

DOUTRINA ESTRANGEIRA

AUTONOMIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Fixação contratual dos direitos do credor.

Uma crítica ao Direito brasileiro

Antônio Pinto Monteiro

Private autonomy and testament's content in the inheritance right: The fall of traditional beliefs in the Italian legal system

Vincenzo Barba

Carlo d'Orta

Capacidad jurídica e sistema de apoyos tras la convivencia: el caso de las personas con discapacidades

Immaculada Vivas Teón

Incidencia de la constitucionalización del derecho privado en la regulación de la vida cotidiana de las personas - el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Ricardo Luis Lorenzelli

DOUTRINA NACIONAL

AUTONOMIA, INTELLIGENCE ARTIFICIAL E DIREITO

Considerações iniciais sobre inteligência artificial: ética e autonomia pessoal

Daniel Doneda

Laura Scherbel Mendes

Gilmar Antônio Pérez Júnior

Norberto Nuno Gómez de Almeida

AUTONOMIA EXISTENCIAL

O direito à existência civil de pessoas intersexuais: um questionamento do estatuto jurídico do gênero

Ana Carla Harruffat Etáros

Andressa Regina Bisognin dos Santos

Autonomia das pessoas com transtorno mental: dilemas antropocêntricos psiquiátricos e contrato de Ulisses

Eduardo Rocha Dias

Geraldo Bezerra da Silva Junior

Privacidade e os desafios de sua compreensão contemporânea: do direito de ser deixado em paz ao direito de esquecimento

Marcos Enthoven

Rhiano de Lira Araújo

A natureza jurídica da ação compartilhada de cônjuges em tópicos de reprodução humana assistida

Paulo Moura Fernandes da Lima Reis

Rafaelo Jardim Senn Wallner

Desafios para a tutela do direito de não sair corpo, autonomia e privacidade

Thammy Dalsenter Viana de Góis

DIREITO CIVIL, CODIFICAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

A utilização dos precedentes judiciais como instrumento da metodologia do direito civil constitucional

Ana Beatriz Lima Pimentel Lopes

Raphaela Prado Argão de Souza

A proteção da pessoa com deficiência intelectual ou psíquica contra a flutuação de prazos prescricionais

Eduardo Nunes de Souza

Rodrigo da Guia Siva

Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: análise com base na ADI nº 4.815

Gina Vitor Marques Portella

Hesl Moraes Roldão Pompeu

Teoria da interpretação e relações privadas: a recuperação e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais

Ruthine Teodoro

Direito fundamental e expressão religiosa entre a liberdade, o preconceito e a sanção

Flávia Góis

Interpretação do Direito Privado: o Direito Civil Constitucional prospectivo em diálogo com a Crítica Hermeneútica do Direito

Priscila Manoel da Cunha Pinto

NOVAS TECNOLOGIAS

Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade

Willy Pratto

Da imprevisão ao equilíbrio contratual

Anderson Sozinho

Direito de autor na era digital: desvendando fronteiras entre tecnologia e arte a partir de um caso concreto

Paulo Henrique

NOVAS FAMÍLIAS

Casamento da pessoa com deficiência intelectual e psíquica

Ana Carolina Brachini Teixeira

Joaciane Bezerra de Menezes

O exercício da autonomia existencial do adolescente em processo de hormonoterapia em face da autoridade parental

Willy Paula da Guia Siva

Desfiliação - A autonomia privada como fundamento para a desconstituição do vínculo parento-filial

Anderson Sozinho

Ana Maria Antunes de Andrade

Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins

Willy Pratto

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO SUCESSORIO

Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil

Ana Lúcia Maia Reisavares

Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessorios no ordenamento jurídico brasileiro

Conexões: sucessão e direitos fundamentais

Paulo Henrique

Os hereditários legítimos no Direito Civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos herdeiros

Silvana Matos Ferreira Lourenço Moretto

O novo regime sucessório dos companheiros: primeiras reflexões

Henrisa Helena Barbosa

Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: análise com base na ADI nº 4.815

Rossi Melo Venceslau Menezes

RISCO E RESPONSABILIDADE

Fake news: como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet?

Chára Spatceron de Souza

Carlos Álvares Penteado de Souza

Responsabilização civil objetiva e a mitigação da reparação dos danos

Paulo Henrique

A aplicação do luxo da intervenção: desgarramento de pretos no Direito Civil brasileiro: um novo cano no campo da responsabilização civil ou uma categoria de enquadramento sem causa?

Ruthine Teodoro

A inovação brasileira do "mínimo reparatório" penal e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato

Paulo Henrique

Responsabilização civil por risco da atividade: referências e propostas a partir das fragilidades de Mariana e da Boate Kiss

Renan Ribeiro dos Santos

PRATICAS CONTRATUAIS E VULNERABILIDADE

A oportunidade da cláusula resolutiva expressa

Paulo Henrique

A função social do contrato como fundamento da aplicação da teoria do adimplemento substancial quando ocorre o qual as repercussões práticas

Bruno Terra de Moraes

Propriedade material: pessoa e mercadoria

Vivendo nas nuvens: dados pessoais são objeto de propriedade?

Rúbia Mauá Môda e Mauá

Superendividamento: por um tratamento coletivo de débitos

Paulo Henrique

Desafios contemporâneos advindos do uso de bitcoins no Brasil

Marília Kauê

Contributo para a delimitação "os novos contornos da exceção de contrato não cumprido"

ESTRUTURAÇÃO IMOBILIÁRIA E NOVAS FUNÇÕES DO CONDOMÍNIO

Pactos comissários e marco nos negócios jurídicos com escopo de garantia

Edson Faria da Rosa Ataíde Filho

Admissibilidade do pacto marciano no Direito brasileiro

Pablo Wagner Reiter

Diego Brainer de Souza André

GUSTAVO TEPEDINO

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES

Coordenadores

**AUTONOMIA PRIVADA,
LIBERDADE EXISTENCIAL
E DIREITOS FUNDAMENTAIS**



9788545005688



Acesse nossa livraria virtual
www.edforum.com.br/lqa



1 FÓRUM

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adílson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alecia Paulucci de Oliveira Albalde	Gustavo Júnior de Oliveira
Alexandre Coutinho Paganini	Helena Maria Prado Soares
André Rannoc Taverni	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luizinho Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Maria Carla Ferreira Ribeiro
Edson Henrique Góes	Marcelo Marques Carrazzoni
Cristiana Fontini	Marcos Erhardt Jr.
Dionáris Adelaiade Musetti Gottti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othón de Pontes Sarava Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fábio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Ues Pereira	Walter de Moura Agra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - CEP 30130-019
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

A939	Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais/ Gustavo Tepedino, Joyceane Bezerra de Menezes (Coord.) - Belo Horizonte : Fórum,
	810p. ; 17cm x 24cm
	ISBN: 978-85-450-0585-8
	I. Direito Civil. 2. Direito Constitucional. I. Tepedino, Gustavo. II. Menezes, Joyceane Bezerra de. III. Título.
	CDD 342.1 CDU 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia
privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum,
2019. 810p. ISBN 978-85-450-0585-8.

APRESENTAÇÃO

GUSTAVO TEPEDINO, JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES 19

DOUTRINA ESTRANGEIRA

AUTONOMIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

FIXAÇÃO CONTRATUAL DOS DIREITOS DO CREDOR.

UM OLHAR LUSO-BRASILEIRO

ANTÔNIO PINTO MONTEIRO 23

1	Apresentação.....	23
2	Exclusão e limitação convencional da responsabilidade: noção e delimitação.....	24
3	Regime jurídico.....	27
3.1	Coordenadas do problema.....	27
3.2	Regime jurídico geral.....	30
3.3	Regime jurídico especial.....	30
4	Efeitos	32
4.1	Em caso de validade	32
4.2	Em caso de invalidade	32
5	Cláusulas penais: noção e funções	32
5.1	A pena como avaliação convencional do dano – a cláusula de fixação antecipada da indemnização	33
5.1.1	A pena substitui a indemnização	34
5.1.2	O credor não tem de provar o dano	34
5.1.3	Convenção sobre o dano excedente	36
5.1.4	Redução da pena	37
5.2	A pena como sanção – cláusulas penais compulsórias	41
5.2.1	Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória	43
5.2.2	Cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita	43
6	Conclusão	45

PRIVATE AUTONOMY AND TESTAMENT'S CONTENT IN THE INHERITANCE
RIGHT. THE FALL OF TRADITIONAL BELIEFS IN THE ITALIAN LEGAL
SYSTEM

VINCENZO BARBA, CARLO D'ORTA 47

1 Introduction 47

2	The planning of the right of succession of the testator through the categories of the deed between the living and the act of last	50
3	Private autonomy in inheritance law	51
4	The content of the testament and the private autonomy of the testator: the problem of the dissolution clause of the heir.....	55

**CAPACIDAD JURÍDICA Y SISTEMA DE APOYOS TRAS LA CONVENCIÓN ONU DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INMACULADA VIVAS TESÓN**

1	Un decenio de convención ONU en el ordenamiento jurídico español	59
2	Dos preceptos clave de la convención: sus arts. 12 y 19	64
3	Capacidad jurídica y sistema de apoyos: nuevas exigencias y nuevas respuestas	67
	Referencias	73

INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA REGULACIÓN DE LA VIDA COTIDIANA DE LAS PERSONAS – EL CASO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

	RICARDO LUIS LORENZETTI	77
	Introducción	77
I	La tutela de los vulnerables como pre-requisito para alcanzar la igualdad real	78
I	Autonomía privada	80
	Los sistemas de apoyo	84
	Rol del juez: trato personal y revisiones periódicas	85
II	Liberdad existencial	85
III	Derechos fundamentales	88
	Conclusión	90

**DOUTRINA NACIONAL
AUTONOMIA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ÉTICA E AUTONOMIA PESSOAL

	DANILO DONEDA, LAURA SCHERTEL MENDES, CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE	95
	Impactos da introdução de IA em mecanismos decisionais: personalidade, autonomia e riscos de discriminação	97
	Autonomia, personalidade jurídica e responsabilidade de robôs	101
	A ética de dados como estrutura analítica e operacional para a compreensão e a aplicação de Inteligência Artificial e algoritmos	105
	Riscos e desafios éticos da IA	107
	Redução do controle humano	107
	Remoção da responsabilidade humana	108

	Desvalorização de competências humanas	108
	Erosão da autodeterminação humana	108
	Facilitação de condutas humanas controversas ou mesmo malévolas	108
	Preconceito e (in)justiça	109
	Benefícios e oportunidades da IA	109
	Cuidados de saúde	109
	Acessibilidade	109
	Agricultura e meio ambiente	110
	Transporte	110
	O papel dos quadros éticos corporativos	110
	Conclusão	112
	Referências	112

AUTONOMIA EXISTENCIAL

**O DIREITO À EXISTÊNCIA CIVIL DE PESSOAS INTERSEXUAIS:
UM QUESTIONAMENTO DO ESTATUTO JURÍDICO DO GÊNERO**

	ANA CARLA HARMATIUK MATOS, ANDRESSA REGINA BISSOLOTTI DOS SANTOS	117
1	Introdução	117
2	Questionando o estatuto jurídico do gênero: a (in)existência da pessoa intersexual no Direito	120
3	A matriz heteronormativa perpassa o Direito: o jurídico como espaço de relações de dominação	125
4	Estratégias possíveis: o Direito em (trans)formação	128
5	Conclusão	133
	Referências	134

AUTONOMIA DAS PESSOAS COM TRANSTORNO MENTAL, DIRETIVAS ANTECIPADAS PSIQUIÁTRICAS E CONTRATO DE ULISSES

	EDUARDO ROCHA DIAS, GERALDO BEZERRA DA SILVA JUNIOR	137
1	Introdução	137
2	Diretivas antecipadas em saúde mental e contrato de Ulisses	139
3	Compatibilidade entre as manifestações volitivas do paciente com transtorno mental e o Direito brasileiro	145
	Conclusões	149
	Referências	150

**PRIVACIDADE E OS DESAFIOS DE SUA COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA:
DO DIREITO DE SER DEIXADO EM PAZ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO**

	MARCOS EHRHARDT JÚNIOR, BRUNO DE LIMA ACIOLI	151
	Introdução	151

1	A privacidade como valor moderno e sua evolução histórica	152
2	As origens do direito à privacidade nos EUA e o direito de ser deixado em paz.....	153
3	O direito à privacidade na Europa e no Brasil e a concepção contemporânea de privacidade.....	157
4	O direito ao esquecimento	160
	Considerações finais	163
	Referências	164

**A NATUREZA JURÍDICA DA DOAÇÃO COMPARTILHADA DE OÓCITOS
EM TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA, RAFAELA JARDIM SOTO WALLAUE.....	167
Introdução	167
1 As técnicas de reprodução humana assistida.....	169
2 Doação voluntária e doação compartilhada de oócitos: um ato de autonomia corporal.....	176
3 A natureza jurídica da doação de gametas femininos e sua gratuidade	180
Considerações finais	185
Referências	186

**DESAFIOS PARA A TUTELA DO DIREITO DE NÃO SABER:
CORPO, AUTONOMIA E PRIVACIDADE**

THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO.....	191
Introdução	191
1 A função promocional da privacidade	193
2 Expansão da tutela jurídica do corpo e da privacidade	196
3 O direito de não saber.....	200
4 Considerações finais	203
Referências	204

DIREITO CIVIL, CODIFICAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	
ANA BEATRIZ LIMA PIMENTEL LOPEZ, RAPHAELA PRADO ARAGÃO DE SOUSA	207
1 Introdução	207
2 Metodologia do Direito Civil Constitucional	208
3 Breve abordagem sobre a Teoria do Direito aplicada ao Direito Civil.....	212
4 O ganho hermenêutico alcançado por meio dos precedentes judiciais na perspectiva do Direito Civil Constitucional	217
5 Conclusão	223
Referências	223

**A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU PSÍQUICA
CONTRA A FLUÊNCIA DE PRAZOS PRESCRICIONAIS**

EDUARDO NUNES DE SOUZA, RODRIGO DA GUIA SILVA	227
1 Introdução	227
2 Termo inicial dos prazos prescricionais e decadenciais em perspectiva funcional.....	231
3 Proteção do titular do direito com discernimento reduzido quanto ao termo inicial dos prazos de prescrição e decadência	239
4 Reflexos da mudança superveniente da capacidade do credor na fluência de prazos de prescrição e decadência	251
5 Indenização em favor do titular com discernimento reduzido pela inércia de seu representante legal em obstar ou arguir a prescrição	256
6 Síntese conclusiva.....	263
Referências	264

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE: ANÁLISE COM BASE NA ADI Nº 4.815**

GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU, INÉS MOTA RANDAL POMPEU	269
1 Introdução	269
2 Liberdade de expressão como condição <i>sine qua non</i> para a democracia	270
3 A busca pela convivência harmônica entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade	273
4 Biografias não autorizadas como exercício da liberdade de expressão	275
5 Conclusão	280
Referências	281

**TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E RELAÇÕES PRIVADAS: A RAZOABILIDADE
E O PAPEL DO JUIZ NA PROMOÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

GUSTAVO TEPEDINO	285
1 Técnicas de interpretação e o princípio da segurança jurídica: o <i>substantive due process</i> e os métodos da razoabilidade e da proporcionalidade	285
2 Incertezas conceituais sobre a razoabilidade: delimitação relativa ao conceito de equidade	289
3 Razoabilidade como método necessário e permanente: identificação dos critérios substanciais nas sentenças do Superior Tribunal de Justiça (STJ)	290
4 Razoabilidade e proporcionalidade: identidade funcional na experiência brasileira... ..	293
5 Os problemas do formalismo e do subjetivismo na legalidade constitucional: o direito como criação permanente	295
6 Conclusão	296

**DIREITO FUNDAMENTAL E EXPRESSÃO RELIGIOSA: ENTRE A LIBERDADE,
O PRECONCEITO E A SANÇÃO**

LUIZ EDSON FACHIN	299
-------------------------	-----

INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL PROSPECTIVO EM DIÁLOGO COM A CRÍTICA HERMENÉUTICA DO DIREITO	
PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA	309
1 Introdução	309
2 O Direito hoje e as três vertentes dos Direito Civil Constitucional	314
3 Presupostos da Crítica Hermenêutica do Direito.....	319
4 Conclusão	326
Referências	326

NOVAS TECNOLOGIAS

PLATAFORMAS DIGITAIS, BIG DATA E RISCOS PARA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

ANA FRAZÃO.....	333
I Introdução	333
II As características e funções das plataformas digitais.....	334
III A relação simbiótica entre plataformas digitais, <i>big data</i> e <i>big analytics</i>	336
IV As plataformas digitais e os riscos para a privacidade e o controle sobre os dados pessoais.....	339
V As plataformas digitais e os riscos para a identidade e as opções de vida dos usuários: a caixa-preta dos algoritmos.....	341
VI As plataformas digitais e os riscos para a própria liberdade: o negócio de influenciar consciências.....	345
VII Considerações finais	347
Referências	348

DA IMPREVISÃO AO EQUILÍBrio CONTRATUAL

ANDERSON SCHREIBER.....	351
1 <i>Théorie de l'imprévision</i> : origem e expansão	351
2 A experiência brasileira.....	353
3 A imprevisível imprevisão: a arbitrariedade das decisões judiciais.....	355
4 O necessário deslocamento do foco para o desequilíbrio contratual	361
5 Princípio do equilíbrio contratual: em busca da efetividade	365
Referências	365

DIREITOS DE AUTOR NA ERA DIGITAL: DESVENDANDO FRONTEIRAS ENTRE TECNOLOGIA E ARTE A PARTIR DE UM CASO CONCRETO

FERNANDA NUNES BARBOSA.....	369
1 O caso	369
2 O enunciado normativo da Lei de Direitos Autorais: o art. 29 e a vedação à utilização de obra sem a autorização prévia e expressa do autor	370
3 A responsabilidade civil e o chamado lucro da intervenção	375

4 Literatura e música: possíveis pontos de contato para a solução do problema concreto	377
5 Conclusão	378
Referências	379

