou”. (grifos nossos)

Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado 637 o qual admite a representação por parte do Curador, de alguns atos da vida civil:

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo a artigo**. 2ª edição. Editora JusPodivm. p. 241.

Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade. (Referência

Nos moldes ditos acima, as alterações legais trazidas pelo EPD e absorvidas pelo Código Civil refletem o atual tratamento às pessoas com deficiência que passou da dignidade/vulnerabilidade, quando se reconhecia a vulnerabilidade de parte deste grupo, para a dignidade/autonomia, na qual se estabelece que a partir da mudança legal e da vigência da lei, as pessoas passam a ter mais autonomia. Repisa-se, não é uma mudança legal que produz a mudança fática nas pessoas.

É esta realidade fática de algumas pessoas com deficiência será tratada no próximo tópico com o objetivo de esmiuçar a capacidade jurídica das pessoas no ordenamento jurídico brasileiro após as alterações, até então enumeradas.

2.3 Capacidade Jurídica – Capacidade de Direito ou de Gozo e Capacidade de fato e de exercício

Antes de adentrar na capacidade jurídica em si, fundamental explicitar que a Constituição Cidadã “consagra a dignidade da pessoa humana como um dos valores fundamentais da ordem jurídica (art. 1º, III), impondo a proteção e a promoção dos múltiplos aspectos da personalidade humana⁶⁸”.

Leciona Anderson Schreiber⁶⁹, a respeito do objetivo do direito civil contemporâneo em exprimir a real promoção da dignidade humana:

Assegurar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e à sua realização talvez seja o principal objetivo do direito contemporâneo e o direito civil não apenas reflete esse propósito, como talvez exprima, dentre os diversos ramos do direito, o melhor exemplo de uma reformulação dogmática efetivamente destinada a alcançá-lo.

Nesta intenção mais humanista e menos patriarcal se baseia o Código Civil vigente, que logo no seu artigo 1º, estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. E, no artigo seguinte, determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁶⁸ SCHEREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. 97.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

Constata-se com a leitura desses dispositivos que a personalidade da pessoa natural começa com o nascimento com vida, sendo a personalidade adquirida com o nascimento com vida a subjetiva que é a aptidão genérica para ser titular de direitos e obrigações, enquanto a capacidade em sentido objetivo é o conjunto de atributos próprios e exclusivos da pessoa humana merecedores de especial proteção da ordem jurídica.

Desta forma, percebe-se que os direitos à integridade psicofísica, à honra, à imagem, à privacidade, dentre outros direitos personalíssimos, integram a personalidade em sentido objetivo, ou seja, próprios da pessoa humana.

Apesar do nascimento com vida atribuir ao ser humano personalidade jurídica, o que significa ter aptidão para ser titular de direitos e obrigações, o ordenamento jurídico exige que, além da personalidade, a pessoa humana seja dotada de capacidade para que possa exercer esses direitos e obrigações⁷⁰.

Anderson Schreiber entende que, no direito brasileiro contemporâneo, no qual a personalidade é dotada de um sentido não meramente formal, mas substancial, pelo qual se reconhece que toda pessoa humana, sem restrições, tem a possibilidade de contrair direitos e obrigações, estaria o conceito de capacidade de direito sobreposto ao conceito da personalidade, perdendo, por isso mesmo, a sua utilidade⁷¹.

Apesar deste entendimento, que possui todo sentido de existir, a doutrina segue distinguindo os dois conceitos, o da personalidade e o da capacidade de direito. A capacidade é a medida da personalidade que, para uns é plena e para outros, limitada⁷², porém, todos adquirem ao nascer com vida a capacidade de direito ou de gozo, também denominada de capacidade de aquisição de direitos⁷³. Portanto, a capacidade é a medida jurídica da personalidade, dividindo-se em: (i) capacidade de direito ou gozo e (ii) capacidade de fato, atividade ou exercício. Nesses moldes a capacidade de direito é aquela genérica, adquirida juntamente com a personalidade e se encontra disciplinada no artigo 1º do Código Civil⁷⁴.

Desta forma, não há que se falar em mitigação à capacidade de direito ou de gozo já que se trata de um atributo inerente à condição humana. Entretanto, o que nem toda pessoa humana possui é a capacidade de fato que “se traduz pela possibilidade de, pessoalmente, praticar,

⁷⁰ Ibidem, p. 106.

⁷¹ Ibidem, p.106 e 107.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 1: parte geral, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.95.

⁷³ Ibidem, p. 95 e 96

⁷⁴ FIGUEIREDO, Luciano L. FIGUEIREDO, Roberto L. **Direito Civil, parte geral**. Editora JusPodivm, 2020. p. 121.

exercer os atos da vida civil”⁷⁵. Neste sentido, explicam Luciano e Roberto Figueiredo sobre a capacidade de fato⁷⁶:

Traduz um poder de autodeterminação e de discernimento, reunindo capacidades físicas e psíquicas de compreender as consequências de seus atos. É o discernimento, a capacidade de distinguir os atos lícitos dos ilícitos, direcionando suas vidas de acordo com seus interesses.

A capacidade jurídica geral ou plena é, portanto, a soma da capacidade de fato à de direito. Nesse sentido, os incapazes são as pessoas que não possuem a capacidade de fato ou de ação ou que as possui de forma limitada. No Brasil, não há incapacidade de direitos, já que todos ao nascer com vida a possuem, havendo, somente, a incapacidade de fato e exercício.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁷⁷ conceituam a incapacidade como:

Em linha de princípio, cumpre mencionar, mais uma vez, que a previsão legal da incapacidade traduz a falta de *aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil*. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte *capacidade de fato ou de exercício*, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade.

Nos termos expostos neste trabalho, com a recepção da CDPD e a posterior promulgação do EPD, o instituto das capacidades foi amplamente modificado, havendo uma verdadeira mudança paradigmática no que tange às pessoas com deficiência.

A revogação parcial dos artigos 3º e 4º do Código Civil teve como intenção, baseada nos fundamentos da CDPD (artigo 12) e internalizada no Brasil pelo EPD (artigo 6º), assegurar a dignidade como autodeterminação. Tema este bastante controverso na doutrina face a possível desproteção causada à algumas pessoas com deficiência, em especial às dotadas de deficiências mental e cognitiva.

A mola propulsora dessa mudança foi o artigo 6º do EPD⁷⁸, o qual estabelece a possibilidade da pessoa com deficiência exercer, em igualdade de condições com os demais, os

⁷⁵Ibidem, p. 124.

⁷⁶ Ibidem, p. 124.

⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral (1). 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 150.

⁷⁸ **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.

seus direitos civis e especifica os direitos sexuais, matrimoniais e demais direitos regulados pelos direitos de família, dentre eles guarda e convivência dos filhos.

Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Carolina Brochado, em coletânea coordenada por Marcos Ehrhardt⁷⁹, chamam a atenção para o novo padrão de capacidade, após a CDPD, no qual há o descolamento da pessoa com deficiência da incapacidade:

Entenda-se capacidade jurídica, conforme esclarecimento do Comitê, a **capacidade de gozo e a capacidade de exercício, de sorte que a pessoa com deficiência seja reconhecida como ator jurídico apto a realização de atos com efeitos jurídicos – mesmo os de cunho patrimonial**. Para dirimir qualquer dúvida, veja-se o art. 12, §5º, que permite à pessoa com deficiência ser proprietária, herdeira de bens, controladora dos próprios assuntos econômicos, com acesso igualitário e empréstimos bancários, hipotecas e outras modalidades de crédito financeiro, salvaguardando-as para que não sejam privadas de seus bens de forma arbitrária.

Do trecho acima se percebe a nova concepção de capacidade das pessoas com deficiência, pela qual elas se tornam aptas a todo e qualquer ato da vida civil.

Nos moldes dito anteriormente, até o advento do EPD a lógica do ordenamento jurídico pátrio era a proteção das pessoas com deficiência, norteadas no princípio dignidade-vulnerabilidade, pelo qual o ordenamento reconhecia a vulnerabilidade dos incapazes e os protegia.

O instituto das incapacidades sofreu uma substancial releitura crítica, após o advento do EPD, porque, o ordenamento jurídico pátrio, em busca da proteção à dignidade humana, que se reflete na garantia da autodeterminação da pessoa natural, impõe a flexibilização do regime codificado das incapacidades.

Assim, a regra da incapacidade, até as alterações legislativas, na prática retirava a pessoa incapaz da vida privada – promovendo verdadeira dessocialização, o que não se tolera mais nesta nova ordem jurídica. Até a promulgação do EPD, em relação à deficiência mental, a regra era “tudo ou nada”, ou se era capaz e, portanto, capaz de direcionar a sua vida, ou incapaz, quando todos os seus atos e íntimos desejos eram terceirizados ao responsável, ao curador.

A alteração legislativa, promovida com o intuito de promover a máxima proteção à pessoa, impõe uma modulação à incapacidade, pela qual, de acordo com as suas características, se modela, como o próprio nome diz, a fim de proporcionar a mais ampla participação nos atos da vida civil, restringindo os estritamente necessários

Veja-se que, apesar da incapacidade de fato de um sujeito, por conta dos ditames do EPD, aos maiores de 16 anos é decretada a incapacidade relativa, a exemplo da decisão

⁷⁹ ERHARDT JR., Marcos (Coord). **Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016. p. 195.

monocrática proferida pelo Relator do Agravo em Recurso Especial nº 1.478.484 - ES (2019/0102298-7), Ministro Ricardo Vilas Boas Cuevaa, datado de 2019:

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CURATELA PROVISÓRIA - ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - MEDIDA EXCEPCIONAL - INCAPACIDADE PARA RESPONDER POR ATOS DA VIDA CIVIL - COMPROVAÇÃO - POSTERGAÇÃO DA OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SITUAÇÃO DE URGÊNCIA - AUSÊNCIA DE NULIDADE - JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPRÓVIDO.

1. Atualmente, é impossível analisar questões relativas à capacidade civil sem que se faça referência à Lei nº 13.146/2015, que instituiu o chamado Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD). **Dentre as diversas alterações produzidas pela lei, destaca-se a abolição da ideia de incapacidade absoluta para os maiores de dezesesseis anos, e, como consequência, a supressão do instituto da interdição; ao menos da maneira como sempre foi entendido. Em Seu lugar, então, fala-se na curatela, de natureza sempre provisória - devendo, nos termos do art. 84, § 3º, do EPD, durar "o menor tempo possível" - e que se restringe a atos de conteúdo patrimonial, não afetando a autonomia para o exercício de direitos imateriais.**

2. **Mesmo a curatela provisória, porém, destina-se, diante das novas técnicas de tutela aos interesses das pessoas com deficiência - com destaque para a Tomada de DeciSão Apoiada (CC/02, art. 1.783-A) -, a perder espaço, razão pela qual é tratado como medida excepcional pela Lei nº 13.146/2015.**

3. De toda sorte, **havendo, nos autos, indícios da incapacidade da parte para responder pelos atos da vida civil, mostra-se necessário a decretação da medida de curatela provisória. [...]**

(Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 29/05/2019)

Nesta mesma toada segue a ementa do julgamento da Apelação Cível nº 0027703-92.2019.8.19.0014, do Tribunal Fluminense:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CURATELA. INCAPACIDADE RELATIVA. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI 13.146/2015. LIMITAÇÃO AOS ATOS DE NATUREZA NEGOCIAL E PATRIMONIAL. INTERESSE DO INTERDITANDO. MANUTENÇÃO DO ÂMBITO PROTETIVO.

A Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe substanciais alterações na teoria das incapacidades. O pedido de interdição de pessoa acima de 16 anos que apresenta enfermidade mental deve ser analisado sob a perspectiva da incapacidade relativa a fim de assegurar e promover sua inclusão em igualdade de condições com as demais pessoas. A curatela é medida protetiva extraordinária que afeta, em regra, apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, na forma do artigo 85, do Estatuto. Portanto, a extensão do instituto à pessoa do relativamente incapaz é excepcionalíssima, respeitada a proporcionalidade ao caso concreto.

De acordo com laudo pericial, aliado ao estudo social, bem como às impressões sobre a interditanda na audiência, há falta de autonomia parcial da mesma para determinados atos. Assim, de modo a prestigiar a interditanda tanto quanto possível, a imposição da interdição para a prática dos atos da vida negocial e patrimonial é medida que, por ora, se revela adequada e suficiente para salvaguardar dos interesses da relativamente incapaz. CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO do recurso. (0027703-92.2019.8.19.0014 - APELAÇÃO. Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 19/10/2021 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

Os julgados acima demonstram a tônica atual do tratamento dado pelo ordenamento jurídico às pessoas com deficiência na qual prioriza a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, nos moldes do artigo 2º do EPD.

Entre os fundamentos do EPD é a equalização dos direitos e a não discriminação com a substituição da premissa dignidade-vulnerabilidade para dignidade-autonomia, em atendimento aos ditames da ONU, por meio da CDPD. É nesta toada que os países signatários realizaram as alterações nos seus ordenamentos jurídicos.

A fim de enriquecer a discussão e ampliar o entendimento sobre o cerne das alterações propostas pelo órgão mundial, seguem exemplos de parte das alterações legislativas na Argentina sobre o tema capacidade e suas repercussões básicas, após a CDPD.

2.4 As alterações da Regra da capacidade na Argentina após a CDPD, um breve cotejo com as alterações brasileiras

A CDPD ao reconhecer a igualdade de tratamento às pessoas com deficiência e combater as discriminações levou os Estados signatários a modificarem seus marcos regulatórios sobre a incapacidade a fim de incorporarem os fundamentos postos na Carta aos seus ordenamentos jurídicos.

A respeito da igualdade encartada na CDPD, na apresentação à obra *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos às Pessoas com Deficiência*⁸⁰, Flávia Piovesan, destaca as três vertentes ao que tange à concepção de igualdade:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a **igualdade formal**, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a **igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva** (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a **igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades** (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)

É o lema de que, apesar de todos serem iguais perante a lei, as diferenças pessoais não somente devem ser respeitadas como devem ser valorizadas como algo pessoal e enriquecedor para a sociedade.

⁸⁰ DEFICIÊNCIA, *Novos Comentários sobre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção das Pessoas com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR*, 2014. p.10.

Boaventura de Souza Santos acrescenta:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades⁸¹ (grifos nossos)

Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito à igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸².

Em 2015, o Brasil promulgou a Lei Brasileira de Inclusão (EPD) a qual alterou significativamente o antigo regime das capacidades, passando da regra da incapacidade à regra da capacidade, nos moldes amplamente percorridos ao longo deste trabalho.

A Argentina, igualmente signatário da CDPD, em seu novo Código Civil e Comercial, promulgado em 2014 e com vigência a partir de 1º de agosto de 2015, reconheceu alguns elementos importantes da mudança paradigmática proposta pelo artigo 12 da Convenção.

A respeito dos ditames encartados no artigo 12 da CDPD, esclarecedor comentário de Francisco Bariffi⁸³:

[...]
En resumidas cuentas, el modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD **se conforma por la integración armónica de tres elementos (capacidad + apoyos + salvaguardias)**. En primer lugar, **el reconocimiento pleno e efectivo de la capacidad de obrar respecto de todas las personas con discapacidad**. En segundo lugar, **el deber del estado de reconocer y proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica**, cuando ello fuera necesario. Por último, **el deber por parte del Estado de procurar las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica**⁸⁴. [...] grifos nossos

⁸¹ SANTOS. Boaventura de Souza, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In: Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. p. 429-461

⁸² DEFICIÊNCIA, Novos Comentários sobre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção das Pessoas com Deficiência (SNPD). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014. p.14.

⁸³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. CAYCHO, Renato Antonio Constantino. BARIFFI, Francisco José. **Capacidade Jurídica, Deficiência e Direito Civil na América Latina**. Editora Foco. p. 141 E-book.

⁸⁴ Em suma, o modelo preconizado pelo artigo 12.º da CDPD é constituído pela integração harmónica de três elementos (capacidade + apoio + salvaguardas). Em primeiro lugar, o reconhecimento pleno e efetivo da capacidade de agir em relação a todas as pessoas com deficiência. Em segundo lugar, o dever do Estado de reconhecer e dar o suporte necessário para o exercício dessa capacidade jurídica, quando necessário. Por fim, o dever do Estado de buscar as garantias que um sistema de apoio deve ter no exercício da capacidade jurídica. (tradução livre da autora)

O atual Código Civil Argentino⁸⁵ é bastante rico no tema de estudo ao fixar parâmetros e incentivo para a aplicação dos sistemas de apoio de decisão às pessoas com deficiência, em detrimento ao estabelecido sistema substitutivo das vontades deste grupo de pessoas, próprios da curatela e interdição.

Ao buscar a fonte legal argentina, chama a atenção e causa estranhamento o grau de detalhamento e pormenorização dos temas no Código Civil e Comercial vigente. Temas que aqui no Brasil são dissecadas em leis especiais ou no Código de Processo Civil, lá são disciplinados nos próprios artigos da codificação civil. Apesar das alterações legislativas baseadas na CDPD terem ocorrido em ambas as nações, a diferença está na forma como os mecanismos de apoio às pessoas com deficiência foram disciplinados nos dois países.

Percebe-se que o próprio Código Civil e Comercial argentino engloba uma série de especificações sobre o tema, tanto do direito material como do direito processual, enquanto aqui, em regra, não acontece desta forma. Fala-se em regra, pois, com o advento do EPD e a consequente inserção do artigo 1.783-A do Código Civil, o procedimento da decisão apoiada passou a ser regulado inteiramente no código de direito material e EPD. Isto porque, como o Código de Processo Civil foi promulgado antes do EPD, a decisão apoiada não foi englobada ao código processual.

