

"A capacidade civil sempre esteve intimamente ligada ao discernimento, isto é, à possibilidade de entender e querer. A noção de discernimento era concebida em escalas, 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 desprovido 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."

"Como o leitor certamente perceberá já a partir das primeiras páginas, a obra tecida por Joyceane consiste em um esforço conjunto de civilistas de diversas áreas, regiões e escolas de pensamento, todos voltados à concretização de um sistema efetivo para a proteção da pessoa com deficiência no Brasil. Busca-se, antes de tudo, superar a crítica dos erros e a euforia dos acertos da nova lei, propondo-se algumas concretizações e subsídios para o intérprete na difícil tarefa de conferir efetividade à cláusula geral de tutela da pessoa humana, nestas situações de tão particular vulnerabilidade."

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

ISBN: 978-857147-953-1



JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

[Organizadora]

Direito das pessoas  
com deficiência  
psíquica e intelectual  
nas relações privadas

Convenção sobre os direitos  
da pessoa com deficiência  
e Lei Brasileira de Inclusão

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

[Organizadora]

Direito das pessoas  
com deficiência psíquica  
e intelectual  
nas relações privadas

Convenção sobre os direitos  
da pessoa com deficiência  
e Lei Brasileira de Inclusão

EDITORA  
PROCESSO

EDITORA  
PROCESSO

Joyceane Bezerra de Menezes  
(Organizadora)

**Direito das pessoas com deficiência psíquica  
e intelectual nas relações privadas**

*Convenção sobre os direitos da pessoa com  
deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*



Rio de Janeiro  
2016

© 2016 by Joyceane Bezerra de Menezes

## Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (Presidente)

Ana Carolina Brochado Teixeira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedrosa

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Peri Guedes

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Maurício Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Revisão Gráfica: Dos Autores

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: Deoclécio Serafim

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

M346d	<p>MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas — Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão / Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) — Rio de Janeiro: Processo, 2016. 923 p. : 23cm.</p> <p>ISBN 978-857147-953-1</p> <p>1. Direito Civil 2. Direito da Pessoa com Deficiência 3. Brasil</p>
-------	--

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 escalas, 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 desprovido 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 plenamente capazes (art. 6º). Em nome de bem-intencionada mudança paradigmática, aparentemente diminuiu a proteção que o sistema anterior proporcionava, aliando-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, instaura-se verdadeira crise, que demandará os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar uma terminologia não discriminatória, não se exponham tais pessoas a toda sorte de golpes, supostamente cancelados pela reforma legislativa.

A referida reforma, contudo, consiste em apenas um aspecto do advento da Lei n. 13.146/2015, diploma de relevância ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, vez que representa a internalização, no sistema pátrio, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada no Brasil por meio do Decreto legislativo n. 186/2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, e, em seguida, promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009. O procedimento de ratificação da referida Convenção pelo Brasil outorgou-lhe *status* constitucional, e não sem razão: o diploma (e, à sua semelhança, o chamado Estatuto da Pessoa Deficiente – EPD) prevê uma série de instrumentos e mecanismos para a proteção da pessoa com deficiência e sua inclusão

Soares Pugliese), o direito de constituir família pelo casamento (Vanessa Correia Mendes), o direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela (Thais Sêco) e o direito à convivência familiar e a proibição do tratamento asilar (Gustavo Pinheiro). O regime sucessório da pessoa com deficiência é analisado quanto à validade dos testamentos por elas celebrados (Flávio Tartuce) e quanto à participação no processo de inventário (Ana Luiza Nevares, Renata Vilela Multedo e Rose Meireles Vencelau).

Daí decorre um estudo pormenorizado da representação da pessoa com deficiência por meio dos novos contornos da curatela (Célia Barbosa Abreu; Joyceane Bezerra de Menezes), da autocuratela (Paula Greco Bandeira) e o inovador instituto da tomada de decisão apoiada, cujos principais contornos são analisados em atenção à principiologia da Convenção e do Estatuto, à experiência estrangeira e à realidade nacional (Joyceane Bezerra de Menezes). Atenção especial é dedicada à atuação dos curadores de menores com deficiência (Taís Maria M. de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá).