NOVAS FAMÍLIAS

CASAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E PSÍQUICA

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES	383
1 A pessoa com deficiência com aptidão para o exercício de situações jurídicas existenciais	383
2 Condições para o exercício do direito de casar	388
3 Regime de bens.....	396
4 Tomada de decisão apoiada e casamento	398
Conclusão	402
Referências	403

O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DO ADOLESCENTE EM PROCESSO DE HORMONIOTERAPIA EM FACE DA AUTORIDADE PARENTAL

ANA PAOLA DE CASTRO E LINS.....	405
1 Introdução	405
2 Autonomia existencial do adolescente: de objeto de proteção a sujeito de direitos	407
3 Autonomia corporal do adolescente.....	408
4 O consentimento livre e esclarecido do adolescente nos atos de disposição do próprio corpo: capacidade versus discernimento	409
5 A hormonioterapia como exercício da autonomia existencial do adolescente	412
6 Terapia hormonal no tratamento de disforia de gênero em adolescente: a necessária mitigação da heteronomia estatal	413
7 Conclusão	415
Referências	417

DESFILIAÇÃO – A AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO PATERNO-FILIAL

ANTÔNIO JORGE PEREIRA JUNIOR, ANA MÔNICA ANSELMO DE AMORIM.....	423
Introdução	423
1 A filiação no Direito brasileiro: tempo de redefinição?	424
2 O dever de cuidado nas relações paterno-filiais: socioafetividade e sociodesafetividade	427
3 Desfiliação – A autonomia privada como fundamento para a desconstituição do vínculo paterno-filial	428
Conclusão	431
Referências	432

**AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TOMADA DE DECISÃO
APOIADA: ALCANCE, EFEITOS E FINS**

VITOR ALMEIDA	435
Introdução: dependência, apoio e tomada de decisões	435
1 A rede de apoios à pessoa com deficiência: fins e transformações	436
2 Tomada de decisão apoiada: função, alcance e efeitos	441
Considerações finais: o protagonismo de sua história	447
Referências	448

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

**UMA RELEITURA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PREVISTO NO ART. 1.831
DO CÓDIGO CIVIL**

ANA LUIZA MAIA NEVARES	451
1 A família como fundamento da sucessão hereditária.....	451
2 O direito real de habitação previsto no artigo 1.831 do Código Civil.....	452
3 A função do direito real de habitação. Imperiosa necessidade de se analisar as condições pessoais de seu beneficiário.....	454
4 Por que uns e não outros? A escolha dos vínculos familiares a serem tutelados.....	458
5 Conclusão	460
Referências	461

**AUTONOMIA PRIVADA E FLEXIBILIZAÇÃO DOS PACTOS SUCESSÓRIOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

DANIELE CHAVES TEIXEIRA	463
1 Notas introdutórias.....	463
2 O direito sucessório brasileiro em descompasso com a sociedade contemporânea....	464
3 Autonomia privada e sua funcionalização	465
4 A flexibilização dos pactos sucessório.....	470
5 Considerações finais	477
Referências	477

CONEXÕES: SUCESSÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

EROUOLTHS CORTIANO JUNIOR	481
1 Delineamentos e premissas: um conceito restrito de sucessão <i>causa mortis</i>	481
2 Propriedade, autonomia e solidariedade familiar na sucessão <i>causa mortis</i>	482
3 A sucessão como direito fundamental.....	484
4 Herança e propriedade	485
5 Autonomia privada e sucessão.....	485
6 Solidariedade familiar e sucessão	486
7 Fecho	488
Referências	488

**OS HERDEIROS LEGITIMÁRIOS NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO:
AMPLIAÇÃO DA LIBERDADE DE TESTAR E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS**

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA	491
1 Introdução	491
2 As razões pelas quais a proteção da legitima foi criada se sustentam ainda hoje, de modo a justificar a permanência desse instituto no Direito Civil contemporâneo?	492
3 Os princípios da solidariedade e da função social servem como motivos modernos para a permanência da proteção da legitima no sistema atual?.....	496
3.1 Solidariedade e legitimidade	496
3.2 Função social e legitimidade	497
Conclusão	499
Referências	500

**O NOVO REGIME SUCESSÓRIO DOS COMPANHEIROS:
PRIMEIRAS REFLEXÕES**

HELOISA HELENA BARBOZA	503
Introdução	503
1 Regime sucessório do cônjuge a partir de 2002.....	504
2 Direitos sucessórios dos companheiros segundo o Código Civil	506
3 Aplicação do art. 1.829 do Código Civil aos companheiros: algumas questões	508
Considerações finais	511
Referências	512

COLAÇÃO PELO VALOR DO BENEFÍCIO: UMA ANÁLISE FUNCIONAL

ROSE MELO VENCELAU MEIRELES	513
1 Introdução	513
2 Reserva legítima e doação em adiantamento da herança	514
3 O cálculo da legitima e a colação	515
4 Sistema da colação pelo valor da doação ou da abertura da sucessão: interseções entre o Código Civil e o Código de Processo Civil	518
Conclusão	520

RISCO E RESPONSABILIDADE

**FAKE NEWS: COMO GARANTIR LIBERDADES E CONTER NOTÍCIAS FALSAS
NA INTERNET?**

CHIARA SPADACCINI DE TEFFÉ, CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA	525
1 <i>Fake news</i> : identificação e riscos à liberdade de expressão.....	525
2 Liberdade de expressão e dever de veracidade	533
3 Responsabilidade civil por publicação de conteúdos falsos	536
Considerações finais	542

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A MITIGAÇÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS

MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO	545
1 Introdução	545
2 A consagração da responsabilidade civil objetiva	546
3 O princípio da reparação integral do dano e sua mitigação	548
4 Conclusão	556
Referências	556

A APLICAÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO (*DISGORGEMENT OF PROFITS*) NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: UM NOVO DANO NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OU UMA CATEGORIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA?

MIGUEL KFOURI NETO, RAFAELA NOGAROLI	559
1 Panorama da atual repercussão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil na sociedade brasileira	559
2 A recepção do <i>disgorgement of profits</i> nos sistemas jurídicos ao redor do mundo	561
2.1 Os fundamentos teóricos na aplicação do <i>disgorgement of profits</i>	562
2.2 Análise de decisões judiciais na <i>common law</i> que aplicaram o <i>disgorgement of profits</i>	564
2.3 A recepção do instituto do <i>disgorgement of profits</i> no sistema da <i>civil law</i>	566
3 A indenização pelos lucros do ofensor no Direito Civil brasileiro	567
3.1 O <i>disgorgement</i> e o instituto do enriquecimento sem causa	572
3.2 A delimitação do objeto da restituição	577
3.3 A restituição pelos lucros do ofensor nos tribunais brasileiros	578
3.4 O caso Giovanna Antonelli	580
4 Notas conclusivas	583
Referências	585

A INOVAÇÃO BRASILEIRA DO “MÍNIMO REPARATÓRIO” PENAL E SUA APLICAÇÃO NOS PROCESSOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO

NELSON ROSENVALD	587
1 Introdução	587
2 A inovação brasileira: “o mínimo indemnizatório”	588
2.1 O sentido da disposição legal	588
2.2 Critérios para a fixação do mínimo reparatório	592
3 A vítima como parte civil	596
4 O projeto do novo CPP	600
5 A aplicação do “mínimo indemnizatório” na Operação “Lava Jato”	602
6 Conclusão	607
Referências	608

RESPONSABILIDADE CIVIL POR RISCO DA ATIVIDADE: REFLEXÕES E PROPOSTAS A PARTIR DAS TRAGÉDIAS DE MARIANA E DA BOATE KISS

ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS	611
Introdução	611
1 Síntese evolutiva da teoria geral da responsabilidade civil ao longo da modernidade	611
1.1 A responsabilidade civil nas dobras da modernidade: da teoria da culpa à teoria do risco	612
1.2 Desdobramentos da teoria do risco: gerenciamento de riscos e socialização dos danos	613
1.3 Do individualismo moderno ao solidarismo contemporâneo: solidariedade social e igualdade frente aos encargos públicos	614
2 Novos tempos, novos danos: danos relacionados ao modo de vida na sociedade contemporânea	615
2.1 O incêndio da Boate Kiss em Santa Maria, RS	615
2.2 O derramamento de rejeitos de minérios nas barreiras da Samarco em Mariana/MG	616
2.3 Caracterização desses eventos	617
3 Proposições para atualização do sistema de responsabilidade civil	618
3.1 Função preventiva e precautória da responsabilidade civil, além da função resarcitória	618
3.2 Responsabilidade civil proporcional	619
3.3 Afazeres do Estado	620
Conclusões	621
Referências	622

PROTEÇÃO CONTRATUAL E VULNERABILIDADE

A OPERATIVIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA	625
1 Introdução	625
2 Função e estrutura da cláusula resolutiva expressa	626
3 Direito potestatário conferido ao credor diante da verificação do suporte fático da cláusula resolutiva expressa	628
4 Resolução extrajudicial da relação obrigacional	630
5 Efeitos da resolução da relação obrigacional	634
5.1 Efeito liberatório	635
5.2 Efeito restitutivo	638
5.3 Efeito resarcitório	641
6 Conclusão	643
Referências	645

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: QUANDO OCORRE E QUAIS AS REPERCUSSÕES PRÁTICAS

BRUNO TERRA DE MORAES	647
1 Introdução	647
2 O adimplemento substancial associado à função social na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	648
3 A teoria do adimplemento substancial	650
4 O adimplemento substancial e a função social do contrato	655
5 Conclusão	662
Referências	664

PROPRIEDADE IMATERIAL, PESSOA E MERCADO

VIVENDO NAS NUVENS: DADOS PESSOAIS SÃO OBJETO DE PROPRIEDADE?

