

Medidas de apoio à pessoa com deficiência no Brasil e na Espanha*

Maria de Fátima Freire de SÁ**
Ana Flávia Pereira de ALMEIDA***

RESUMO: Trata-se de pesquisa de natureza pura, qualitativa e exploratória, realizada pelo método da revisão legislativa e bibliográfica que visa obter panorama geral acerca das medidas de apoio às pessoas com deficiência, maiores de idade, numa comparação entre os ordenamentos civilísticos brasileiro e espanhol, delineando suas particularidades e coincidências. Ambos os ordenamentos jurídicos receberam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD) e, a partir dela, promoveram alterações significativas nas respectivas regulamentações sobre as incapacidades e o sistema de apoio. Ao todo, quatorze pontos de convergência e divergência foram encontrados entre ambas as legislações.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas de apoio; pessoa com deficiência; Brasil; Espanha.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. As medidas de apoio no Direito brasileiro; – 3. As medidas de apoio no Direito espanhol; – 3.1. Das medidas de apoio voluntárias; 3.2 Das medidas de apoio judiciais; – 3.3. A guarda de fato: natureza dúplice? – 4. Notas Conclusivas: pontos convergentes e divergentes entre os sistemas de apoio; – Referências.

TITLE: *Support Measures for People with Disabilities in Brazil and Spain*

ABSTRACT: *This is purely qualitative and exploratory research, carried out using the legislative and bibliographical review method, which aims to obtain a general overview of support measures for disabled people of legal age, in a comparison between the Brazilian and Spanish civil law systems, outlining their particularities and coincidences. Both legal systems have accepted the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol (CRPD) and, based on this, have made significant changes to their respective regulations on disability and the support system. In all, fourteen points of convergence and divergence were found between the two pieces of legislation.*

KEYWORDS: *Support measures; disabled people; Brazil; Spain.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Support measures in Brazilian law; 3. Support measures in Spanish law; – 3.1. Voluntary support measures; 3.2 Judicial support measures; – 3.3. De facto custody: dual nature? – 4. Concluding remarks: converging and diverging points between support systems; – References.*

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 e trata-se de excerto extraído a partir de estudo pós-doutoral da autora 1 e da tese de doutoramento da autora 2.

** Pós-doutorado em Direito (Universidad del País Vasco – Espanha). Doutorado (UFMG) e Mestrado (PUC Minas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) na PUC Minas. Líder e pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Rede CEBID JUSBIOMED (PUC Minas). Advogada.

*** Doutorado (em andamento) e Mestrado em Direito (PUC Minas). Pós-graduada em Direito Médico e Bioética (IEC - PUC Minas). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral (UCAM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Rede CEBID JUSBIOMED (PUC Minas). Advogada.

1. Introdução

Atentando-se aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal de Direitos Humanos, nos Pactos e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, que teve por objetivo “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”.¹

O referido instrumento foi elaborado partindo do reconhecimento de que a deficiência é um conceito dinâmico, que se modifica ao longo do tempo e que é determinada pela interação entre os indivíduos com deficiência e as barreiras impostas por atitudes e pelo ambiente, os quais dificultam sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Dentre os princípios da referida Convenção, o artigo 3 elege o “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” e reforça, em seu artigo 12 a necessidade de disponibilização de medidas de suporte para que as pessoas com deficiência possam, na maior medida possível, exercer sua autodeterminação que, reconhecidamente, figura-se como fator dignificante da pessoa humana.²

A capacidade das pessoas com deficiência na CDPD é baseada nos princípios do *in dubio pro capacitas*, da intervenção mínima e da beneficência.³ Pelo primeiro, ainda que se duvide da situação pessoal do indivíduo, cabe a prevalência da plena capacidade civil. Pelo segundo, o Estado deve intervir, na menor medida possível, na esfera de autodeterminação da pessoa com deficiência. E, pelo terceiro, toda medida tomada deve refletir o seu melhor interesse.

¹ BRASIL. *Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 25.08.2009.

² Cit.

³ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.). *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 710.