Trata do impacto da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência nos serviços notariais e de registro (Márcia Fidelis) e da responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual (Caitlin Mulholland), abordando-se, ainda, a proteção da pessoa com deficiência pelo instrumento do *trust* (Luciana Pedrosa Xavier).

Desenvolve-se uma análise apurada sobre as diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência (Jussara Meirelles) e sobre o problema do consentimento informado (Gustavo Pereira Leite), abordando-se, também, os direitos da pessoa deficiente internada em instituição privada, no que tange aos contratos de planos de saúde (Gabriel Schulman) e, ainda, matéria de segurança social (Eduardo Rocha Dias e André Studart). Analisam-se, ainda, o direito à educação da pessoa com deficiência à inclusão nas instituições particulares de ensino (Fernanda Nunes Barbosa), com particular atenção à educação da pessoa autista (Beatriz Rego Xavier), bem como os problemas da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho (Ana Virgínia), do acesso à cultura, ao esporte e ao lazer (Humberto Cunha e Vanessa Oliveira) e do recurso à tecnologia assistiva (Kilwany Kapitango-a-Samba).

Como o leitor certamente perceberá já a partir das primeiras páginas, a obra tecida por Joyceane consiste em um esforço conjunto de civilistas de diversas áreas, regiões e escolas de pensamento, todos voltados à concretização de um sistema efetivo para a proteção da pessoa com deficiência no Brasil. Busca-se, antes de tudo, superar a crítica dos erros e a euforia dos acertos da nova lei, propondo-se algumas concretizações e subsídios para o intérprete na difícil 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 — 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. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York — Natércia Siqueira ..... 47
4. Modelo social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência — Ana Paula Barboza-Forhman e Sandra Filomena Wagner Kiefer ..... 67
5. 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 ..... 91
6. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos direitos humanos — Ana Carla Harnatiuk e Lúgia Ziggitti ..... 111
7. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência — Gabrielle Bezerra Sales e Ingo Wolfgang Sarlet ... 131

8. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais — <i>Luciana Berlini</i> .....	161
9. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal — <i>Antonio dos Reis Junior</i> .....	185

#### As modificações estruturais no Direito Civil provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

10. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional — <i>Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva</i> .....	227
11. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida</i> .....	249
12. 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> .....	275
13. Reflexões sobre a autotutela 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> .....	319
14. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões — <i>Marília Pedrosa Xavier e William Soares Pugliese</i> .....	363
15. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio — <i>Vanessa Correia Mendes</i> .....	387
16. Direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela — <i>Thaís Fernanda Tenório Sêco</i> .....	415
17. Direito à convivência familiar e a proibição do tratamento asilar — <i>Gustavo Pinheiro</i> .....	443
18. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa — <i>Flávio Tartuce</i> .....	463
19. As implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Processo de Inventário — <i>Ana Luíza Neves, Renata Vilela Multedo e Rose Meireles Vencelau</i> .....	493
20. 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> .....	509

21. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC — <i>Célia Barbosa Abreu</i> .....	545
22. Notas sobre a autotutela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Paula Greco Bandeira</i> .....	569
23. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos de personalidade das crianças e do adolescente — <i>Taís Maria M. de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá</i> .....	593
24. 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> .....	603
25. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual — <i>Caitlin Mulholland</i> .....	633
26. O impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços notariais e de registro — <i>Márcia Fidelis</i> .....	661
27. O <i>Trust</i> como instrumento de proteção da pessoa com deficiência — <i>Luciana Pedrosa Xavier</i> .....	687

#### Autonomia, vida, saúde e seguridade

28. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência — <i>Jussara Maria Leal de Meirelles</i> .....	713
29. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas — <i>Gustavo Pereira Leite Ribeiro</i> .....	733
30. Impactos do Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência na saúde: “acessibilidade” aos planos de saúde e autodeterminação sobre tratamentos — <i>Gabriel Schulman</i> .....	763
31. Os direitos à previdência e à assistência social da pessoa com deficiência intelectual e psíquica — <i>André Studart Leitão e Eduardo Rocha Dias</i> .....	795