ROBERTA MAURO MEDINA MAIA	669
1 Introdução	669
2 Uma premissa importante	670
3 De direito absoluto a situação jurídica subjetiva: a propriedade hoje	676
4 A vida na lupa: propriedade e dados pessoais	680
5 De onde viemos, onde estamos e para onde vamos: a tutela patrimonial dos dados pessoais	688
6 Conclusão	694
Referências	695

SUPERENDIVIDAMENTO: POR UM TRATAMENTO COLETIVO DE DÉBITOS

DANIEL BUCAR	699
1 Introdução	699
2 O Projeto de Lei para a solução do superendividamento	700
3 O problema da restrição objetiva dos débitos	700
4 O problema da restrição subjetiva do devedor	705
5 Conclusão	710
Referências	711

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS ADVINDOS DO USO DE BITCOINS NO BRASIL

LUCIANA XAVIER, MARÍLIA XAVIER	713
1 Introdução	713
2 Aspectos fundamentais do Bitcoin	714
3 Inovação <i>versus</i> regulamentação: o papel do Direito	717
4 Considerações finais	721
Referências	722

CONTRIBUTO PARA A DELIMITAÇÃO DOS NOVOS CONTORNOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

THIAGO VILLELA JUNQUEIRA	725
1 Introdução	725
2 Exceção de contrato não cumprido: considerações essenciais	726
3 Requisitos e funções da exceção de contrato não cumprido	731
4 Possíveis limites de oponibilidade	738
5 Notas finais	743
Referências	744

ESTRUTURAÇÃO IMOBILIÁRIA E NOVAS FUNÇÕES DO CONDOMÍNIO

PACTOS COMISSÓRIO E MARCIANO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS COM ESCOPO DE GARANTIA

CARLOS EDISON DO RÉGO MONTEIRO FILHO	749
1 Introdução	749
2 Projeções do pacto comissório e do pacto marciano nos negócios jurídicos com escopo de garantia	751
2.1 Na retrovenda	751
2.2 <i>No sale and leaseback</i>	754
2.3 Na procuração em causa própria	758
2.4 Na trajetória trifásica da apreciação do pacto comissório nos Tribunais Superiores	761
2.4.1 Primeira fase: o posicionamento do STF no sentido de aplicar a regra proibitiva de pacto comissório aos negócios jurídicos com escopo de garantia	762
2.4.2 Segunda fase: o posicionamento do STF no sentido de restringir a aplicação da regra proibitiva de pacto comissório às garantias reais típicas	764
2.4.3 Terceira fase: a retomada pelo STJ do primeiro posicionamento do STF no sentido de que os negócios jurídicos com escopo de garantia não podem constituir fraude à lei	769
3 Negócios jurídicos com escopo de garantia, pacto comissório e pacto marciano: paradigmas de interpretação-aplicação	771
Referências	774

ADMISSIBILIDADE DO PACTO MARCIANO NO DIREITO BRASILEIRO

PABLO WALEMAR RENTERIA, DIEGO BRAINER DE SOUZA ANDRÉ	777
1 Introdução	777
2 Conceito de pacto marciano	780
3 As razões da proibição do pacto comissório	782
4 Validade e legitimidade do pacto marciano	791
5 Aspectos atinentes ao regime de execução do pacto marciano	793
5.1 Aquisição do bem condicionada ao inadimplemento	793
5.2 Determinação do valor justo do bem	794
5.3 Data-base de apuração do valor justo	796

5.4	Cálculo do <i>superfluum</i>	797
6	Conclusão	797
	Referências	799
	SOBRE OS AUTORES.....	803

APRESENTAÇÃO

Autonomia privada, liberdades existenciais e direitos fundamentais é o tema central do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), que se realizará no campus da Universidade de Fortaleza, e o título desta coletânea formada pela compilação de suas conferências e palestras. Elege por objetivo primordial analisar a expressão da autonomia privada no âmbito dos negócios patrimoniais e existenciais a partir da legalidade constitucional, utilizando os direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana como parâmetros referenciais.

Sob essa diretriz hermenêutica se constrói a teoria que, somada à crescente afirmação do Judiciário no fortalecimento dos mecanismos de controle da constitucionalidade, associa-se ao fenômeno designado como constitucionalização do Direito Civil, com significativos ganhos à democracia pela consolidação dos direitos fundamentais. Nos últimos anos, os tribunais superiores foram chamados a decidir sobre temas polêmicos que tocam ao Direito Civil, notadamente aos direitos de personalidade e de família, adotando os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana como norte hermenêutico. Trataram do direito à autodeterminação e à igualdade em matéria de gênero, da liberdade para a formação dos arranjos familiares não matrimoniais e da multiparentalidade e socioafetividade, interferindo na formação do parentesco.

Algumas dessas decisões judiciais mencionaram o direito à busca da felicidade, resultante da interação entre autonomia e dignidade da pessoa, para fundamentar o livre desenvolvimento da personalidade. Por meio dessa fundamentação, creditou-se à pessoa a possibilidade de construir a sua identidade e exercer a sua vida afetivo-familiar para além de modelos prefixados nos antigos códigos.

A solidariedade é outro princípio constitucional que também foi chamado a temperar a autonomia privada. Na medida em que o indivíduo cedeu lugar à pessoa constitucional, a sociabilidade se destacou em tons mais vibrantes. Afinal, o conceito de pessoa evoca a ideia de intersubjetividade, que implica corresponsabilidades, e não apenas as condutas abstencionistas de não violação da esfera jurídica alheia. Nessa medida, as cláusulas gerais que visam garantir essa socialidade pela solidariedade, a exemplo da boa-fé objetiva e da função social, incidem até sobre as situações subjetivas patrimoniais mais puras.

Por meio desse esforço hermenêutico que reconhece a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, destaca-se como igualmente importante o cotejo das transformações havidas na realidade para a reengenharia dos institutos tradicionais, a fim de que o direito efetivamente cumpra o seu papel de promover a estabilidade das relações em sociedade. A título exemplificativo, mencionam-se os domínios da inteligência artificial e sua interferência nos diversos campos da atuação humana, reclamando soluções jurídicas inovadoras, mas igualmente compatíveis com o conjunto de normas constitucionais.

Indiscutivelmente, a autonomia privada é assegurada e limitada pelos valores de justiça presentes na Constituição da República e pelo catálogo de direitos fundamentais,

AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ALCANCE, EFEITOS E FINS

VITOR ALMEIDA

Introdução: dependência, apoio e tomada de decisões

As profundas transformações promovidas no regime de (in)capacidade civil e no sistema de salvaguardas pela referida lei foram impulsionadas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com força e hierarquia constitucionais, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição da República. A CDPD adotou o modelo social da deficiência, que inclui a defesa dos direitos das pessoas com deficiência na agenda dos direitos humanos e determina a promoção de seus direitos fundamentais com finalidade de garantir sua plena inclusão social. Nesse sentido, a efetividade do modelo social depende do reconhecimento das pessoas com deficiência como iguais em valor e competência para atuar no meio social,¹ ainda que dependentes do apoio necessário para a prática dos atos da vida civil.

A dependência é intrínseca à condição humana e em alguns grupos vulneráveis se revela como hábil a demandar uma tutela específica, que não silencie o sujeito, mas o promova dentro de suas necessidades e potencialidades. O apoio não nega a capacidade e a autonomia, e nem tolhe o exercícios dos direitos fundamentais, eis que permite a proteção de um indivíduo concreto, real e corporificado, ao invés de inserido em esquemas abstratos.² A autonomia se constrói na interdependência das teias das relações sociais e demanda, quando necessário, um aparato hábil a preservar ao máximo as escolhas livres e conscientes.

¹ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. In: *Revista brasileira de direito civil*, v. 13, p. 17-37, 2017.

² Cf. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A curatela como instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência intelectual*. 2018. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, 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 modo de proteção da pessoa incapaz maior de idade. Surgiu, 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, que tem descontornado questões interessantes sobre os limites de tal apoio, bem como a distinção da curatela e seus efeitos.

A rigor, a tomada de decisão apoiada concretiza o art. 12.3 do Decreto nº 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". Desse modo, a necessidade de criação de um instituto hábil à promoção e apoio de pessoas com deficiência para a tomada de decisões em relação à condução de suas vidas e em respeito à sua vontade já era um imperativo da ordem constitucional brasileira, eis que a CDPD possuía força e eficácia de emenda à Constituição.