Constata-se, portanto, que o tema capacidade e seus desdobramentos com a implementação dos sistemas de apoios às pessoas com deficiência, estão disciplinados, no Brasil, no Código Civil, no Código de Processo Civil e no próprio EPD.

A fim de aprofundar o tema, passa-se a analisar os artigos que disciplinam a capacidade, a incapacidade e seus desdobramentos legais sobre os sistemas de apoios às pessoas com deficiência do Código Civil e Comercial da Argentina.

No Brasil se instituiu a adolescência dos 12 anos até o dia anterior a se completar os 18 anos, enquanto que na Argentina, a adolescência se inicia aos 13 anos (art. 25, do Código Civil⁸⁶). Outro detalhe que chama a atenção é a possibilidade do juiz restringir os atos de pessoas a partir dos 13 anos, conforme disciplinado no art. 32 do referido código. No Brasil, nesta idade a pessoa está protegida pelo manto do poder familiar ou pelo da tutela. Desse modo, os adolescentes até completarem os 16 anos são absolutamente incapazes e até celebrarem os

⁸⁵ InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Argentina 18/10/17, 2)04 p.m. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> Página 8 de 275. Acesso em: 12 fev. de 2022.

⁸⁶ ARTICULO 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. ARTIGO 25- Menor e adolescente. Um menor é uma pessoa que não atingiu a idade de dezoito anos. Este Código chama de menor a pessoa que tem treze anos como adolescente.

18, relativamente incapazes e, conseqüentemente, possuem restrições legais próprias para a atuação fática.

Interessante que, paradoxalmente ao Código Civil brasileiro, o Código argentino discorre a respeito dos direitos básicos dos adolescentes a exemplo do direito a ser ouvido em Juízo, em caso de conflitos de interesses entre eles e seus representantes, bem como em necessários tratamentos médicos (art. 26). Disciplina, inclusive, que a partir dos 16 anos o adolescente é considerado adulto para as decisões com seu corpo⁸⁷.

Outra diferença interessante entre esses dois Códigos, o argentino conceitua a capacidade de fato ou de exercício, enquanto que o brasileiro não o faz. Nos moldes dos artigos 22 e 23 do Código Civil argentino⁸⁸:

[...]

ARTICULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

ARTICULO 23.- **Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer**

⁸⁷ ARTICULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

ARTIGO 26. - Exercício dos direitos pelo menor. Os menores exercem os seus direitos através dos seus representantes jurídicos.

No entanto, uma pessoa com idade e maturidade suficientes pode praticar os atos permitidos pelo ordenamento jurídico. Em situações de conflito de interesses com seus representantes legais, você pode intervir com assistência jurídica.

Os menores têm direito a ser ouvidos em todos os processos judiciais que lhes digam respeito, bem como a participar nas decisões sobre a sua pessoa. Presume-se que o adolescente entre treze e dezesseis anos tenha a capacidade de decidir por si mesmo sobre os tratamentos não invasivos, nem comprometam seu estado de saúde ou causem sério risco à sua vida ou integridade física.

Se envolver tratamentos invasivos que comprometam seu estado de saúde ou sua integridade ou risco de vida, o adolescente deve emprestar seu consentimento com a assistência de seus pais; o conflito entre os dois é resolvido tendo em conta os seus melhores interesses, com base em parecer médico sobre as conseqüências da realização ou não do ato médico.

A partir dos dezesseis anos, o adolescente é considerado adulto para as decisões relativas aos cuidados com o próprio corpo.

⁸⁸ ARTICULO 22. - Capacidad jurídica. Toda persona humana goza da aptidão para ser titular de direitos e deveres legais. A lei pode privar ou limitar essa capacidade em relação a fatos, atos simples ou atos jurídicos específicos.

ARTIGO 23. - Capacidad de exercício. Toda pessoa humana pode exercer seus direitos por si mesma, ressalvadas as limitações expressamente previstas neste Código e em uma decisão judicial.

por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. [...] (grifos nossos)

O artigo 24 do Código Civil disciplina sobre os incapazes de fato⁸⁹ e o 25 quem são considerados adolescentes⁹⁰:

[...]

ARTICULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. **Son incapaces de ejercicio:**

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

SECCION 2ª Persona menor de edad.

ARTICULO 25.- Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. [...]

Assim como no ordenamento jurídico brasileiro, a regra na Argentina é a da capacidade e as limitações da capacidade são de caráter excepcional, em benefício do curatelado e mantendo o máximo de autonomia⁹¹:

ARTICULO 31.- Reglas generales. **La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:**

- a) **la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume**, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) **las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;**
- c) **la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;**
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) **deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los**

⁸⁹ ARTIGO 24. - Pessoas impossibilitadas de exercer. Eles são incapazes de exercer:

- a) o nascituro;
- b) a pessoa que não tenha idade e grau de maturidade suficiente, com a abrangência prevista na Seção 2 deste Capítulo;
- c) a pessoa declarada incompetente por decisão judicial, na medida prevista nessa decisão.

⁹⁰ ARTIGO 25. - Menor e adolescente. Um menor é uma pessoa que não atingiu a idade de dezoito anos.

Este Código chama de menor a pessoa que tem treze anos como adolescente.

⁹¹ Artigo 31. - Regras gerais. A restrição ao exercício da capacidade jurídica rege-se pelas seguintes regras gerais:

- a) Presume-se a capacidade geral de exercício da pessoa humana, ainda que internada em estabelecimento de saúde;
- b) as limitações de capacidade são de natureza excepcional e são sempre impostas em benefício da pessoa;
- c) a intervenção do Estado tem sempre um caráter interdisciplinar, tanto no tratamento como no processo judicial;
- d) a pessoa tem o direito de receber informações por meios e tecnologias apropriados para sua compreensão;
- e) a pessoa tem direito a participar no processo judicial com assistência judiciária, que deve ser prestada pelo Estado se não tiver meios;
- f) devem ser priorizadas alternativas terapêuticas menos restritivas de direitos e liberdades.

derechos y libertades (grifos nossos)

A excepcionalidade da interdição no ordenamento jurídico argentino⁹² está estampada no artigo 32:

[...]

ARTICULO 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. [...] (grifos nossos)

O artigo 32 exprime a razão de ser do Princípio da Excepcionalidade e Restritividade ao qual somente se possibilita a decretação da incapacidade de uma pessoa após descartada, na prática, a eficácia dos apoios estabelecidos na incapacidade relativa⁹³.

Ambos os ordenamentos jurídicos disciplinam todo o procedimento a ser seguido no processo de interdição ou curatela, desde a especificação dos legitimados ao pedido⁹⁴, ao

⁹² Artigo 32. - Pessoa com capacidade limitada e deficiência. O juiz pode restringir a capacidade para certos atos de uma pessoa maior de treze anos de idade que sofra de um vício ou de um transtorno mental permanente ou prolongado, de gravidade suficiente, desde que considere que exercício de sua plena capacidade pode resultar em danos à sua pessoa ou propriedade.

Em relação a tais atos, o juiz deve designar o(s) suporte(s) necessário(s) previsto(s) no artigo 43, especificando as funções com os ajustes razoáveis com base nas necessidades e circunstâncias do indivíduo.

O(s) apoio(s) designado(s) deve(m) promover a autonomia e favorecer decisões que respondam às preferências da pessoa protegida.

Excepcionalmente, quando a pessoa é absolutamente incapaz de interagir com seu ambiente e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e o sistema de apoio for ineficaz, o juiz pode declarar a incapacidade e nomear um curador.

⁹³ BARRIFFI, Francisco J. El Modelo de Tomada de Decisiones con Apoyos en la legislación argentina e su incidencia en la validez de acto jurídico. Obra: Capacidad Jurídica, deficiência e direito civil na América Latina: Argentina, Brasil, Chile e Peru.

⁹⁴ ARTICULO 33.- Legitimados. **Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:**

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;
- d) el Ministerio Público.

ARTIGO 33. - Legitimado. Têm direito a requerer a declaração de incapacidade e capacidade limitada:

- a) o interessado;
- b) o cônjuge não separado de facto e o coabitante enquanto a coabitação não tiver cessado;
- c) parentes até o quarto grau; se fossem por afinidade, no segundo grau;
- d) Ministério Público

caminho a ser seguido pelo Juízo durante o trâmite de interdição e curatela, com a devida participação do curatelado e de uma equipe multidisciplinar. Este “controle” do Estado nos procedimentos mais contundentes do sistema de apoio às pessoas com deficiência, que são a curatela e a interdição, procedimentos de caráter excepcional, fazem parte das premissas da CDPD ao confiar aos Estados signatários o dever de instituir um sistema de apoio e salvaguardas voltados à viabilizar o exercício da capacidade jurídica concedida às pessoas com deficiência cuja limitação seja mais severa, em atendimento ao artigo 12 da CDPD.

Inclusive, a própria ONU, especificamente pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, explicou, através do documento *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*⁹⁵, o que significa, na prática, a capacidade jurídica em igualdade de condições a todos, independentemente da deficiência⁹⁶:

11. En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Todo este cuidadoso trabalho tem como objetivo garantir os direitos pessoais e patrimoniais das pessoas com deficiência, priorizando sempre a utilização de rede de apoio às decisões e não a substituição da pessoa com a implementação de interdição e curatela, deferidas em último caso⁹⁷. Neste sentido importante destacar os artigos 34 a 40:

⁹⁵Disponível em: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1860>. Acesso em: 05 abr. de 2022.

⁹⁶ 11. O Artigo 12, parágrafo 2, reconhece que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. A capacidade jurídica inclui a capacidade de ser titular de direitos e de agir perante a lei. A capacidade jurídica de ser titular de direitos confere à pessoa a proteção integral de seus direitos oferecida pelo ordenamento jurídico. A capacidade jurídica para atuar em direito reconhece que a pessoa é um ator jurídico que pode praticar atos com efeitos jurídicos. O direito ao reconhecimento como ator jurídico está estabelecido no artigo 12, parágrafo 5, da Convenção, que estabelece a obrigação dos Estados de adotar “todas as medidas pertinentes e efetivas para garantir o direito das pessoas com deficiência de possuir e herdar bens, controlar seus próprios negócios econômicos e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e [garantir] que as pessoas com deficiência não sejam privadas de seus bens de maneira ilegal”.

⁹⁷ Artigo 34. - Medidas cautelares. Durante o processo, o juiz deve ordenar as medidas necessárias para garantir os direitos pessoais e bens da pessoa. Nesse caso, a decisão deve determinar quais os atos que requerem a assistência de um ou vários apoios e quais a representação por um curador. Também pode designar redes de apoio e pessoas que atuam com funções específicas de acordo com o caso.

ARTICULO 34.- Medidas cautelares. **Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.**

ARTICULO 35.- Entrevista personal. **El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.**

ARTICULO 36.- Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. **Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación**, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

ARTICULO 37.- Sentencia. **La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:**

- a) diagnóstico y pronóstico;
- b) época en que la situación se manifestó;
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;

Artigo 35. - Entrevista pessoal. O juiz deve garantir o imediatismo com o interessado durante o processo e entrevistá-lo pessoalmente antes de ditar qualquer resolução, garantindo a acessibilidade e adequações razoáveis do procedimento de acordo com a situação do primeiro. O Ministério Público e Pelo menos um advogado que preste assistência ao interessado deve estar presente nas audiências.

Artigo 36. - Intervenção do interessado no processo. Concorrência. A pessoa em cujo interesse o processo é realizado é parte e pode fornecer todas as provas que suportam a sua defesa.

Artigo 37. - Sentença. A sentença deve ser proferida sobre os seguintes aspectos relativos à pessoa em cujo interesse o processo é seguido:

- a) diagnóstico e prognóstico;
- b) momento em que a situação se manifestou;
- c) recursos pessoais, familiares e sociais existentes;
- d) sistema de proteção, assistência e promoção da maior autonomia possível.

Para ser emitido, o parecer de uma equipe interdisciplinar é essencial.

Artigo 38. - Alcance da sentença. A sentença deve determinar a extensão e o alcance da restrição e especificar as funções e atos que devem ser realizados, tentando afetar o mínimo possível a autonomia pessoal. Também deve designar uma ou mais pessoas de apoio ou responsáveis de acordo com o disposto no artigo 32 deste Código e indicar as condições de validade dos atos específicos sujeitos à restrição com indicação da pessoa ou pessoas envolvidas e a modalidade de sua ação.

Artigo 39. - Registro da sentença. A sentença deve ser registrada no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas à margem da certidão de nascimento.

Sem prejuízo do disposto no artigo 45.º, os atos mencionados neste Capítulo só produzem efeitos contra terceiros a partir da data de averbação no cartório.

Uma vez que as restrições tenham desaparecido, o registro é imediatamente cancelado.

Artigo 40. - Revisão. A revisão da sentença declaratória pode ocorrer a qualquer momento, a pedido do interessado. Assumindo o previsto no artigo 32, a sentença deve ser revista pelo juiz em prazo não superior a três anos, com base em novos pareceres interdisciplinares e mediando a audiência pessoal com o interessado.

Compete ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento efetivo da fiscalização a que se refere o n.º 1 e instar, se for caso disso, à sua realização, se o juiz não a tiver realizado no prazo nela estabelecido.

d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

ARTICULO 38.- Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

ARTICULO 39.- Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

ARTICULO 40.- Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido. (grifos nossos)

Depreende-se, portanto, que o ordenamento jurídico argentino contempla a capacidade relativa e a absoluta.

Os dispositivos acima destacados expressam a valorização da autonomia das pessoas com deficiência ao priorizar a participação do interdito durante todo o processo de estabelecimentos de uma rede de apoios, restando o modelo substitutivo de vontades como último meio a ser determinado pelo Juízo. A determinação de revisão da sentença em um prazo não superior a três anos é mais um cuidado com a dignidade e promoção da autonomia

Uma questão interessante disciplinada no Código Civil vizinho e, que não está expressamente regulamentada no código brasileiro, é a possibilidade da pessoa, quando capaz, definir, através de diretivas antecipadas, quem gostaria que fosse seu curador, nos moldes disciplinado no artigo 139⁹⁸.

⁹⁸ Artículo 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

ARTIGO 139. - Pessoas que podem ser curadores. A pessoa capaz pode designar, por meio de uma diretiva antecipada, quem deve exercer a sua curadoria. Os pais podem nomear tutores e apoio aos filhos deficientes ou com capacidade limitada, nos casos e com as formas em que possam nomear tutores.

Qualquer uma dessas nomeações deve ser homologada judicialmente. Na falta destas disposições, o juiz pode nomear o cônjuge não separado de facto, o coabitante, os filhos, pais ou irmãos da pessoa a quem proteger de acordo com quem tem maior aptidão. A adequação moral e econômica deve ser levada em conta.

No Brasil, as diretivas antecipadas de vontades foram introduzidas no cenário nacional em 2012, através da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e possui como objetivo de considerar os desejos do paciente que “se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades”⁹⁹. Nessa perspectiva, prioritariamente, lança-se mão do sistema de apoios pelo qual a pessoa com deficiência mental ou cognitiva possa expressar os seus desejos e direitos fundamentais, só, em último caso, seja deferida a curatela¹⁰⁰.

Diante do tema deste trabalho, pessoas com deficiência mental, torna-se imprescindível trazer os artigos que tratam especificamente sobre os casos em que a lei permite a internação sem consentimento das pessoas com deficiência mental¹⁰¹:

[...]

ARTICULO 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un **equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;**
- b) **sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;**
- c) es considerada un recurso terapéutico **de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;**
- d) **debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;**
- e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. **Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.**

ARTICULO 42.- Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros,

⁹⁹ Resolução CFM nº 1995 de 09.08.2012. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>. Acesso em 16 abr. de.2022.

¹⁰⁰ Capacidade Jurídica, deficiência e direito civil na América Latina. El modelo de tomada de decisiones con apoyos en la legislación civil argentina y su incidencia en la validez del acto jurídico. Francisco J. Bariffi. p. 163 e 164

¹⁰¹ ARTIGO 41. - Internação. O internamento sem o consentimento de uma pessoa, quer a sua capacidade seja ou não restringida, procede apenas se o previstas na legislação especial e nas regras gerais desta Seção. Em particular:

- a) Deve basear-se na avaliação de uma equipe interdisciplinar de acordo com o disposto no artigo 37.º, que indique as razões que justifiquem e a ausência de alternativa efetiva menos restritiva de sua liberdade;
- b) só procede quando houver risco certo e iminente de dano grave à pessoa protegida ou a terceiros;
- c) seja considerado um recurso terapêutico de natureza restritiva e pelo menor tempo possível; devem ser supervisionados periodicamente;
- d) deve ser garantido o devido processo legal, o controle judicial imediato e o direito de defesa por meio de assistência jurídica;

e) A decisão que aprovar a internação deve especificar a finalidade, duração e periodicidade da revisão. Toda pessoa com doença mental, hospitalizada ou não, goza de direitos fundamentais e suas extensões.

ARTIGO 42. - Transferência ordenada pela autoridade pública. Avaliação e internação. A autoridade pública pode ordenar a transferência de uma pessoa cuja o seu estado não admita demora e está em risco certo e iminente de dano a si ou a terceiros, a um centro de saúde para avaliação. Neste

Caso seja admitida a internação, deverão ser observados os prazos e modalidades estabelecidos na legislação especial. Os serviços públicos de saúde devem fornecer assistência imediata.

a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato. [...]

