

A capacidade civil sempre esteve intimamente ligada ao discernimento, isto é, à possibilidade de entender e querer. A noção de discernimento era concebida em escala, de modo que aquele que o possuísse por completo seria plenamente capaz, enquanto aquele que tivesse o discernimento reduzido seria relativamente incapaz e aquele completamente desrido de discernimento seria absolutamente incapaz. O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Quando há discernimento, há autonomia para decidir o que se quer.

As conceituações tradicionais da teoria das incapacidades foram profundamente alteradas pela Lei n. 13.146/2015, que transformou o sistema brasileiro ao modificar o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para dele retirar os "enfermos mentais", independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los como plenamente capazes (art. 6º). Muda-se, assim, a abordagem da deficiência que já não é compreendida como uma característica intrínseca à pessoa, mas como o produto da interação entre as suas limitações naturais e as barreiras sociais. Nessa medida, a expressão "enfermidade mental" deixa de ser utilizada porque a deficiência não é mais considerada como uma doença. De igual modo, a deficiência não pode ser utilizada como critério balizador da capacidade para que não se incorra em discriminação.

(Trechos do Prefácio da Professora
Maria Célia Bödin de Moraes -
Professora Titular da UERJ e
Professora Associada da PUC-Rio)

ISBN: 978-85-9374161-6



www.editoraprocessocom.br

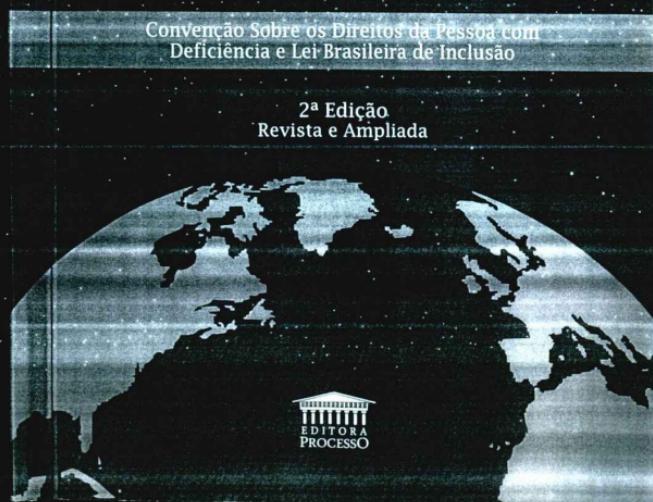
JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES
| Organizadora |

DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E
INTELECTUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS
Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com
Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão

2ª Edição
Revista e Ampliada



DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E INTELECTUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS



Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com
Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão

2ª Edição
Revista e Ampliada



Editora Processo

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright © 2020 Joyceane Bezerra de Menezes (ordenadora)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaió Muholand

Carla Adriana Comitri Gibertoni

Carlos Edíson do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes de Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugenio Faccinini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamassó

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrrhardt Jr.

Maria Cristina De Ciccó

Mariana Pinto

Martonia Mont' Alverno Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namen Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso

Capa: Alexander / Editoração Eletrônica: Deoclécio Serafim

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.)
M346d Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas — Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão — 2ª ed. rev. e ampliada / Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) — Rio de Janeiro: Processo, 2020.
1062 p. ; 23cm.

ISBN 978-859374161-6

1. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas.
2. Brasil. 3. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

PREFÁCIO

A capacidade civil sempre esteve intimamente ligada ao discernimento, isto é, à possibilidade de entender e querer. A noção de discernimento era concebida em escala, de modo que aquele que o possuísse por completo seria plenamente capaz, enquanto aquele que tivesse o discernimento reduzido seria relativamente incapaz e aquele completamente desrido de discernimento seria absolutamente incapaz. O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Quando há discernimento, há autonomia para decidir o que se quer.

As conceituações tradicionais da teoria das incapacidades foram profundamente alteradas pela Lei n. 13.146/2015, que transformou o sistema brasileiro ao modificar o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para dele retirar os "enfermos mentais", independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los como plenamente capazes (art. 6º). Muda-se, assim, a abordagem da deficiência que já não é compreendida como uma característica intrínseca à pessoa, mas como o produto da interação entre as suas limitações naturais e as barreiras sociais. Nessa medida, a expressão "enfermidade mental" deixa de ser utilizada porque a deficiência não é mais considerada como uma doença. De igual modo, a deficiência não pode ser utilizada como critério balizador da capacidade para que não se incorra em discriminação.

Em nome de bem-intencionada mudança paradigmática, aparentemente diminuiu a proteção que o sistema anterior proporcionava, alijando-os do manto protetor do *status* de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria de estado, que tem necessária fonte legal, instaurou-se verdadeira crise, que demandará os melhores esforços da doutrina e

árdua tarefa de conferir efetividade à cláusula geral de tutela da pessoa humana, nestas situações de tão particular vulnerabilidade.

Maria Celina Bodin de Moraes
Professora Titular da UERJ e
Professora Associada da PUC-Rio

SUMÁRIO

Prefácio à segunda edição — *Maria Celina Bodin de Moraes* v

A Convenção Internacional sobre os Direitos
da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa
com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)
— Dos Direitos Humanos ao Direito Civil

1. "Derechos humanos y discapacidad" – "Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos" — *Rafael de Asís* 3
2. La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia Española — *Inmaculada Vivas-Tesón* 31
3. El Derecho a Decidir de las Personas con Discapacidad: Dignidad, igualdad y Capacidad — *Francisco J. Bariffi* 47
4. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York — *Natércia Sampaio Siqueira* 113
5. Modelo social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência — *Ana Paula Barboza-Forham e Sandra Filomena Wagner Kiefer* 133
6. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência — o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015 — *Nelson Rosenvald* 157
7. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos direitos humanos — *Ana Carla Harmatiuk Matos e Lígia Ziggotti de Oliveira* 177

8. A igualdade na Constituição Federal de 1988: um ensaio acerca do sistema normativo brasileiro face à Convenção Internacional e à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) — <i>Gabrielle Bezerra Sales e Ingo Wolfgang Sarlet</i>	197
9. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais — <i>Luciana Fernandes Berlini</i>	225
10. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal — <i>Antonio dos Reis Junior</i>	249
 As modificações estruturais no Direito Civil provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	
11. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional — <i>Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva</i>	291
12. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida</i>	315
13. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável — <i>Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Souza</i>	343
14. Reflexões sobre a autocratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico — <i>Ana Carolina Brochado Teixeira, Anna Cristina de Carvalho Rettore e Beatriz de Almeida Borges e Silva</i>	387
15 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões — <i>Mariá Pedroso Xavier e William Soares Pugliese</i>	429
16. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio — <i>Vanessa Correia Mendes</i>	453
17. O tratamento que o Estatuto da Criança e Adolescente confere aos seus destinatários é emancipador? — <i>Thaís Fernanda Tenório Séco</i>	481
18. Deficiência mental: o direito à convivência familiar e a proibição do tratamento asilar — <i>Gustavo Pinheiro</i>	507
19. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa — <i>Flávio Tartuce</i>	527
20. As implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Processo de Inventário — <i>Ana Luiza Neves, Renata Vilela Muledo e Rose Meireles Vencelau</i>	557
21. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	573
22. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC — <i>Célia Barbosa Abreu</i>	611
23. Notas sobre a autocratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Paula Greco Bandeira</i>	635
24. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos de personalidade das crianças e do adolescente — <i>Taisa Maria M. de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá</i>	659
25. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência — Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) — <i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	669
26. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual — <i>Caitlin Mulholland</i>	703
27. O impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços notariais e de registro — <i>Márcia Fidelis Lima</i>	731
28. O Trust como instrumento de proteção da pessoa com deficiência — <i>Luciana Pedroso Xavier</i>	757
29. Cláusula geral de negociação processual e a Tomada de decisão apoiada: notas sobre sua compatibilidade — <i>Marcos Ehrhardt Jr. e Bruno Oliveira de Paula Batista</i>	781
 Autonomia, vida, saúde e segurança	
30. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência — <i>Jussara Maria Leal de Meirelles</i>	809
31. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas — <i>Gustavo Pereira Leite Ribeiro</i>	827
32. Planos de saúde e Pessoas com Deficiência: acesso, desenvolvimento sustentável e autodeterminação — <i>Gabriel Schulman</i>	861
33. Os direitos à previdência e à assistência social da pessoa com deficiência intelectual e psíquica — <i>André Studart Leitão e Eduardo Rocha Dias</i>	895
34. Violência obstétrica contra a gestante com deficiência — <i>Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carla Harmatiuk Matos</i>	915