O reconhecimento da plena capacidade³ das pessoas com deficiência implica medidas efetivas e apropriadas de apoio, de modo a prevenir abusos e assegurar sua participação social em igualdade de condições, que incluem a adoção de instrumentos proporcionais às circunstâncias de cada pessoa, para fins de proteção de seus interesses de cunho existencial e patrimonial. Nessa linha, a tomada de decisão apoiada é instrumento útil e promotor da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência, sem amparar ou restringir sua vontade nas decisões de índole existencial e patrimonial, na medida em que os apoiadores atuam ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão.

Nessa senda, o presente trabalho examina o instituto da tomada de decisão apoiada a partir da perspectiva do sistema de apoios à pessoas com deficiência, especialmente seu alcance, bem como a extensão e os limites de atuação dos apoiadores, sobretudo em relação aos negócios jurídicos entabulados pelos apoiados durante o apoio. Com isso, reafirma-se a imperatividade da construção de mecanismos jurídicos que podem promover a emancipação e atender o melhor interesse da pessoa com deficiência, de que é exemplo a tomada de decisão apoiada, de todo indispensável para a preservação de sua dignidade.

1 A rede de apoios à pessoa com deficiência: fins e transformações

O reconhecimento da capacidade de exercício assegurada às pessoas com deficiência intelectual depende de instrumentos hábeis a promover o respeito as suas vontades e preferências, prevendo abusos e influência indevida na formação e manifestação da vontade. Com isso, permite-se a livre e autônoma tomada de decisão em questões existenciais e patrimoniais, amparadas e acompanhadas, sempre que necessário,

de mecanismos apropriados e efetivos de apoio, sem privar ou substituir sua vontade, de modo a promover e concretizar sua dignidade e inclusão. Não adianta o reconhecimento legal da capacidade de agir se não há mecanismos de suporte e apoio à pessoa com deficiência para que se assegure o respeito à sua autodeterminação, sobretudo na esfera existencial. A lógica da proteção autoritária e excluente foi finalmente superada pelo paradigma do apoio e da inclusão, desafiando a doutrina a reconstruir todo o sistema protetivo das pessoas com restrições em sua capacidade.

Embora o regime das incapacidades não tenha sido completamente implodido, restando sua manutenção nos termos do art. 3º e 4º do Código Civil, a chave de leitura foi invertida com a internalização do CDPD, especialmente a disposição contida no art. 12, que impõe em termos concretos o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência, superando a abstrata e formal regra da capacidade de exercício. É preciso para afirmar a capacidade civil plena das pessoas, a partir de uma perspectiva substancial e emancipatória, a adoção de medidas efetivas e apropriadas de apoio, de modo a prevenir abusos e assegurar a participação social em igualdade de condições em todos os aspectos da vida, devendo-se, para tanto, adotar instrumentos proporcionais às circunstâncias da pessoa e promocionais de seus interesses de cunho existencial e patrimonial.⁴

Antes do advento do EPD, o discurso da excepcionalidade da incapacidade e da presunção da capacidade civil tinha se tornado um discurso retórico e abstrato, idealizado para o sujeito neutro e codificado. O regime da incapacidade, portanto, já nasceu excluente e supressor, mas se ampliou na medida em que não seguiu o movimento de funcionalização e personalização do direito, permanecendo, de forma atávica, preso ao esquema estrutural e assistencialista do passado.

As mudanças promovidas pelo EPD no regime das incapacidades e na disciplina jurídica da curatela⁵ ainda não foram muito bem sedimentadas na comunidade jurídica, que ainda se ressentе do fim da incapacidade absoluta das pessoas com deficiência intelectual. No entanto, cabe repisar que as mudanças que o EPD provocou no Direito Civil encontram-se bem alinhadas à axiologia da Convenção, exigindo um esforço de reconstrução e reinterpretação dos institutos jurídicos. Ao contrário do que se propagou inicialmente, a CDPD e o EPD têm por objetivo a inclusão social da pessoa com deficiência, na busca pela afirmação de sua autonomia, mas atentos às suas reais necessidades de

³ CDPD, art. 12.4. "Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judicário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tales medidas afetarem os direitos e liberdades da pessoa."

⁴ Ver, entre outros, ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direitos 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: Processo, 2016, p. 545-568. BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 209-223, jan./fev. 2018. Disponível em: http://www.emerj.jus.br/revistamerj/online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html. Acesso em: 15 abr. 2018; BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O novo perfil da curatela em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: CABANELAS, Beatriz Ramos; SILVA, Juvêncio Borges (Org.). *Direito de família e sucessões*. Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 128-147.

⁵ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direitos 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: Processo, 2016, p. 249-274.

apoio e salvaguardas para o alcance da substancial igualdade. De forma alguma, tais diplomas deixam a pessoa desamparada e desassistida. Inversamente, a promoção da sua autonomia e sua inclusão no meio social permite o descontarinar de suas necessidades e, por conseguinte, o seu atendimento. Até então, o Direito Civil encontrava-se tão voltado para o "homem médio" que ficou cego para as diferenças humanas, apoiando-se em padrões sociais distantes do complexo emaranhado da sociedade.

A CDPD atribui ao Estado signatário o dever de instituir um sistema de apoio e salvaguardas guiados para viabilizar e promover o exercício da capacidade jurídica reconhecida às pessoas com deficiência com limitação mais severa (art. 12). Nesse passo, já se observou que o direito protetivo superou o sistema de substituição pelo sistema de apoio,⁶ estruturado para favorecer o exercício da capacidade jurídica da pessoa com deficiência e, portanto, modulado às suas estritas necessidades para o alcance da autonomia possível. Importante visualizar, portanto, que o CDPD, seguido do EPD, impôs importante mudança paradigmática tendente a privilegiar o modelo de apoio⁷ e salvaguardas da pessoa com deficiência, sempre proporcionando as suas necessidades e voltado à conquista da sua autonomia. O modelo de apoio "diverge da representação tradicional porque respeita a vontade decisória do apoiado na maior medida possível, favorecendo a que ele mesmo, sempre que possível, venha a decidir e se projetar com uma vida independente".⁸

O reconhecimento do direito a uma vida independente pressupõe a inclusão na comunidade, de modo a permitir que tenham liberdade de escolha igual às demais pessoas, sem inferiorização ou segregação.⁹ O objetivo da CDPD, amalgamado em nossa legislação infraconstitucional por meio do EPD, é a proteção da pessoa com deficiência, mas não no sentido assistencialista e excluente, substituindo sua vontade e desejos por escolhas alheias. Visa-se proteger para emancipar, uma tutela para libertar e incluir, apoiando e orientando para que as vontades, desejos e preferências sejam respeitados. Por isso, garantir uma vida independente e reconhecer a plena capacidade já é amparar e assistir, eis que concretiza a dignidade das pessoas com deficiência.

Ao reconhecer a diversidade das pessoas com deficiência na alínea "i" do preâmbulo, a CDPD admite que o apoio deverá ser mais intenso, a depender das limitações da pessoa com fins a proteger e promover os direitos humanos.¹⁰ O modelo de apoio, inscrito pela Convenção, reconhece que a intensidade do suporte dependerá da gravidade da deficiência e seus efeitos limitadores sobre a higiene psíquica da pessoa, impedindo-o de manifestar objetivamente sua vontade de forma válida. Dessa forma, os

⁶ 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. In: *Civilitas.com*, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilitas.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilitas.com-v.4.n.1.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

⁷ "Apoio significa ajudar, proteger, auxiliar. Na língua inglesa, seria o *support*; no italiano, o *sostegno*; no espanhol, *apoyo*. Visa promover e proteger a autonomia da pessoa para que possa, de um modo independente, realizar as suas próprias escolhas e desenvolver seu projeto de vida (cap. 3 – CDPD)". MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 590, maio/ago. 2016.

⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 591.

⁹ V. art. 19, CDPD.

¹⁰ CDPD, Preâmbulo, alínea "j": "Reconheço a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio".

institutos jurídicos de apoio devem ser reconstruídos para a promoção do exercício da capacidade das pessoas com deficiência, de acordo e proporcionais às suas necessidades a partir de formas apropriadas de suporte. Os suportes são necessários para que a pessoa com deficiência viva e seja incluída na comunidade, evitando o isolamento e a segregação. A finalidade do modelo de apoio, portanto, é a inclusão social por meio do reforço à capacidade legal, de modo a respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência.