O artigo 43 do Código Civil argentino disciplina sobre a tomada de decisão apoiada. Sobre este mecanismo de apoio, chama a atenção sobre a possibilidade da pessoa com deficiência estabelecer o seu sistema de apoio através de procedimento extrajudicial, em cartório de notas, forma não contemplada no ordenamento jurídico pátrio¹⁰². Veja-se:

ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Ambos os países disciplinaram sobre o procedimento de “levantamento da curatela” em caso de reestabelecimento do curatelado/interditado. Este tipo de conduta comprova a característica excepcional e temporária da curatela a fim de promover a autodeterminação das pessoas com deficiência¹⁰³.

Da análise dos artigos do Código Civil e Comercial argentino sobre o tema capacidade e seus desdobramentos, percebe-se a semelhança principiológica e até mesmo procedimental, em ambos os ordenamentos jurídicos latinos. Portanto, o ordenamento jurídico argentino

¹⁰² ARTIGO 43. - Conceito. Função. Designação. Entende-se por apoio qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite a pessoa que delas necessite a dirigir a sua pessoa, gerencie seu patrimônio e celebre atos jurídicos em geral.

As medidas de apoio têm a função de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação da vontade da pessoa para exercer seus direitos.

O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para prestar apoio. O juiz deve avaliar o alcance da nomeação e buscar a proteção da pessoa em relação a possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A resolução deve estabelecer o estado e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, registrar-se no Registro do Estado Civil e da Capacidade das Pessoas.

¹⁰³ ARTICULO 47.- Procedimiento para el cese. **El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37,** que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. **Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.**

ARTIGO 47. - Procedimento de restauração da capacidade. A cessação da incapacidade ou restrição da capacidade deve ser decretada pelo juiz que a declarou, com prévio exame de equipe interdisciplinar integrada de acordo com as orientações do artigo 37.º, que dispõe sobre o restabelecimento da pessoa.

Se a restauração não for total, o juiz pode ampliar a lista de atos que a pessoa pode praticar por si ou com a assistência de seu curador ou apoio, suporte.

claramente cumpriu com as determinações da CDPD ao valorizar a implementação de redes de apoios às pessoas com deficiência para que elas conservem sua dignidade, respeitando as suas competências e habilidades, lançando mão do modelo substitutivo das vontades (Curatela e Interdição) somente após se comprovar a ineficácia dos sistemas de apoio menos radicais.

Após o comparativo dos sistemas legais brasileiros e argentinos sobre o tema capacidade e seus desdobramentos práticos, especialmente processuais, segue o trabalho com o cotejamento entre a regra da capacidade, após advento do EPD, e os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse da Criança e Adolescente dos filhos de pessoas com deficiência mental.

3 COTEJO DO DIREITO DOS PAIS COM DEFICIÊNCIA MENTAL COM O DIREITO DOS FILHOS

Este capítulo analisa a influência das alterações no instituto das capacidades, trazidas pela CDPD e consequente elaboração do EPD, com a atual regra da capacidade e direito à reprodução e todos os seus desdobramentos, aos direitos das crianças e adolescentes filhos de pessoas com deficiência mental.

Após a breve análise dos princípios basilares do direito das crianças e adolescentes, será apresentado o cotejo entre os princípios da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e adolescente com o princípio da igualdade que estabeleceu a plena capacidade das pessoas com deficiência mental de exercerem seus direitos reprodutivos, gestarem e, conseqüentemente, de exercerem o poder familiar dos filhos.

3.1 A mudança paradigmática do Direito das Crianças e Adolescentes no Brasil. Da Doutrina da situação irregular do menor ao Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Antes de adentrar no cotejo principiológico, se faz necessário um percurso pelo Direito das Crianças e Adolescentes, pois, assim como o Direito das Pessoas com Deficiência, sofreu grandes modificações nas últimas décadas e, em ambos os casos, muito pelo trabalho desenvolvido pela ONU junto aos países signatários. Dessa forma, as mudanças ocorridas nos direitos dos vulneráveis, dentre eles o direito dos idosos, crianças e pessoas com deficiência, têm a sua matriz nos Direitos Humanos que buscam a promoção da igualdade.

Voltando-se ao ordenamento jurídico pátrio, sabe-se que, até a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, as crianças não figuravam como sujeitos de direitos. Mudança consolidada com a vigência do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Até a alteração legislativa, no final do século passado, a criança nascida em uma família, enquanto vivesse na residência dos pais, estaria protegida sob o manto da autoridade paterna (pátrio poder à época), nos moldes próprios da sociedade patriarcal de então. Enquanto as crianças sem família, órfãos, filhos ilegítimos, filhos de escravos, “muitos deles abandonados nas portas das igrejas, conventos, residências ou mesmo pelas ruas”¹⁰⁴, viviam desprotegidos por não serem objeto do pátrio poder.

¹⁰⁴ MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coordenação). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. p. 56

A fim de se minimizar as questões sociais das crianças sem família e à margem da sociedade, “importaram-se da Europa as Rodas dos Expostos, mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia”¹⁰⁵, nas quais as crianças eram deixadas para serem cuidadas por aquela instituição ou por famílias que demonstrassem interesse.

Após a abolição da escravatura no Brasil, e, em particular, após a proclamação da República, o país sofreu um aumento populacional, especialmente, nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, por conta da migração interna dos escravos recém-libertos e a migração externa, advinda da mão de obra europeia, substituta da mão de obra escrava. Esta migração do campo para as grandes cidades e sem trabalho suficiente para todos aumentou os males sociais que, obviamente, repercutiu nas crianças e adolescentes. (ajuste de espaço)

A fim de minimizar os males gerados às crianças e adolescentes, desprotegidos da instituição família, foram criadas entidades assistenciais com perfil caritativo e higienista. Era um momento em que “o pensamento social oscilava entre assegurar direitos e “se defender” dos menores”¹⁰⁶, tidos como “*delinquentes*”. Ainda nas primeiras décadas do século passado, a situação das crianças e, por consequência, do Direito da Criança, começou a ser discutida na esfera internacional o que acabou por influenciar os juristas brasileiros a introduzir o tema no Brasil

A fim de melhor demonstrar a evolução do Direito da Criança e Adolescente no Direito Internacional, segue quadro com alguns marcos evolutivo

Quadro 1- Evolução Histórica dos Documentos Basilares do Direito da Criança e Adolescente

1919	Manifestação sobre os Direitos das Crianças em Londres - <i>Save the Children Fund</i> . Criação do Comitê da Infância.
1920	União Internacional de Auxílio à Criança (Genebra)
1924	Declaração dos Direitos das Crianças de Genebra . Marco ao incentivar os Estados a criar leis próprias sobre as crianças e adolescentes.
1927	IV Congresso Panamericano da Criança. Fundação do Instituto Interamericano da Criança . Atualmente vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) e estendido aos adolescentes.
1946	O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a utilização da Declaração de Genebra.
1948	Em 10 de dezembro a ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos . (art. 25)
1959	Declaração dos Direitos das Crianças . Os Estados membros não eram obrigados a adotá-la.
1966	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos . Artigos 23 e 24.
1966	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais . Art. 10.

¹⁰⁵ Ibidem p. 55

¹⁰⁶ Ibidem p. 56

1969	Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Art. 19
1979	Ano Internacional da Criança (ONU).
1989	Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças
1990	Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 1990
1992	Decreto 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Fonte: Organizado pela autora

Toda esta movimentação internacional repercutiu na evolução do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. Em 1926 foi publicado o Decreto 5.083 que instituiu o Código de Menores com o objetivo de consolidar as leis de assistência e proteção dos menores abandonados ou delinquentes¹⁰⁷. Esse Código foi rapidamente substituído pelo conhecido Código Mello Matos (Decreto 17.943-A) que “objetivava a regulamentação da situação do menor, de ambos os sexos, abandonado ou delinquente, menor de 18 anos de idade a serem submetidos pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas no referido Código”¹⁰⁸.

Da análise dos Decretos 5.083 e 17.943-A, depreende-se o teor punitivo da legislação à época, com caráter de apartação social e criminalização de jovens excluídos do pátrio poder. Foram esses dois Decretos os responsáveis pela institucionalização da categoria menor no país, termo utilizado no Brasil até a promulgação do ECA, norma criada em conformidade com os princípios encartados pela Constituição de 1988 e normas dos Direitos Humanos.

Ainda sobre a evolução histórica dos Direitos das Crianças e Adolescentes, importante frisar o Decreto 3.799, de 1941, o qual criou o Serviço de Assistência do Menor (SAM), responsável pelo atendimento dos menores delinquentes e desvalidos. Apesar da criação desse serviço ser um ponto evolutivo no sistema, na prática, ainda era distante de se consagrar um acolhimento ao público alvo.

Em 1979, durante a Ditadura Militar no Brasil, foi promulgada a Lei 6.697, o último Código de Menores brasileiro, que revogou os Decretos 5.083 e 17.943-A, citados acima.

O perfil de todos os Códigos de Menores era patriarcal e com o objetivo de eliminar as condutas tidas como socialmente impróprias através de medidas punitivas e excludentes, conforme leciona Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁰⁹:

¹⁰⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL5083-1926.htm

¹⁰⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm

¹⁰⁹ FÁVERO, Eunice Teresinha. PINI, Francisca Rodrigues Oliveira. SILVA, Maria Liduína de Oliveira e (Orgs). **ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Editora Cortez. 2020. p. 22 e 23.

O Código de Menores tinha como pedra angular a verificação de uma situação de fato adjetivada de “irregular”, posto que representativa de um desvio da normalidade social pressuposta pelo legislador. Constatada essa situação, era imprescindível a aplicação de uma medida capaz de trazer crianças e adolescentes de volta ao estado desejado, de modo que providências como advertência, entrega aos pais, colocação em família substituta, liberdade assistida, inclusão em casa de semiliberdade e internação eram consideradas como instrumentos eficazes ou antídotos a situações reveladoras de “patologia social”, como o abandono, a carência, maus-tratos, desvios de conduta e até mesmo a prática de infrações penais, nas expressões constantes daquela lei.

Com a redemocratização do Brasil e a consequente promulgação da Constituição de 1988 aconteceu uma mudança paradigmática no tratamento dado às crianças e adolescentes, o que os retirou de uma posição passiva (objeto da lei) e os incluiu em uma posição ativa de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento, em formação.

Assim a Carta Magna estabeleceu a dignidade da pessoa humana como o macroprincípio do ordenamento jurídico brasileiro e, a fim de promover a dignidade das crianças e adolescentes do Brasil, recepcionou o princípio ao melhor interesse da criança e adolescente que vem vinculado com o princípio da prioridade absoluta. Esses princípios sintetizam o entendimento de que as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e, conseqüentemente, em formação. Neste sentido, o artigo 227, modificado em 2010 pela Emenda Constitucional nº 65, estabeleceu os ditames ao tratamento, em diversas áreas, das crianças e adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

~~§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:~~

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

~~II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.~~

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com

a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

~~III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;~~

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

~~VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.~~

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (grifos nossos)

O artigo 227 da Constituição estabelece explicitamente que o dever de promover, com prioridade absoluta, o melhor interesse das crianças, adolescentes e jovens é um trabalho conjunto do Estado, sociedade e família. Desse modo responsabilizá-los vincula a todos a contribuírem e fiscalizarem as ações destinadas às pessoas em formação, buscando a conscientização da importância de se investir na formação da sociedade brasileira.

O artigo 229 da Constituição Federal vigente estabelece, ainda, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, disciplinando, portanto, o dever familiar de ambos e, em igualdade de atuação. É a superação do pátrio poder e da sociedade patriarcal, modelo estabelecido até então.

E, a fim de adaptar o ordenamento jurídico infraconstitucional pátrio à nova ordem de tratamento às crianças e adolescentes, foi promulgada a Lei 8.069 de 1990, conhecida com o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que consolidou os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente no Brasil. Importante destacar, que o ECA foi elaborado na mesma época da vigência da Carta Cidadã e da Convenção sobre os Direitos das Crianças e, desta forma, em consonância com a ordem mundial e nacional sobre o tema e trouxe como base este novo paradigma da proteção integral, no qual as crianças e adolescentes figuram como sujeitos de direitos e passíveis de exercê-los perante a família, sociedade e Estado.

Desta forma, abandonou a doutrina da situação irregular do menor que, contrariamente ao princípio da proteção integral, “**limitava-se a tratar dos jovens que se enquadrassem no modelo predefinido de situação irregular**”¹¹⁰ (art. 2º do Código de Menores¹¹¹). Estabeleceu-se, portanto, que as crianças e adolescentes devem exercer seus direitos dentro da sua capacidade em formação. É o recidente tema neste trabalho, a promoção da autonomia dos vulneráveis.

A proteção integral das crianças e adolescente tem como base os direitos humanos próprio da fase de redemocratização das sociedades ocidentais. Neste sentido, Eunice Teresinha Fávera parafraseia os ensinamentos de Wanderlino Nogueira Neto, contida no paradigma da proteção integral que “se põe na satisfação de necessidades, desejos e interesses de crianças e adolescentes sob a ótica dos Direitos Humanos, “especificamente como Direitos Humanos de Geração”, dos quais são credores diante do Estado e da sociedade”¹¹².

¹¹⁰ MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coordenação). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. p. 71

¹¹¹ Art. 2º Para os efeitos deste Código, **considera-se em situação irregular o menor:**

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

¹¹² FÁVERO, Eunice Teresinha. PINI, Francisca Rodrigues Oliveira. SILVA, Maria Liduína de Oliveira e (Orgs). **ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Editora Cortez. 2020. p. 37 e 38. E-book.

Afirmar que as crianças e adolescentes são credores do Estado e sociedade significa que os “devedores” possuem obrigação de prover com “os direitos subjetivos à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde, à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente de qualidade e outros direitos individuais indisponíveis, sociais, difusos e coletivos”¹¹³.

Constata-se, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio, no que tange ao direito da criança e adolescente, sofreu uma grande mudança após a Constituição Federal de 1988 ao internalizar os princípios da prioridade absoluta e melhor interesse da criança, desconsiderando o perfil essencialmente patriarcal, disciplinador, excludente e higienista dos Códigos dos Menores.

Conforme dito, a mudança de paradigma no tratamento jurídico e social às crianças e adolescentes é resultado de um movimento mundial que institucionalizou os direitos das crianças e adolescentes, tornando-os sujeitos de direitos e possibilitando-os exercê-los pessoalmente, de acordo com sua capacidade em desenvolvimento.

No cenário mundial, um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Crianças que reforçou os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, no seu preâmbulo, estabelece que:

[...] *Considerando* que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo fundamentam-se no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;

Conscientes de que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e concordaram, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos pactos internacionais de direitos humanos, que todas as pessoas possuem todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, seja de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

Lembrando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

¹¹³ Ibidem p. 38

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Conscientes de que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular, nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular, no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança;

Conscientes de que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";

Lembrando o disposto na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança, com Referência Especial à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, em nível Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência e de Conflito Armado;

Reconhecendo que, em todos os países do mundo, existem crianças vivendo em condições excepcionalmente difíceis, e que essas crianças precisam de consideração especial;

Dando a devida importância às tradições e aos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida da criança em todos os países em desenvolvimento, [...] (grifos nossos)

Percebe-se, portanto, a sintonia existente entre os ditames internacionais e o ordenamento jurídico nacional a respeito do tratamento às crianças, adolescentes e jovens.

Após a demonstração da quebra paradigmática sofrida pelo direito da criança e adolescente na ordem mundial e espelhada no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a demonstrar a uniformidade principiológica existente entre a Convenção do Direito das Crianças, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o ordenamento jurídico nacional, especialmente com o ECA e o EPD.

Além da demonstração da uniformidade no que tange aos princípios norteadores dos tratamentos destinados às crianças e adolescentes, demonstrar-se-á um paralelo entre o melhor interesse das crianças e adolescentes e a plena capacidade dos pais com deficiência mental e o

consequente direito ao exercício pleno à reprodução e ao exercício do poder familiar.

Responderá, ainda, quando necessária a ponderação entre o princípio da igualdade, encartado na regra da capacidade, e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, qual o princípio prevalecerá?

3.2 Um paralelo entre os Princípios da Igualdade, dos pais com deficiência mental, e o Melhor Interesse da Criança e Adolescente, dos filhos

As crianças e adolescentes, assim como as demais categorias de vulneráveis, inclusive as pessoas com deficiência, passaram a sujeitos ativos ao exercício dos seus direitos

O documento fundamental para a consolidação das crianças como sujeitos de direitos foi a adoção da Convenção sobre os Direitos das Crianças pela Assembleia Geral da ONU, em 1989. Essa Convenção é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, sendo ratificado por mais de 196 Estados, conforme informado no sítio da UNICEF Brasil¹¹⁴. No entanto, não foi o primeiro instrumento internacional a disciplinar o tema e, teoricamente, não inovou o conteúdo da Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, mas, o reformulou e expandiu a atuação, especialmente no que tange aos avanços nos direitos fundamentais. Como observa, André Carvalho Ramos:

Embora outros diplomas internacionais também confirmem proteção às crianças, a Convenção sistematizou não só direitos civis e políticos, mas também econômicos, sociais e culturais em um só texto, voltado especificamente para a sua proteção¹¹⁵.