O panorama acima exposto serviu como fundamento para as alterações promovidas nas legislações civis espanhola e brasileira, que buscaram uma nova forma de aplicar as medidas de apoio às pessoas com deficiência. Na Espanha, considerando-se a inexistência da incapacidade, pela reestruturação da *guarda de hecho*; e, no Brasil, com o advento da Tomada de Decisão Apoiada (TDA), ambas medidas priorizadas em relação à aplicação da curatela, também remodelada nos dois países.

Nesse sentido, busca-se estudar o sistema de medidas de apoio às pessoas com deficiência, maiores de idade, a partir de pesquisa de natureza pura, qualitativa e exploratória, realizada pelo método da revisão legislativa e bibliográfica que visa obter um panorama geral acerca destas, numa comparação entre Brasil e Espanha, delineando suas particularidades e coincidências.

2. As medidas de apoio no Direito brasileiro

A CDPD passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com status de Emenda Constitucional, nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição da República de 1988 (CR/88), por ocasião de sua promulgação através do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009 e foi ratificada pela Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD).

O EPD promoveu significativas mudanças no sistema de incapacidades do Direito brasileiro. A redação original do artigo 3º do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB) dispunha que eram absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

O artigo 4º categorizava os relativamente incapazes a alguns atos ou à maneira de os exercer em maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e pródigos.

No entanto, com as modificações inseridas no EPD, que tiveram por objetivo derrubar barreiras de exclusão social e reconhecer autonomia à pessoa com deficiência enquanto sujeito jurídico, ao enunciar no artigo 6º, *caput*, que “a deficiência não afeta a plena

capacidade civil da pessoa (...),⁴ tornou-se necessária a revisão dos artigos 3º e 4º do CCB, de modo a buscar harmonia entre a codificação civilista e o microsistema da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, a incapacidade absoluta no CCB, hoje vigente, destina-se, especificamente, aos menores de dezesseis anos, tendo sido as demais hipóteses revogadas pela Lei n.º 13.146/2015.

Quanto à incapacidade relativa, foram extirpadas as hipóteses de deficiência mental com discernimento reduzido; e excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Ademais, a atribuição de incapacidade absoluta às pessoas que, por causa transitória ou permanente, não pudessem exprimir sua vontade, passou a figurar como hipótese de incapacidade relativa.

É nítida a busca pelo reconhecimento de maior autonomia às pessoas com deficiência mormente quando se verifica, pela leitura do *caput* do artigo 6º do EPD, que ela (a deficiência) não afeta a capacidade civil plena da pessoa. Vê-se que o verbo “exercer” é vinculado, nesse dispositivo legal, a diversas situações existenciais, revelando que direitos sexuais e reprodutivos; direito de decidir sobre o número de filhos; direito à família e à convivência familiar comunitária; direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotado, não podem ser exercidos por outrem.⁵

Táisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá anunciam e explicam três correntes interpretativas surgidas acerca da capacidade das pessoas com deficiência a partir da vigência do EPD:⁶

i) a pessoa com deficiência é sempre plenamente capaz; ii) a pessoa com deficiência poderá ser, eventualmente, declarada relativamente incapaz, nos moldes do art. 4º, inciso III do CC, porquanto a deficiência pode vir a ser a causa transitória ou permanente, que a impede de exprimir a vontade; iii) a pessoa com deficiência, desde que não seja capaz de manifestar ou elaborar uma “vontade ponderada”, pode ser declarada relativamente incapaz, nos moldes do art. 4º, inciso III do CC.⁷

⁴ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência* (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 6.7.2015 [2023].

⁵ LIMA, Táisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. Cap. 6.

⁶ Para aprofundamento das correntes, ver capítulo 6, ‘Idoso e Saúde Psíquica’, do livro *Ensaio sobre a velhice*, 2ª ed, de autoria de Táisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, especialmente as páginas 56 a 59.

⁷ Cit, p. 56.

Para o recorte metodológico adotado no presente artigo, não há necessidade de esmiuçar as correntes acima mencionadas. No entanto, é fundamental advertir que quaisquer das teorias não pode desprezar o fato de que uma pessoa com deficiência poderá necessitar de assistência ou de representação para o exercício de direitos de natureza patrimonial e/ou existencial, a depender do nível de discernimento apresentado. Por vezes, a garantia do melhor interesse da pessoa com deficiência, poderá levar à limitação de sua autonomia como medida de proteção.

Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, em proposta de uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, no livro *A capacidade dos incapazes*, assim defenderam que “Levar o Direito a sério significa, também, assegurar as garantias constitucionais do processo na construção de uma decisão jurisdicional que diga respeito à limitação da autonomia do indivíduo para a prática de atos que se refiram à sua vida enquanto sujeito de direitos”.⁸

Em que pese o artigo 84 do EPD assegurar à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, os parágrafos primeiro e segundo enunciam, respectivamente, a possibilidade de submissão da pessoa com deficiência à curatela e a faculdade de adoção, por ela, de processo de tomada de decisão apoiada, como medidas de apoio.

A *curatela*, no ordenamento jurídico brasileiro, se espalha por três diplomas normativos distintos: no CCB (arts. 1.767 a 1.783), no EPD (arts. 84 a 87) e no CPC (arts. 747 a 763).

Jacqueline Lopes Pereira⁹ ao tratar da curatela, esclarece que “Sob a égide do paradigma de substituição da vontade, compreendia-se [a curatela] como instrumento necessário para a prática de atos jurídicos em nome da pessoa curatelada, inclusive como requisito para a sua validade”. Veja-se que o sentido da curatela, no que dizia respeito às pessoas absolutamente incapazes, era da substituição do querer. Ensina Pontes de Miranda¹⁰: “O representante do absolutamente incapaz é que deve *querer*, no lugar do que teria de querer, se não fosse absolutamente incapaz: é indiferente que, no mundo fático, haja querido, ou não, o representado, se o representante quis”.

⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no Direito privado*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 143.

⁹ PEREIRA, Jacqueline Lopes. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.). *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 713.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 4. Campinas: Bookseller, 2001, pp. 187-188.

Contemporaneamente, a curatela de pessoa com deficiência assume nova roupagem no sentido de afigurar-se medida de apoio efetiva, razão pela qual ao curador não se confere o *querer pelo outro*, mas ser instrumento de viabilizar o *querer da pessoa curatelada*, na maior medida possível, inclusive valendo-se da biografia daquele que, em algum momento, *quis*. A curatela passa a ser relida, portanto, como medida de proteção extraordinária e proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, pelo menor tempo possível (§4º do art. 84 do EPD), tanto em caso de representação quanto em se tratando de assistência.¹¹

Cabe salientar, por oportuno, que a curatela se limita aos atos de natureza patrimonial e negocial, conforme dicção do artigo 85 do EPD, excluindo a participação do curador no auxílio em questões existenciais. Referido dispositivo traz à tona muitas controvérsias, principalmente, no que diz respeito à relação médico-paciente e, para ilustrar, fica o questionamento: “Como viabilizar cuidados médicos se o sujeito jurídico, presumidamente capaz, ainda assim não tem condições reais de consentir ou dissentir?”.¹² Esta questão e muitos dos seus possíveis desdobramentos têm sido objeto de debate pela doutrina e pela jurisprudência, o que demonstra que o caminho é incerto e cheio de percalços.

Além do perfil renovado da curatela, o EPD introduziu, no CCB, através do artigo 1.783-A, a *tomada de decisão apoiada* (TDA). Trata-se de instrumento processual para apoio à pessoa com deficiência no exercício da capacidade legal, facultando-lhe a escolha de duas ou mais pessoas de sua confiança para que figurem como apoiadoras – auxiliando e orientando no tocante aos elementos e informações necessárias – na celebração de negócios jurídicos. Ao contrário da curatela, expressamente limitada a questões de natureza patrimonial e negocial pelo artigo 85 do EPD, no tocante à TDA, não há disposição legal sobre tal limitação, o que leva à divergência doutrinária. Paulo Lôbo¹³ afirma:

Diferentemente da tutela e da curatela, a tomada de decisão apoiada é faculdade concedida à pessoa com deficiência, para que escolha duas ou mais pessoas consideradas idôneas e que gozem de sua confiança,

¹¹ Iara Antunes de Souza defende a importância de equipe multidisciplinar para determinar a tomada de decisão adequada em relação ao curatelado: “Ainda que não exista qualquer resquício de discernimento para o ato, o curador deve agir de acordo com o que a equipe multidisciplinar, em construção conjunta, entender adequado à garantia da dignidade humana do curatelado” (SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, pp. 399-400).