Até o advento do EPD, alinhado ao CDPD, o único instrumento jurídico posto à pessoa maior incapaz era a curatela, forjada no modelo de substituição da vontade, que, basicamente, se destinava a suprir a incapacidade das pessoas maiores ou emancipadas, com discernimento cefiado ou prejudicado, para a prática dos atos da vida civil. Um instituto, portanto, talhado para os incapazes maiores e voltado à substituição da vontade e eclipse dos desejos e preferências. A rigor, a curatela sedimentou-se de forma absoluta e generalizante em nosso ordenamento, pouco atenta às particularidades de cada pessoa submetida ao seu domínio.¹¹

Mesmo após a regra instituída no agora revogado¹² art. 1.772 da versão original do CC/2002,¹³ que estabelecia como regra a chamada curatela parcial,¹⁴ determinando que o juiz se pronunciasse a respeito dos limites da curatela de acordo com "o estado ou o desenvolvimento mental do interditado", que, após redação dada pelo EPD, se tornou "potencialidades da pessoa",¹⁵ na prática forense pouco se alterou, sendo a curatela total estabelecida na maioria esmagadora dos casos judiciais. A indiferença pela avaliação cuidadosa e individual das habilidades e potencialidades da pessoa curatelada, com base em exames periciais padronizados, descontinuou a banalização da curatela total, olvidando-se, não raras vezes, dos interesses do próprio curatelado. A rigor, com o fim da incapacidade absoluta, igualmente desapareceu a interdição total

¹¹ Nina Rodrigues já criticava a interdição completa como disposta no projeto do Código Civil de 1916: "O absolutismo das disposições do Projeto sobre a incapacidade por sanidade mental nem se compadece com os rigorosos princípios da equidade jurídica, nem satisfaçõa aos desiderata da psychiatria moderna. É na instituição da interdição que mais sensivelmente se torna esta falha. O erro fundamental de doutrina reside aqui na equiparação absoluta, para os efeitos da interdição, de todos os estados mentais que podem modificar a capacidade civil. O Projeto coloca assim no mesmo plano, ao lado do simples fraco de espírito, o imbecil, o maníaco ou o demente paralytico humano, a par da simples fraqueza mental senil, a confusão mental declarada; juntamente com as loucuras crônicas ou incuráveis, os episódios delirantes, maio ou menos efêmeros, dos degenerados" (sic). RODRIGUES, Nina. *O alienado no direito civil brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939, p. 146-147.

¹² O art. 1.772 foi revogado por força do art. 1.072, inc. II, da Lei nº 13.105, que instituiu o Código Processual Civil.

¹³ Redação original do dispositivo no CC/2002: "Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interditado, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782".

¹⁴ Nina Rodrigues defendia: "Assim, interdição com curatela total para os casos de loucura completa e para os graus extremos da invalidez mental incurável ou prolongada; interdição parcial com o conselho judiciário como no direito francês, ou com inabilitação como no direito italiano, ou com curatela limitada ou circunscrita como em diversos códigos, para certas formas de loucura transitória, para os graus mitigados da fraqueza de espírito congênita ou adquirida, para certos alienados mais ou menos lúcidos, para certos casos de surdo-mudez e de afasia; simples curadoria provisória para as loucuras transitórias, assim como para os primeiros períodos das loucuras curáveis, internados ou não os loucos; finalmente, curatela voluntária para os casos de invalidez por moléstia física, inclusive certos casos de moléstias cerebrais, em que não se compromete a inteligência: tal o sistema harmônico e integral de proteção que um código civil moderno deve destinar aos interesses dos alienados e, em geral, dos incapazes por insanidade mental". RODRIGUES, Nina. *Op. cit.*, p. 175-176.

¹⁵ Redação dada pela Lei nº 13.146/2015: "Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscrevendo-as às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador".

do nosso ordenamento. Sempre há algum traço de vontade válida ainda que seja para relações afetivas e existenciais,¹⁶ por isso, a curatela total nem excepcionalmente deve ser admitida atualmente. Nessa linha, Pietro Perlingieri já entendia que a “disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’”.¹⁷ A curatela, em seu perfil renovado, é por essência limitada e proporcional, logo sempre parcial.

A curatela não desapareceu com a CDPD – embora não seja mencionada de forma expressa, pelo contrário, sua possibilidade é admitida como instrumento necessário para os casos de comprometimento mais severo das funções cognitivas. Na verdade, a curatela passa a ser qualificada como uma forma de apoio e salvaguarda das pessoas com deficiência intelectual que apresentam impedimento significativo, ao lado de instrumentos já contemplados pelo EPD como a tomada de decisão apoiada e outros que precisam ser idealizados para dar conta da diversidade das deficiências e da intensidade diferenciada de necessidade de suporte.

O que o EPD alterou, na linha do CDPD, foi a exclusividade da curatela como mecanismo solitário de proteção da pessoa maior incapaz. Ao lado da curatela, é preciso construir outros instrumentos jurídicos hábeis e proporcionais à necessidade de suporte e orientação da pessoa com deficiência que apresenta restrições à capacidade. Com efeito, a doutrina mais sensível já sinalizava há tempo a necessidade de “flexibilização da curatela”,¹⁸ promovendo uma releitura do instituto a partir da cláusula geral de dignidade da pessoa humana. No entanto, a proposta do EPD foi ainda mais audaciosa. A curatela foi refundada, tendo sido sua estrutura e função modificadas. Não se trata de novos contornos, mas sim de novos perfis à luz do plural estatuto da pessoa com restrições à capacidade civil.

Pietro Perlingieri leciona que a gravidade da deficiência psíquica atrai diferentes estatutos de proteção, que devem ser justificados na exata medida da severidade da limitação imposta ao indivíduo, sob pena de excessiva proteção que se revela como tirâna. Assim, o estudo da pessoa deve ser “individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento

¹⁶ Segundo Pietro Perlingieri, “quando concretas, possíveis, ainda que residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade. É necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício das expressões de vida que, encontrando fundamento no status personae e no status civitatis, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito”. PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 782.

¹⁷ Id. Ibid., p. 782.

¹⁸ Célia Barbosa Abreu defendia, sob a êgide do Código Civil de 2002, que “havendo resquícios de faculdades intelectivas e emotivas em um indivíduo, urge respeitar-las, e, mais do que isso, contribuir para que se desenvolvam, em observância, em especial, aos princípios da dignidade humana e da solidariedade. É inaceitável partir-se para a curatela plena quando existe alternativa de flexibilização lá. Desse modo, a consagración da curatela relativa no artigo 1.772 do CC/2002 surge como medida menos restritiva de direitos que a interdição total. A adoção da medida, no entanto, deve ser compatibilizada com o texto constitucional, a fim de assumir abrangência capaz de demonstrar observância à tábua axiológica instituída pelo constituinte de 1988 para o ordenamento jurídico brasileiro. [...] O códificatio costuma demonstrar que, dentre os absolutamente incapazes, estão pessoas que não são incapazes para a integralidade dos atos da vida civil. Na realidade, desenvolvem-se nas áreas em que apresentam potencialidades, desde que lhes sejam oferecidas oportunidades para tanto. Logo, a capacidade das pessoas deve ser avaliada concretamente, a fim de se verificar se é o caso de permitir a flexibilização da curatela, mediante a adoção da interdição parcial e o afastamento da interdição total”. ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 226 e 228 (grifos no original).

pessoal”, afastando-se alegações baseadas em supostos interesses superiores alheios que legitimariam a instrumentalização da pessoa curatelada.¹⁹

Desse modo, afirma-se que a remoção de “obstáculos ao pleno e melhor desenvolvimento da pessoa”, especialmente seu bem-estar físico e psíquico, constitui a “única legitimação constitucional do estatuto de proteção e promoção”, devendo-se funcionalizar a curatela a tal exigência.²⁰ A vocação contemporânea da curatela é emancipar o sujeito socialmente já alijado de seus direitos fundamentais, promovendo o livre desenvolvimento da sua personalidade, de modo que se respeitem suas vontades e preferências ao máximo, buscando-se que o próprio possa com o apoio e tratamento adequados exercer, por si, seu poder de autodeterminar-se, de escrever sua própria biografia.

A releitura da curatela denota, portanto, um paradoxo. Embora talhada para a pessoa incapaz, ou seja, com limitações ao livre agir, servindo como instrumento de proteção, a curatela, hoje, volta-se para a promoção da plena capacidade civil da pessoa com deficiência, buscando-se a conquista de sua autonomia e concretização de sua dignidade. Com isso, a curatela deve ser interpretada com base na cláusula geral de promoção da autonomia e inclusão da pessoa com deficiência, fundada conjuntamente no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), no art. 1º do EPD e no art. 758 do Código de Processo Civil, guiada pelas prescrições contidas na CDPD.

Nessa esteira, o direito protetivo assume perspectiva emancipatória diante da tutela integral da dignidade da pessoa humana, não mais excluindo da sociedade as pessoas consideradas diferentes, mas esforçando-se para incluir todas as pessoas num mundo plural e tolerante. Por isso, ampliou-se o apoio para além das pessoas declaradas judicialmente relativamente incapazes e não mais se comprime às formas tradicionais de suprimento da vontade – representação legal e assistência, mas viabiliza a promoção e o respeito à sua vontade. Desse modo, busca-se assegurar as condições de exercício da capacidade civil de maneira bem informada e esclarecida.

2 Tomada de decisão apoiada: função, alcance e efeitos

A Lei nº 13.146/2015 criou um 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. O art. 116 do Estatuto incluiu o art. 1.783-A e seus onze parágrafos no Código Civil, facultando à pessoa com deficiência a adoção de processo de “tomada de decisão apoiada”,²¹ no qual a pessoa com deficiência elega 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.²²

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 783-784.

²⁰ Id. Ibid., p. 784.

²¹ O tema da tomada de decisão apoiada não é compreendido pelo objeto da tese, mas merece breves considerações por se apresentar como novo instrumento de apoio à pessoa com deficiência e apontar brevemente os traços distintivos em relação à curatela.