O fato da Convenção sobre o Direito das Crianças vincular os Estados membros acarretou uma grande mudança paradigmática no tratamento jurídico e social às crianças e adolescentes dos Estados signatários ao estabelecer a proteção e cuidados especiais ao público em questão. É este olhar e cuidados diferenciados às crianças e adolescentes que motivou o presente estudo.

A mudança no tratamento dado às crianças é um ponto crucial para o presente trabalho pois, assim como na mudança paradigmática do tratamento social e jurídico às pessoas com deficiência, as crianças e adolescentes também se tornam protagonistas da sua própria vida, dentro do possível da sua condição de pessoa em desenvolvimento.

¹¹⁴ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 24 abr. de 2022.

¹¹⁵ RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019. p. 243.

Além de enaltecer a participação da criança e adolescente nos assuntos de seu interesse, a Convenção estabeleceu, de uma vez por todas, que a relação parental é um poderoso mecanismo de formação dos filhos. Valorização esta estampada na igualdade e equalização do poder familiar em substituição ao pátrio poder, bem como, no estímulo à manutenção dos vínculos parentais. A priorização ao exercício da parentalidade e convívio social são disciplinados em diversas passagens da Convenção (artigos 1º, 3º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, 13º, 16º, 18º e 19º, por exemplo).

Nítido, portanto, que a promoção do melhor interesse da criança e adolescente está diretamente vinculada à participação dos pais na criação e cuidado com os filhos, desde que estes, de fato, exerçam o poder familiar no sentido de promover a dignidade destas pessoas em desenvolvimento e, portanto, “em formação psíquica, moral e social, de maneira a exigir atenção especial”¹¹⁶.

Na obra *Interesses Difusos e Coletivos*¹¹⁷ destacam-se os seguintes aspectos da Convenção sobre os Direitos das Crianças:

- 1) **conceitua criança** como todo ser humano menor de dezoito anos de idade, exceto se a maioridade for alcançada antes, conforme a lei local (art. 1º);
- 2) **explicita o princípio à proteção integral**, obrigando os Estados-partes a assegurar à criança a proteção e o cuidado necessários para o seu bem-estar (art. 3º, item 2);
- 3) **estabelece o princípio do interesse maior da criança** como norteador das ações levadas a efeitos por instituições públicas ou privadas, tribunais e autoridades administrativas, bem como o Poder Legislativo (art. 3º). Além disso há previsão de aplicação da norma mais conveniente para a garantia dos direitos da criança (art. 41);
- 4) **prevê o princípio da absoluta prioridade**, haja vista que os Estados signatários adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole para a implementação dos direitos nela reconhecidos e, quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, serão utilizados ao máximo os recursos disponíveis (art. 4º);
- 5) a criança é reconhecida como **sujeito de direitos**, tanto que a sua opinião deve ser respeitada;
- 6) **proíbe qualquer forma de discriminação** das crianças (art. 2º);
- 7) **assegura os direitos fundamentais** para o pleno desenvolvimento da criança, podendo ser divididos em direitos à sobrevivência, ao desenvolvimento, à proteção e à participação; e
- 8) **aduz que a criança tem direito à convivência familiar**, somente podendo ser separada de seus pais para atender ao seu interesse maior, como no caso de ser vítima de maus-tratos ou descuidos (art. 9º). (grifos do autor)

Depreende-se, portanto, que a Convenção sobre os Direitos das Crianças possui três pilares fortes no que tange à promoção do princípio do melhor interesse desse público: **1.** A atuação das crianças e jovens como sujeitos de direitos e, conseqüentemente, podendo exercê-los dentro das limitações próprias da condição de pessoa em desenvolvimento; **2.** os pais, de

¹¹⁶ ANDRADE, Adriano *et al.* *Interesses Difusos e Coletivos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 198.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 183 e 184.

forma isonômica, possuem o dever de promover a dignidade destas pessoas em formação com a promoção do melhor ambiente para o desenvolvimento dos filhos; e, **3.** a valorização à convivência familiar.

Ocorre, portanto, a consolidação do Princípio da Proteção Integral às Crianças e Adolescentes, que o ordenamento jurídico brasileiro regulamentou encartado em diversos instrumentos internacionais e Constituição Federal de 1988, por meio do ECA.

A respeito do objetivo da doutrina da proteção integral, vale destaque o trecho da obra *Interesses Difusos e Coletivos*¹¹⁸:

A doutrina da proteção integral objetiva assegurar o respeito e efetivo cumprimento de todos os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, tratados internacionais, leis, resoluções, decretos etc., em favor de toda criança e adolescente, independentemente de sua condição.

Após a explanação sobre a base do direito da criança e adolescente, especialmente, sobre o manto da doutrina da proteção integral, chega-se ao ponto principal deste trabalho que é cotejar a capacidade plena e o conseqüente direito dos pais com deficiência mental ao exercício pleno do poder familiar e o melhor interesse dos filhos, crianças e adolescentes

Tem-se, portanto, de um lado, o Princípio à Igualdade das pessoas ao gozo da sua capacidade legal ao promover o direito dos pais com deficiência mental gestarem e exercerem o poder familiar e, do outro lado, o Princípio do Interesse Superior ou os Princípios à Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse das Crianças e Adolescentes (dos filhos), sendo que a base de todos esses Princípios é a promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

Ao confrontar as duas Convenções internacionais, a primeira, sobre o direito da criança e a segunda sobre o direito das pessoas com deficiência, resta claro que a base principiológica é a mesma, a promoção da autonomia e habilidades para que todos atinjam a dignidade da pessoa humana. Tanto que, ambas as Convenções internacionais, possuem um perfil multidisciplinar e de corresponsabilização da sociedade, família e Estado na gestão das ações para os públicos prioritários em questão. Este engajamento multidisciplinar e exercido de forma conjunta entre sociedade e Estado é o entendimento de que a alteração legislativa não é o suficiente para gerar uma mudança de padrão cultural, social e política para os públicos em questão.

¹¹⁸ ANDRADE, Adriano *et al.* **Interesses Difusos e Coletivos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 194.

O livro ECA e a proteção integral à criança e adolescente faz importante pontuação a respeito da CDC:

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança convida a assegurar as duas prerrogativas maiores que a sociedade e o Estado devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: “cuidados” e “responsabilidades”¹¹⁹.

A mudança paradigmática no direito das pessoas com deficiência estabeleceu que, em regra, todos são considerados capazes, independentemente da deficiência (inclusive mental e cognitiva), e com o direito a exercerem plenamente a maternidade e a paternidade.

Com a atual regra da capacidade, questiona-se: e quando ocorrer choque entre os direitos dos pais (Princípio da Igualdade) e os direitos dos filhos (Princípio do Interesse Superior das Crianças e Adolescentes)? Como fica o princípio do melhor interesse das crianças quando os pais são deficientes mentais e, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, considerados capazes civilmente? Qual o direito que deve prevalecer? O direito dos pais exercerem plenamente os seus direitos reprodutivos e posterior poder familiar, encartados no artigo 6º do EPD, ou o direito dos filhos gerados, encartados no princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes?

A fim de responder às perguntas acima, segue o voto da Ministra Nancy Andrichi, proferido no ano de 2018, no Recurso Especial 1.635.649/SP, o qual chama a atenção para a força prática na aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança:

O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo subjetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

Ainda sobre a importância estabelecida pela Carta Magna à prioridade aos direitos da criança e adolescente, segue trecho do voto do Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial 1.608.044/DF, ao interpretar a prioridade absoluta deste público:

Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei

Penso que, em função do previamente expresso neste tópico, especialmente pelo fato das crianças e adolescentes serem sujeitos de direitos, de interesse superior face o seu estado

¹¹⁹ FÁVERO, Eunice Teresinha. PINI, Francisca Rodrigues Oliveira. SILVA, Maria Liduina de Oliveira e (Orgs). **ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Editora Cortez. 2020. p. 38. E-book.

em formação e da valorização do convívio familiar, antes de se tomar uma decisão mais conclusiva, impõe-se a realização de um estudo multidisciplinar na família e com um olhar prioritário ao atendimento ao melhor interesse das crianças e adolescentes.

Há de se salientar que, por mais óbvio que pareça, todas as decisões referentes a estas famílias de pais com deficiência mental com filhos devem ser tomadas de forma individualizada, com o apoio de uma equipe multidisciplinar, nos moldes estabelecidos nas duas Convenções, e com atenção à promoção dos artigos 6º (inciso VI) do EPD e artigo 19 da Convenção dos direitos das crianças.

Isso porque, conforme amplamente discorrido neste trabalho, restam disciplinados os direitos dos pais (pessoas com deficiência mental) decidirem sobre os seus direitos reprodutivos e exercerem o poder familiar de forma plena, bem como o direito dos filhos de terem a sua dignidade promovida pelos pais para seu pleno desenvolvimento. Sendo assim, os Direitos Humanos estabelecem o direito de pais e filhos, pais com deficiência mental e seus filhos, conviverem em família, sob a condição de que promovam a dignidade dos filhos.

Da análise das duas Convenções internacionais e consequentes desdobramentos no ordenamento jurídico nacional, depreende-se que, desde que estas famílias preservem a prioridade absoluta e o melhor interesse dos filhos (crianças e adolescentes), estariam os pais aptos ao exercício do pleno poder familiar dos filhos. No entanto, em caso de relativização do melhor interesse dos filhos crianças e adolescentes, independentemente do motivo, a sociedade e Estado deverão cobrar a promoção da dignidade a este público.

Desta forma, diante de uma necessária ponderação entre os direitos dos pais com deficiência mental e o direito dos filhos, o melhor interesse das crianças e adolescentes deve se sobressair ao direito dos pais que, apesar de pessoas com deficiência mental possuem a personalidades formadas e são, teoricamente, capazes, enquanto que as crianças e adolescentes estão em formação e incapazes.

Nos moldes amplamente exposto neste tópico, sempre que houver a necessidade de se ponderar os direitos dos pais com deficiência mental e dos filhos, ainda crianças e adolescentes, obrigatoriamente, há de se instalar um estudo multicliplinar da família. Desse modo, o Código Civil, no § 5º do artigo 1.584, ao disciplinar sobre guarda dos filhos, já estabelece que, se o Juiz verificar que o filho não deva permanecer sob a guarda dos pais, deferirá a guarda a terceiro que possua compatibilidade com a natureza da medida:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

[...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

[...]

Além do estudo multidisciplinar faz-se imprescindível que o Juízo e Ministério Público ouçam a todos os interessados, inclusive as crianças, para que cheguem, baseados na ampla produção de provas (estudo multidisciplinar, oitiva das partes e testemunhas) à melhor decisão para todos os envolvidos.

A Lei 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, disciplina¹²⁰, no artigo 4º, a escuta especializada e o depoimento pessoal da criança e adolescente, em caso de violência. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação nº 33/2010, já estabelecia a implantação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

Apesar de não ser diretamente ligada ao tema pessoas com deficiência, mas por tratar sobre o princípio do melhor interesse da criança, necessário destacar a recente alteração na Lei da Alienação Parental¹²¹, na qual impõe, sempre que necessário “o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental”, a obrigatoriedade de seguir os termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, “sob pena de nulidade processual”.

Nas situação aqui aventadas, a melhor decisão é a que prioriza a promoção da dignidade de todos os familiares envolvidos, especialmente dos mais vulneráveis, no caso, as crianças e adolescentes.

No tópico seguinte demonstrar-se-á como os Tribunais estão solucionando os casos práticos quando envolvem pessoas dos dois grupos de estudos, pessoas com deficiência mental e crianças e adolescentes, e questões de parentalidade.

¹²⁰ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência: [...]

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial. [...]

¹²¹ **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010.** Art. 8º-A. Sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da [Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017](#), sob pena de nulidade processual. [\(Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022\)](#)

3.3 O Posicionamento dos Tribunais em casos de ponderação de princípios em demandas com crianças

Atendendo ao objetivo deste trabalho, este tópico demonstrará a visão prática do estudo ao colacionar decisões de alguns Tribunais do país sobre questões de parentalidade, pessoas com deficiência mental e crianças. Além de decisões atuais, após a mudança do EPD, traz a autora decisões anteriores a fim de melhor demonstrar a mudança paradigmática, amplamente exposta neste trabalho.

A ementa da apelação Cível 1.0183.08.154802-0/001, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais antes da promulgação do EPD, demonstra que a guarda foi estabelecida de forma unilateral paterna, face as questões de saúde mental da genitora, sob a fundamentação da supremacia do melhor interesse da criança, no entanto, não há qualquer menção a respeito da realização de um estudo multidisciplinar nesta família, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. ARTIGO 514 DO CPC. REJEIÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL. GENITOR. SUPREMACIA DO INTERESSE DOS MENORES. MÃE ACOMETIDA COM PROBLEMA MENTAL. SENTENÇA CONFIRMADA.

I. A preliminar de ausência de fundamentação da sentença deve ser afastada, quando as razões recursais atendem aos requisitos do art. 514, inciso II, do CPC.
 II. A guarda deve atender ao interesse da criança, devendo preservar o status quo quando não há motivos relevantes para alteração.
 III. Em havendo provas de que a genitora das crianças encontra-se em tratamento de saúde, com comprovação e alterações emocionais, e estando demonstrado que o genitor dos menores, além de possuir condições para cuidar dos seus filhos, detém a guarda provisória desde o rompimento da relação conjugal, não há motivos para a sua alteração. (TJMG - Apelação Cível 1.0183.08.154802-0/001, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/06/2013, publicação da súmula em 01/07/2013)

Ainda no sentido de exemplificar como a alteração legislativa foi recepcionada pelos Tribunais, segue o julgado da Apelação Cível nº 0015260-29.2017.8.19.0031, do Tribunal Fluminense, que anula uma sentença que não aplicou o EPD ao julgar a demanda sem a devida participação da pessoa com deficiência mental, no caso uma pessoa com esquizofrenia, conforme determina o rito disciplinado pelo ordenamento vigente:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. Estado do Rio de Janeiro. Município de Maricá. Ação de obrigação de fazer c/c tutela urgência. **Pedido de internação compulsória do autor com diagnóstico de esquizofrenia paranoide com base em laudos médicos que não acompanharam o interessado em seu estado atual.** Tutela deferida para determinar internação compulsória. **Interessado não participou de nenhum ato processual. Ausência de entrevista ou outro contato pessoal.** Sentença que julgou procedente a demanda para confirmar a tutela e condenar os réus solidariamente a arcar com os honorários advocatícios fixados em R\$ 250,00 para cada. Apelo do ERJ. Apelo adesivo da CEJUR. **Não cumprimento da Convenção Internacional da Pessoa com deficiência ratificada pelo país. Não**

cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Necessidade de estudo biopsicossocial a ser realizado com equipe multidisciplinar para saber a situação atual do interessado. Aplicação da Lei nº13.146/2015, art. 12 e da Lei nº 10216/2001. SENTENÇA ANULADA para inclusão da Pessoa com Deficiência no polo passivo e cumprimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 6.949/2009.

(0015260-29.2017.8.19.0031 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). JDSMARIA AGLAE TEDESCO VILARDO - Julgamento: 03/02/2022 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL) (grifos nossos)

Abaixo interessante voto da Ministra Relatora do Agravo Interno no Habeas Corpus nº 144592/MG, Maria Isabel Galotti, que além de discorrer de forma clara a respeito da melhor aplicação dos princípios basilares dos direitos das crianças e adolescentes e pessoas com deficiência, reforça a importância da ampla produção de provas e da imprescindibilidade da análise multidisciplinar em casos complexos de direito de família e criança e adolescente:

Trata-se de recurso ordinário interposto em face de acórdão que **indeferiu a inicial de habeas corpus que buscava discutir guarda de menor**, mediante acórdão assim ementado:

"AGRAVO INTERNO. HABEAS CORPUS. **DIREITO DE FAMÍLIA .GUARDA DE MENOR. INADEQUAÇÃO DE VIA ELEITA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. O habeas corpus não é instrumento processual adequado para impugnar decisão judicial que determina a suspensão do poder familiar.

2. A jurisprudência do Superior Tribuna de Justiça se firmou no sentido de que o habeas corpus, por não comportar dilação probatória, não constitui instrumento hábil para desconstituir decisão judicial embasada em vastos elementos informativos dos autos.

3. Decisão mantida. Recurso não provido."

Opostos os embargos de declaração, esses foram rejeitados.

Em suas razões do recurso, **o recorrente alegou que a retirada da guarda dos filhos da recorrente "contrariou normas expressas em Leis Federais, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA), do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), do Código de Processo Civil, cujos preceitos garantem regras da Constituição da República(CR), das Declarações Internacionais de Direitos Humanos(DIDH)".**

Afirmou que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais "propôs uma Medida Protetiva para a criança em 2017 (processo de Nº 0078318-20.2017.8.13.0145), porém a paciente e a família nunca foram intimadas, para tomarem qualquer providência relacionada à proteção da criança".

Aduziu que o acórdão calunia a mãe da criança ao afirmar que essa "apresenta impossibilidade mental de estabelecer os cuidados necessários à criança, manifesto desde da negligência até os relatos de comportamento agressivo contra o infante (sic) trechos extraídos da decisão proferida nos autos 0145.18.017.768-8".

Apontou, ainda, que, "antes de propor o Writ, por quase dois anos, o Impetrante suplicou medida protetiva da Paciente, e o CREAS marcou consulta com o perito judicial, com a finalidade de verificar sua capacidade mental dela, que após ser analisada na consulta com o Dr. Glauco, este **apresentou o laudo do diagnóstico de relativa incapacidade, o que motivou o Impetrante suplicar a Ação de Interdição Nº 5015626-31.2016.8.13.0145**, porém, até hoje nada foi resolvido".