Educação, cultura e trabalho

35. Democracia e participação: o direito da pessoa com deficiência à educação e sua inclusão nas instituições de ensino superior — *Fernanda Nunes Barbosa* 943
36. Direito da pessoa autista à educação inclusiva. A incidência do princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro — *Beatriz Rego Xavier* 961
37. Tecnologia assistiva na Convenção da ONU e no Estatuto da Pessoa com Deficiência — *Prof. Dr. Kilwangy Kapitango-a-Samba* 985
38. Direitos e garantias culturais da pessoa com deficiência à luz da Convenção de Nova York e a Lei Brasileira de Inclusão — *Francisco Humberto Cunha Filho e Vanessa Batista Oliveira* 1003
39. A inclusão da pessoa com deficiência no mundo do trabalho — *Ana Virgínia Moreira Gomes* 1029

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)
– Dos Direitos Humanos ao Direito Civil

- _____. A função social nas relações patrimoniais. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- _____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____; BARBOZA, Heloisa Helena Barboza; MORAES, Maria Celina Bodin de [et. al.]. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa Com Deficiência¹

Heloisa Helena Barboza*
Vitor Almeida**

Considerações iniciais: Código Civil, Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil à luz da Constituição

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência² (Lei n. 13.146), aprovada em 06 de julho de 2015, instaura profundas mudanças no instituto da capacidade jurídica. Destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, e principalmente sua inclusão social e efetivação plena de sua cidadania, o Estatuto da Pessoa com Deficiência vem atender uma população de quase 46 milhões de pessoas no Brasil, o que corresponde a 25% da popula-

1 O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa, vinculado ao CNPQ, intitulado *Proteção da pessoa humana na era da biopolítica*, bem como do Projeto interdisciplinar e interinstitucional (UFRJ, UFF, UERJ e FIOCRZ), financiado pela CAPES/CNPQ, denominado “Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos funcionamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiências”, aprovado pelo Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil (PGPTA), objeto do Edital “Tecnologia Assistiva no Brasil e Estudos sobre Deficiência (PGPTA) Nº 59/ 2014”, cujos autores deste artigo atuam, respectivamente, como Coordenadora Associada da Instituição UERJ e pesquisador vinculado ao projeto em andamento e do qual participa a UERJ, pelo PPGD da Faculdade de Direito.

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada).

** Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Advogado.

2 Neste trabalho designada Estatuto.

ção brasileira³, que integram os 15% da população mundial, cerca de um bilhão de pessoas⁴, afetadas por algum tipo de deficiência, as quais até então se encontravam esquecidas pelo direito brasileiro. A nova Lei constitui, sem dúvida, desde que aplicada de modo adequado, medida eficiente para que as pessoas com deficiência obtenham os instrumentos necessários para ter uma vida digna.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência constitui marco legal sem precedentes no Brasil, que dá cumprimento à Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo. Merece registro o fato de se tratar da primeira convenção do século XXI sobre direitos humanos e ter resultado de um processo de elaboração diferente do geralmente verificado nos tratados sobre direitos humanos, na medida em que contou com a participação ativa e inédita da sociedade civil⁵, o que incluiu organizações não governamentais e representações de pessoas com deficiência.

A também denominada Convenção de Nova York foi ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, e, portanto, já se encontra desde então formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

A Lei n. 13.146/2015 provocou de imediato inúmeras questões e debates em virtude da amplitude da repercussão de suas disposições no ordenamento jurídico brasileiro. Basta lembrar que a reforma promovida no conceito de capacidade acaba não só por afetar de modo direto praticamente todas as partes do Direito Civil, como também por se propagar por outros

³ Dados sobre pessoas com algum tipo de deficiência, constantes do censo demográfico de 2010. Disponível [“ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tabc1_3.pdf”](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tabc1_3.pdf). Acesso em 30 ago. 2014. Ver também matéria veiculada na Agência Brasil, em 29 de junho de 2012. Disponível em [“http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-29/pessoas-com-deficiencia-representam-24-da-populacao-brasileira-mostra-censo”](http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-06-29/pessoas-com-deficiencia-representam-24-da-populacao-brasileira-mostra-censo). Acesso 30 ago. 2015.

⁴ Dados que tomam como base as estimativas da população mundial de 2010. Informações extraídas do Relatório da Organização Mundial de Saúde (WHO) sobre pessoas com deficiência. Tradução disponível em: [“http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf”](http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf). Acesso em 23 ago. 2015.

⁵ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 34, n. 2, 2007, p. 429-462.

campos jurídicos, dada à natureza fundamental de tal conceito. Diversas indagações se superpõem: (i) não há pessoas com deficiência mental ou intelectual incapazes? (ii) não há mais interdição? (iii) quais os limites da curatela? (iv) qual a natureza jurídica da tomada de decisão apoiada? (v) quando tem cabimento este tipo de decisão? (vi) quais os efeitos dos atos existenciais praticados por pessoas que, em razão da gravidade de sua deficiência, não se encontram em condições de decidir?

Exige-se muito esforço do intérprete e do aplicador do direito, para que se dê efetividade ao que se encontra expresso no Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas principalmente para que se evitem duas atitudes de todo prejudicial: tais como: (i) a interpretação a partir da doutrina tradicional sobre o assunto, construída à luz de outro paradigma; (ii) a permanência no âmbito da retórica, situação infelizmente tão comum quando se trata de questões atinentes a pessoas vulneráveis.

Todo trabalho interpretativo deve ser feito a partir da mudança de paradigma que consolida o chamado “modelo social da deficiência”, adotado francamente pelo Brasil, e ter por foco não só a plena implementação desse novo modelo, como também sua efetividade que somente será alcançada a partir da adoção de medidas viáveis em suas repercussões práticas. Saliente-se, desde logo, que a inviabilidade imediata ou a dificuldade na execução do Estatuto, o qual implanta e fornece os instrumentos para que o modelo social se torne uma realidade, não pode se transformar no grande pretexto para seu não cumprimento ou mesmo adiamento de seu pleno funcionamento. Medida inviável na prática significa, no mínimo, que a medida não é adequada para a situação, fato que, desde logo, impõe se busquem novas soluções. As dificuldades são inerentes à deficiência e para superá-las foi criado o Estatuto. O que deve ser afastado são medidas teórica ou tecnicamente bem elaboradas, mas de fato inexequíveis, como a prescrição de adaptações, modificações e ajustes que acarretem ônus desproporcional e indevidos.

Atento a esses aspectos, o presente estudo se propõe a apresentar as linhas gerais da nova face da capacidade civil, que inclui as pessoas com deficiência, com o objetivo de problematizar algumas situações e colaborar no encaminhamento de possíveis soluções. Parte-se de pesquisa bibliográfica e de análise interpretativa realizada à luz da metodologia do direito civil-constitucional, com ênfase nos princípios constantes da Convenção de 2008, que tem, como acima acentuado força, hierarquia e eficácia constitucionais, no plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro.

Questão de natureza preliminar inicialmente enfrentada diz respeito ao fato da Lei n. 13.146/2015 ter entrado em vigor em data anterior à do novo Código de Processo Civil. A Lei n. 13.146/2015, que foi sancionada em 06 de julho de 2015 e publicada no Diário Oficial em 07 de julho de 2015⁶, estabeleceu prazos diferenciados para a entrada em vigor de alguns de seus

dispositivos, como se vê dos art. 124 e 125, e fixou o prazo geral para sua vigência de 180 (cento e oitenta) dias decorridos de sua publicação oficial, conforme estabelece o art. 127. A contagem do prazo deve observar o disposto no § 1º, do art. 8º, da Lei Complementar 95/1998, na redação dada pela Lei Complementar 171/2001, que determina seja incluída a data da publicação e a do último dia do prazo, entrando a lei em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, vale dizer, cento e oitenta dias a partir do dia 07 de julho de 2015 (inclusive), data da publicação acima referida, cujo termo final foi no dia 03 de janeiro de 2016.

Paralelamente encontrava-se em *vacatio legis* o Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, publicada em 17 de março de 2015. A vigência do CPC ocorreu em 18 de março de 2016, portanto, quando já vigente o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tendo em vista que o CPC disciplina matéria atinente à curatela e revoga também alguns artigos do Código Civil, indispensável o confronto dessas Leis. A comparação entre o CPC, o Estatuto e o Código Civil revela alguns pontos de incompatibilidade entre diplomas legais, que merecem especial atenção.

Embora o CPC vigente apresente dispositivos que se encontram em sintonia com alguns princípios da Convenção de 2008, outros não se harmonizam plenamente com o disposto no Código Civil, na redação dada pela Lei n. 13.146/2015. Na verdade, da leitura atenta do novo CPC se constata que este se limita a disciplinar o “processo de interdição”, no caso de comprovação de incapacidade do interditando, como expressa o art. 749⁷. Conforme adiante examinado, a capacidade das pessoas com deficiência é (expressamente) a regra e a curatela uma exceção, cujo procedimento encontra-se disciplinado pelo CPC. A declaração de incapacidade e consequente possibilidade de submissão à curatela só ocorrerão, insista-se – por exceção, nas hipóteses previstas no art. 4º do Código Civil, na redação dada pelo Estatuto. Fora desses casos, a pessoa com deficiência, vale dizer, aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, tem a faculdade de adotar o processo de tomada de decisão apoiada, que não tem procedimento processual específico previsto.

O art. 1.072, II do CPC vigente revogou expressamente o art. 1.768 e seu inciso IV, do Código Civil, na redação dada pelo art. 114 do Estatuto, excluindo a possibilidade de requerimento de curatela pela própria pessoa. Esta possibilidade se encontrava originalmente contemplada pelo Código

⁶ Diário Oficial da União – Seção 1 – 7/7/2015, p. 2 (Publicação Original).

⁷ Lei n. 13.105/2015: “Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou”.

Civil, ainda que de modo bastante acanhado, no art. 1.780 (curatela do enfermo), que foi revogado expressamente pelo art. 123, inciso VII do Estatuto. O enfermo deverá valer-se de outros instrumentos jurídicos de representação, como o mandato, ou mesmo de diretivas antecipadas, caso não atenda os requisitos para o processo de tomada de decisão apoiada.⁸

Cumpre lembrar que as Leis em questão são de igual hierarquia, razão pela qual o CPC derrogou o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil, inclusive naquilo que foi alterado pelo Estatuto, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹. Ainda que se considere o Estatuto como lei especial, a derrogação de ambas as Leis (Estatuto e Código Civil) se mantém, mesmo em face do disposto no § 2º do art. 2º, que apenas seria aplicável caso não houvesse incompatibilidade acima referida, critério que deve prevalecer, vale dizer: os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil que forem incompatíveis com o CPC estão derrogados.¹⁰⁻¹¹

⁸ O Estatuto reforça a possibilidade de requerimento da curatela pela própria pessoa, ao inserir o inciso IV, no art. 1.768 do Código Civil. Este artigo foi, contudo, revogado expressamente pelo art. 1.072, II, do CPC vigente.

⁹ Decreto-Lei n. 4.657/1942, na redação dada pela Lei n. 12.376/2010: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

¹⁰ Segundo Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho: “Da combinação dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução, resulta que uma disposição geral não se entende ter revogado a disposição geral já existente, podendo subsistir as duas, quando, *não havendo entre elas incompatibilidade*, a nova lei geral não disponha, inteiramente, sobre a matéria de que tratava a disposição geral anterior. Se se tratar de um Código ou de uma lei orgânica, que regule completamente a matéria em questão, a conclusão a que devemos chegar, tendo em vista a última parte do parágrafo primeiro, é que estão revogadas todas as disposições gerais e especiais que se referiam à mesma matéria” (sem grifos no original) (A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Atualizada por Silva Pacheco, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 69). No mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira, após afirmar que o princípio geral da revogação tácita é o da incompatibilidade e que há possibilidade de coexistência entre a lei nova e a anterior, esclarece: “Esta coexistência não é afetada, quando o legislador vota disposições gerais a par de especiais, ou disposições especiais a par de gerais já existentes, porque umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis. Não significa isto, entretanto, que uma lei geral nunca revogue uma lei especial, ou vice-versa, porque nela poderá haver dispositivo incompatível com a regra especial, da mesma forma que uma lei especial pode mostrar-se incompatível com dispositivo inserto em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei

É indispensável ressaltar, diante de eventual dúvida quanto à vigência ou alcance de dispositivos legais, que em nenhum momento as pessoas com deficiência ficarão ao desamparo, na medida em que estarão resguardadas diretamente pela Constituição da República de 1988 e pela Convenção de 2008, que é norma, permita-se a insistência, formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, como já reiteradamente declarou o STF.¹²

1. A alteração do regime de (in)capacidades do Código Civil

Algumas considerações, ainda que breves, devem ser feitas a respeito da Convenção de 2008¹³, uma vez que ali se encontram os princípios, conceitos e definições que devem orientar a interpretação da Lei n. 13.146/2015, sem que sejam preteridos, à evidência, os princípios constitucionais que em verdade se especializam nas normas da Convenção, de que é bom exemplo o princípio fundante da dignidade da pessoa humana¹⁴. Reconhece a Convenção "que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano".¹⁵

O propósito da Convenção expressamente previsto em seu art. 1 é "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiências humanas e liberdades fundamentais". Trata-se, portanto,

de Introdução, art. 2º, § 2º) foi que a generalidade dos princípios numa lei desta natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genética (sic) da lei geral, e, assim, em harmonia poderão simultaneamente vigorar". (Instituições de direito civil. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. v. 1, 24 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 106-107).

11 Permite-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 209 - 223, jan./abr., 2018.

12 RMS 32732 Agr/DF, Relator: Min. Celso De Mello, julg. 03 jun. 2014; RE 440028/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, julg. 29 out. 2013; ADI 903/MG, Relator: Min. Dias Toffoli, julg. 22 maio 2013.

13 Sobre a Convenção ver PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponível: http://www.discapacidadsiquica.cl/_palacios_discapacidad_cuestion_ddhh.pdf. Acesso em 20 ago. 2015.

14 art. 3º, III, CRFB.

15 Convenção, Preâmbulo, h.

de norma que busca, sobretudo, a efetividade de seus comandos. O conceito de pessoa com deficiência é apresentado no mesmo dispositivo: "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 de em igualdades de condições com as demais pessoas". Deve ser destacado que a Convenção reconhece ser a deficiência "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".¹⁶

Os princípios gerais da Convenção encontram-se no art. 3, a saber: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

De início, a Convenção e o Estatuto apresentam feição repetitiva, por vezes insistentes em certos aspectos. Diversos dos princípios e disposições neles estampados já se encontram incluídos, de modo expresso ou implícito na Constituição da República e na legislação infraconstitucional. Por que o legislador, então, insiste em "dizer o que já está dito"? Este modelo somente se justifica se o que foi dito não foi compreendido ou simplesmente não foi considerado, em qualquer momento. Não se trata do descumprimento da lei, mas da sua "não consideração", no sentido da realização de práticas contrárias à orientação legal, mas que são socialmente aceitas, ou que, pelo menos, não causam reação dos setores competentes, e, por tal motivo, são tidas por "lícitas". Tais práticas são em geral invisibilizadas por parecerem "adequadas", até porque em muitos casos são realizadas por autoridades, profissionais ou técnicos, enfim, pessoas especializadas na matéria.

Essa situação de "indiferença" diante de práticas que afrontam mandamentos legais, infelizmente muito frequentes no campo da saúde mental, foi bem percebida por Michael L. Perlín¹⁷, no que denominou *sanism*, que

16 Convenção, Preâmbulo, e.

17 No original: "*'Sanism' is an irrational prejudice of the same quality and character of others irrational prejudices that cause (and are reflected in) prevailing social attitudes of racism, sexism, homophobia, and ethnic bigotry. Sanism is largely invisible and largely socially acceptable. It is based predominantly upon stereotype, myth, superstition*

consiste num "preconceito irracional", da mesma qualidade e caráter de outros preconceitos irracionais que "causam (e estão refletidos em) atitudes sociais predominantes de racismo, sexismo, homofobia, e intolerância étnica", baseados predominantemente em estereótipos, mitos, superstições, que se sustentam e perpetuam pelo uso da alegação do "senso comum", numa "reação inconsciente a eventos tanto na vida cotidiana como nos processos legais".

Serve de exemplo desse tipo de conduta social "indiferente" (e seus efeitos) o ocorrido durante mais da metade do século passado no manicômio de Barbacena, onde se encontravam em condições subumanas, só comparáveis às dos campos de concentração, crianças, mulheres e homens, com problemas mentais ou não, submetidos ao abandono, maus-tratos e até tortura¹⁸. Não há qualquer explicação aceitável para tal fato, salvo a indiferença e invisibilidade em geral mantida pela sociedade em relação às pessoas com deficiência, especialmente os que apresentam deficiência mental.

Tal situação ocorre no mundo inteiro, talvez de modo mais grave em alguns países. Diante dessa conduta social preconceituosa e/ou indiferente, necessário foi que a comunidade internacional dissesse, ainda uma vez, o que já havia sido dito em outras Convenções Internacionais, e firmasse a Convenção de 2008, a qual explicita, promove, protege e assegura o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e fundamentais por todas as pessoas com deficiência.

Dois aspectos merecem destaque. O primeiro foi o reconhecimento da deficiência como uma questão de direitos humanos, com suas consequentes implicações nos ordenamentos dos Estados partes, que culminou com a aprovação da Convenção. Essa inegável conquista se deve a uma evolução que vem ocorrendo no Direito desde a década de 1980, que contou com

and deinindividualization, and is sustained and perpetuated by our use of alleged "ordinary common sense" (OSC) and heuristic reasoning in an unconscious response to events both in everyday life and in the legal process". PERLIN, Michael L. International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: universal factors. In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, n. 2, 2007, p. 332.

¹⁸ Estima-se que ali tenha morrido cerca de sessenta mil pessoas e que 70% dos internos não sofriam de qualquer deficiência mental (cf. Opinião e Notícia. Disponível em "<http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/massacre-em-hospital-psiquiatrico-de-minas-completa-52-anos-sem-punicao/#.Vdod0EOqrqY.gmail>". Acesso em 23 ago. 2015). Em 1960, em um lugar projetado inicialmente para 200 pacientes, havia 5 mil (cf. Uol Notícias, Ciência e Saúde. Disponível em "<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/08/22/mais-de-60-mil-pessoas-morreram-no-maior-manicômio-do-brasil.htm>". Acesso em 23 ago. 2015). Recomenda-se a leitura do livro de Daniela Arbex. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

participação ativa das pessoas incapacitadas¹⁹. O segundo foi a adoção do modelo social, na hora de compreender o fenômeno da deficiência, modelo que parte da premissa de que a deficiência se deve em grande parte a uma sociedade que "não considera nem tem presente as pessoas com deficiência". Também destaca a autonomia da pessoa com deficiência para decidir sobre sua própria vida e para isso se centra na eliminação de qualquer tipo de barreira, para que haja uma adequada equiparação de oportunidades.²⁰

Nessa linha, o artigo 12 da Convenção causou grande impacto nos ordenamentos nacionais, ao afetar os diferentes regimes de regulação pelo Direito da capacidade, ali denominada "capacidade legal", como se verificou no Brasil. Nos termos do citado artigo, que trata do "reconhecimento igual perante a lei", os Estados Partes reafirmaram que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei, e se comprometeram a: (i) reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida; e (ii) tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

A Emenda Constitucional n. 65, de 13 julho de 2010, introduziu na Constituição da República, no capítulo dedicado à família, o dever do Estado promover a 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 (art. 227, § 1º, II). A Emenda é posterior à Convenção, embora ainda utilize de forma indevida o termo "portador de deficiência", em nítido descompasso com os preceitos da aludida Convenção. Se desde então algumas providências foram tomadas, certo é que muito falta a ser feito para o cumprimento da Convenção. O Estatuto, como já salientado, amplia os meios para tanto.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência disciplina, de modo expresso, minudente e atento às peculiaridades da situação de deficiência, os direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Emerge da lei a preocupação com a proteção integral das pessoas com deficiência, que

¹⁹ BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. In: BUENO, Luiz Cayo Pérez (dir.) *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios em homenaje al professor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Arandazi, 2009, p. 354-355.

²⁰ Id. Ibid., p. 354-355.

resta expressa no art. 31, § 2º, e que deve ser reconhecida com princípio, quando se tratar da proteção de pessoas consideradas “especialmente vulneráveis” como a criança, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência, assim declarados no art. 5º, parágrafo único.

Em seus mais de cem artigos, o Estatuto procurou eliminar, com determinações específicas e instrumentos adequados, o maior número possível de “barreiras”, definidas como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros [...]” (art. 3º, IV).

Neste cenário tem relevo o capítulo dedicado à igualdade e não discriminação. O Estatuto assegura a toda pessoa com deficiência a igualdade de oportunidades com as demais pessoas, vedando qualquer espécie de discriminação em razão da deficiência, ali definida como “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” (art. 4º e § 1º).

Encontra-se no art. 6º²¹, do mesmo capítulo, uma das grandes, senão a maior, inovação promovida pelo Estatuto: a afirmação de que 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.

Deve-se observar que o Estatuto utiliza as expressões “capacidade civil” (art. 6º) e “capacidade legal”²² (art. 84), e não modificou a designação “capacidade” existente no Código Civil²³. Parece razoável entender como sinô-

nimas as citadas expressões, correspondentes à “capacidade de fato” (ou “capacidade de exercício”) de larga utilização pela doutrina brasileira.²⁴

Para ratificar o reconhecimento da plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, espancando dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º do Código Civil, para declarar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, visto derrogar os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*.²⁵⁻²⁶

Desde a codificação de 1916 o direito brasileiro reconhece a todas as pessoas personalidade e capacidade. Conforme Silvio Rodrigues, “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei achava indispensável para a que ela exerce os seus direitos”²⁷. A declaração da incapacidade tem por fim a proteção da pessoa que não apresenta condições de dirigir sua própria vida e administrar seus bens. Este é o caso das crianças e dos adolescentes, consideradas pessoas em desenvolvimento, e dos maiores que não possam exprimir sua vontade, dentre os quais a lei sempre destacou as pessoas com deficiência, especialmente mental²⁸. Em função da gravidade e da extensão da deficiência de cada indivíduo e sua

²⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. v. I, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 165; PEREIRA, Caió Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 221; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 271.

²⁵ Excluídos estarão “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos (inciso II)” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (inciso III).

²⁶ O Projeto de Lei n. 11.091/2018, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, tem por fim alterar a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Em seu art. 1º, estabelece que “esta Lei tem por finalidade alinhar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, no que diz respeito à plena capacidade civil, em especial de pessoa com deficiência, e aos apoios e às salvaguardas para o exercício dessa capacidade”.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. I, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

²⁸ Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), que se referia nos art. 5º e 446, I, aos “loucos de todo gênero” e o vigente (Lei 10.406/2002), que refere aos portadores de doenças mentais nos arts. 3º, II, e 1.767, I e III.

²¹ V. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 61-69.

²² Expressão utilizada pela Convenção, art. 12, I a 4.

²³ Lei n. 10.406/2002, Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo I.

consequente impossibilidade de exercício dos seus direitos, o Código Civil os considera inaptos totalmente para a vida civil ou aptos para exercer apenas alguns direitos. Desse modo, no primeiro caso se encontram os absolutamente incapazes indicados no art. 3º do vigente Código Civil, que tem direitos, mas não são habilitados a exercê-los, isto é, “são apartados das atividades civis”, não participando “direta ou indiretamente de qualquer negócio jurídico”, sendo sempre representados na forma da lei. No segundo caso não há privação total da capacidade de fato, e os relativamente incapazes nomeados no art. 4º do Código Civil, “não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica”, dela participando pessoalmente, mas sem autonomia plena, uma vez que devem ser sempre assistidos por outra pessoa nos termos da lei²⁹. Tem, por conseguinte, capacidade de direito, mas sofre restrição da capacidade de fato, de modo total ou parcial.

De acordo com Orlando Gomes, a “personalidade é um atributo jurídico”, é a “aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico”; “a personalidade tem sua medida na *capacidade*”, que se distingue em capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito “tem a mesma significação de personalidade”; a capacidade de fato ou de exercício “é a aptidão para exercer direitos”³⁰. Para Caio Mário da Silva Pereira, a ideia de “personalidade está intimamente ligada à de pessoa”, é reconhecida a todo ser humano e independe de sua consciência ou vontade. Aliada à personalidade é reconhecida ao indivíduo a capacidade para adquirir direitos e exercê-los por si mesmo, diretamente ou por intermédio de outrem, que o representa ou assista. Personalidade e capacidade complementam-se e “a privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade”. “Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos”. “A capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despolo dos atributos da personalidade”: “a regra é a capacidade e a incapacidade é exceção”³¹. Segundo Francisco Amaral, a personalidade é um valor e a capacidade sua projeção, “que se traduz num *quantum*”, ligando-se à ideia de quantidade, portanto, à possibilidade de medida e graduação: “pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”.³²

Nos termos do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida e toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem

civil³³, ou seja, de ser sujeito de direitos e obrigações, de reger sua pessoa e bens. Contudo, a capacidade pode sofrer restrições quanto ao seu exercício nas situações que a lei indica. Como destaca Caio Mario da Silva Pereira, somente por exceção expressamente prevista em lei é possível se suprimir a capacidade de fato de uma pessoa³⁴. Segundo o autor, “toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota”³⁵. Efetivamente a incapacidade não se presume, é o legislador que cria as exceções, mesmo quando não há deficiência, como bem comprova a incapacidade relativa da mulher casada³⁶, que perdurou até 1962, ou a deficiência existente não compromete a aptidão mental ou intelectual, caso dos surdos, incluídos no rol dos absolutamente incapazes até 2002.