²² 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 nº 6/2004, e do

A rigor, este novo instituto 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. A curatela, por sua vez, se caracteriza como instituto destinado a proteger as pessoas que têm sua capacidade restringida.

A tomada de decisão apoiada serve, portanto, para auxiliar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, sendo que os apoiaadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomadas de decisão a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência. Em outros termos, os apoiaadores atuam ao lado e como auxiliares da pessoa com deficiência, que será a verdadeira responsável pela tomada de decisão. Trata-se de instituto promotor da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir sua vontade nas decisões de índole existencial e patrimonial.²³

Cabe esclarecer que o apoiador não se confunde com a fisionomia do representante e do assistente, mas trata-se de figura completamente nova em nosso ordenamento, atraindo disciplina jurídica distinta dos demais institutos. A partir do atual sistema de apoio instituído pela CDPD e reforçado pelo EPD, admitem-se como instrumentos de apoio em sentido lato os institutos da tomada de decisão apoiada, cujo auxílio será prestado por dois apoiaadores em sentido estrito, e da curatela, que é instrumentalizada por meio de assistentes e representantes, a depender do projeto terapêutico individualizado para cada situação. Com isso, atualmente, os curadores (com poderes de assistência ou representação) não deixam de ser apoiaadores em sentido lato.

A tomada de decisão apoiada depende de processo judicial, com natureza de jurisdição voluntária, e que não encontra disciplina processual específica no Código de Processo Civil. E neste ponto, talvez, resida a única semelhança com a curatela: ambas dependem de decisão judicial. No entanto, na tomada de decisão apoiada o acordo submetido ao juiz determinará o âmbito de atuação dos apoiaadores de acordo com a vontade das partes. Na curatela, contudo, a extensão dos poderes concedidos ao curador dependerá da avaliação do comprometimento e das necessidades do curatelando.

sistema de apoio ao exercício da capacidade, previsto no art. 43 do Código Civil e Comercial da Argentina, que tem a seguinte redação: “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 inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

²³ “Cuidado com a figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de curso patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais”. ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/1596>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Apesar da festejada inovação, o instituto não ficou imune às críticas, sobretudo em razão da escolha legislativa pela “judicialização”, o que talvez impeça sua efetividade,²⁴ forçando uma burocratização desnecessária, a exemplo da controvertida necessidade de intervenção do Ministério Público em demanda de pessoa plenamente capaz, como determina o art. 1.783-A, §3º, do CC.²⁵ Em razão do rígido controle judicial do procedimento de tomada de decisão apoiada, tem-se sustentado que o contrato de mandato seria uma alternativa mais prática à pessoa com deficiência capaz, que poderá outorgar poderes para o mandatário representar seus interesses sem a necessidade da via judicial.²⁶ Nada impede tal solução alvítrada por muitos operadores do direito, eis que o agente é plenamente capaz, no entanto, necessário frisar que não se confunde a figura dos apoiaadores com o mandatário.

A tomada de decisão apoiada é instrumento específico para as pessoas com deficiência, que, nos termos do acordo submetido ao crivo judicial, permite que duas pessoas idôneas prestem apoio nas decisões da vida civil, esclarecendo e colaborando no processo de formativo da vontade. Contudo, a própria pessoa apoiada que atua diretamente nos atos civis, poisa não há representação, uma vez que não se verifica outorga de poderes para atuar em nome de outrem.²⁷ Cuida-se de um encargo, ofício privado, por meio de acordo, com a fiscalização do Judiciário, que atribui ao apoiador um conjunto de deveres para acompanhar e fiscalizar os atos praticados pela pessoa com deficiência, de modo a colaborar e cuidar, prevenindo eventuais abusos sofridos, devendo recorrer ao Judiciário para dirimir o caso, uma vez que não possui poderes para representar ou assistir o apoiado.

O EPD, portanto, faculta a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (art. 84, §3º) como forma de assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim, a lei lhe reserva o direito de

²⁴ “O excessivo controle judicial que o Estatuto impõe ao processo de tomada de decisão apoiada tampouco se justifica, à luz da plena capacidade do beneficiário. [...] A “judicialização” da tomada de decisão apoiada em um país como o Brasil, em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo a se conquistar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto”. SCHIEREBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade?. In: *Jornal Carta Forense*, 3 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 14 jul. 2017.

²⁵ O art. 178, II do CPC determina a intimação do Ministério Público para intervir como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz, o que não parece ser o caso do procedimento de tomada de decisão apoiada. Anderson Schreiber é contundente ao advogar que a “óbita do Ministério Público, aliás, é uma exigência equivocada. Trata-se, aqui, de pessoa que, segundo o próprio Estatuto, é plenamente capaz, de modo que a intervenção do Parquet não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extrair: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém incapaz a decidir sobre seus próprios rumos”. Id. Ibid.

²⁶ “Mais prático será ao deficiente, plenamente capaz, recorrer ao mandato ou a outros instrumentos semelhantes quando necessário lhe parecer, sem se submeter a um processo judicial, com todas as agruras que o ingresso em juízo implica, especialmente para a maioria mais carente de recursos econômicos – e mais necessitada, por isso mesmo, da proteção que o Estatuto deveria oferecer”. SCHIEREBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade?. In: *Jornal Carta Forense*, 3 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 14 jul. 2017.

²⁷ Joyceane Bezerra de Menezes é enfática ao afirmar: “Não há transferência de poderes do apoiado para o apoiador”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, p. 56, 2016.

requerer o pedido de tomada de decisão apoiada,²⁸ 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. Embora a lei resguardue 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.²⁹

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, sendo possível a prorrogação do prazo. 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.³⁰ 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.

O apoiador pode requerer sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, consoante autoriza o §10 do art. 1.783-A, que condiciona seu desligamento à manifestação do juiz, que deverá intimar o beneficiário para indicar novo apoiador caso queira continuar com o regime de apoio. Descabe investigar os motivos do pedido de desligamento do apoiador, tendo em vista que o encargo cria inúmeros deveres e responsabilidades, e, por isso, não seria razoável forçar uma pessoa a continuar a exercer tal atribuição, ainda que o prazo estipulado não tenha expirado, exigindo-se, no entanto, a prestação de contas (art. 1.783-A, §11, CC).³¹ O apoiador deverá 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.³² A denúncia pode ser apresentada pela própria pessoa apoiada ou qualquer outra (art. 1.783-A, §§7º e 8º). Tais disposições reforçam o dever do apoiador de atuar de forma diligente e em benefício da pessoa apoiada, cuidando dos seus interesses e colaborando com a promoção de sua autonomia.

²⁸ “A tomada de decisão apoiada constitui um acordo por meio do qual a pessoa interessada e, somente ela, apresenta ao juiz os termos e duração do apoio que requer, indicando duas ou mais pessoas idôneas com as quais manterá vínculo e relação de confiança para que sejam suas apoiadoras”. *Id. Ibid.*, p. 56.

²⁹ Nada impede que o magistrado, de ofício ou a pedido do Ministério Público, solicite a substituição de um ou ambos os apoiadores, desde que não apresentem(1) um sólido vínculo com a pessoa a ser apoiada, não seja confirmada a confiança esperada ou(2) apoiador(es) não apresente(m) a idoneidade necessária para o exercício da função. De modo a preservar a 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 requerido.

³⁰ No pleito de tomada de decisão apoiada, o requerente deverá informar o prazo de vigência do acordo (art. 1.783-A, §1º), sendo possível a sua prorrogação. No entanto, a pessoa beneficiária do apoio poderá, a qualquer tempo, requerer a extinção da medida, uma vez que preserva sua capacidade e autonomia”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015), cit., p. 51.

³¹ “Os apoiadores poderão requerer sua liberação do encargo ao juiz, ocasião em que devem prestar contas à semelhança do que se impõe ao curador”. *Id. Ibid.*, p. 57.

³² “Os apoiadores têm deveres em relação à pessoa apoiada, respondendo civilmente pelos prejuízos que causarem-na por negligência, imprudência ou imperícia”. *Id. Ibid.*, p. 57.

O alcance da tomada de decisão apoiada é questão debatida na doutrina pátria, especialmente com a restrição da curatela somente aos atos de natureza patrimonial e negocial, nos moldes do art. 85 do EPD. A rigor, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificamente em relação aos atos negociais, a exemplo dos §§ 5º e 6º do art. 1.783-A do Código Civil, nada impede que a tomada de decisão apoiada alcance as situações existenciais,³³ visto que o *caput* do dispositivo diz expressamente que o apoio deve ser prestado em relação aos atos da vida civil, compreendendo, portanto, os atos patrimoniais e existenciais.

A disciplina pontual dos efeitos relativos à celebração de negócios jurídicos revela o apego do legislador aos aspectos patrimoniais da vida. Inclusive, de todo recomendável que as partes convencionem no termo do acordo as decisões existenciais que deverão ser amparadas. Como medida de apoio, imputa-se ao apoiador o dever de cuidado, razão pela qual, em alguns casos mais graves e urgentes, como em situações irreversíveis e inadiáveis, deverá recorrer ao juiz para dirimir eventual conflito de interesses, sempre atentando para o melhor interesse da pessoa apoiada e sua capacidade de autodeterminação, que pode estar comprometida e carecer de um mecanismo de apoio mais intenso. O alcance da tomada de decisão apoiada, portanto, se confunde com o da curatela. Embora ambas se mostrem ordinariamente voltadas às questões patrimoniais, é possível, excepcionalmente, que incidam sobre situações existenciais.