Por fim, alegou que o acórdão recorrido incorre em excesso de formalismo.

Assim delimitada a questão, anoto, inicialmente, que **a paciente busca impugnar decisão interlocutória que determinou a suspensão liminar do poder familiar**, conforme se depreende da leitura do seguinte trecho (fls. 138/144 e-STJ):

"Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do agravo interno.

No entanto, registro que **não vejo motivos para alterar a decisão agravada**, pelo que a mantenho.

Data maxima venia, os argumentos apresentados pelo recorrente não desconstituem o entendimento posto no referido decisum.

No presente caso, verifica-se que o recorrente impetrou habeas corpus (processo n. 1.000.18.130.782-8/000), sustentando que a autoridade coatora, ora agravada, **"tomou da paciente um filho de tenra idade e um recém nascido, afastando-os à força do seio familiar, sem as mínimas cautelas legais"**, ressaltando que, no dia 17.04.2018, dois agentes judiciários da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Juiz de Fora foram à residência da paciente e lhe disseram que tinham ordem para levarem o filho dela para uma instituição de acolhimento.

Contudo, conforme adiantei na decisão recorrida, **em demandas envolvendo guarda de menor, impõe-se, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, a busca do melhor interesse da criança, bem como uma análise apurada do conjunto probatório**, afigurando-se incabível a estreita via do Habeas Corpus para impugnar **decisão que determinou a suspensão do poder familiar da mãe, com fundamento em estudos técnicos e relatórios realizados após diligência do Comissariado da Vara de Infância e Juventude na casa dos familiares da criança**.

Assim constou na decisão recorrida, em que indeferi a petição inicial do habeas corpus, in verbis:

A situação em comento envolvendo decisão do juízo da Infância e Juventude que, diante de situação de risco apurada pelo Ministério Público, **constatou a falta de condições para o adequado desenvolvimento do menor, bem como o descumprimento do dever de guarda, determinou a aplicação de medidas de proteção em favor da criança**, não se enquadra na hipótese prevista no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal:

(...)

Em casos desse jaez, em que uma parte se resigna contra decisão judicial recorrível e não teratológica, **proferida em demanda norteada pela busca do Melhor Interesse da Criança, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, em adequada exegese ao dispositivo constitucional acima transcrito, tem afastado o cabimento de habeas corpus (...)

O ora agravante, por sua vez, alega que a decisão recorrida funda-se em "formalismo excessivo", em detrimento do direito substancial.

Não se olvida que de acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, o ato processual deve ser realizado para se obter determinada finalidade, devendo a forma ser ajustada a esta função, prevalecendo a norma disposta no art. 277 do CPC/15: "Quanto a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar a finalidade".

Lado outro, é sabido que o procedimento do habeas corpus tem como marca principal a celeridade, revelando-se notadamente simplificado e avesso à dilação probatória.

Dessa forma, **as questões próprias do direito de família, principalmente aquelas envolvendo guarda de menor, demandam uma análise apurada e aprofundada de elementos probatórios**, o que não se compatibiliza com a sumariada de do rito do habeas corpus, razão pela qual não há se falar, no presente caso, em instrumentalidade das formas.

De mais a mais, nos moldes consignados na decisão monocrática recorrida, o recorrente se insurge contra decisão judicial recorrível e não teratológica, afigurando-se, também por este motivo, descabido o remédio constitucional debatido.

Nesse particular, impõe-se a colação dos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Quanto à pertinência dos julgados colacionados pelo agravante em seu recurso, observa-se que não possuem relação com o caso sub examine, eis que não tratam de **decisão sobre guarda, com situação de risco devidamente apurada**, nos moldes do presente caso, em que o próprio **Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação embasada em relatório e parecer técnico que mostraram condições favoráveis à adoção, "uma vez comprovado que nenhum familiar se apresentou para assumir os cuidados da criança (...)** e que a mãe apresenta impossibilidade

mental de estabelecer os cuidados necessários à criança, manifesto desde da negligência até os relatos de comportamento agressivo contra o infante (sic) trechos extraídos da decisão proferida nos autos 0145.18.017.768-8 (Doc. Elet. 13 do Habeas Corpus n. 1.0000.18.130782-8/000).

Portanto, em relação à jurisprudência, consoante julgados acima colacionados, tem-se que o **Superior Tribunal de Justiça** possui entendimento no sentido de que o habeas corpus, **por não comportar dilação probatória**, não constitui instrumento hábil para desconstituir decisão embasada em vastos elementos informativos dos autos.

Em casos semelhantes, assim também já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...)

[...]

Por fim, ainda que assim não o fosse e à luz do melhor interesse da criança, que permitiria a concessão da ordem de ofício, destaco que melhor sorte não assistiria ao impetrante.

Isso porque não foi acostada aos autos documentação suficiente apta a lastrear as afirmações despendidas no habeas corpus, cujas razões corroboram com a correção das decisões ora combatidas.

A propósito, **a própria recorrente afirma nas razões do habeas corpus que a genitora dos menores, paciente do presente habeas corpus e que teve suspenso liminarmente o poder familiar, é relativamente incapaz em decorrência do uso de chá alucinógeno e possivelmente de outras drogas desde os 13 (treze) anos de idade**, conforme se verifica do seguinte trecho (fl. 3 e-STJ):

"Neste particular, cabe destacar que, a família se encontra doente desde os anos de 2000, quando a mãe da Paciente passou a frequentar a seita "Santo Daime", em 2000, e, depois, passou a levar os filhos Marcus e Mariana (15 e 13 anos), para participarem de cultos durante toda a noite, ingerindo um chá alucinógeno, motivo mais que suficiente para o causídico repudiar tal crença, fazer um Boletim de Ocorrência Policial e denunciar ao Conselho Tutelar, que buscou proteger as crianças em 2003, propondo Ação na Vara da Infância e Juventude, porém, em 2004, o Juiz da Infância permitiu todos continuarem indo aos cultos ao Santo Daime, quando ingeriam o chá e, certamente, usavam outras drogas.

Desde então, a família ficou cada vez mais debilitada mentalmente, tanto que a Paciente está relativamente incapaz, porém, seu irmão mais velho, hoje com 33 anos de idade, surtou quando tinha 17, e ficou esquizofrênico, que diante da situação indigna em que vive com a mãe, obrigou o causídico suplicar ao Ministério Pública, a interdição deste, porém, em 2014, pasme-se, a D. Juíza da 4ª Vara de Família nomeou a mãe dele como curadora, sem esta comparecer em audiência para prestar compromisso, e, como ela nunca foi repreendida, sempre utilizou os benefícios da Previdência Social para comprar drogas, e administrá-las a todos, e pior, nunca foi obrigada a prestar contas da curadoria."

Dessa forma, saliento que o impetrante não logrou êxito em demonstrar, por intermédio de prova pré-constituída, suas alegações, as quais corroboram, inclusive, no sentido da legalidade do ato do magistrado, não se encontrando presentes, portanto, os requisitos previstos no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

A propósito:

HABÉAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL - ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS - O ABRIGAMENTO É MEDIDA QUE SE IMPÕE, NO CASO - ORDEM DENEGADA. Hipótese: Habeas Corpus tirado contra deliberação monocrática exarada por Desembargador relator de agravo de instrumento que indeferiu a concessão de efeito suspensivo ao recurso esse, de sua vez, interposto contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Foro de Guarulhos que, nos autos da ação de destituição do poder familiar fundada no efetivo abandono e indícios de adoção à brasileira, cumulada com aplicação de medidas de proteção, promovida pelo Ministério Público Estadual, concedeu a antecipação de tutela para determinar o acolhimento (medida de proteção prevista no art. 101, VII, do ECA), em favor da criança, com a conseqüente ordem de busca e apreensão e proibiu visitas pela genitora, ora impetrantes e seus familiares

sem autorização judicial.

1. A decisão monocrática do relator do agravo de instrumento é desafiável por recurso próprio, porém, optaram os requerentes por protocolar o presente habeas corpus, subvertendo a ordem recursal própria incidente à espécie, o que se afigura inadmissível, principalmente por não se revelar a ocorrência de flagrante abuso ou constrangimento ilegal, únicas circunstâncias que autorizariam, face o sopesamento com o princípio do melhor interesse da criança que constitui o fundamento de todo o sistema de proteção do menor, a alteração do adequado procedimento judicial recursal.

2. Na origem fora determinado o acolhimento institucional face a suspensão do poder familiar em razão da inadequação na entrega espontânea do infante, pela mãe biológica residente na Bahia, ao casal impetrante domiciliado em São Paulo, que não possui qualquer vínculo de parentesco com a criança, tampouco é inscrito no cadastro de pretendentes à adoção.

3. Em princípio, não se afigura teratológica a deliberação do magistrado a quo e do Desembargador relator do agravo de instrumento que, frente às circunstâncias fáticas do caso entenderam prudente o acolhimento institucional do menor, ante a existência de fortes indícios acerca da irregularidade na conduta da genitora e dos impetrantes, ao afrontarem a legislação regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes, bem assim às políticas públicas implementadas, com amparo do Conselho Nacional de Justiça, que visam coibir práticas como a da adoção à brasileira.

3. Na hipótese ora em foco, momentaneamente, a defesa do melhor interesse da criança se consubstancia no acolhimento provisório institucional, tanto em razão do pequeno lapso de tempo de convívio com os impetrantes, de modo a evitar o estreitamento desses laços afetivos, quanto para resguardar a adequada aplicação da lei e a observância aos procedimentos por ela instituídos, já que, segundo se depreende dos elementos colhidos na análise desta controvérsia, para fins de adoção, os impetrantes não estão aptos visto sequer estarem inscritos no cadastro nacional de pretensos adotantes.

4. Assim, dada a pouca idade do infante e em razão de que os elos de convivência não perduram por período tão significativa a ponto de formar, para o menor, vínculo indissolúvel, prudente e razoável a manutenção do abrigo.

5. Ordem denegada e, por consequência, revogada a liminar anteriormente concedida. (HC 439.885/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018) HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). MEDIDA PROTETIVA. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. GRAVE SUSPEITA DE FRAUDE NA AQUISIÇÃO DA GUARDA. GENITORA HUMILDE. ENTREGA DO FILHO PARA OUTRO CASAL, COM POSTERIOR ARREPENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada mediante a estreita via do habeas corpus.

2. Todavia, no caso dos autos, o acolhimento institucional fora determinado em razão da descoberta de fraude na obtenção da guarda da criança pelo casal impetrante que, em conjunto com a genitora, utilizou-se de documentos falsos durante o pré-natal e no parto do menor.

3. Ademais, há informações no sentido da viabilidade do retorno da criança à mãe biológica, que mostrou arrependimento pela entrega do filho ao casal impetrante.

4. Dadas as peculiaridades do caso, tem-se a necessidade de ampla dilação probatória, o que é incompatível com a via do habeas corpus, que só admite cognição sumária.

5. Ordem denegada.

(HC 370.636/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/2/2017, DJe 21/2/2017) Em face do exposto, com base na Súmula 568/STJ, não conheço do recurso.

Intimem-se.

Brasília, 25 de março de 2021.
MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora
(RHC n. 144.592, Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 30/03/2021.) (grifos nossos)

A decisão monocrática acima destacada, apesar de tratar como tema central sobre a eleição de via inapropriada (*habeas corpus*) para discussão de destituição de guarda de filho, é rica no tema deste trabalho, pois, coteja o direito dos pais e dos filhos em caso de exposição das crianças.

A conclusão deste trabalho caminha no mesmo sentido que o voto da Ministra Isabel Galotti ao priorizar o melhor interesse da criança e adolescente e com uma ampla produção probatória no estudo multidisciplinar da família, pelo qual, todos os envolvidos devem participar ativamente.

O Recurso Ordinário 112046220175150144, abaixo colacionado, apesar de ser uma decisão trabalhista, traz, com riqueza de especificações legais e principiológicas, o tema desta dissertação. A decisão é fundamentada na priorização do direito das crianças e adolescentes em busca do melhor interesse deste público, para a promoção da dignidade do filho da trabalhadora:

ACÓRDÃO NO RECURSO ORDINÁRIO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. TUTELA INIBITÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, SEM DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REMUNERAÇÃO E SEM A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS, A FIM DE QUE A TRABALHADORA ACOMPANHE SEU FILHO DE SEIS ANOS DE IDADE, PORTADOR DA SÍNDROME DE DOWN, EM ATIVIDADES TERAPÊUTICAS INDISPENSÁVEIS AO DESENVOLVIMENTO SADIO E À INTEGRAÇÃO SOCIAL DA CRIANÇA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE SUBSTANCIAL E DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL. PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. Discute-se desde 2017 o direito de uma mãe e professora de ver reduzida em algumas horas a jornada de trabalho perante o Município de Bariri, sem a obrigatoriedade de compensação de horários e sem prejuízo da remuneração que provê o sustento da família, a fim de que ela acompanhe o filho, que completou seis anos de idade no dia 20/10/2020, nas atividades terapêuticas indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento enquanto portador da Síndrome de Down. Considerando que a proteção à infância e a assistência à pessoa portadora de necessidades especiais, bem como o direito ao trabalho são direitos sociais assegurados pela Constituição, reconhece-se a transcendência da matéria trazida no recurso de revista, nos termos do art. 896-A, § 1º, III, da CLT. A razoabilidade da tese de violação do art. 5º, caput, da CF justifica o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. TUTELA INIBITÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, SEM DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REMUNERAÇÃO E SEM A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS, A FIM DE QUE A TRABALHADORA ACOMPANHE SEU FILHO DE SEIS ANOS DE IDADE, PORTADOR DA SÍNDROME DE DOWN, EM ATIVIDADES TERAPÊUTICAS INDISPENSÁVEIS AO DESENVOLVIMENTO SADIO E À INTEGRAÇÃO

SOCIAL DA CRIANÇA - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE SUBSTANCIAL E DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL - CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL POR MEIO DO AUMENTO DAS HORAS DE TRABALHO PEDAGÓGICO LIVRE (HTPL) E DIMINUIÇÃO EQUIVALENTE DA JORNADA PRESENCIAL - APLICAÇÃO DOS ARTS. 98, § 3º, DA LEI Nº 8.112/1990 E 11 DA LEI MUNICIPAL Nº 4.111/2011 - PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO, SEGUNDO O ART. 2 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - PROVIMENTO PARCIAL DO PEDIDO. Discute-se desde 2017 o direito de uma mãe e professora de ver reduzida em algumas poucas horas a jornada de trabalho perante o Município de Bariri, sem a obrigatoriedade de compensação de horários e sem prejuízo da remuneração que provê o sustento da família, a fim de que ela acompanhe o filho, que completou seis anos de idade no dia 20/10/2020, nas atividades terapêuticas indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento enquanto portador da Síndrome de Down. **O juízo de primeiro grau, em caráter liminar inaudita altera para autorizado pelo art. 300, caput e § 2º, do CPC, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Já em sede de cognição exauriente, cassou a medida de urgência e julgou improcedente a pretensão.** O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da autora. **Utilizando como fundamento nuclear a ausência de previsão legal que respaldasse o pedido, o Colegiado acrescentou que os princípios constitucionais não autorizam o Poder Judiciário a impor obrigações não previstas em lei, notadamente as que representam impacto financeiro.** Destacou que a efetivação do que pretende a trabalhadora em juízo deve ocorrer por meio de políticas públicas abrangentes. No entanto, a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos nucleares da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV). O poder constituinte originário erigiu a construção de uma sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação, ao status de objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, I e IV). **Os direitos humanos foram alçados ao patamar de princípio norteador das relações externas, com repercussão ou absorção formal no plano interno (arts. 4º, II, e 5º, §§ 2º e 3º).** Já o catálogo de garantias e direitos fundamentais deixou de assumir a conformação vertical do constitucionalismo clássico para constituir o principal fundamento sobre o qual repousa todo o ordenamento jurídico nacional. **A denominada Carta Política, de feição marcadamente liberal e que se propunha, essencialmente, à imposição de limites ao poder do Estado na vida privada, deu lugar a uma Carta Fundamental, de caráter dirigente, programático e de alcance muito mais abrangente e concretizador.** O processo histórico de horizontalização dos direitos fundamentais adquiriu assento constitucional expresso (art. 5º, § 1º), de modo que, diferentemente do que sugere o acórdão recorrido, os valores mais caros à sociedade possuem aptidão para alcançar todos os indivíduos de forma direta e eficácia plena, sem a necessidade de que sejam veiculados por meio de pontes infraconstitucionais. **Nesse sentido, a matriz axiológica da Constituição não somente pode, mas, sobretudo, deve servir de fonte imediata para a resolução de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário, notadamente aquelas de alta complexidade. De todo modo, a ausência de norma infraconstitucional específica não seria capaz de isentar o magistrado de, com base nos princípios gerais de direito, na analogia e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dentre eles o Pacto de San Jose da Costa Rica, reconhecer a incidência direta dos direitos sociais em determinados casos concretos, mesmo porque aqueles nomeados exemplificativamente no texto constitucional, inclusive no que diz respeito aos trabalhadores, encerram cláusulas gerais ou de conteúdo indeterminado, mas de aplicação imediata (arts. 6º e 7º, caput, in fine).** O Tribunal Regional não deixa de ter razão quando afirma que o dever da sociedade, de assegurar o exercício de direitos aos grupos em situação de vulnerabilidade, deve ser aperfeiçoado por meio de políticas públicas de alcance abrangente. Essa responsabilidade, no caso específico dos deficientes e dos portadores de necessidades especiais, é de competência concorrente dos entes federativos, nos

termos dos arts. 23, II, e 24, XIV, da CF e se encontra prevista em diversos pontos da própria Constituição, notadamente nos seus arts. 203, IV, 208, III, e 227, § 1º, II, bem como na legislação específica, a exemplo do art. 8º da Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Neste sentir, é mesmo dever do Estado promocional, por meio de seus Poderes, dar conteúdo prestacional aos direitos sociais, agindo de forma ativa a concretizá-los. Ocorre que a ainda claudicante atuação do Poder Público na adoção de medidas efetivas ao bem-estar da população vulnerável e, sobretudo, o alcance mais restrito da pretensão declinada na exordial, permitem que este Colegiado examine a controvérsia sob ótica diversa. Felizmente, está ficando para trás o tempo em que a pessoa portadora de deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, inata ou adquirida, era considerada apenas um peso a ser suportado por terceiros, fosse no âmbito familiar ou social ou ainda sob as expensas do Estado. Impulsionada pela medicina, pela psicologia, pela sociologia e por outras áreas do saber, a sociedade tem evoluído, passando a enxergar os integrantes dessa parcela da população como indivíduos sujeitos de prerrogativas e obrigações, no exercício, às vezes pleno, às vezes mitigado, de sua capacidade e de sua cidadania. O direito brasileiro não ficou alheio a essa evolução, de modo de que documentos construídos no plano internacional com o intuito de proteger e salvaguardar o exercício dos direitos dos deficientes e portadores de necessidades especiais vêm sendo absorvidos pela ordem jurídica pátria com força de emenda constitucional, a exemplo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Tratado de Marraqueche; da revogação dos incisos I a III do art. 3º do Código Civil brasileiro quanto à caracterização dos incapazes; e, o art. 1783-A, do Código Civil, sobre a tomada de decisão apoiada. A nossa ordem jurídica, mesmo que de forma incipiente, tem procurado promover e garantir os direitos e liberdades fundamentais desses indivíduos, visando à sua inclusão social, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas. Expressões de conotação depreciativa, como a outrora paradigmática "loucos de todo gênero", deixaram de ser utilizadas nos textos legais, ao passo que a não-discriminação negativa passou a ser a palavra de ordem em documentos oficiais. No âmbito da Administração Pública, a Lei nº 13.370/2016 alterou o art. 98, § 3º, da Lei nº 8.112/1990 para estender o direito ao horário especial ao servidor público federal que possui cônjuge, filho ou dependente com deficiência e para revogar a exigência de compensação. Especificamente no que toca ao Direito do Trabalho, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 110/2016, da relatoria do senador Flavio Arns, que pretende reduzir em 10% a jornada dos trabalhadores que tenham sob sua guarda filhos com deficiência, sem prejuízo da remuneração. **A par de tudo o que já foi considerado, há de se ter em mente que os anseios por uma sociedade justa não podem passar ao largo da percepção de que os seus integrantes são plurais e de que a igualdade substancial é valor que coloca em alto relevo as diferenças de ordem pessoal. Tratar pessoas diferentes com isonomia não significa tratá-las segundo a mesma régua ou de acordo com os mesmos parâmetros. A aplicação do primado da igualdade sem qualquer temperamento costuma apenas aprofundar as desigualdades ainda tão presentes em nossa realidade social. É certo que os funcionários da municipalidade recorrida não têm seus horários de trabalho adequados a fim de que possam acompanhar seus filhos em atividades educacionais ou recreativas, mormente sem a redução de salários. Ocorre que o filho da autora possui características particulares que não apenas o diferenciam da maioria das outras crianças, mas, também, representam um desafio superior tanto ao seu desenvolvimento como pessoa quanto à sua afirmação enquanto agente socialmente relevante. **Destaque-se, por oportuno, que a ciência não estabelece gradação à Síndrome de Down, não havendo que se cogitar de sua incidência severa ou moderada. Daí a importância do seguinte questionamento: ao negar um horário diferenciado à sua mãe, o reclamado não estaria adotando um tratamento uniforme para crianças em situações flagrantemente desiguais? Pensamos que a resposta seja positiva. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das****

Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e chancelada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, conforme o procedimento do art. 5º, § 3º, da CF, reconhece que a deficiência "é um conceito em evolução" e que "resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas". Estabelece, no art. 3º, os seus "princípios gerais", dentre os quais se destacam o "respeito pela diferença" e a "igualdade de oportunidades". Prevê, no art. 5.1, que "todas as pessoas são iguais perante e sob a lei a que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e benefício da lei". Especificamente quanto à criança, determina, no art. 7.1 que "os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças". Referidos dispositivos não apenas ratificaram o já consagrado princípio da igualdade material insculpido no art. 5º, caput, da CF, mas, também, lhe conferiram refinamento temático expreso. Assim, o direito das crianças com deficiência, de serem tratadas pelo Estado e pela sociedade em igualdade de condições e segundo as características peculiares que as diferenciam dos demais indivíduos, passou a ser literal na Constituição brasileira a partir de 25 de agosto de 2009, data da publicação do Decreto presidencial nº 6.949. Existem julgados do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive da 3ª Turma, nos quais o cuidado diferenciado que deve ser dirigido às crianças portadoras de necessidades especiais justificou a alteração de turno de trabalho de seus pais. **É evidente que a transposição de um ideal de justiça de uma decisão judicial para a realidade concreta nem sempre é tranquila, ou mesmo factível. O alto grau de abstração de um princípio constitucional deve sempre ser levado em consideração pelo juiz no exame da exequibilidade e das repercussões econômicas e sociais de sua decisão.** Assim, é de toda pertinência a preocupação do Tribunal Regional com impacto financeiro e/ou administrativo de uma sentença desfavorável ao réu. Nesse sentido, o art. 5.3 da Convenção diz que, "a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida". Já o art. 2 conceitua a "adaptação razoável" como as "modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais". Prover "adaptação" significa adotar os esforços necessários para que os portadores de deficiência possam usufruir dos direitos humanos e fundamentais, em igualdade de condições com os demais indivíduos. A razoabilidade dessa acomodação encontra limite apenas na eventual desproporcionalidade entre os benefícios que podem ser alcançados com a sua adoção e os possíveis custos dela decorrentes. Diante dessa perspectiva e tornando ao caso concreto, cabe à Justiça do Trabalho conciliar os interesses divergentes entre as partes para que a criança possa ser acompanhada por sua mãe nas atividades multidisciplinares, sem que isso proporcione um ônus para o qual o réu não esteja preparado ou não consiga suportar. Conforme o quadro fático expreso no acórdão recorrido, "a reclamante acumula dois contratos na função de Professor de Educação Básica II, ambos com a municipalidade reclamada, cada um com carga horária semanal de 31 horas". O pedido formulado na inicial consiste na obrigação de que a municipalidade autorize a sua ausência do serviço às terças-feiras, de 13h00 às 17h00 (quatro horas) e de 18h20 às 21h10 (duas horas e cinquenta minutos), e às quintas-feiras, de 12h30 às 17h00 (quatro horas e trinta minutos). Ou seja, a autora pede para que lhe sejam reduzidas, sem prejuízo de sua remuneração, 11 horas e 20 minutos dentre as 62 horas semanais por ela despendidas no ofício de professora de Geografia da municipalidade ré. Já o município requer a total improcedência da reclamação trabalhista ou "que seja encontrada outra solução para o próximo ano letivo, para a professora poder acompanhar o seu filho no tratamento e também não haja prejuízos tanto para os alunos da rede municipal, tanto quanto para o erário municipal" (sic).

De um lado, sabe-se que o acompanhamento da criança por sua mãe tende a desempenhar papel muito importante na sedimentação das competências adquiridas e/ou estimuladas nas atividades terapêuticas, mesmo porque o contato direto e reiterado da genitora com os membros da equipe multidisciplinar deve repercutir positivamente na estimulação adicional promovida no âmbito familiar. Ademais, a ciência diz que a estimulação precoce é de extrema relevância para a maior eficácia das técnicas adotadas pelos profissionais. **Diante desse contexto, uma eventual improcedência da pretensão poderia ensejar até mesmo um pedido de desligamento da trabalhadora, o que prejudicaria sobremaneira os rendimentos da família e colocaria em risco a própria subsistência do filho deficiente.** De outro lado, entende-se que a procedência integral do pedido demandaria uma série de expedientes do réu, a fim de que seus alunos não ficassem prejudicados e de que o impacto orçamentário fosse minimizado. Afinal, a readequação da grade horária dos docentes de Geografia, com o consequente pagamento de horas extras, ou mesmo a contratação de outro profissional, seja em cargo efetivo ou pela via do contrato emergencial, certamente resultaria em ônus administrativos para a municipalidade e financeiros para o erário, embora suportáveis em confronto com a manutenção do contrato de trabalho e o direito de acompanhamento do deficiente, em prol de uma melhor integração na sociedade. **Conforme ressaltado alhures, a Lei nº 8.112/1990 assegura a concessão de horário especial ao servidor ou à servidora que possui cônjuge, filho ou dependente com deficiência, sem prejuízo do salário e sem a necessidade de compensação de horário.** Ora, se o dependente do funcionário federal possui tal prerrogativa, entendemos que o filho de uma professora municipal deve desfrutar de direito semelhante. **Pessoas em situações análogas não podem ser tratadas de forma absolutamente desigual, sob pena de violação do multicitado princípio da igualdade substancial, previsto tanto na Constituição Federal quanto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** No caso específico dos professores do município de Bariri, a Lei Municipal nº 4.111/2011 determina que parte da jornada de trabalho seja realizada por meio de atividades pedagógicas extraclasse, coletivas ou individuais, as chamadas Horas de Trabalho Pedagógico Coletivo (HTPC), Horas de Trabalho Pedagógico Individual (HTPI) e Horas de Trabalho Pedagógico Livre (HTPL), sendo as últimas cumpridas em local e horário de livre escolha do docente, nos termos do art. 11, § 6º. Cabe destacar que o § 3º do mesmo artigo diz que o professor de Educação Básica II poderá ampliar ou reduzir a jornada de trabalho definida no início do ano letivo, a critério da Administração, ao passo que o § 4º estabelece que o número de horas de trabalho pedagógico sofrerá alteração conforme o número de horas/aulas que o docente assumir. A petição inicial alerta para o fato de que as 62 horas semanais de trabalho seriam compostas por 42 horas presenciais com os educandos, 4 horas de HTPC, 8 horas de HTPI e 8 horas de HTPL. Imaginando-se, em adaptação ou acomodação razoável, um cenário em que as HTPL pudessem ser aumentadas e as horas presenciais diminuídas na mesma proporção, a autora certamente teria a possibilidade de administrar os seus horários para que pudesse ter a liberdade de acompanhar o seu filho nas sessões multidisciplinares. Adotando-se esse horário especial, ainda que haja, em adoção do princípio da solidariedade, a necessidade de remanejamento da jornada dos demais professores de Geografia, ou mesmo o pagamento de horas extras para a substituição da autora nos períodos de impossibilidade de sua docência presencial, o custo adicional para a municipalidade, seja financeiro ou administrativo, certamente não seria substancial a ponto de superar os benefícios individuais e as repercussões sociais decorrentes da procedência do pedido. A "adaptação", neste caso, atenderia plenamente o requisito da razoabilidade previsto no art. 2 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ainda mais quando se considera que esse ônus deve ser mitigado por um aumento de produtividade da professora, que, livre da preocupação de não poder acompanhar o seu filho nas atividades de que ele necessita, tende a preparar as aulas com maior qualidade e a ministrá-las com maior empenho e profundidade, em evidente benefício de seus alunos. Por fim, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça em que uma demanda de portador de deficiência foi examinada sob a ótica do Princípio da Adaptação Razoável. Recurso de revista

conhecido, por violação do art. 5º, caput, da CF e parcialmente provido. (TST - RR: 112046220175150144, Relator: Alexandre De Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 02/12/2020, 3ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2020)

Merecem destaque, ainda, dois julgados abaixo colacionados, o Agravo no Recurso Especial: 1739805 MT 2020/0196885-6 (AREsp) e o Agravo no Recurso Especial: 1916885 PR 2021/0188709-0 (AREsp), os quais explicitam a prorização do direito da criança e do adolescente em busca do melhor interesse com a promoção da dignidade:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1739805 - MT (2020/0196885-6) DECISÃO Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso especial apresentado por W. S. DA S., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementado (e-STJ, fls. 774-775): **APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DA APELANTE CREUZA FERREIRA - ACOLHIDA - PRECEDENTES STJ - INCONFORMISMO DO PAI - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES RELEVANTES OU FATOS NOVOS - CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RISCO - ABANDONO - OFENSA AO ART. 1638 DO CC - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (...)** Consoante o texto expresso da lei especial, em todos os recursos, salvo os embargos de declaração, o prazo será decenal (art. 198, II, ECA) e a sua contagem ocorrerá de forma corrida, excluído o dia do começo e incluído o do vencimento, vedado o prazo em dobro para o Ministério Público (art. 152, § 2º, do ECA) Recurso especial provido. (STJ. REsp 1697508/RS Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 4.ª Turma. Julgado em 10/04/2018. Publicado em 04/06/2018). É cabível a destituição do poder familiar quando devidamente comprovado o descaso dos pais em relação aos cuidados elementares, expondo os menores a risco, com fulcro no art. 1638, II, III e IV do CC. Apresentados embargos de declaração pela parte ora agravante, estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 820-830). Nas razões do recurso especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, a parte recorrente alegou violação aos arts. 19, 23, 101 e 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de afirmar a existência de dissídio jurisprudencial (e-STJ, fls. 834-838). Sustentou que, "no decorrer da instrução processual, não foi encaminhado aos programas de assistência, nem mesmo nova reavaliação, a fim de verificar se o mesmo estava dando certo, bem como se era possível a reinserção na família natural" (e-STJ, fl. 836). Destacou que a deficiência de recursos financeiros, por si só, não é motivo suficiente para determinar a perda do poder familiar. Pontuou que, ainda que seus filhos da parte recorrente estejam na guarda da família substituta, tal fato, por si só, não é capaz de afastar o seu poder familiar, ainda mais quando a lei determina que a família natural deve prevalecer sobre a família substituta. Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 852-863). O Tribunal de origem não admitiu o processamento do recurso especial em virtude da incidência da Súmula n. 7/STJ (e-STJ, fls. 864-866). Foi interposto agravo em recurso especial às fls. 870-878 (e-STJ), e contraminuta apresentada às fls. 887-891 (e-STJ). Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 921-926 (e-STJ). Brevemente relatado, decidido. O Tribunal local, ao julgar a apelação, assim consignou (e-STJ, fls. 779-782): **Inicialmente, importante consignar que o melhor interesse da criança é princípio orientador de todas as decisões em questões envolvendo a adoção, guarda e tutela de menores ou poder familiar exercido por seus pais. Sendo assim, as soluções tomadas em processos desse gênero devem se pautar na busca de ambiente que melhor garanta bem estar físico, mental, moral, espiritual e social desses hipossuficientes, possibilitando o seu desenvolvimento sadio e completo, de maneira que tenham uma vida digna no presente e futuro. Com efeito, o art. 227 da Constituição Federal dispõe que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,**

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". [...] No caso, insurge-se o apelante contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público, nos autos da Ação de Destituição do Poder Familiar, destituindo o seu poder familiar sobre os menores [...], respectivamente com 05 e 04 anos de idade. O Magistrado a quo entendeu que houve o preenchimento dos requisitos legais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, motivo pelo qual acolheu o pedido inicial. Para uma melhor compreensão do caso, deve-se salientar, que se iniciou o atendimento a família das crianças em razão de suspeitas de abusos praticados em face de duas idosas, Sra. Maria e Sra. Alice Dias Ramos, esta última ascendente dos menores. A denúncia encaminhada em 22.11.16 ao "Disque Direitos Humanos", serviço mantido pela Presidência da República, tinha o seguinte teor (ID. 19178057): [...] Pontuou ainda que "no que tange as crianças e adolescentes, por sua vez, se identifica contexto de vulnerabilidade social em decorrência da: evasão escolar, falta de creche, regularização de guarda e suposta prática de abuso sexual. Contudo, insta ressaltar que o Conselho Tutelar tem conhecimento da situação e acompanha o caso, segundo informação da Conselheira Tutelar Heloisa". O Conselho Tutelar, por seu turno, manifestou que acompanha o caso desde o ano de 2014, em função das notícias de evasão escolar da requerida Luana e de sua irmã Juliana (ID. 19178065). Posteriormente, em 10.04.17, o Conselho Tutelar encaminhou ao Ministério Público o Ofício n. 279/CTDCA/2017, relatando detalhadamente a situação de negligência vivenciada pelas crianças, a qual estaria "insustentável" (ID. 19178095). Nota-se que com relação ao genitor/apelante, o estudo apontado no relatório e laudo de (ID. 19180490), deixa claro que nunca houve interesse em manter a guarda das crianças, in verbis: [...] Da análise dos documentos comprobatórios e de seus conteúdos, tem-se que, de fato, os menores [...] foram deixados em situação de abandono pelos requeridos, sendo impositiva a destituição do poder familiar, nos termos do artigo 1.638 do Código Civil. De outro lado, constata-se do estudo psicossocial realizado pelo setor multidisciplinar do Município de Sinop: "que as crianças estão integradas com os pais adotantes e com o ambiente sociocultural que a família frequenta. Há demonstrações de carinho e afeto recíprocos. Neste período de cinco meses em que estão sob a guarda do casal, as crianças apresentam significativa mudança tanto física, psicológica e cognitiva, demonstrando que a adoção vem atender os interesses psicossociais dos mesmos" (ID. 19180478). **Com efeito, o interesse prioritário a ser zelado pelo Poder Judiciário é o da criança, o qual prevalece sobre o de qualquer outra pessoa, inclusive de seus pais. É certo que de forma prioritária devem ser preservados os vínculos familiares e ser mantida a criança ou adolescente junto a sua família natural ou família extensa (art. 19, caput e § 3º; art. 23, parágrafo único e art. 100, parágrafo único, X, do ECA e 6º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança), desde, no entanto, que esta manutenção do vínculo familiar se mostre efetivamente vantajosa aos completos direitos e à proteção integral titulada pela criança e adolescente.** No contexto dos autos, a destituição do poder familiar se impõe, oportunizando a inclusão da infante em família substituta. Quanto à mãe, conforme consignado pelo Promotor de Justiça, manifestou que se trata de família desestruturada há algumas gerações, sendo a própria genitora/requerida Luana foi vítima desse quadro, pois foi mãe na adolescência, sem as mínimas condições para exercer as responsabilidades correspondentes, (ID. 19180965). Sendo assim, não há como atender o postulado no apelo. Além disso, imperioso acrescentar que a inserção das crianças em família extensa deve ter por pressuposto a existência de vínculos afetivos entre os parentes e o menor, o que não está presente no caso em tela, mormente porque os menores já estão sob a guarda da família substituta, do casal Marciel e Tainah, estão sendo muito bem cuidadas (ID.19180969), apresentando um ótimo desenvolvimento físico e mental, atendendo assim aos interesse dos infantes, desde o dia 08/03/2018, ou seja, há mais 2 (dois) anos (ID.19179973). Por fim, apesar de medida extrema, a destituição do poder familiar mostra-se recomendável quando o quadro probatório demonstra histórico familiar de risco à criança, como na espécie. Logo, deve ser mantida a sentença. Como é possível verificar da leitura do trecho acima, o Colegiado estadual, sopesando o

acervo fático-probatório dos autos, concluiu que ficou efetivamente comprovado o preenchimento das circunstâncias necessárias para a decretação da perda do poder familiar. Logo, não há como desconstituir o entendimento delineado no acórdão impugnado, sem que se proceda ao reexame dos fatos e das provas dos autos, o que não se admite nesta instância extraordinária, em decorrência do disposto na Súmula 7/STJ. Nessa linha: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ARTS. 19 E 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO A DOLESCENTE. ART 1.638 DO CC. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO INTERPOSIÇÃO. SÚMULA Nº 126/STJ.

. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A perda do poder familiar ocorrerá quando presentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 1.638 do CC. 3. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que manteve a sentença que decretou a destituição do poder familiar, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento inviabilizado, nesta instância superior, pelo óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Aplicável a Súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça quando no acórdão recorrido há fundamento constitucional não atacado por recurso extraordinário. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1445634/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 31/08/2020) AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DO MENOR COM OS SUPOSTOS PAIS REGISTRAIS. CONVÍVIO DE CURTO ESPAÇO DE TEMPO (TRÊS MESES). DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 4. O Tribunal a quo consignou que é nítido que a criança foi colocada em situação de risco e que às partes foi assegurado o devido processo legal, elementos que, entre outros, formaram a base para decisão no que tange à destituição do poder familiar. A modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1774015/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 03/03/2020) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. 1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 2. Agravo não provido. (AgInt no AREsp 1.194.238/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018) Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2021. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator (STJ - AREsp: 1739805 MT 2020/0196885-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 03/08/2021)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1916885 - PR (2021/0188709-0) DECISÃO Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/2015, art. 1.042) interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial diante da incidência da Súmula n. 7/STJ e inexistência de violação do art. 1.022, I e II, do CPC/2015. O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 1.434): APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE **DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR** - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA REQUERIDA - **NULIDADE POR AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE LAUDO BIOPSISSOCIAL** - NÃO ACOLHIMENTO - **VASTO ACERVO PROBATÓRIO QUE CORROBORA AS ALEGAÇÕES DE NEGLIGÊNCIA PARA COM O INFANTE** - PRELIMINAR DE

NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – NÃO ACOLHIMENTO - **OPORTUNIDADE DE DEFESA EXERCIDA TANTOS AUTOS DE MEDIDA PROTETIVA COMO NA PRESENTE AÇÃO - INSTRUÇÃO PROCESSUAL QUE AMPARA O CONSTATADO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE LEVOU AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DA CRIANÇA** - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - REJEIÇÃO - CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE DEVEM SER CONSTATADAS - IN STATUS ASSERTIONIS NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO DA DEMANDA - OFENSA AOS DEVERES DE CUIDADO, GUARDA E CRIAÇÃO DOS FILHOS (ART. 1.634, CC) - CRIANÇA RECÉM NASCIDA QUE ERA DEIXADA POR VÁRIOS DIAS EM CUIDADOS DE TERCEIROS - SITUAÇÃO DE RISCO CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE RESIDÊNCIA FIXA E DE ESTABILIDADE - HISTÓRICO FAMILIAR QUE EVIDENCIA QUE OUTROS OITO FILHOS DA REQUERIDA JÁ FORAM DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR, ALÉM DE DOIS FILHOS QUE FORAM CRIADOS PELO RESPECTIVO GENITOR E PELO GENITOR DA REQUERIDA - NÃO ADERÊNCIA AO TRATAMENTO MEDICAMENTOSO PARA ESQUIZOFRENIA - AMPLO ACOMPANHAMENTO DA SITUAÇÃO FAMILIAR PELO CONSELHO TUTELAR, CRAS E CAPS - REQUERIDA QUE JÁ É TITULAR DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (LOAS) - REQUISITOS PARA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PREENCHIDOS - ART. 1.638, II E IV, DO CÓDIGO CIVIL - **IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA - PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA** - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. No recurso especial (e-STJ fls. 1.461/1.474), interposto com base no art. 105, III, a, da CF, a recorrente apontou violação dos seguintes dispositivos: (i) arts. 1.022, I, do CPC/2015, pleiteando que seja declarada omissão do acórdão tendo em vista a existência de "omissão dos órgãos de proteção em relação à situação da recorrente, porquanto não houve de fato o encaminhamento legal previsto no artigo supramencionado" (e-STJ fl. 1.471), (ii) arts. art. 19, § 3º, 23, § 1º, da Lei n. 8.069/1990 e 3, IV, 6º e 8º da Lei n. 13.146/2015 alegando que "não consta nos presentes autos, qualquer informação que desabone a conduta da requerida, ou que coloque em risco a vida do infante. **A única referência constante nos autos, é de que a requerida precisa de atendimento médico constante, e tal incapacidade, ao contrário do alegado em sede de inicial, não lhe retira a atenção e cuidados necessários ao bom desempenho do papel materno. Restando cristalino que o único motivo é a condição de deficiente intelectual, ou seja, criaram-se barreiras atitudinais contra a demandada por sua situação de deficiente**" (e-STJ fl. 1.464). Busca, em suma, o provimento do recurso especial para o fim de (e-STJ fl. 1.473): (...) anular o acórdão e determinar a **correta aplicação dos art. 19 § 3º; art. 23 caput e § 1º; do ECA; art. 3, IV, e; art. 6º e 8º da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)** e no art. 1.022, I, do CPC, decretando a nulidade do processo desde a instrução, para o fim de determinar ao juízo de 1º Grau que introduza a recorrente em programas oficiais de auxílio para resolver a situação da moradia e poder reaver seu filho. Foram oferecidas contrarrazões (e-STJ fls. 1.481/1.487). No agravo (e-STJ fls. 1.505/1.509), afirma a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial. Contraminuta apresentada (e-STJ fls. 1.514/1.516). O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 1.539/1.542). É o relatório. Decido. Com relação à afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, importa esclarecer que os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material. No caso dos autos, a Justiça local decidiu a matéria controversa, ainda que contrariamente aos interesses da parte. Não há, portanto, omissão alguma a ser sanada. O Tribunal de origem, ao analisar as provas constantes dos autos, entendeu que "a prioridade de manutenção da criança e do adolescente em sua família natural ou extensa não se sobrepõe ao próprio interesse da criança, quando as famílias natural e extensa não demonstram aptidão em desempenhar o poder familiar e o atendimento de todas as necessidades materiais afetivas e psicológicas da criança"

(e-STJ fl. 1.454). Confira-se o seguinte excerto (e-STJ fls. 1.449/1.454): (...) O relatório multidisciplinar elaborado em 20.04.2020, foi juntado no mov. 163.2, indicando que a Requerida deixou a residência em que estava vivendo após a confirmação da visita pelo SAIJ e não foi possível localizá-la: (...) Embora esse último parecer tenha sido inconclusivo, ante a impossibilidade de localização da Requerida, todas as demais provas que constituem o acervo probatório é suficiente para evidenciar **a situação de risco a que a criança foi exposta, com apenas dois meses de idade, e a ausência de um ambiente estável em que possa ter um desenvolvimento sadio, fato que se agrava pelo longo histórico de negligência a que já foram expostos os outros filhos da Requerida e pela sua recusa em realizar o uso da medicação que lhe foi prescrita, apesar do acompanhamento que já recebeu, seja por iniciativa do sistema de proteção à criança e juventude, seja pelo Juízo da interdição.** É preciso esclarecer que, de fato, não se demonstrou a efetiva ocorrência de agressões físicas, inanição, consumo de bebida alcoólica pela genitora ou mesmo que ela teria levado a criança consigo no carrinho de coleta de recicláveis e entregue o bebê aos cuidados de "pessoas maconheiras", não havendo, sequer, a identificação de quem teria realizado essa alegação **No entanto, o fato de essas situações não terem sido comprovadas, não afasta a situação de risco em que foi encontrada a criança, quando possuía apenas dois meses de idade.** Os conselheiros tutelares foram unânimes ao mencionar em audiência de instrução que receberam denúncias de que a criança estava sendo deixada com terceiros e, embora não tenha sido identificado o abandono material - já que a genitora se preocupava em garantir o leite e fraldas necessários aos seus cuidados -, é certo que deixava a criança recém nascida com várias pessoas distintas, por mais de um dia. Na data em que a criança, com apenas dois meses de idade, foi acolhida, os conselheiros a encontraram aos cuidados de terceira pessoa e não conseguiram encontrar a genitora e, tampouco, identificar o local de sua residência, o que justificou o seu imediato acolhimento institucional. **Contrariamente ao alegado pela Apelante, o Ministério Público não desconsiderou os direitos da pessoa com deficiência e, tampouco, violou o contraditório e ampla defesa. Além disso, a sentença não se pautou exclusivamente na condição mental da Apelante ou mesmo em sua carência material.** Não se pode afirmar, tampouco, que o Estado descumpriu seu dever de acompanhar a situação da Apelante e de lhe garantir acompanhamento psicológico, médico ou assistencial. Os documentos colacionados comprovam que a Requerida é titular de benefício de prestação continuada (LOAS), de modo que percebe um salário mínimo mensal de renda e, em princípio, possui condições materiais de sustentar a criança, o que afasta a alegação de que houve violação ao disposto no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Inclusive, nota-se que as equipes buscaram orientar a Apelante para que destinasse seus recursos para a aquisição de imóvel próprio por meio de programa habitacional, o que, entretanto, foi posteriormente inviabilizado pelo inadimplemento das prestações (cf. autos de medida protetiva). Da mesma maneira, os autos de interdição e de medida protetiva, cuja integralidade instrui a inicial, revelam que a Apelante teve acompanhamento médico pelo Sistema Único de Saúde, pelo qual realizou o pré-natal e o parto das crianças, foi constantemente acompanhada pelo Conselho Tutelar que, no caso específico, orientou a Apelante para realizar a vacinação da criança, utilizar a medicação e não realizar o consumo de bebida alcoólica (orientação que também se destinou ao ex-companheiro J. M. D. que realizava o uso de bebida). Além disso, há registros do acompanhamento da Apelante e da família por meio do CRAS e do CAPS, sem que, entretanto, a Apelante aderisse aos tratamentos medicamentosos e comparecesse assiduamente às consultas. Com efeito, os documentos que acompanham a inicial retratam, em diversas ocasiões, que a Apelante não possui interesses em utilizar a medicação que lhe foi prescrita, sendo que sua última consulta junto ao CAPS foi no ano de 2018, consignando-se que ela foi informada do agendamento de outras consultas, às quais não compareceu. Desse modo, não há como admitir a alegada violação ao Decreto nº 6.949/2009, uma vez que houve atuação do estado no sentido de garantir à Apelante o atendimento pelo CAPS, CRAS, SUS, concessão de benefício assistencial e busca de familiares que pudessem desempenhar o papel de curador especial. **Não há amparo, portanto, à alegação de que o "Estado apenas se faz presente na vida da Apelante para**

tirar-lhe os filhos". O atual curador especial da Apelante, seu filho G. D. S. F., relatou em audiência de instrução que ela não possui condições de cuidar da criança e que, na realidade, precisaria de alguém que cuidasse dela própria, contudo, era muito difícil porque "ela não para em lugar. Segundo alegou, a permanência da genitora em sua residência era provisória, porque nenhum" ele já mantinha os cuidados com o genitor idoso e precisava trabalhar. Essa instabilidade do local de residência de J. M. D. S. se torna clara pela constância em que a Requerida muda de endereço, não havendo notícias, no presente momento, de qual seja o local de sua residência. A situação em análise deixa claras as dificuldades de se encontrar um curador especial para a Requerida, nos autos de interdição, justamente pela fragilidade de seus vínculos familiares e da não adesão aos tratamentos medicamentosos de que necessita, o que gerou conflitos com o pai, as irmãs, os ex-companheiros. A família extensa não mostrou condições ou interesse de curatela a Requerida justamente em razão desses conflitos e também porque tinham já tinham outras pessoas a seus cuidados (seus filhos, filhos da Requerida, genitora, etc.). As irmãs de J. M. D. S. não manifestaram interesse em cuidar do infante. É esse conjunto de situações, e não apenas a condição cognitiva ou material da Requerida-apelante que justificam a destituição do poder familiar, haja vista a reiterada inobservância dos deveres parentais, não apenas em relação a V. D. D. S. como também aos outros dez filhos da Requerida. De fato, toda a prova produzida evidencia que a condição atual de J. M. D. S. não se diferencia daquela que resultou na perda de poder familiar em relação aos demais filhos. **Além disso, em se tratando de direito da infância e da juventude, o que se deve atender é ao melhor interesse da criança. Conforme leciona Rolf Madaleno, sobre os deveres associados ao poder familiar: "Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica, e lhes conferir todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, devendo-lhes os filhos a necessária obediência." (MADALENO, Rolf. Direito de família. Rio de Janeiro: 2020, p. 742). Segundo Rolf Madaleno: Deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes. É direito fundamental da criança e do adolescente usufruir da convivência familiar e comunitária, não merecendo ser abandonado material, emocional e psicologicamente, podendo ser privado do poder familiar o genitor que desampara moral e materialmente seu filho, além de responder pelos crimes de abandono material (CP, art. 244), abandono intelectual (CP, art. 246), abandono moral (CP, art. 247), abandono de incapaz (CP, art. 133), e abandono de recém-nascido (CP, art. 134). (MADALENO, Rolf. Direito de família. Rio de Janeiro: 2020, p.755). Reitere-se que, muito embora a Apelante afirme que não foram esgotadas as tentativas de manutenção da infante na família originária e que não houve a utilização de medidas de auxílio e amparo à família, verifica-se que a Apelante foi auxiliada, por diversas vezes, pelo Conselho Tutelar, CRAS e CAPS, inclusive com a inclusão da Apelante em programas assistenciais, a fim de que obtivesse a assistência material e psicológica para criar o filho de forma adequada, sadia e harmoniosa, em condições dignas de existência. Contudo, tais tentativas foram infrutíferas e, repetindo-se a situação que já ocorrera no passado com os outros dez filhos da Requerida. Assim, embora a Apelante sustente que a aplicação das medidas deveria observar a prevalência da família, nos termos do art. 100, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de todos os esforços das equipes multidisciplinares em acompanhar a situação de J. D. D. S. em momentos anteriores e nos quase vinte anos em que tramita a ação de interdição, a situação da genitora continua a mesma. Com efeito, rever a conclusão do TJPR, na forma pretendida pela recorrente, demandaria o reexame do acervo fático dos autos, procedimento vedado em sede especial, a teor da Súmula n. 7/STJ. Nesse sentido: AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ENTREGA IRREGULAR DO**

INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DO MENOR COM OS SUPOSTOS PAIS REGISTRADOS. CONVÍVIO DE CURTO ESPAÇO DE TEMPO (TRÊS MESES). DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 4. O Tribunal a quo consignou que é nítido que a criança foi colocada em situação de risco e que às partes foi assegurado o devido processo legal, elementos que, entre outros, formaram a base para decisão no que tange à destituição do poder familiar. A modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1774015/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/2/2020, DJe 3/3/2020.) Ante o exposto, NEGÓCIO DE AGRAVO. Publique-se e intimem-se. Brasília, 08 de outubro de 2021. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator (**STJ - AREsp: 1916885 PR 2021/0188709-0**, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 04/11/2021) (grifos nossos)

Por tudo quanto exposto e demonstrado pelos julgamentos colacionados, comprova-se a uniformidade de pensamento e conclusão deste trabalho com as manifestações dos Tribunais nacionais, a priorizar os direitos das crianças e adolescentes, inclusive quando confrontados com outros direitos humanos e fundamentais, a exemplo do direito das pessoas com deficiência, sempre baseado em estudo multidisciplinar e com ampla participação de todos os envolvidos, pais e filhos.

4. CONCLUSÃO

Nos moldes externados na introdução, este trabalho buscou estabelecer um paralelo entre a atual regra da capacidade, encartada pelo EPD, com o regramento da igualdade das pessoas com deficiência mental exercerem o direito à procriação e ao poder familiar com o melhor interesse das crianças e adolescentes, filhos destas pessoas com deficiência mental.

Restou estabelecido, desde o início do trabalho, como premissa, que o estudo em questão se aterá ao cotejo dos pais, pessoas com deficiência mental e não a pais com toda e qualquer deficiência. Isto porque, a autora possui plena convicção de que a deficiência em si não é um fator incapacitante e sim, uma característica daquela pessoa.

Antes de cotejar o princípio da igualdade dos pais com deficiência mental exercerem o direito de decidir sobre o número de filhos que pretendem gestar e o consequente direito ao exercício da guarda, do poder familiar e convivência familiar, ao melhor interesse dos filhos gerados por eles, traçou o trabalho uma evolução sobre os temas.

O primeiro capítulo deste trabalho se dedicou ao estudo da deficiência ao longo da história. Demonstrou as dificuldades e lutas das pessoas com deficiência para estabelecerem os seus direitos até a ordem mundial vigente, com as garantias próprias dos direitos humanos estabelecida, ao menos na cultura ocidental. Além de traçar um breve histórico a respeito da deficiência, o primeiro capítulo conceituou a deficiência e trouxe que, de acordo com o entendimento contemporâneo, o maior desafio a ser ultrapassado pelas sociedades no quesito deficiência e a efetiva promoção à dignidade das pessoas com deficiência é a adaptabilidade da sociedade.

Restou demonstrado, ainda, que o fator dificultador à viabilização da promoção das medidas médicas igualitária a todos não é a lesão em si e sim a configuração da sociedade que não prioriza a promoção da igualdade. Desta forma, são as barreiras físicas e atitudinais, impostas pela sociedade às pessoas com deficiência, as maiores geradoras de impactos negativos a este público e às características próprias das lesões.

Diferenciou o modelo social da deficiência do ultrapassado modelo biomédico e explicou que o objetivo não é “curar” os deficientes e sim, dentro da condição própria destes indivíduos, proporcionar-lhes a melhor qualidade de vida possível. E esta qualidade de vida dos deficientes, resultado da promoção da dignidade, é conseguida através de políticas públicas próprias à promoção da dignidade e a autonomia destes cidadãos.

Restou demonstrado, ainda, que o superado modelo biomédico da deficiência não exclui ou minimiza a importância das intervenções médicas e multidisciplinares em busca da

qualidade de vida da pessoa com deficiência, mas, foca nas políticas públicas adequadas à melhor socialização, interação e autonomia das pessoas com deficiência.

Nesta linha da adaptação da sociedade para a efetiva promoção da igualdade às pessoas com deficiência caminham as cartas internacionais sobre o direito das pessoas com deficiência, especialmente a CDPD, que trouxe as mudanças legislativas sobre este público, concretizada pelo EPD.

Em atendimento à CDPD o Estado Brasileiro promulgou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que modificou de sobremaneira o ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao tema desta dissertação, a capacidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, o EPD, configura a real “virada de chave” na questão do tratamento aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, especialmente ao afastar a regra geral da incapacidade às pessoas com deficiência e estabelecer como regra, a capacidade civil neste Estado Democrático de Direito.

Esta mudança paradigmática revolucionou a vida prática e jurídica deste público e influenciou a elaboração desta dissertação, especificamente no que tange ao direito à livre escolha das pessoas com deficiência mental a exercerem seus direitos reprodutivos, e a interface com o princípio ao melhor interesse das crianças, seus filhos.

Após dissertar a respeito do entendimento e tratamento multidisciplinar às pessoas com deficiência, o segundo capítulo se dedicou a enfrentar o tema capacidade no Brasil. A fim de embasar a teoria da capacidade, o trabalho fez uma viagem sobre o tema na legislação brasileira.

Constatou-se que as alterações introduzidas no ordenamento jurídico com a promulgação do EPD têm como objetivo a promoção de uma maior liberdade, autonomia e inclusão social às pessoas com deficiência, fruto de uma luta árdua das pessoas com deficiência a fim de verem os seus direitos civis preservados. Há a preocupação efetiva em preservar todos os direitos pessoais das pessoas com deficiência, possibilitando a terceirização exclusiva dos direitos patrimoniais e negociais deste grupo.

O EPD reforça o princípio à igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência e assegura a este público que não sofrerá qualquer discriminação e estabelece a proteção às pessoas com deficiência de todas as formas de tratamentos desumanos ou degradantes. O artigo 6º do EPD regulamenta os princípios basilares deste trabalho ao disciplinar que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. O Brasil regulamenta, portanto, nos moldes

disciplinados pela ONU, a igualdade formal das pessoas com deficiência e implementa a máxima de que a deficiência em si não acarreta redução de direitos.

Sobre as alterações produzidas pelo EPD, a partir da orientação da CDPD, reitera-se a exclusão da deficiência como critério limitante da capacidade e, em caso de resgate deste critério a fim de mitigar a responsabilidade, incorrer-se-ia em ato inconstitucional, haja vista a natureza normativa da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro.

O EPD disciplina sobre a efetivação do reconhecimento da igualdade perante a lei, nos moldes do artigo 12 da CDPD.

Essas mudanças são refletidas no Código Civil.

O artigo 3º do Código Civil foi praticamente revogado por completo pelo EPD, mantendo-se, somente, a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos. Já os relativamente incapazes, descritos no artigo 4º do Código Civil, foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, retirando desta categoria os deficientes mentais, com discernimento reduzido, e excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Disciplina-se, portanto, que a deficiência em si deixa de ser um elemento incapacitante.

A fim de enriquecer a discussão e ampliar o entendimento sobre o cerne das alterações propostas pelo órgão mundial nos ordenamentos jurídicos dos países signatários, o estudo fez uma breve pesquisa sobre as alterações nos ocorridas nos países vizinhos, especialmente na Argentina, do tema capacidade e suas repercussões básicas. Da análise dos artigos do Código Civil e Comercial argentino sobre o tema capacidade e seus desbobrimentos, percebe-se, obviamente, a semelhança principiológica, e há, também, aparência procedimental em ambos os ordenamentos jurídicos latinos.

O ordenamento jurídico argentino claramente cumpriu com as determinações da CDPD ao valorizar a implementação de redes de apoios às pessoas com deficiência para que elas conservem sua dignidade, respeitando as suas competências e habilidades, lançando mão do modelo substitutivo das vontades (Curatela e Interdição) somente após se comprovar a ineficácia dos demais sistemas de apoio.

Os sistemas de substituição da capacidade somente são utilizados em último caso.

Claro, portanto, o atendimento da Argentina e Brasil aos ditames da CDPD.

Em seguida à explanação sobre as alterações no instituto da capacidade, o trabalho chegou ao cerne do estudo que é o paralelo entre o princípio da igualdade, encartado na regra da plena capacidade das pessoas com deficiência mental, e o princípio do melhor interesse desses filhos.

Nos moldes amplamente descrito ao longo do trabalho, a deficiência não afeta, em regra, a plena capacidade civil das pessoas, legitimando, portanto, as pessoas com deficiência mental a exercerem plenamente os seus direitos reprodutivos e conseqüentemente o poder familiar destes filhos. E quando esta plena capacidade dos pais puderem em risco o melhor interesse da criança e adolescente? Conforme amplamente posto, em atendimento ao princípio do superior interesse das crianças e adolescentes, o direito dos filhos deve prevalecer.

Sendo que a prevalência do melhor interesse dos filhos não significa a exclusão ou redução dos direitos reprodutivos dos pais com deficiência mental, no entanto, não pode minimizar ou relativizar a dignidade dos filhos, pessoas em formação.

Importante esclarecer que, em casos de necessária intervenção multidisciplinar nestas famílias, deve-se garantir a todos, pais e filhos, a participação efetiva no estudo, conforme disciplinam as legislações. Portanto, Há de se garantir os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Apesar de não ser uma inovação nos estudos de família, ao garantir um estudo multidisciplinar e com a efetiva participação dos envolvidos, em se tratando de pais com deficiência, esta tônica deve ser ainda mais cuidadosa e apurada.

Importante, ainda, esclarecer que, apesar da supremacia dos direitos dos filhos crianças e adolescentes, o direito à convivência familiar deve ser valorizado e relativizado somente em casos de falha no exercício do poder familiar.

Repisa-se, apesar destas premissas quanto a realização do estudo multidisciplinar em famílias não serem novidades, quando se tratar de famílias com pessoas com deficiência, os cuidados com a preservação dos direitos fundamentais devem ser ainda maiores.

Por tudo quanto exposto, em caso de violação da dignidade dos filhos das pessoas com deficiência mental, apesar da indiscutível prevalência do melhor interesse dos filhos, deve-se garantir a participação de todos os envolvidos no estudo multidisciplinar ao qual a família deve ser submetida e considerar a importância da convivência familiar, sempre que possível.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª Ed. Rev. atual., e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Adriano *et al.* **Interesses Difusos e Coletivos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

ANDRADE, Daniel de Pádua *et al.* **Estudos de Direito Civil Comparado Brasil e Argentina**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU **Declaração de Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>> Acesso em: 29 out. 2021.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU **Declaração das Pessoas Deficientes. 1975**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 01 jun. 2022.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incapacidade absoluta e relativa após o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD): reflexões a partir do RESP 1.927.423. **Revista Eletrônica OAB/RJ** – Edição Semestral. V. 31, N.2, Jul./Ago. 2021. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br>> Acesso em: 09 mar. 2022.

BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHERM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. **Modelo Social: uma nova abordagem para o tema deficiência**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/yBG83q48WG6KDHmFXXsgVkr/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 06 set. 2021.

BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHERM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. **Modelo Social: uma nova abordagem para o tema deficiência**. **Rev. Lat-Am. de Enfermagem**. Jul-ago 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/yBG83q48WG6KDHmFXXsgVkr/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 27 out. 2021.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 9 ed. Salvador: Juspodivm. 2020.

BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. **Los derechos de la personalidad del menor de edad. Cuzir Menor (Navarra)**: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, p. 105-192. ISBN 978-84-9098-185-6.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Convenção sobre os Direitos das Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 16 out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Lei 14.340, de 18 de maio de 2022. **Altera a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 [...]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm#art2 Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 33 de 23.11.2010**. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878> Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL **Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/comum/37518.html>.> Acesso em: 04 jul. 2021.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetivas. Efeitos jurídicos.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. Capítulos 2 e 3. ISBN 978-85-97-00371-0.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NOÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo.** Disponível em: < http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CONTRERAS, Francisco J. (ed.), **Debate sobre el concepto de familia.** Madrid: CEU, 2013. ISBN 978-84-15949-14-5. p. 21-49.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Código Civil e Constituição Federal e Legislação Complementar:** minióbra coletiva. 19ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DAVIS, Lennard J. **Enforcing Normalcy: Disability, Deafness, and the Body.** Kindle Edition. New York: Verso, 1995.

DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; FILHO, Waldir M. da Costa (Orgs.) **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** /Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília, 2014. Disponível em: < <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/convencao-sdpdcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021

DINIZ, Débora. **O que é Deficiência.** Coleção Primeiros Passos. Editora Brasiliense 2012 E-book.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DONATI, Pierpaolo. Família no século XXI. **Abordagem relacional.** Trad. João Carlos Petrini. São Paulo: Paulineas, 2008, p. 49-126.

DWORKIN, Ronald. **Hart and the Concepts of Law.** 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/forharoc119&div=13&id=&page=> Acesso em: 12 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo a artigo.** 2ª edição. Editora JusPodivm. 2016, p. 18.

FARIAS, Cristiano Chaves. NETTO, Felipe Braga. RESENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** Volume Único. 4 ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019.

FÁVERO, Eunice Teresinha. PINI, Francisca Rodrigues Oliveira. SILVA, Maria Liduína de Oliveira e (Orgs). **ECA e a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Editora Cortez. 2020. E-book.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 10ª ed. 2020. Salvador: Ed. JusPodium.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. **Princípio do Melhor Interesse da Criança: Como definir a guarda dos filhos?**.2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F>>. Acesso em: 29 set. 2021.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. Esboço Teixeira de Freitas**.2003. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil; 1), Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 29 out. 2021.

GABURRI, Fernando. **O Novo Sistema de Capacidade e o seu Reflexo no Direito Civil**. Disponível em: <https://ampid.org.br/site2020/wp-content/uploads/2020/12/O-novo-sistema-de-capacidade-e-seus-reflexos-no-direito-civil-Fernando-Gaburri.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **É o fim da interdição?** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano.>> Acesso em: 31 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. VI, 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil – Famílias**. Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10ª Ed. 1ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 174.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 5 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GLAT, Rosana; FERNANDES, Edicléa Mascarenhas. Da Educação segregada à educação inclusiva: uma breve reflexão sobre os paradigmas educacionais no contexto da educação especial brasileira. **Revista Inclusão**, Brasília, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/Da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Segregada%20%C3%A0%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Inclusiva.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2021.

GOFFMAN, Erving. Estigma – **Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Tradução: Mathias Lambert. Data da Digitalização:2004. p. 7.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php> Acesso em: 06 set. 2021.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2009, (capítulos 1 a 5). ISBN 978-85-32628-58-9.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar *In: Direito de Família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, Coord. DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo de Cunha, 4ª ed., 2005.

LORENTE LÓPEZ, Maria Cristina. **Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor**. Cuzir Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, p. 179-232. ISBN 978-84-9098-335-5.

MAIOR, Izabel. **História, conceito e tipos de deficiência**. Disponível em: <<http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textosApoio/Texto1.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2021.

MEMÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA- MAPA. **Instituto dos Meninos Cegos (1889-1930)**. 2020. Disponível em: <http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/815-instituto-dos-meninos-cegos>. Acesso em: 29 out. 2021.

MARCHI, Rita de Cássia. SARMENTO, Manuel Jacinto. **Infância, Normatividade e Direito das Crianças: Transições Contemporâneas**. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/INF%C3%82NCIA%2C-NORMATIVIDADE-E-DIREITOS-DAS-CRIAN%C3%87AS%3A-Marchi-Sarmento/924a57d16a79f211e8134488d6c7540bcb8016b5>. Acesso em: 22 abr. 2022.

FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). **História social da infância no Brasil**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2003. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/curso_de_atualizacao/2012/a01_historia_social_da_infancia_no_brasil.pdf> Acesso em: 07 ago. 2021.

MARCO, Victor di. **Capacitismo: o mito da capacidade**. Belo Horizonte, MG: Editora Letramento, 2020. E-book.

MARTINS, Bruno Sena. **E se eu fosse cego?: Narrativas silenciadas da deficiência**. Afrontamento. 2006. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/268981500_E_se_eu_fosse_cego_narrativas_silenciadas_da_deficiencia>. Acesso em: 23 out. 2020.

MATLARY, Janne Haaland. Puede y debe ser definida la familia en los países occidentales?: consideraciones sobre la abolición de la familia biológica en Noruega. *In: J. CONTRERAS, Francisco (ed.), Debate sobre el concepto de familia*. Madrid: CEU, 2013. ISBN 978-84-15949-14-5. p. 21-49.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. **A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/43240>. Acesso em: 23 out. 2020.

MOURA, Gilberto Valter de Moraes. Pseudoinclusão dos Maiores Incapazes no Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. V. 46 (jul./ago.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. Fls. 144 a 148.

MÜLLEN, Bruna Krimberg Von. **Cultura, identidade e gênero no processo de imigração judaica de sobreviventes da Segunda Guerra Mundial**. PUCRS. p. 114. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/814> Acesso em: 27 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 7 ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense.

PEREIRA, Fábio Queiroz. MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. LARA, Mariana Alves. **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2016.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade.1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280> Acesso em: 29 out. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade.1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841> Acesso em: 29 out. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Coimbra: Real Imprensa da Universidade.1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280> Acesso em: 29 out. 2021.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**.1870. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> Acesso em: 29 out. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Florianópolis: Tirant lo blanch. 2018.

RIBEIRO, Lilian Damiana de Almeida. **A Evolução Jurídica e Histórica no Tratamento da Pessoa com Deficiência**. E-book

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. **Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 17-190. ISBN 978-97-2321-875-6

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Poder Familiar na Atualidade Brasileira**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira> Acesso em: 29 set. 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 12.

SANTOS. Boaventura de Souza, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In: Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. Disponível em: <https://wandersoncmagalhaes.files.wordpress.com/2013/12/reconhecerparalibertar.pdf> Acesso em: 29 set. 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I), 2015**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 31 out. 2019.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 7 ed. São Paulo: Método. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 12 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 70.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. 1959. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>> Acesso em: 24 abr. 2022.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 27 out. de 2021.