A incapacidade afeta, como visto, a capacidade de exercício, mas seus efeitos são bastante amplos no caso de incapacidade absoluta, especialmente no que diz respeito às relações existenciais, que não foram contempladas expressamente pela vigente Lei Civil, na qual prevalece, ainda, forte orientação patrimonialista. Declarada a incapacidade, nos termos do art. 3º Código Civil, há proibição de se exercer pessoalmente os atos da vida civil. Por força desta “cláusula geral” a pessoa considerada absolutamente incapaz ficará impedida de realizar validamente qualquer ato da vida civil – patrimonial ou existencial. O curador nomeado poderá representá-la nas situações patrimoniais, mas não nas existenciais de natureza personalíssima, o que acaba por significar uma verdadeira supressão de direitos.

É certo que o Código Civil, no art. 1.772, permitia ao juiz estabelecer os limites da curatela, que poderiam se restrinuir à proibição da prática de atos de natureza patrimonial que não sejam de mera administração³⁷. Mas, pela letra da lei, esta possibilidade só seria aplicável especificamente no caso de interdição de deficientes mentais, ebrios habituais e viciados em tóxicos, bem como dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental³⁸. Excluídos dessa possibilidade estariam, portanto, os curatelados em razão de enfermidade ou deficiência mental, que não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil. A referência feita na lei à “deficiência mental” e a “discernimento” sempre foi de tormentosa interpretação e aplicação. Contudo, sensíveis a essa dificuldade e à distinção não justificada,

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 229, 235-237.

³⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizador Humberto Theodoro Junior. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 141-142, 165-166.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 179, 221-229.

³² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 269-272.

³³ Código Civil, arts. 1º e 2º.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 222.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 227.

³⁶ Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916 (Código Civil), art. 6º, II.

³⁷ A redação original do art. 1.772 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 13.146/2015 (EPD), tendo sido revogado logo depois pelo Código de Processo Civil vigente.

³⁸ Código Civil, art. 1.772 c/c art. 1.782.

doutrina e jurisprudência, em boa hora, já haviam ampliado a aplicação do referido art. 1.772 a casos ali não expressamente previstos.³⁹

De qualquer modo, na incapacidade absoluta reside uma forma de discriminação que finds com o Estatuto. A referência expressa no art. 3º do Código Civil à enfermidade ou deficiência mental induz presumir que em tais casos não há “normalmente” discernimento, situação que de fato nem sempre ocorre que gera infundadas discussões periciais, sempre em prejuízo daquele que tem suas “faculdades mentais” questionadas. Para este, ainda que venha a ser considerado “apto” para a prática de atos da vida civil, restará sempre o estigma da “anormalidade”. Servem de bom exemplo dessas situações as enfermidades que se apresentam no processo de envelhecimento, que nem sempre suprimem o discernimento. Contudo, para o senso comum pessoas acima de 75 ou 80 anos não podem praticar atos jurídicos, como fazer ou alterar testamento, outorgar mandato e dispor de seus bens. Na verdade, assim também entende o legislador, ao impor o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos⁴⁰. Possível vislumbrar em tais casos o *sanism* identificado por Perlin.⁴¹

Embora a preocupação do legislador tenha sido prioritariamente com as relações patrimoniais, como evidenciam as disposições do Código Civil sobre incapacidade e curatela, foram igualmente atingidas, como já destacado, as relações existenciais das pessoas consideradas absolutamente incapazes. Em todos os casos, a incapacidade absoluta afeta o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao casamento, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. A decisão de questões relativas a esses direitos, quando possível, fica exclusivamente a cargo do curador, que presumidamente sabe o que é melhor para o curatelado, sendo inválidos os atos dessa natureza praticados pelo absolutamente incapaz. O Estatuto extingue esses efeitos “genéricos”, especialmente os que concernem às relações existenciais, ao limitar os efeitos da curatela, medida admitida em caráter excepcional como se verá adiante, aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Nesse sentido, são bastante expressivas a derrogação do inciso I, do art. 1.548, e a inclusão do § 2º, no art. 1.550, ambos do Código Civil, a partir das quais é válido o casamento contraído por pessoas com deficiência mental ou intelectual, na forma da lei.

A presunção geral é de capacidade, só se admitindo a declaração de incapacidade por sentença, uma vez realizado o contraditório e produzida

prova de que a pessoa não se encontra em condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, seja ou não deficiente. Contudo, como observado acima, a declaração de incapacidade absoluta, até então admitida, mas erigida sobre fundamentos e moldes exclusivamente patrimoniais, acabava por negar ao incapaz direitos de natureza existencial indeclináveis, de que é exemplo cabal o direito sobre o próprio corpo. Exatamente por força desse efeito “legal” e de autorizações judiciais normalmente concedidas, são realizadas experimentações, esterilizações e tratamentos compulsórios de toda natureza em pessoas absolutamente incapazes, que muitas vezes sequer são informadas a respeito das intervenções em seu corpo.

Um ordenamento jurídico que tem como princípio fundante a dignidade humana não pode admitir tais situações de constrangimento, salvo em casos excepcionalíssimos e sempre e exclusivamente quando for o único procedimento capaz de melhorar efetivamente as condições de vida ou de saúde da pessoa com deficiência ou não, ou ao menos evitar ou diminuir seu sofrimento. Ao alterar o art. 3º do Código Civil e reconhecer a plena capacidade das pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 6º e 85, o Estatuto excluiu do alcance da curatela o direito ao próprio corpo, pondo fim a tais situações que pertencerão a um passado sombrio.

2. O novo perfil da curatela

A nova lei vai além na (re)afirmação da capacidade civil das pessoas com deficiência e no resguardo de seus direitos. Ao tratar do reconhecimento igual perante a lei⁴², o Estatuto afirma a plena capacidade da pessoa com deficiência e assegura, ainda uma vez, seu “direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 84). Quer o legislador resguardar-lhes o direito de decidir sobre sua pessoa e bens, na medida de sua autonomia. Não foram desconsideradas, porém, as situações em que o exercício pessoal dos direitos assegurados, mesmo que superadas as barreiras e feitas as adaptações razoáveis, não é cômodo ou exige sacrifício e/ou sofrimento evitável para a pessoa com deficiência, ou, ainda, não é efetivamente possível, sem prejuízo dos interesses da própria pessoa, como acontece em casos de deficiências físicas e mentais graves. Prevê a lei instrumentos para ambas as hipóteses.

No primeiro caso, é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de “tomada de decisão apoiada”, adiante examinado, no qual a pessoa

39 Sobre o assunto ver ABREU, Celia Barbosa. *Curatela & Interdição Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

40 Código Civil, art. 1.641, II.

41 Ver nota 17.

42 Capítulo II, Título I – Do Acesso à Justiça, Livro II – Parte Especial, da Lei n. 13.146/2015.

com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Para os casos graves, nos quais a pessoa com deficiência não apresenta condições físicas ou mentais de exercer seus direitos pessoalmente, admite o Estatuto a submissão da pessoa à curatela, "conforme a lei" (art. 84, § 1º). Embora o texto legal utilize o verbo "submeter", a curatela prevista no Estatuto tem características que a distinguem do instituto tradicional, a saber: a) sua admissão é feita "quando necessário", o que deve ser entendido como "for necessário para atender o melhor interesse da pessoa com deficiência" e não outro qualquer (art. 84, §1º); b) constitui medida protetiva extraordinária, que deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durar o menor tempo possível (art. 84, § 3º); c) afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85); e d) não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, § 1º).

Reafirma-se na última característica a preservação da plena capacidade civil da pessoa com deficiência, no que diz respeito a seus interesses existenciais, como prevê o art. 6º do Estatuto. À evidência, a definição da curatela, isto é, dos poderes do curador e das restrições impostas ao curatelado, deve ser feita diante de cada caso concreto, uma vez que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões de sua definição, preservados os interesses do curatelado (art. 85, § 2º).

A admissão da curatela "conforme a lei" consiste na aplicação das regras do Código Civil e do Código de Processo Civil. Considerando a lei ora em vigor, o instituto da curatela contempla duas modalidades: a curatela dos interditos (art. 1.767 a 1.778) e a curatela do nascituro (art. 1.779)⁴³. Estão sujeitas à curatela (art. 1.767) as pessoas mencionadas nos art. 3º e 4º do Código Civil. O Estatuto promoveu a adaptação do art. 1.767 e seguintes às alterações no instituto da capacidade, mantendo a menção à designação de "interditando" para a pessoa que será curatelada, como se vê da nova redação dada aos arts. 1.771 e 1.772, parágrafo único, mas que foram revogados logo após pelo vigente Código de Processo Civil. Nesse sentido, não há mais menção ao termo "interditando" no Código Civil.⁴⁴

43 O art. 1.780 do Código Civil que tratava da curatela do enfermo ou portador de deficiência física foi revogado pela Lei 13.146/2015.

44 Manteve, contudo, a menção à "interditado judicialmente" no art. 1.570 do CC, que trata do exercício exclusivo da direção da família e administração dos bens em determinadas circunstâncias. Além disso, persiste o uso do termo "interdito" em algu-

Nesse passo, deve-se destacar que igualmente modificada foi a redação do art. 4º, do Código Civil, para retirar do rol das pessoas incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: a) as pessoas que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; e b) as pessoas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo⁴⁵. Em lugar desses últimos, poderá ser considerada relativamente incapaz toda e qualquer pessoa que, "por causa transitória ou permanente", não puder exprimir sua vontade, nos termos da nova redação atribuída pelo Estatuto ao inciso III, do art. 4º, do Código Civil.

Não será objeto de exame a incapacidade dos ebrios habituais e dos viados em tóxicos, mantida na nova versão do art. 4º acima mencionado, por se tratar de matéria de alta indagação não comportada nestas modestas considerações.

Certo é que, a partir da entrada em vigor da nova redação do citado art. 4º, a existência de deficiência física, mental, intelectual ou sensorial – por si só – não mais poderá ser indicada como causa da incapacidade, visto que a incapacidade somente resultará da impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, por causa – qualquer que seja – transitória ou permanente, vale dizer, permita-se a insistência, seja a pessoa deficiente ou não. Enquanto a pessoa tiver competência para explicitar sua vontade, seja por meio de adequações razoáveis, intérpretes (caso da língua dos sinais utilizada pelos surdos) ou de apoiadores, em princípio, não tem cabimento a incapacidade relativa.

A pessoa que se encontre nas condições previstas no inciso III, do art. 4º, poderá ser declarada incapaz relativamente aos atos indicados na respectiva sentença de interdição, que terá o alcance estabelecido pelo Estatuto. Pode-se entender, portanto, que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Não serão alcançados o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, § 1º).⁴⁶

O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a consequente decretação de sua curatela é medida extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção, como deixa claro o Estatuto (art. 84,

mas passagens da Lei Civil vigente (arts. 814, 974, § 1º, 975, § 2º, Livro IV, Título IV, Capítulo II, Seção I, "Dos interditos" e 1.775).

45 Restou inalterado o inciso IV relativo aos pródigos e substituída foi a palavra "índios", constante da redação do vigente parágrafo único, do art. 4º, pelo termo "indígenas".

46 Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 293-300.

§ 3º). Só tem cabimento, portanto, quando insuficientes ou inexistentes os meios de proteção dos interesses da pessoa que será curatelada. É importante observar que deve se deferir de modo “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso”, de acordo com o mesmo dispositivo. Por conseguinte, não serão razoáveis decisões genéricas, que confirmam amplos poderes de disposição ou comprometimento de bens para pessoa de patrimônio diminuto. O mesmo deve-se dizer em relação às pessoas que se encontram impedidas de exprimir sua vontade, em situações sabidamente temporárias, como as que decorrem de tratamento médico ou cirúrgico. É de todo indispensável observar com minúcia as circunstâncias e necessidades de cada caso, para que se encontre a proporção que atenda o melhor interesse do curatelado.

Igualmente nessa linha, a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa curatelada são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade. O respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las, por causas físicas ou mentais. Não seria razoável permitir que pessoa com deficiência mental se auto amputasse, a pretexto de lhe assegurar o direito sobre o próprio corpo. Certamente, porém, haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde. O curador não tem (e nem terá) poder sobre o corpo do curatelado. Em geral, interferências severas sobre o corpo da pessoa sob curatela eram realizadas com autorização judicial, como a esterilização de mulheres com deficiência mental. A manutenção deste tipo de procedimento se admite, contudo, sob novos princípios, dentro os quais se destaca o respeito à vontade do curatelado o quanto possível. Medidas irreversíveis de qualquer natureza, especialmente as físicas, como amputações ou esterilizações, somente se justificam diante da falta de alternativa e quando de todo indispensáveis à preservação da vida e da saúde do curatelado. O juiz, o Ministério Público e o curador serão os responsáveis diretos pelo respeito aos direitos do curatelado.

Neste sentido, foi aprovado o Enunciado nº 637, da VII Jornada de Direito Civil, que estabelece “[...] 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”.

O exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade-reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do § 2º acrescido ao art. 1.550 do Código Civil, pelo Estatuto, segundo o qual “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade nubia (sic) poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou cu-

rador”. Permite-se repetir aqui as ressalvas anteriormente feitas no sentido de que o respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las, por causas físicas ou mentais. Embora as situações existenciais em pauta devam ser analisadas com bastante cautela para que não haja cerceamento de direitos, o eventual recurso ao Judiciário é admissível em nome da proteção da pessoa com deficiência.

A consolidação do processo de reconhecimento e preservação da capacidade e autonomia das pessoas com deficiência já apresentara seus primeiros sinais no ordenamento jurídico brasileiro com a instituição da curatela do enfermo⁴⁷ e o Estatuto do Idoso. Necessário, assim, examinar a possibilidade de requerimento de curatela pela própria pessoa. Não obstante o Estatuto (art. 123, VII) tenha revogado expressamente o art. 1.780 do Código Civil, essa faculdade da pessoa com deficiência foi resguardada, com a inclusão de dispositivo nesse sentido no art. 1.768, inciso IV, do Código Civil, que representava uma alternativa ou um passo além da “Tomada de Decisão Apoiada”. Contudo, o Código de Processo Civil revogou expressamente o art. 1.768 da Lei Civil com redação dada pelo Estatuto. Ainda assim, a possibilidade de requerimento da curatela pelo interessado não se extingue, por força dos princípios da Convenção e o que mais consta do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se pode retirar da pessoa com deficiência a legitimidade para requerer sua própria curatela, sob pena de negar sua capacidade e ignorar sua autonomia, em franca violação do principal objetivo da Convenção, que tem força de norma constitucional. O requerimento da curatela pelo interessado constitui significativa expressão de sua capacidade e de máximo respeito a sua autonomia. Essa faculdade da pessoa com deficiência renasce com o Estatuto de modo renovado e vigoroso.

Neste cenário crescem em importância as denominadas “diretivas antecipadas de vontade”, cada vez mais comuns para fins de gerenciamento da própria vida, embora pensadas originalmente para tratar da própria morte⁴⁸. Concebidas para registrar os desejos de uma pessoa prévia e expressamente

47 Sobre as alterações sofridas por esse instituto, ver BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 433-451.

48 A matéria é objeto da Resolução n. 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, que define “diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

manifestados, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitada de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, as diretrizes ganham novos objetivos a cada avanço médico. Constituem, por excelência, instrumento de declaração de vontade de uma pessoa para o futuro e abrem perspectivas interessantes em face da curatela, particularmente nos casos de doenças degenerativas progressivas ou dos possíveis efeitos do processo de envelhecimento, cada dia mais longo.

Não há regulamentação legislativa específica para as diretrizes antecipadas, mas parece não haver impedimento para sua admissão, com essa denominação ou não, para orientar uma curatela futura. Uma pessoa que sofre de doença incapacitante poderia antecipar sua vontade com relação à própria curatela, para indicar curador ou curadores, determinar os poderes que lhes devem ou podem ser atribuídos, além dos procedimentos médicos que deseja ou não. Igualmente possível a indicação de mais de um curador, pois como prevê o art. 1.775-A, acrescido ao Código Civil pelo Estatuto, "o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa".