A extensão e os limites do termo de apoio não foram nitidamente definidos pela lei, razão pela qual o acordo deve ser submetido à apreciação judicial a fim de evitar afronta à lei ou interferência desarrazoadamente na vida do apoiado a ponto de lhe retirar sua autodeterminação. A função do apoiador é de esclarecimento e colaboração, auxiliando a retirar as barreiras sociais (sobretudo no campo comunicacional) para permitir que a pessoa apoiada possa livremente decidir. Por isso, indispensável constar no acordo o objeto do encargo, a especificação dos atos negociais em que o apoiador terá que prestar apoio, as situações existenciais em que deverá auxiliar, entre outros. Isto porque, em relação aos negócios jurídicos celebrados por pessoas apoiadas, o Estatuto estabelece que quando trouxerem risco ou prejuízo relevante, a questão deverá ser submetida ao juiz, que deverá decidir a matéria, ouvido o Ministério Público. Ou seja, o papel do apoiador é de supervisoria e não atuar em nome do apoiado.

Além disso, de acordo com o §4º do art. 1.783-A, a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, mas desde que inseridas nos limites do apoio acordado. A parte final do dispositivo provoca dúvida a respeito da validade do negócio jurídico estabelecido na hipótese de atuação da pessoa apoiada sem a colaboração do apoiador conforme estipulado no acordo firmado. O §5º do art. 1.783-A reforça tal ideia ao estipular 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

³³ “Como a pessoa apoiadora não ocupará a função de representante ou assistente, não haverá razão para aplicar a limitação do art. 85, §1º, do EPD à Tomada de Decisão Apoiada. No caso, não está em jogo a renúncia ao exercício de direitos fundamentais tampouco a transmissão do exercício de direitos personalíssimos. Dessa forma é que se entende possível ao apoiador auxiliar o apoiado até no que diz respeito às decisões existenciais, tais como aquelas pertinentes ao casamento, ao divórcio, ao planejamento familiar, à educação, à saúde etc.”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015), cit., p. 47.

boa-fé objetiva, eis que impede que futuras invalidades sejam arguidas em razão da não participação dos apoiadores no ato negocial celebrado ou plena capacidade do apoiado.³⁴

De todo modo, tendo em vista que a capacidade civil se mantém intacta na tomada de decisão apoiada, os negócios celebrados pela pessoa apoiada, ainda que sem a presença do apoiador, são plenamente válidos. O art. 1.783-A, §6º, reforça a validade dos negócios jurídicos ao determinar que os ajustes entabulados que possam trazer riscos ou prejuízos ao apoiado devem ser submetidos à apreciação judicial, ouvido o Ministério Público. A rigor, se a tomada de decisão apoiada não afeta a plena capacidade civil, não há motivos para supor 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 subsedes ou tivesse como saber, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva.

Cabe sublinhar que a tomada de decisão apoiada pode anteceder a curatela,³⁵ como nos casos de doenças neurodegenerativas progressivas, nas quais a pessoa ainda no estágio inicial da enfermidade tem condições de decidir, logo, sua capacidade civil preservada. Contudo, ciente de que futuramente o desenvolvimento da doença afetará sua capacidade de autodeterminação, pode valer-se da decisão apoiada para formular diretiva antecipada de vontade sobre sua autocuratela e indicar seu curador ou curadores, que nada impede sejam seus próprios apoiadores. Pelo contrário, ainda na fase da lucidez e higidez mental, ou seja, plena capacidade para expressar sua vontade, a pessoa com

³⁴ O Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, visa por meio de seu art. 8º acrescentar os parágrafos 12, 13 e 14 ao art. 1.783-A do Código Civil. Nós termos da redação do §12 a ser incluído, “os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o §5º deste artigo”.

³⁵ “A tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo. Em razão dessa força convivência, paulatinamente a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para apartar a sutil delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas. Desde já podemos cogitar das zonas cinzentas em que concorrem todos os pressupostos legais para a incapacitação judicial, porém, antes que se inicie o processo de interdição, o vulnerável deliberá por requerer a Tomada de Decisão Apoiada”. ROSENVALD, Nelson. A tomada da decisão apoiada. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/contenuto/artigos/a-tomada-de-decricao-apoiada/15956>. Acesso em: 27 dez. 2017. Interessante questa suscitada pela doutrina, mas que escapa aos limites do presente trabalho, diz respeito à fungibilidade entre os pedidos de decisão apoiada e curatela. Joyceane Bezerra de Menezes defende que “não há fungibilidade entre os pedidos de decisão apoiada e curatela, muito embora seja deferido ao juiz o poder de adaptação dos procedimentos para melhor atender ao direito material da parte requerente, nos limites da lei”. Essa adequação jurisdicional do processo deve respeitar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Para isso, “[...] no pedido de decisão apoiada, se o juiz, ao ouvir a parte interessada, assistido por um advogado, identificar a necessidade que a mesma sofre limitações severas à capacidade de discernir, considerando o parecer do MP, poderá adotar o feito. Poderia inférre os legitimados diretos da ação de curatela (C.Civ., art. 747), fazendo uso do que dispõe o art. 139 VI, do CPC, para lhes facultar a prisópriação do pedido de curatela, a fim de resguardar os interesses da pessoa em questão. Se a pessoa apresentasse uma limitação psíquica grave, o próprio Ministério Pùblico poderá, em caráter subsidiário, propor a ação de curatela. Nós termos do art. 748, do Código Civil, a legitimidade ativa do MP somente se justifica se as pessoas designadas no artigo anterior não existirem, quedarem inertes ou, existindo, forem incapazes. Uma vez proposta a ação e decretada a curatela, extinguir-se-á a tomada de decisão apoiada”. Assim, “se a pessoa sob apoio tiver as suas limitações psíquicas ou intelectuais agravadas no curso da TDA, qualquer pessoa com legitimidade para a propositura da curatela poderá fazê-lo, sendo prevento o juizo que conheceu o processo de decisão apoiada. Nomeado um curador provisório, já se esvazia o papel do apoiador, especialmente se o âmbito do apoio coincidir com a extensão do que se pede na curatela. Assim, uma vez decretada a curatela, a tomada de decisão apoiada é encerrada. Com a nomeação do curador, segundo o NCPC (art. 755, §1º), será atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, numa obesta que o apoiador designado verá a designado o curador”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015), cit., p. 57.

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

O recente enunciado nº 640, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em interpretação do art. 1.783-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 nº 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.

Considerações finais: o protagonismo de sua história

O EPD, na diretriz emanada pela CDPD, impactou significativamente o direito protetivo no Brasil, antes de fato assistencialista e calcado no modelo de substituição de vontade, inaugurando um sistema protetivo-emancipatório de apoio à pessoa com deficiência, de modo a preservar ao máximo sua autodeterminação para conduzir sua própria vida, prevendo instrumentos de suporte e salvaguarda, caso seja necessário e na medida exata de que realmente precisa. Com isso, o regime de apoio apropriado reforça o reconhecimento da autonomia em âmbito patrimonial e existential da pessoa com deficiência, funcionalizando os mecanismos de suporte para permitir uma vida digna e independente.

Por isso, 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 –, surgiu a tomada de decisão apoiada, com estrutura e função bem distintas. A rigor, 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 na interdependência e dignidade. Ao contrário, a curatela e a tutela são institutos patológicos, ou seja, destinados a proteger as pessoas já legalmente consideradas incapazes (*reitus*: capacidade restringida), com atribuição de poderes para que o curador e o tutor gerenciem os atos da vida civil, agora restrinidos aos atos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, EPD).

A tomada de decisão apoiada serve, por sua vez, 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 coadjutores 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. Trata-se de novo mecanismo que auxiliará a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade, enaltecendo sua autodeterminação para conduzir a própria vida e protagonizar sua história.

Referências

- ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: 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*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545-568.
- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A curatela como instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência intelectual*. 2018. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 209-223, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.emerj.tj.rj.jus.br/revistaemjerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direitos 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: Processo, 2016. p. 249-274.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O novo perfil da curatela em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: CABANELAS, Beatriz Ramos; SILVA, Juvinício Borges (Org.). *Direito de família e sucessões*. Florianópolis: Conspedi, 2016. p. 128-147.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. In: *Revista brasileira de direito civil*, v. 13, p. 17-37, 2017.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: *Civilística.com*, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio/ago. 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUES, Nina. *O alienado no direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.
- ROSENVALD, Nelson. A tomada da decisão apoiada. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>>. Acesso em: 27 dez. 2017.
- SCHEREBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? In: *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-que-suua-utilidade/16608>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALMEIDA, Vitor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e final. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEGINHO, Gustavo (Coord.), *Autonomia privada, liberdade e final / direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 435-448. ISBN: 978-85-450-0585-8.

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO