



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PRESCRIÇÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15):
MENOS CABO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Gustavo Berriel Quariguasy Teixeira

Rio de Janeiro
2018

GUSTAVO BERRIEL QUARIGUASY TEIXEIRA

A PRESCRIÇÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15):
MENOSCABO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A PRESCRIÇÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15): MENOSCABO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Gustavo Berriel Quariguasy Teixeira

Graduado pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro – UFRJ.
Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa analisar a proteção da pessoa com deficiência e, notadamente, os enfermos e deficientes mentais, à luz do novo tratamento da Teoria das Incapacidades. Para tanto, resgata a evolução da proteção da pessoa com deficiência mental desde o Código Civil de 1916 até chegar ao Código Reale (Lei nº 10.406/02), já com a reforma proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Faz-se, então, uma leitura crítica da inovação da Lei Brasileira de Inclusão, no tocante à proteção patrimonial do incapaz. À luz das considerações precedentes, o artigo analisa a nova Teoria das Incapacidades frente aos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Palavras-chave: Direito Civil. Teoria das Incapacidades. Prescrição. Vedação à proteção deficiente. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário: Introdução. 1. Do Tratamento das Incapacidades à luz do Código Civil de 2002. 2. Da inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: análise comparativa entre a redação original do art. 3º e a reforma introduzida pela Lei nº13.146/15. 3. Críticas à alteração legislativa a partir dos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a proteção patrimonial das pessoas com deficiência mental à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

Sob a rubrica “loucos de todo o gênero”, o Código Civil de 1916 conferia a proteção do patrimônio das pessoas que, por enfermidade ou por deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos inerentes à vida civil.

Assim perdurou até o Código Civil de 2002, quando então o legislador ordinário abandonou a expressão pejorativa utilizada pelo Código Civil de 1916, para designar as pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Manteve, entretanto, a proteção patrimonial ao incapaz inalterada.

Tal panorama perdurou até a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão.

Sob a ótica histórica, discute-se os efeitos da incapacidade ao tratamento jurídico conferido pelo Código Civil de 2002. Neste ponto, aborda-se a paulatina construção do sistema de proteção patrimonial do enfermo ou do deficiente mental desde o Código Bevilacqua até a reformulação terminológica do Código Reale.

Em seguida, parte-se para a releitura da Teoria das Incapacidades a partir da Lei Brasileira de Inclusão. Nesse contexto, a retirada da proteção patrimonial da pessoa com deficiência mental com a supressão da causa impeditiva de prescrição, prevista no art. 198, do Código Civil, é a tônica da discussão.

E, por fim, analisa-se os efeitos produzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, frente aos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*).

O objetivo central do texto é tecer considerações e críticas acerca do ideal de que a capacidade seria a regra e a incapacidade, a exceção. Sob esse aspecto, olvidou-se o legislador ordinário do princípio da dignidade da pessoa humana, na faceta da especial vulnerabilidade que ostentam as pessoas com enfermidade ou deficiência mental.

A pesquisa utilizará a metodologia dedutiva e bibliográfica.

1. DO TRATAMENTO DAS INCAPACIDADES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A personalidade jurídica constitui atributo inerente à pessoa, seja ela natural ou jurídica. É, portanto, predicado outorgado pelo ordenamento jurídico a toda e qualquer pessoa, com a finalidade de titularizar uma relação jurídica e de reclamar especial proteção do Estado.

Nesse contexto, a lição de Maria Helena Diniz é elucidativa. Afirma a ilustre professora que “a personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é”¹. De seus ensinamentos, deriva a conclusão de que a personalidade constitui o fundamento para os direitos e os deveres que o titular ostentar, de modo que, sem ela, não seria possível o exercício dos demais direitos.

Extrai-se, portanto, da personalidade, o conceito de capacidade civil. Asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald² que a capacidade civil constitui verdadeira medida jurídica da personalidade.

Pode-se, então, afirmar que a capacidade provém da personalidade do ser humano, exteriorizando-se à medida em que a pessoa adquire direitos, assume obrigações e pratica pessoalmente os atos da vida civil. Diante disso, tem-se que, enquanto gênero, a capacidade civil desdobra-se em duas espécies, quais sejam: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

Enquanto a capacidade de direito trata de reconhecer às pessoas, “a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos”³, a capacidade de fato corresponde à possibilidade do indivíduo de praticar, pessoalmente, todos os atos da vida civil, sem que, para isso, necessite dos institutos da representação ou da assistência.

Em certa medida, cuidou o legislador ordinário de tratar apenas do conceito de capacidade de direito, o qual se encontra perfeitamente descrito no artigo 1º, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)⁴. Nada obstante a omissão acerca da capacidade de fato, a redação do legislador foi feliz em enunciar que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁵.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 154.

² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. V. 1/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 13. ed. Rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 271.

³ *Ibid.*

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

⁵ BRASIL, *op.cit.*, nota 4.

Sob o prisma constitucional, deve ser feita a leitura da teoria da capacidade.

Pretendeu o legislador conferir a todas as pessoas usufruírem da possibilidade de serem sujeitos de direitos, atributos estes decorrentes unicamente da especial condição humana. Plasmou-se, pois, no espírito do Código Civil, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da Constituição da República)⁶.

Reverbera, então, o espírito do Código Civil, a máxima aristotélica do princípio da igualdade, consubstanciada na necessidade de se conferir tratamento equânime aos iguais e desigual, aos desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Isso porque a própria legislação entendeu como merecedoras de especial proteção do estado, certas pessoas que não pudessem exercer, pessoalmente, os atos da vida civil (capacidade de fato), sem possibilidade de se colocarem em situação de exagerada desvantagem, em todas as relações jurídicas.

Dessa forma, cuidou-se de diferenciar o tratamento jurídico conferido aos incapazes daquele dispensado aos vulneráveis. Com efeito, distancia-se o incapaz do vulnerável, porquanto aquele possuía especial proteção jurídica, dedicada a todo e qualquer ato jurídico do qual, porventura, integrasse como parte.

Todavia, a Teoria das Incapacidades sofreu profunda alteração a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão.

De acordo com a antiga redação do art. 3º, da Lei Civil⁷, compunham o rol dos absolutamente incapazes, os seguintes agentes: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Não obstante tal proteção pessoal, o legislador estendia o amparo do Estado ao patrimônio dos incapazes. Resguardava, assim, o patrimônio do incapaz, qualquer que fosse a hipótese, excetuado o dispositivo do artigo 928, do Código Civil⁸. Nesse sentido, o artigo 196, inciso I, do Código Civil⁹ encerrava a previsão de causa impeditiva do prazo prescricional.

À luz da redação originária do Código Civil, tinha-se como um dos sujeitos protegidos, três categorias de pessoas que, em razão de sua peculiar condição, reclamavam

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

⁷ BRASIL, op.cit., nota 4.

⁸ Ibid..

⁹ Ibid..

tratamento jurídico diferenciado. Nesse contexto, a Lei Brasileira de Inclusão¹⁰ acabou por restringir a proteção apenas aos menores de 16 (dezesseis) anos, reformulando, assim, toda a Teoria das Incapacidades.

2.DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 3º E A REFORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº13.146/15

Muito se discutia acerca da necessidade de elaboração de estatuto normativo exclusivo para os direitos das pessoas com deficiência¹¹. É, nesse cenário, que surge o Projeto de Lei nº 7.699/2006, de autoria do Senador da República Paulo Paim (Partido dos Trabalhadores - PT/RS).

No entanto, a consagração dos direitos da pessoa com Deficiência se deu em virtude da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008¹².

Erigido à condição de Emenda Constitucional (artigo 5º, §3º, da Constituição da República)¹³, o texto da Convenção impôs a necessidade de revisão do Projeto de Lei nº 7.699/2006¹⁴, cuja proposta inicial sofreu 10 (dez) emendas.

Sob o manto da dignidade da pessoa humana, a Lei Brasileira de Inclusão estabeleceu a definição de pessoa com deficiência como sendo aquela que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou

¹⁰ BRASIL. *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/113146.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹¹ Conforme consta do site da Câmara dos Deputados, inicialmente a proposta de lei a cuidar das pessoas com deficiência era o Projeto de Lei nº3.638/2000 que previa o Estatuto do Portador de Necessidades Especiais. No entanto, a apresentação do Projeto de Lei nº 7.699/2006 acabou por tornar a proposta anterior prejudicada. Durante o trâmite, o Projeto de Lei nº 7.699/2006 acabou por sofrer 10 Emendas em sua redação originária. Embora de uso corriqueiro, a expressão “portador de necessidades especiais” carrega consigo conotação pejorativa. Isso porque tem-se a ideia de algo que se porta, sendo possível à pessoa se desvencilhar tão logo queira ou chegue a algum lugar. Por essa razão, adotou-se o termo “pessoa com deficiência” para designar aqueles com impedimento de longo prazo.

¹² BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.699, de 21 de dezembro de 2006*. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=432201&filename=PL+7699/2006>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º, da Lei nº 13.146/15)¹⁵.

Igualmente digno de nota é a salvaguarda dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência. Mantém-se intocável, portanto, o núcleo de direitos e garantias constantes do artigo 5º, da Constituição da República¹⁶, como meio de se assegurar a dignidade e a cidadania da pessoa com deficiência.

No mesmo passo, é o preâmbulo da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência¹⁷. Nesse contexto, o documento internacional reconhece a deficiência enquanto um “conceito em evolução” que “resulta da interação entre pessoas com deficiência e barreiras comportamentais e ambientais que impedem sua participação plena e eficaz na sociedade de forma igualitária”¹⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que a Lei Brasileira de Inclusão foi inspirada pela Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência. No plano nacional, constitui manifesta intenção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a inclusão social e a cidadania (artigo 1º, *caput*, parte final), finalidades consentâneas com o ideal de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Na redação do artigo 6º, o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁹ consagrou expressamente que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, trazendo, inclusive, rol exemplificativo de direitos não alcançados pelo impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Na esteira da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, percebe-se que a intenção do legislador é a de garantir às pessoas com deficiência, isonomia de tratamento. Em outras palavras, equivale dizer que a pessoa com deficiência tem condições de exercer os mesmos direitos conferidos ao restante da população.

Nesse mesmo sentido, são as palavras da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência²⁰, vinculada à Presidência da República:

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

¹⁸ SÃO PAULO. *Relatório Mundial sobre a Deficiência*. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁰ BRASIL. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa Com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoacomdeficiencia.pdf>> - Acesso em 07 de setembro de 2018.

Pessoas com deficiência são, antes de mais nada, pessoas. Pessoas como quaisquer outras, com protagonismos, peculiaridades, contradições e singularidades. Pessoas que lutam por seus direitos, que valorizam o respeito pela dignidade, pela autonomia individual, pela plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e pela igualdade de oportunidades, evidenciando, portanto, que a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana.

Constitui, portanto, avanço no tratamento das pessoas com deficiência.

Confirmando essa percepção, trouxe a Lei Brasileira de Inclusão a previsão expressa de que a deficiência e o instituto da curatela não alcançariam o direito da pessoa com deficiência ao próprio corpo, bem como ao exercício dos demais direitos decorrentes da personalidade humana.

Ademais, tem-se a dicção do *caput*, do artigo 84²¹, segundo a qual “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

É, pois, nesse contexto que se dá a alteração do rol dos absolutamente incapazes, constante do artigo 3º, do Código Civil²². Elencava a antiga redação as pessoas tidas por incapazes à prática de quaisquer atos da vida civil, a saber: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Como dito alhures, a redação do artigo 3º do Código Reale²³ representou inegável evolução frente ao Código Bevilacqua. Com efeito, a nomenclatura abandonava o cunho pejorativo representado pela expressão “loucos de todo o gênero” para abraçar uma visão mais gentil e solidária dos deficientes e enfermos mentais.

Por outro lado, o Código Civil de 1916²⁴ previa apenas a responsabilidade civil dos pais, dos tutores e dos curadores, de modo objetivo. Excluía, portanto, a responsabilização do patrimônio do incapaz pelos danos por ele causados a terceiros.

Ao resguardar o patrimônio do incapaz, acabava em certa medida por constituir exceção ao princípio do *neminem laedere*.

Fundamentado na responsabilidade subjetiva, o Código Civil de 1916 somente admitia a responsabilização do agente mediante a comprovação de culpa. Nesse cenário, havia a compreensão de que o incapaz não possuía capacidade de autodeterminação e, portanto, não

²¹ BRASIL, op. cit., nota 10.

²² BRASIL, op. cit., nota 4.

²³ Ibid..

²⁴ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

poderia ser responsabilizado pelos seus próprios atos. Por essa razão, não lhe era atribuída responsabilidade e, tampouco, respondiam os seus bens pelos prejuízos causados a outrem.

Diante da experiência passada, o Código Civil de 2002²⁵ trouxe a responsabilização patrimonial do incapaz, ainda que em caráter subsidiário e mitigado, consoante expressa previsão do artigo 928. Confira-se: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.²⁶

Dessa forma, o Código Reale acabou por temperar a irresponsabilidade patrimonial do incapaz. Subsidiariamente, prevê que a responsabilização dar-se-á apenas se as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Manteve, ainda, a prescrição enquanto mecanismo de proteção patrimonial.

Nessa seara, a Lei Brasileira de Inclusão operou profundas reformas que acabaram por alijar os deficientes mentais da proteção do artigo 198, inc. I, do Código Civil²⁷. Com efeito, o preceito insculpido na norma supracitada acabou por se restringir aos menores de 16 (dezesseis) anos, considerados absolutamente incapazes na forma da lei civil, a partir da novel redação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015²⁸.

Isso significa dizer que restou aos deficientes mentais apenas a proteção em relação aos próprios curadores, na forma do disposto no artigo 197, inc. III, do Código Civil²⁹. Trata-se, portanto, de flagrante retrocesso à medida em que delega ao curador a integral responsabilidade sobre o patrimônio do curatelado.

Sendo assim, ao mesmo tempo em que o legislador ordinário garante o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, olvidou-se condição patrimonial do deficiente mental em face da sociedade.

Nesse aspecto, deve-se abordar a prescrição enquanto proteção patrimonial do incapaz.

Como é cediço, a prescrição atinge direito subjetivo patrimonial do indivíduo, subtraindo-lhe a exigibilidade. No mesmo sentido, observe-se a lição de Francisco Amaral³⁰:

Prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei (CC, art. 189). Se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua pretensão de exigibilidade quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 596.

Sob esse aspecto, e considerando a redação anterior à Lei Brasileira de Inclusão, deve-se destacar que o art. 3º combinado com o art. 198, ambos do Código Civil³¹ constituíam verdadeira barreira patrimonial que se opunha *erga omnes*. À guisa de exemplo, a jurisprudência rechaçava qualquer hipótese de usucapião de bem imóvel pertencente a pessoa incapaz.

Ao dispor a incapacidade absoluta enquanto causa impeditiva da prescrição, pretendeu o legislador infraconstitucional resguardar o patrimônio dos incapazes em face de terceiros não imbuídos de boa-fé.

Por essa razão, tem-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência vulnera o princípio da solidariedade e da proporcionalidade sob o aspecto da vedação à proteção deficiente, tema do próximo capítulo deste artigo.

3. CRÍTICAS À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE (*UNTERMASSEVERBOT*)

Nascida sob o ideário pós-positivista e, marcada pelo signo da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil veio reforçar a situação de proeminência do ser humano no ordenamento jurídico, elevando-o à condição de destinatário da norma jurídica.

Dentre os valores que norteiam a Constituição da República³², destaca-se o princípio jurídico da solidariedade. Embora consagrado no Preâmbulo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a solidariedade enquanto postulado que permeia todo o ordenamento jurídico constitucional.

Nessa linha, é a preciosa lição da Min. Cármen Lúcia na ADI nº 2.649/DF³³. Veja-se:

Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.

Esse princípio projeta-se e afirma-se já no tít. I, art. 3º, no qual se fixam os objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se tem o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (inc. II), ‘erradicar a pobreza e a marginalização e

³¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³² BRASIL, op. cit., nota 6.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

reduzir as desigualdades sociais e regionais' (inc. III), e 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (inc. IV).

Antes, porém, faz-se necessário um breve esclarecimento sobre a natureza jurídica do preâmbulo constitucional.

Sobre o Preâmbulo da Constituição, firmou-se o entendimento de que a sua natureza melhor se situa no domínio da política. No mesmo sentido, doutrinadores de escol - entre eles, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴ - afirmam que o preâmbulo indica somente a intenção do constituinte originário, indicando sua posição ideológica.

Ainda sobre o tema, assevera a Min. Cármen Lúcia que o Preâmbulo da Constituição explicita os valores que dominam a obra constitucional de 1988. E, prossegue afirmando que “não apenas o Estado haverá de ser convocado (...), mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”³⁵.

Volve-se, então, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”³⁶.

Sob o escólio de José Afonso da Silva³⁷, torna-se explícito o significado do termo “assegurar”, empregado pelo legislador originário. Confira-se:

O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar' tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico.

É, nesse contexto, que se deve pensar o princípio da solidariedade.

Com efeito, o postulado da solidariedade “tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de ‘a cada um o que é seu’, mas ‘a cada um segundo a sua

³⁴ FERREIRA FILHO *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

³⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 33.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

³⁷ DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.22.

necessidade'. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade.”³⁸.

Em virtude disso, a disciplina infraconstitucional foi reformulada de modo a proteger o indivíduo da exploração e da miséria social, possibilitando-lhe a garantia de seu desenvolvimento, na medida de suas potencialidades.

Sob essa ótica, a progressiva constitucionalização do Direito Civil permitiu com que a autonomia privada cedesse, pouco a pouco, aos consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Informado, pois, pelo fundamento da República, a legislação infraconstitucional cuidou de observar as peculiaridades atinentes às pessoas com deficiência e, em especial, aos enfermos e doentes mentais.

Nesse panorama, se insere a discussão sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁹.

Em princípio, a Lei Brasileira de Inclusão destinou-se à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Todavia, olvidou-se de manter a proteção patrimonial dos incapazes ao reformar o rol dos absolutamente incapazes, constante do art. 3º, do Código Civil⁴⁰.

Assim, ao retirar os enfermos e deficientes mentais do âmbito de proteção do art. 3º, acabou o legislador infraconstitucional por vulnerar o princípio da solidariedade, à medida em que deixa de observar a máxima “a cada um segundo a sua necessidade”.

Viola, igualmente, o princípio da proporcionalidade sob sua vertente da vedação à proteção deficiente (*untermassverbot*).

Ademais, extrai-se do ordenamento constitucional, o princípio da proporcionalidade. Como é cediço, o postulado da proporcionalidade ou da razoabilidade não se encontra expressamente previsto pela Constituição da República⁴¹.

De origem alemã, o princípio da proibição da proteção deficiente ou *untermassverbot* tem por objetivo a salvaguarda dos direitos fundamentais em face do menoscabo da legislação infraconstitucional. Em igual sentido, veja-se a decisão do Tribunal alemão⁴²:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente,

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 33.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴² BverfGE 88, 203, 1993 (Tribunal Constitucional Alemão) *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.087/MG*. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada.

Dessa forma, configura a proibição deficiente, o levantamento da proteção patrimonial constante do art. 196, do Código Civil⁴³. Tal atitude em detrimento dos enfermos e dos deficientes mentais acaba por violar, a uma só vez, os princípios da solidariedade e da proporcionalidade, em sua faceta da vedação à proibição deficiente.

Cinge-se, portanto, a crítica à reforma operada no bojo do artigo 3º, do Código Civil⁴⁴. Ao retirar os enfermos e os deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes, a Lei Brasileira de Inclusão retirou o principal mecanismo de proteção do patrimônio do incapaz, qual seja, a prescrição.

Nessa conjuntura, remanesce como instrumento de proteção patrimonial a responsabilização do curador pelos atos cometidos em detrimento do curatelado. É, pois, a única proteção que deflui do art. 197, inc. III, do Código Civil⁴⁵, extensível àqueles porventura declarados incapazes.

Embora a Lei Brasileira de Inclusão⁴⁶ tenha por mérito retirar as pessoas com deficiência de uma posição marginal na sociedade, terminou por subtrair-lhes importante dispositivo infraconstitucional que assegurava a incapacidade enquanto causa impeditiva do lapso prescricional.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou discutir a proteção patrimonial das pessoas com deficiência mental à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

No primeiro capítulo, resgatou-se a Teoria das Incapacidades à luz da redação originária do Código Civil de 2002 e da Constituição da República. Em primeira análise, o resgate histórico do tema foi necessário à medida que se explicava a proteção dispensada aos incapazes e, sobretudo, aos enfermos e deficientes mentais antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Destacou-se, ainda, a paulatina construção do sistema de proteção patrimonial do enfermo ou do deficiente mental desde o Código Bevilácqua até a reformulação terminológica do Código Reale.

No segundo capítulo, partiu-se para a Lei Brasileira de Inclusão e a reforma da Teoria das Incapacidades. O confronto entre a redação originária do Código Civil e a inovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência revelou a retirada da proteção patrimonial da pessoa com deficiência mental com a supressão da causa impeditiva de prescrição, prevista no art. 198, do Código Civil.

Por fim, no último capítulo, criticou-se a alteração legislativa introduzida pela Lei Brasileira de Inclusão a partir dos princípios constitucionais da solidariedade e da vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Para tanto, levou-se em consideração a construção jurisprudencial do E. Supremo Tribunal Federal, notadamente acerca do tema das pessoas com deficiência.

A partir do exposto, atingiu-se o objetivo central do texto ao tecer considerações e críticas acerca do ideal de que a capacidade seria a regra e a incapacidade, a exceção. Sob esse aspecto, olvidou-se o legislador ordinário do princípio da dignidade da pessoa humana, na faceta da especial vulnerabilidade que ostentam as pessoas com enfermidade ou deficiência mental.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110402/110406.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Projeto de Lei nº 7.699*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B7FCF49C6DAD533F2D29B7290118411C.proposicoesWebExterno1?codteor=432201&filename=PL+7699/2006>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *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/113146.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Decreto nº 6.949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. *Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa Com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoacomdeficiencia.pdf>> - Acesso em 07 de setembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

BverfGE 88, 203, 1993 (Tribunal Constitucional Alemão) *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.087/MG*. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. V. 1/Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 13. ed. Rev. Ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.649/DF*. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc>

TP=AC&docID=555517. Acesso em: 24 de setembro de 2018.

SÃO PAULO. *Relatório Mundial sobre a Deficiência, disponibilizado pela Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência*, – Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf >. Acesso em: 06 de setembro de 2018.