A possibilidade da declaração antecipada da vontade aqui mencionada corresponde à "autocuratela" ou "autotutela", de que trata Rolf Madaleno, que entende tratar-se de um "mandato preventivo", "uma declaração de vontade firmada por uma pessoa capaz, que de forma preventiva, diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, por padecer de uma enfermidade degenerativa, por exemplo, organiza sua futura curatela [...]", para assegurar o respeito à vontade e preferências do curatelado.⁴⁹

3. Contornos da tomada de decisão apoiada

A Lei n. 13.146/2015 criou um novo instrumento de promoção dos interesses das pessoas com deficiência com o objetivo de assegurar o exercício da capacidade civil, sem submetê-las ao instituto da curatela – tradicionalmente o único modelo existente para a proteção dos direitos da pessoa incapaz maior de idade. Surge, neste cenário, a denominada *Tomada de Decisão Apoiada*, por força do art. 116 do Estatuto, que incluiu o art. 1.783-A e seus onze parágrafos no Código Civil.

A bem da verdade, tal instituto concretiza o art. 12.3 do Decreto n. 6.949/2009, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, e estabeleceu que os "Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal". Conforme

já exaustivamente repisado, a referida Convenção integra o ordenamento brasileiro com força e eficácia constitucionais. Logo, a necessidade de criação de um instituto voltado à promoção e apoio de pessoas com deficiência para a tomada de decisões a respeito da condução de suas vidas e respeito à sua vontade já era um imperativo da ordem jurídica nacional.

Há de se destacar ainda que a tomada de decisão apoiada se inspira em modelos estrangeiros, como a figura do *amministratore di sostegno* (administrador de apoio), introduzido no Código Civil italiano (arts. 404 a 413) através da Lei n. 6/2004, e do sistema de apoio ao exercício da capacidade, previsto no art. 43 do Código Civil e Comercial da Argentina⁵⁰. A criação desses institutos em diferentes países, além de comprovar a força da Convenção mundo afora, também demonstra a necessidade de formulação de instrumentos de promoção e apoio da pessoa deficiente, que assegurem as condições de exercício da capacidade civil de maneira bem informada e esclarecida.

Assim, com a inclusão promovida pelo Estatuto, além dos já conhecidos institutos da tutela e da curatela – respectivamente destinados a proteger os incapazes em razão do critério etário e demais hipóteses de incapacidade –, surge a tomada de decisão apoiada, com estrutura e função bem distintas dos instrumentos protetivos tradicionais. A rigor, a tomada de decisão apoiada já nasce diferenciada na medida em que visa preservar a capacidade civil das pessoas com deficiência, propiciando condições de seu exercício e promovendo sua autonomia e dignidade. Ao contrário, a curatela e a tutela são institutos patológicos, ou seja, destinados a proteger as pessoas já legalmente consideradas incapazes, outorgando poderes para que o curador e o tutor gerenciem os atos da vida civil, agora restringidos aos atos de natureza patrimonial e negocial no caso da curatela (art. 85 do Estatuto).

A tomada de decisão apoiada serve, portanto, para auxiliar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, logo, para promover sua autonomia e a dignidade, sendo que os apoiadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das esco-

⁵⁰ "ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesita 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 inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

⁴⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1211.

lhas de vida da pessoa com deficiência⁵¹. Ao contrário, no caso da curatela, sobretudo em seu perfil tradicional, se eclipsa a vontade da pessoa curatelada, num verdadeiro processo de substituição, que a disciplina do Estatuto se destina a modificar. Em outros termos, os apoiadores atuam ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão. Contudo, é de se repisar que por mais que a curatela tenha assumido um novo perfil, como já acentuado, certo é que sua estrutura permanece no sentido de permitir que o curador, pelo menos, nas questões de natureza patrimonial e negocial, represente ou assista o curatelado, expressando sua vontade, ainda que presumida, ou o acompanhando na administração de seus bens, nos termos dos poderes conferidos na sentença, sendo que sua atuação deve perseguir o melhor interesse da pessoa curatelada.

Destaque-se, portanto, que a tomada de decisão apoiada já nasce vocacionada à preservação da autodeterminação da pessoa com deficiência, com fins de manutenção do seu pleno estado de capacidade de agir, sendo, inclusive, um remédio plasmado especialmente para apoia das situações existenciais, ainda que os apoiadores tenham como principal papel o auxílio às relações negociais travadas pela pessoa com deficiência apoiada. Trata-se, permita-se repisar, de instituto promotor de autonomia e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir demasiadamente sua vontade e escolhas existenciais e patrimoniais.

Assim, retira-se as pessoas com deficiência do espaço de invisibilidade jurídica, ou seja, de respeito à sua condição de pessoa humana, logo, merecedora de respeito e consideração às suas vontades e escolhas, ampliando sua liberdade, sem excluindo-las das decisões sobre sua própria vida. Em arremate, pode-se afirmar que o Estatuto sepulta definitivamente a exclusão da pessoa deficiente do controle de sua própria vida, submetendo-a, quando estritamente necessário, à curatela, agora restrita às situações patrimoniais e proporcionais às necessidades e circunstâncias de cada pessoa, como medida extraordinária e com duração limitada, sempre que possível (arts. 84, § 1º e 3º), conforme já visto, ou facultando-lhe a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (art. 84, § 3º).

Nestes termos, estabelece o art. 1.783-A do Código Civil que a "tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idóneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre

atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e as informações necessários para que possa exercer sua capacidade". Como forma de reforçar a autodeterminação da pessoa com deficiência, a lei lhe reserva o direito de requerer o pedido de tomada de decisão apoiada, bem como indicar de forma expressa as pessoas aptas a lhe prestarem o apoio (art. 1.783-A, § 2º), demonstrando o vínculo e a confiança existente entre apoiador e apoiado. A tomada de decisão apoiada depende de processo judicial, com feição de jurisdição voluntária, e que não encontra disciplina processual específica no vigente Código de Processo Civil.⁵²

Embora a lei resguardar à pessoa a ser apoiada a escolha em relação aos seus apoiadores, o § 3º do art. 1.783-A determina que, antes de se pronunciar sobre o pedido, o juiz deve, acompanhado por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Pùblico, ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas indicadas a prestar apoio. Assim, embora a prerrogativa de indicar os apoiadores caiba à pessoa com deficiência, nada impede que o magistrado, de ofício ou a pedido do Ministério Pùblico, solicite a substituição de um ou ambos os apoiadores, desde que o(s) mesmo(s) não apresente(m) um sólido vínculo com a pessoa a ser apoiada, não seja confirmada a confiança esperada ou o(s) apoiador(es) não apresente(m) a idoneidade necessária para o exercício da função. Na linha de preservação da vontade da pessoa com deficiência, antes do juiz designar novo apoiador, deve ser instada a pessoa a ser apoiada a indicar novas pessoas aptas a prestarem o apoio.

O pedido de tomada de decisão apoiada exige a apresentação de termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e dos compromissos dos apoiadores, contendo inclusive o "prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar", conforme prescreve o art. 1.783-A, § 1º. Independentemente do prazo de vigência estipulado no acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, a lei permite que a pessoa apoiada, a qualquer tempo, solicite o término do acordo firmado (art. 1.783-A, § 9º), como forma de resguardar o direito de escolha da pessoa com deficiência, que pode não mais confiar ou ter um vínculo suficiente com o apoiador, ou mesmo entender que não é mais necessária a tomada de decisão apoiada. Nesses casos, entende-se que se trata de verdadeiro direito da pessoa apoiada, não sendo o caso do juiz ou outra autoridade perquirir os eventuais fundamentos da decisão já tomada.

51 Cf. A. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2019, p. 435-448.

52 O Projeto de Lei n. 11.091/2018 pretende incluir o arts. 747-A, 749-A, 749-B, 751-A, 752-A, 753-A, 755-A, 755-B, 756-A, 763-A, todos do Código de Processo Civil, através da redação dada pelo art. 6º, para regulamentar a disciplina processual da tomada de decisão apoiada, bem como altera o procedimento da curatela em diversos pontos.

É possível ainda que o apoiador requeira sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, consonante enuncia o § 10 do art. 1.783-A, que condiciona seu desligamento à manifestação do juiz, que deverá intimar o beneficiário para indicar novo apoiador. Igualmente na hipótese em que o apoiador tome a iniciativa do desligamento, não cabe investigar os motivos que o levaram a tal opção, tendo em vista que o encargo cria inúmeros deveres e responsabilidades, e que não é admissível forçar uma pessoa a continuar a ser apoiador, ainda que o prazo estipulado não tenha expirado. O apoiador poderá ser destituído se a denúncia dirigida ao Ministério Público ou ao juiz for procedente e restar comprovada a ação negligente, a pressão indevida ou o descumprimento das obrigações assumidas. Tem legitimidade para apresentar a denúncia a pessoa apoiada ou qualquer outra (art. 1.783, §§ 7º e 8º), o que reforça o dever de diligência com que deve atuar o apoiador nomeado.