#### Educação, cultura e trabalho

32. Democracia e participação: o direito da pessoa deficiente à educação e sua inclusão nas instituições de ensino superior — <i>Fernanda Nunes Barbosa</i> .....	815
---	-----

33. Direito da pessoa autista à educação inclusiva. A incidência do princípio da solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro — <i>Beatriz Rego Xavier</i> .....	835
34. Tecnologia assistiva na Convenção da ONU e no Estatuto da Pessoa com Deficiência — <i>Prof. Dr. Kilwagy Kapitango-a-Samba</i> .....	859
35. Direitos e garantias culturais da pessoa com deficiência à luz da Convenção de Nova York e a Lei Brasileira de Inclusão — <i>Francisco Humberto Cunha Filho e Vanessa Batista Oliveira</i> .....	879
36. A inclusão da pessoa com deficiência no mundo do trabalho — <i>Ana Virgínia Moreira Gomes</i> .....	905

## **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 capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

*Heloisa Helena Barboza\**  
*Vitor Almeida\*\**

### 1. Introdução

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>1</sup> (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 população brasileira<sup>2</sup>, que integram os 15% da população mundial, cerca de um bilhão de pessoas<sup>3</sup>, afetadas por algum tipo de deficiência, as quais até

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

\*\* Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED- UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Advogado.

1 Neste trabalho designada Estatuto.

2 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/tab1\\_3.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_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>". Acesso 30 ago. 2015.

3 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.

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 civil<sup>4</sup>, o que incluiu organizações não governamentais e representações de pessoas com deficiência.

A também denominada Convenção de Nova York<sup>5</sup> 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 encontrava 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.

Embora o início de sua vigência esteja previsto para janeiro de 2016, a Lei n. 13.146/2015 provoca de imediato inúmeras questões e debates, que por certo se prolongarão, 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 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?

Muito esforço será exigido 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 prejudiciais, tais como: (i) a interpretação a partir da doutrina tradi-

cional 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 ou dificuldade na execução do Estatuto, o qual implanta e fornece os instrumentos para que o modelo social se torne uma realidade, não pode se tornar o 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, de imediato, 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 teóricas ou tecnicamente bem elaboradas, mas de fato inexequíveis, como a prescrição de adaptações, modificações e ajustes que acarretem ônus desproporcional e indevido.

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 e atento aos 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 a ser enfrentada diz respeito ao fato de a Lei n. 13.146/2015 entrar em vigor em data anterior à do novo Código de Processo Civil, que se encontra igualmente em *vacatio legis*. A Lei n. 13.146/2015, que foi sancionada em 06 de julho de 2015 e publicada no DOU de 07 de julho de 2015<sup>6</sup>, estabeleceu prazos diferenciados para a entrada em vigor de alguns de seus dispositivos, como se vê dos arts. 124 e 125, e fixou o prazo geral para sua vigência de 180 (cento e oitenta) dias decorridos de sua publicação oficial, conforme 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 será no dia 03 de janeiro de 2016.

4 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.

5 Neste trabalho designada Convenção de 2008.

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



Paralelamente encontra-se em *vacatio legis* o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, publicada em 16 de março de 2015. Aplicado o mesmo dispositivo acima referido, a vigência do CPC ocorrerá 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 seja feito o confronto de ambas as leis. A comparação entre o CPC, o Estatuto e o Código Civil revela alguns pontos de incompatibilidade entre essas leis, que merecem especial atenção.

Embora o CPC a entrar em vigor 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 comprovada incapacidade do interditando, como expressa o art. 749. Conforme adiante examinado, a capacidade das pessoas com deficiência e (expressamente) a regra e a interdição uma exceção, cujo procedimento encontra-se disciplinado pelo CPC. A incapacidade e consequente possibilidade de interdição 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, ao entrar em vigor e revogar expressamente o art. 1.768 do Código Civil, na nova redação dada pelo art. 114 do Estatuto, exclui a possibilidade de requerimento de curatela pela própria pessoa. Esta possibilidade se encontra contemplada pelo Código Civil, ainda que de modo bastante acanhado, no art. 1.780 (curatela do enfermo), o qual será 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.<sup>8</sup>

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".

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 será, contudo, revogado expressamente pelo art. 1.072, II, do novo CPC.

Cumprir lembrar que as Leis em questão são de igual hierarquia, razão pela qual o CPC derogará o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil, inclusive naquilo que houver sido alterado pelo Estatuto, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>9</sup>. 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 a 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 estarão derogados.<sup>10</sup>

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

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 vote 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 inserido em lei geral. O que o legislador quis dizer (Lei 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).

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.<sup>11</sup>

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

Algumas considerações, ainda que breves, devem ser feitas a respeito da Convenção de 2008<sup>12</sup>, 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 humana<sup>13</sup>. Reconhece a Convenção que "que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano".<sup>14</sup>

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 deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente". Trata-se, portanto, 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 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".<sup>15</sup>

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 insistente 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. Perlin<sup>16</sup>, no que denominou *sanism*, que 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 étni-

11. 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.

12. Sobre a Convenção ver PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, 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/a\\_palacios\\_discapacidad\\_cuestion\\_ddhh.pdf](http://www.discapacidadsiquica.cl/a_palacios_discapacidad_cuestion_ddhh.pdf)". Acesso em 20 ago. 2015.

13. Art. 3º, III, CRFB.

14. Convenção, Preâmbulo, h.

15. Convenção, Preâmbulo, e.

16. 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 and deindividualization, and is sustained and perpetuated by our use of alleged 'ordinary common sense' (OSC) and heuristic reasoning in na 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.

ca", 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 subhumanas, só comparáveis às dos campos de concentração, crianças, mulheres e homens, com problemas mentais ou não, submetidos ao abandono, maus-tratos e até tortura<sup>17</sup>. 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 as 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 conseqüentes 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 participação ativa das pessoas incapacitadas<sup>18</sup>. 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 deficiên-

17 Estima-se que ali tenha morrido cerca de sessenta mil pessoas e que 70% dos internos não sofria de qualquer deficiência mental (cf. Opinião e Notícia. Disponível em "http://opinioenoticia.com.br/brasil/massacre-em-hospital-psiquiatrico-de-minas-completa-52-anos-sem-punicao/#.Vdod0EOqrXy.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-manicomio-do-brasil.htm". Acesso em 23 ago. 2015). Recomenda-se a leitura do livro de Daniela Arbex. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

18 BARRIFFI, 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 en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Arandazi, 2009, p. 354-355.

cia". 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.<sup>19</sup>

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. 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 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

19 *Id. Ibid.*, p. 354-355.

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, § 1º).

Encontra-se no art. 6º, 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”<sup>20</sup> (art. 84), e não modificou a designação “capacidade” existente no Código Civil<sup>21</sup>. Parece razoável entender como sinônimas as citadas expressões, correspondentes à “capacidade” de larga utilização pela doutrina brasileira.<sup>22</sup>

Para ratificar o reconhecimento da plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, espancando dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) altera o art. 3º do Código Civil, para declarar que absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os meno-

res de 16 (dezesesseis) anos, visto derrogar os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*.<sup>23</sup>

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 acha indispensável para a que ela exerça os seus direitos”<sup>24</sup>. 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 dos menores, considerados pessoas em desenvolvimento, e dos maiores que não possam exprimir sua vontade, dentre os quais a lei sempre destacou as pessoas com deficiência, especialmente mental<sup>25</sup>. Em função da gravidade e da extensão da deficiência de cada indivíduo e sua 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 lei<sup>26</sup>. Tem, por conseguinte, capacidade de direito, mas sofrem 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”<sup>27</sup>. Para Caio Mário da Silva Pereira, a ideia de

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

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

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

23 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).

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

25 Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), que se referia nos arts. 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.

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

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

"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 presente 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 despi-lo dos atributos da personalidade": "a regra é a capacidade e a incapacidade é exceção"<sup>28</sup>. 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 gradação: "pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa".<sup>29</sup>

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 civil<sup>30</sup>, 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 pessoa<sup>31</sup>. Segundo o autor, "toda incapacidade é *legal, independentemente* da indagação de sua causa próxima ou remota"<sup>32</sup>. 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 casada<sup>33</sup>, 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 interdição 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 pessoalíssima, o que acaba por significar uma verdadeira supressão de direitos.

É certo que o Código Civil, no art. 1.772, permite ao juiz estabelecer os limites da curatela, que podem ser restringir à proibição da prática de atos de natureza patrimonial que não sejam de mera administração. Mas, pela letra da lei, esta possibilidade só seria aplicável especificamente no caso de interdição de deficientes mentais, ébrios habituais e viciados em tóxicos, bem como dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental<sup>34</sup>. Excluídos dessa possibilidade estariam, portanto, os curatelados em razão de enfermidade ou deficiência mental, que não tiveram 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, doutrina e jurisprudência, em boa hora, já ampliaram a aplicação do referido art. 1.772 a casos ali não expressamente previstos.<sup>35</sup>

De qualquer modo, na incapacidade absoluta reside uma forma de discriminação que finda 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 e que gera infindáveis 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 anos<sup>36</sup>. Possível vislumbrar em tais casos o *sanism* identificado por Perlin.<sup>37</sup>

Embora a preocupação do legislador tenha sido prioritariamente com as relações patrimoniais, como evidenciam as disposições do Código Civil so-

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

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

30 Código Civil, arts. 1º e 2º.

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

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

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

34 Código Civil, art. 1772 c/c art. 1.782.

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

36 Código Civil, art. 1.641, II.

37 Ver nota 17.

bre 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 matrimônio, 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, hoje admitida, mas erigida sobre fundamentos e moldes exclusivamente patrimoniais, acaba 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 excepcionabilíssimos 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 do 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.

### 3. 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 lei<sup>38</sup>, o Estatuto reafirma 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 descon sideradas, 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 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

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



vigor, o instituto da curatela contempla duas modalidades: a curatela dos interditos (art. 1.767 a 1.778) e a curatela do nascituro e do enfermo ou portador de deficiência física (art. 1.779 e 1.780). Estão sujeitas à interdição (curatela – art. 1.767) as pessoas mencionadas nos art. 3º e 4º do Código Civil. O Estatuto promoverá 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, par. único.

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 completo<sup>39</sup>. 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 ébrios habituais e dos viciados 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).

39 Restou inalterado o inciso IV relativo aos pródigos e substituída foi a palavra “indígios”, constante da redação do vigente parágrafo único, do art. 4º, pelo termo “indígenas”.

O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a consequente decretação de sua interdição é medida extraordinária e se legitima apenas como medida de proteção, como deixa claro o Estatuto (art. 84, § 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 confiram 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 interdita 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 autoamputasse, 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 do interditado são realizadas com autorização judicial, como a esterilização de mulheres com deficiência mental. A manutenção deste tipo de procedimento se admite, contudo, sob novos princípios, dentre 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 saúde do curatelado. O juiz, o Ministério Público e o curador serão os responsáveis diretos pelo exercício dos direitos do curatelado.

O respeito 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 núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Permita-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 enfermo<sup>40</sup> 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 (inciso IV) no art. 1.768, do Código Civil, que representa uma alternativa ou um passo além da "Tomada de Decisão Apoiada". O requerimento da tutela pelo interessado constitui significativa expressão de sua capacidade e de máximo respeito a sua autonomia.

Embora o Código de Processo Civil, a entrar em vigor em março de 2016, revogue expressamente o art. 1.768, 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. 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 morte<sup>41</sup>. Concebidas para registrar os desejos de uma pessoa prévia e expressamente manifestados, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitada de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, as diretivas 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 diretivas 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.

Na verdade, há previsão expressa que ampara essa possibilidade, no parágrafo único introduzido pela nova redação atribuída pelo Estatuto ao art. 1.772 do Código Civil, segundo o qual "Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa". 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.<sup>42</sup>

#### 4. Contornos da decisão apoiada

A Lei n. 13.146/2015 cria 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 inclui o art. 1.783-A e seus onze parágrafos no Código Civil.

40 Sobre as alterações sofridas por esse instituto, ver BARBOZA, Heloisa Helena. *Curatela do enfermo*: instituto em renovação. No prelo.

41 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".

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



A bem da verdade, tal novel 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 necessitem 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 hábil a 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 novo Código Civil e Comercial da Argentina<sup>43</sup>. 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. Com efeito, este novo instrumento já nasce diferenciado 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

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

civil, agora restringidos aos atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85 do Estatuto).

A tomada de decisão apoiada serve, portanto, para apoiar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, logo, promover a autonomia e a dignidade, sendo que os apoiadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência, e não o contrário, como na hipótese de curatela, quando se eclipsa a vontade da pessoa curatelada, num verdadeiro processo de substituição. 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 o curatelado, substituindo sua vontade na administração de seus bens, ainda que sua atuação se dê no melhor interesse da pessoa incapaz. Com isso, pode-se afirmar que nem as severas e profundas transformações operadas no instituto da curatela foram capazes de alterar sua estrutura e funções precípua — eminentemente patrimoniais e de substituição de vontade.

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 prioritariamente para apoio das situações existenciais, ainda que os apoiadores tenham como principal papel o auxílio às relações negociais travadas pela pessoa deficiente 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, retiram-se as pessoas com deficiência do espaço de "não-consideração" 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 excluí-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, incluído no Código Civil, por força do art. 116 do Estatuto, que a "tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas

idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e 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 novel Código de Processo Civil.

Embora a lei resguarde 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 Público, ouvir pessoalmente o requerente e as pessoas indicadas a lhe 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 Público, 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. Nestes 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.

É possível ainda que o apoiador requiera sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, consoante 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 con-

tinuar 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 reforce o dever de diligência com que deve atuar o apoiador nomeado.

A legislação protetiva não esmiúça 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. Em outros termos, na hipótese de atuação da pessoa apoiada sem a assistência do apoiador conforme estipulado no acordo firmado, é possível invalidar o negócio jurídico entabulado sem apoio, como forma de resguardar a pessoa com deficiência. Exatamente por isso, o § 5º do art. 1.783-A estipula que terceiro com que a pessoa apoiada mantiver alguma relação negocial poderá solicitar que os apoiadores contra assinem o documento firmado, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Tal dispositivo se orienta com base na boa-fé objetiva, eis que impede que futuras invalidades sejam arguidas em razão da não participação dos apoiadores no ato negocial celebrado.

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 curatela<sup>44</sup>. Com efeito, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificamente em

44 "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.

relação aos atos negociais, a exemplo dos §§ 5º e 6º, nada impede, inclusive, que no termo do acordo entre apoiado e apoiadores os mesmo convençiem 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 anteceder a curatela, como nos casos de doenças neurodegenerativas progressivas, nas quais a pessoa ainda no estágio inicial da enfermidade tem condições de decidir. Contudo, sabedora 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 autcuratela, 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 poderá avaliar se os apoiadores são realmente aptos a exercerem em prol de seu melhor interesse o encargo da curatela.

## 5. Conclusão

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao entrar em vigor, promoverá profundas alterações no instituto da capacidade regida pelo Código Civil, que repercutirão ampla e diretamente nas relações privadas e alcançarão as áreas do direito que se valem das categorias e conceitos estabelecidos pelo Direito Civil.

Diante dos expressos termos da Lei 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 poderão ser 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 legal<sup>45</sup> da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Não obstante, o assunto merece análise mais aprofundada que escape 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

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

como medida 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 próprio 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 curatela 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, enaltecendo sua autodeterminação para conduzir a própria vida.

## Referências

- 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.
- 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 en homenaje al professor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Arandazi, 2009.
- 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. 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, Sílvio. *Direito Civil*. v. 1, 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 comunicáveis: capazes e incapazes.<sup>1</sup> 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 gradação, em uma mudança de perspectiva que já foi denominada “a revanche da vida” sobre as regras jurídicas.<sup>2</sup>

\* Mestrando em Direito Civil pela UERJ. 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 RODOTÁ 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 RODOTÁ: “A revanche da vida começa quando se coloca de cabeça para baixo a impostação 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 identificação preventiva de uma figura abstrata de incapaz. É preciso considerar a pessoa através