A legislação protetiva não esmiúza a extensão e os limites do termo de apoio que deve ser submetido à apreciação judicial, o que pode gerar uma série de controvérsias nos casos de divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e seu(s) apoiador(es). Por isso, há necessidade de constar do referido termo o objeto do encargo, a especificação dos atos negociais em que o apoiador terá que assistir o apoiado, entre outros. Isto porque, em relação aos negócios jurídicos celebrados por pessoas apoiadas, o Estatuto estabelece que quando os mesmos trouxerem risco ou prejuízo relevante, a questão deverá ser submetida ao juiz, que deverá decidir a matéria, ouvido o Ministério Público. Além disso, de acordo com o § 4º do art. 1.783-A, a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos, mas desde que inseridas nos limites do apoio acordado. Frisa-se que na hipótese de atuação da pessoa apoiada sem a assistência do apoiador conforme estipulado no acordo firmado, não é possível invalidar o negócio jurídico entabulado sem apoio, eis que a pessoa com deficiência preserva sua capacidade civil. No entanto, o § 5º do art. 1.783-A estipula que terceiro com que a pessoa apoiada manter alguma relação negocial poderá solicitar que os apoiadores contra assinem o documento firmado, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Nesse sentido, se a tomada de decisão apoiada não afeta a plena capacidade civil, conforme já asseverado, não há motivos para cogitar que os requisitos de validade previstos no art. 104 do Código Civil não foram atendidos, "salvo se o juiz entender que embora ainda não judicialmente declarado incapaz, suas condições psíquicas já estivessem comprometidas e o declaratório soubesse ou tivesse como saber, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva".⁵³

53 A. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance,

Questão que a lei deixou de tratar e que se torna instigante em razão das possíveis repercussões é se o instituto da tomada de decisão apoiada se estende às situações existenciais ou se somente se restringe aos atos de natureza patrimonial e negocial, como revela o novo perfil da curatela⁵⁴. Com efeito, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificamente em relação aos atos negociais, a exemplo dos §§ 5º e 6º, nada impede, inclusive, que no termo do acordo entre apoiado e apoiadores os mesmos convencionem os limites da tomada de decisão apoiada para as situações existenciais, além de, em alguns casos mais graves e urgentes, como em situações irreversíveis, os apoiadores possam recorrer ao juiz para dirimir eventual conflito de interesses, sempre atentando para o melhor interesse da pessoa apoiada, que se traduz na promoção de sua autonomia e dignidade.

Por fim, cabe sublinhar que a tomada de decisão apoiada pode antecerder a curatela, como nos casos de doenças neurodegenerativas progressivas, nas quais a pessoa ainda no estágio inicial da enfermidade tem condições de decidir. Contudo, sabedoria de que futuramente o desenvolvimento da doença afetará sua capacidade de planejar, pode valer-se da decisão apoiada para formular diretiva antecipada de vontade sobre sua autocuratela⁵⁵, conforme já visto, e indicar seu curador ou curadores (curatela compartilhada, nos termos do art. 1.775-A), que nada impede sejam seus apoiadores. Pelo contrário, ainda na fase da lucidez e higidez mental a pessoa com deficiência

efeitos e fins. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (orgs.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2019, p. 446.

54 "A depender de cada caso, fixa-se o âmbito da vida da pessoa no qual o apoio será conferido. É possível que alguns casos requeiram apoio apenas quanto às decisões jurídicas patrimoniais, enquanto outros demandem apoio para as decisões que impactam na esfera não-patrimonial". MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Data de acesso: 26 set. 2015.

55 "A autocuratela, portanto, permite que, no exercício de sua autonomia prospectiva existencial, a pessoa com deficiência possa previamente à sua incapacidade relativa escolher a pessoa mais indicada para atuar futuramente como seu curador por entender que o escolhido por vínculo de confiança, afetividade e afinidade melhor o atenderá no futuro, em busca do tratamento mais adequado e da gestão patrimonial mais eficiente. A autocuratela é expressão maior da preservação da autonomia e capacidade da pessoa com deficiência, atendendo plenamente aos desígnios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana". ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 258-267.

poderá avaliar se os apoiadores são realmente aptos a exercerem em prol de seu melhor interesse o encargo da curatela.

O enunciado n. 640, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em interpretação do art. 1783-A do CC, enuncia que a "tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela", deixando claro que na hipótese de severo comprometimento psíquico para a manifestação de vontade a restrição à capacidade de agir deve ser apoiada por meio da curatela. Por sua vez, o enunciado n. 639 reafirmou a autonomia da pessoa com deficiência ao entender que a opção pela tomada de decisão apoiada é de sua legitimidade exclusiva e que a "pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores", o que reforça que tal instituto pode anteceder a curatela, sem se confundirem.

5. Conclusão

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu profundas alterações no instituto da capacidade regida pelo Código Civil, que repercutiu ampla e diretamente nas relações privadas e alcançou as áreas do Direito que se valem das categorias e conceitos estabelecidos pelo Direito Civil.

Diante dos expressos termos da Lei n. 13.146/2015, que atribui nova redação ao art. 3º, do Código Civil, e, principalmente, pelas razões apresentadas, é possível concluir que somente as pessoas menores de 16 anos são consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja: a incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa. Em princípio tal disposição encontra respaldo no reconhecimento legal⁵⁶ da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Não obstante, o assunto merece análise mais aprofundada que escapa dos estreitos limites deste estudo.

O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a sua consequente submissão à curatela é medida extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção. É importante observar que deve ser deferida de modo "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso" e "no menor tempo possível".

Neste cenário, a curatela assume um novo perfil em nosso ordenamento, na medida em que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não sendo alcançados o direito ao pró-

prio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. No entanto, há de se ressaltar que em situações extremas e irreversíveis pode o curador recorrer ao juiz para a solução de eventual conflito de interesse entre a decisão de cunho existencial da pessoa curatelada e o curador, sempre em busca do melhor interesse da pessoa com deficiência.

Ao lado da curatela, surge um novo instituto, que visa promover a autonomia e dignidade das pessoas com deficiência e assegurar o exercício da sua capacidade, por força do art. 1.783-A, inserido no Código Civil, que é a tomada de decisão apoiada. Trata-se de novo mecanismo que auxiliará a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade, enaltecedo sua autodeterminação para conduzir a própria vida.

Referências

- ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- A. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2019.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ABREU, Celia Barbosa. *Curatela & Interdição Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 209-223, jan./abr., 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Régo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- BARIFFI, Francisco. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*. In: BUENO, Luiz Cayo Pérez (dir.) *Hacia um derecho de la discapacidad: estudios em homenaje al professor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Arandazi, 2009.

⁵⁶ Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 6º.

DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 34, n. 2, 2007.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Atualizada por Silva Pacheco, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Data de acesso: 26 set. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 24 ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLIN, Michael L. International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: universal factors. In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, n. 2, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. I, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável

Rodrigo da Guia Silva*
Eduardo Nunes de Souza**

1. Introdução

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988, não é incomum que o civilista ainda se depare com institutos pouco sensíveis ao projeto personalista do texto constitucional. Este parece ser o caso da teoria das incapacidades — tradicional reduto do pensamento estruturalista no direito civil que, em sua configuração binária, costuma reduzir o problema da proteção de pessoas com discernimento limitado à criação de duas espécies de castas incompatíveis: capazes e incapazes.¹ Trata-se de inadmissível simplificação da questão. De fato, a complexidade da mente humana põe em xeque a antiquada noção segundo a qual a falta de discernimento afetaria do mesmo modo a aptidão para a realização de todo e qualquer ato da vida civil sem qualquer graduação, em uma mudança de perspectiva que já foi denominada “a revanche da vida” sobre as regras jurídicas.²

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Substituto de Direito Civil da UFRJ. Advogado.

** Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ. Assessor Jurídico do Tribunal do Rio de Janeiro.

1 Cuida-se do raciocínio descrito por Stefano RODOTÀ como a “lógica binária da alternativa seca entre o sim e o não, entre a capacidade e a incapacidade” (*La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Roma: La Feltrinelli, 2006, p. 28. Tradução livre).

2 Em emblemática passagem, pondera Stefano RODOTÀ: “A revanche da vida começa quando se coloca de cabeça para baixo a imposição que vê na pessoa quase exclusivamente o sujeito econômico e identifica a sua capacidade de tomar decisões substancialmente com a capacidade patrimonial. A consideração integral da personalidade, e assim a plenitude de vida, quebram esse esquema, impõem considerar na concretude do real, caso a caso, as situações nas quais se pode e se deve atribuir relevância à vontade de quem, de outra forma, seria considerado incapaz. Não basta, assim, a identifica-