¹² LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 59.

¹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 424.

para que lhe aconselhem, orientem e apoiem na celebração ou não de negócios jurídicos, de *natureza patrimonial* (grifo nosso)

Em sentido diverso, Joyceane Bezerra de Menezes¹⁴ entende que:

Ante à omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio. 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.

Nelson Rosenvald¹⁵ vai além, para defender a TDA:

[não como] um modelo limitador da capacidade de agir, mas [como] um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.

À luz do que dispõe o §2º do artigo 84 do EPD, entende-se que a TDA é medida de apoio voluntária, o que significa que é a própria pessoa com deficiência, no exercício de sua autodeterminação e discernimento, que deve optar por ela. Os apoiadores devem ser idôneos e manter vínculos com a pessoa apoiada, gozando de sua confiança (art. 1.783-A, *caput*, do CCB).

Os limites do apoio a ser prestado, bem como o prazo de vigência e o compromisso dos apoiadores, devem constar do termo a ser apresentado ao juiz que, assistido por equipe multidisciplinar e ouvidos o Ministério Público, os apoiadores e a pessoa apoiada, decidirá sobre a instituição da medida (art. 1.783-A, §§1º e 3º do CCB).

¹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. 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 n.º 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.) *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, pp. 619-620.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Revista IBDFAM*, n. 10, jul./ago. 2015.

Ao se referir a esta medida de apoio, Renata de Lima Rodrigues¹⁶ observa que “Há uma imperiosa necessidade de conferir todas as salvaguardas apropriadas para a proteção dos direitos, da vontade e da preferência da pessoa com deficiência, de modo que ela possa gozar de uma vida com o máximo de autonomia”.

Nesse sentido, referido apoio apresenta-se muito mais flexível do que a curatela, pois busca viabilizar a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa que recebe o apoio, sem que esta seja afetada pelo estigma social da curatela, que, mesmo remodelada, ainda é entendida como medida mais invasiva à liberdade individual.

No entanto, a TDA é passível de inúmeros questionamentos e encontra dificuldades práticas. Se por um lado a exigência de apresentação de, no mínimo, dois apoiadores, tem por objetivo conferir maior proteção à pessoa apoiada, por outro, as circunstâncias fáticas podem inviabilizar a medida em razão de não se conseguir o número mínimo de apoiadores determinados pela norma. E em caso de conflito entre os apoiadores? O parágrafo 6º do artigo 1.783-A do CCB prevê divergência entre pessoa apoiada e um dos apoiadores, ficando silente quanto à falta de convergência entre os apoiadores.

Outro ponto a ser questionado decorre da redação do parágrafo 4º do artigo 1.783-A do CCB, que assegura a validade e os efeitos da decisão tomada por pessoa apoiada, nos limites do apoio acordado, porém nada diz sobre a imprescindibilidade da presença dos apoiadores no momento da celebração do negócio. E nem poderia, uma vez que a pessoa apoiada é capaz para todos os atos da vida civil. Assim, paira o questionamento a respeito da publicidade da TDA e de seus efeitos em relação à terceiros: se não há exigência legal de anotação no registro civil da TDA, como o terceiro terá ciência da medida de apoio existente? Se a participação dos apoiadores na decisão e no ato da celebração do negócio jurídico não for imprescindível, então qual é a utilidade da TDA? Vê-se que, tal como atualmente a medida está regulamentada, a pessoa apoiada pode optar, no exercício de sua capacidade jurídica, por exercer, sozinha, os atos da vida civil. Algumas dessas questões estão contempladas no projeto de revisão e atualização do CCB, em tramitação no Congresso Nacional.

Inobstante a falta de previsão legal em sentido estrito, a *autocuratela* integra o sistema de apoio em suas subespécies, quais sejam, diretivas antecipadas de vontade, testamento

¹⁶ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.) *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 688.

vital, mandato duradouro, escritura pública ou documento particular e mandato permanente.¹⁷ Todas essas figuras vêm sendo discutidas no âmbito doutrinário brasileiro, diferentemente da guarda de fato que, embora exista na prática, não é legalmente regulamentada e sua abordagem é incipiente na doutrina.

3. As medidas de apoio no Direito espanhol

A reforma do ordenamento civil espanhol, inspirada na CDPD, teve início com a *Lei* n.º 26/2011, denominada *Lei de “adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*, responsável por trazer as primeiras modificações no ordenamento jurídico interno. Sua continuidade se deu com o *Real Decreto Legislativo* n.º 1/2013, que aprovou o Texto Consolidado da “*Lei General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*”.¹⁸ Soma-se a estas, a *Lei* n.º 15/2015, alterada pela *Lei* n.º 4/2017, no que diz respeito ao direito das pessoas com deficiência a contrair matrimônio em igualdade de condições.¹⁹

A mais recente modificação foi introduzida pela *Lei* n.º 8/2021, composta por oito artigos, sendo que cada qual traz modificações a uma legislação específica. Importa, especialmente, para fins desse texto, as alterações do Código Civil Espanhol (CCE) constantes do artigo 2º, mais extensas e abrangentes, pois lançam as bases do novo sistema fundado no respeito à vontade e às preferências da pessoa com deficiência. A CDPD trouxe a necessidade de que os Estados-parte adotem medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica pelas pessoas com deficiência, ao contrário do modelo de substituição de vontade que, até então, predominou.

Ángel Sánchez Hernández,²⁰ ao discorrer sobre os aspectos gerais da reforma do CCE, no tocante às pessoas com deficiência intelectual, afirma que:

¹⁷ FERNANDES COELHO, Thais Câmara Maia. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

¹⁸ Como todo microssistema, referida Lei traz, em seu artigo 2º, definições importantes com o condão de nortear sua interpretação e aplicação, nos itens “a” a “o”, valendo citar a expressão do item “h”: *vida independente, definida como a situação em que a pessoa com deficiência exerce o poder de decisão sobre sua própria existência e participa ativamente na vida de sua comunidade, levando-se em consideração o direito ao livre desenvolvimento da personalidade* (ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Real Decreto Legislativo* n.º 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Lei General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Madrid, 03 dez. 2013 [2023]).

¹⁹ Vide preâmbulo da *Lei* n.º 8/2021.

²⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. *Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica*. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022, pp. 17-18.

Até a entrada em vigor da Lei 8/2021, de 2 de junho, predominava, como regra geral, a substituição na tomada de decisões que afetam as pessoas com deficiência intelectual. A partir de tal entrada em vigor, passa-se a um novo sistema de apoio que, ao estar baseado no respeito à vontade e na preferência da pessoa com deficiência, será ela a responsável por tomar suas próprias decisões (tradução nossa).²¹

Nesse sentido, uma das principais mudanças ocorridas foi a extinção da incapacidade jurídica das pessoas com deficiência que passaram a ser plenamente capazes, com o reconhecimento de que todas as pessoas são titulares do direito a tomar suas próprias decisões e que, para tanto, devem receber o apoio de que necessitem para exercê-las de maneira plena, em igualdade de condições com as demais.

Mas, como tomar as próprias decisões se, em determinados casos, não há qualquer discernimento? Esse é, também, um questionamento que se fez no que toca ao regime das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro. É certo que o objetivo da reforma legislativa visou a emancipação da pessoa com deficiência e suas vontades e preferências devem ser aferidas, inclusive, quando a pessoa já não mais tiver discernimento, por meio da revisão de sua biografia. Contudo, há situações em que tal construção não é possível e, outra solução não há, senão a de lançar mão ao princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência que, diante de sua abertura semântica, deverá ser interpretado a partir do caso concreto, que pode levar, inclusive, à limitação da autonomia do indivíduo.

Ao discorrer sobre a presunção da capacidade e a reforma do CCE, em virtude do projeto que deu origem à Lei n.º 8/2021, Sánchez Hernández²² expõe que:

A Lei 8/2021 favorece a autorregulação e abandona a declaração de incapacidade, o antigo processo de interdição e a consequente modificação de capacidade. O status civil de incapaz desaparecerá. Toda pessoa com deficiência maior de idade tem capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida – art. 12 Convenção 2006- (tradução nossa).²³

²¹ “Hasta la entrada en vigor de la Lei 8/2021, de 2 de junio, ha venido predominando, como regla general, la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona con discapacidad intelectual-. A partir de tal entrada en vigor, se pasará al nuevo sistema de apoyos, que al estar basado en el respeto a la voluntad y a la preferencia de la persona con discapacidad será ésta, como regla general, la encargada de tomar sus propias decisiones”.

²² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022, p. 43.

²³ “La Lei 8/2021 favorece la auto-regulación y abandona la declaración de incapacidad, el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. Desaparecerá el estado civil de incapacitado. Toda persona con discapacidad mayor de edad cuenta con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida -art. 12 Convención 2006-”.

Portanto, a partir da *Lei* n.º 8/2021, as pessoas com deficiência são compreendidas como sujeitos plenamente capazes, na dupla dimensão de titularidade e exercício de seus direitos. É com base nessa premissa que o diploma legal modificou o Título XI do Livro I do CCE, nominando-o como “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

Do artigo 249 e os seguintes do CCE, bem como do artigo 12 da CDPD, é possível extrair os elementos caracterizadores do novo regime legal de provisão de apoios: i) é aplicável às pessoas maiores de idade e aos menores emancipados que necessitem de medida de apoio para o adequado exercício de sua capacidade jurídica; ii) tem por finalidade permitir o livre desenvolvimento da personalidade em condições de igualdade, e garantir a dignidade da pessoa humana; iii) as medidas judiciais de apoio têm caráter subsidiário em relação às medidas voluntárias de apoio e só serão adotadas em caso de ausência ou insuficiência destas; iv) é desnecessário prévio pronunciamento sobre a capacidade da pessoa; v) a provisão judicial de apoios deve adequar-se aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, respeitando, na maior medida possível, a autonomia da pessoa com deficiência e sua capacidade jurídica; vi) em todos os casos, deve-se atentar, ao máximo, à vontade, aos desejos e às preferências da pessoa com deficiência.

Isso posto, encontram-se vigentes, no Capítulo II do Título XI e Livro Primeiro do CCE, intitulado “*De las medidas voluntarias de apoyo*”, os poderes e mandatos preventivos (arts. 256 ao art. 262, CCE), a autotutela (art. 271 ao art. 281, CCE) e, nos Capítulos III, IV e V, a guarda de fato (art. 263 a 267, CCE) - que alcançou especial relevância -, a tutela (art. 268 a 270 e art. 275 a 294 do CCE) e o defensor judicial (arts. 295 a 298, CCE), respectivamente.

3.1. Das medidas de apoio voluntárias

As medidas de apoio voluntárias são estabelecidas pela própria pessoa com deficiência, que determina a modalidade do apoio e seus limites. Importante frisar que toda medida voluntária de apoio deve vir acompanhada das salvaguardas necessárias à garantia do respeito da vontade, desejos e preferências da pessoa.

Os *poderes e mandatos preventivos*, previstos nos artigos 256 a 262 do CCE, consistem na outorga de poderes, pela própria pessoa, por meio de escritura pública àquele(a)(s) que se encarregará(ão) de fornecer-lhe apoio em caso de necessidade. Sendo elaborado instrumento de outorga de poderes ou mandatos preventivos, o tabelião deve fazer a

comunicação imediata e de ofício ao Cartório de Registro Civil, para que a anotação conste no registro do mandante.

Cristina de Amunátegui Rodríguez²⁴ conceitua-os da seguinte maneira:

(...) os mandatos preventivos constituem uma forma de autoproteção baseada no conceito de procuração, como instituição voluntária, tanto na sua própria consideração como nos seus efeitos, e que permite a sua configuração no modo e maneira determinada pelo mandante, refletindo os princípios da subsidiariedade e da autonomia e com um vasto campo de aplicação prática.²⁵ (tradução nossa)

Via de regra, o mandato e os poderes preventivos se extinguem com a superveniência da falta de discernimento por parte do outorgante. Entretanto, poderá este incluir cláusula que assegure a continuidade desses poderes no caso de futura incapacidade de quem os outorgou (art. 256, CCE). O mandante pode, também, conceder tais poderes especificamente para situações em que, futuramente, precise de apoio no exercício de sua capacidade (art. 257, CCE). Em ambos os casos, o mandatário estará sujeito às regras da curatela em tudo que não estiver expressamente previsto na procuração, a menos que o mandante tenha estipulado o contrário (art. 259, CCE).

Para garantir o cumprimento dessas disposições, poderá ser elaborada uma ata notarial, a qual, além de contar com a fé pública do tabelião, inclua laudo pericial correspondente (art. 257, CCE). Os poderes outorgados subsistirão e permanecerão válidos, mesmo que sejam instituídas outras medidas de apoio em favor do mandante, sejam elas voluntárias ou judiciais (art. 258, CCE).

No caso desses poderes terem sido outorgados ao cônjuge ou ao companheiro do mandante, a interrupção da convivência resultará na extinção automática desses poderes, salvo se houver manifestação contrária do outorgante ou se a interrupção foi motivada em decorrência de internação (art. 258, CCE).

O mandante poderá estabelecer, além dos poderes concedidos, as medidas ou órgãos de controle que considerar adequados, assim como definir condições e instruções para o

²⁴ AMUNÀTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019, p. 78.

²⁵ “(...) los mandatos preventivos constituyen una forma de autoprotección basada en el concepto del apoderamiento, como una institución voluntaria, tanto en su propia consideración como en sus efectos, y que permite su configuración en el modo y manera en que lo disponga el mandante, reflejo de los principios de subsidiariedad y autonomía y con un extenso campo de aplicación práctica”.

exercício desses poderes. Também poderá implementar salvaguardas para prevenir abusos, conflitos de interesse ou influências indevidas, bem como os mecanismos e prazos para a revisão das medidas de apoio, visando assegurar o respeito à sua vontade, desejos e preferências. Além disso, poderá determinar formas específicas para a extinção dos poderes (art. 258, CCE).

Qualquer pessoa com legitimidade para iniciar o procedimento de provisão de apoio, assim como o curador, se houver, poderá solicitar judicialmente a extinção dos poderes preventivos, caso o mandatário cometa alguma das infrações que justifiquem a remoção do curador (previstas no art. 278, CCE), exceto se houver disposição contrária no mandato (art. 258, CCE).

O exercício dos poderes representativos, em regra, deve ser feito pessoalmente pelo mandatário. Entretanto, é permitido a este delegar a realização de atos específicos a terceiros, desde que não sejam relacionados à proteção da pessoa (art. 261, CCE).

Outra medida de apoio voluntária prevista nos artigos 271 a 274 do CCE é a *autocuratela* (antes da reforma introduzida pela *Lei n.º 8/2021*, denominada *autotutela*).

Cristina de Amunátegui Rodríguez,²⁶ ao traçar considerações sobre o Anteprojeto que deu origem à reforma do CCE, especificamente em relação à autocuratela, afirmou que a nova regulamentação representa um avanço significativo em comparação com a redação anterior, porém, entende haver certa desconexão ou falta de reflexão entre o que se diz na parte específica que contém o texto de autocuratela e o que está contido no tocante ao desenvolvimento da curatela em geral.²⁷

Talvez, a desconexão mencionada pela autora resida no fato de que a autocuratela, medida de apoio voluntária, tenha sido inserida no capítulo da curatela, medida de apoio judicial. No entanto, pelo conteúdo dos artigos 271 a 274 do CCE, o que se depreende é que o objeto da autocuratela restringe-se à indicação ou exclusão de quem poderá exercer a função de curador e do conteúdo desse *múnus*, tudo isso sem desvincular-se do instituto da curatela.

²⁶ Cit, p. 74.

²⁷ “*La propuesta regulación representa un avance considerable respecto del vigente Código, pero preocupa una cierta desconexión o falta de reflexión entre lo que se dice en la parte específica contenida en el texto de auto curatela y lo que se contiene en el resto de la reglamentación del desarrollo de la curatela en general, no siendo el único caso en el que parece existir una aparente descoordinación*” (Cit, p. 74.)

A teor do disposto no artigo 271 do CCE, qualquer pessoa maior de idade ou menor emancipado, antecipando-se a situações que possam dificultar o exercício de sua capacidade jurídica em igualdade de condições com os demais, poderá, por meio de escritura pública, indicar ou excluir uma ou mais pessoas específicas para exercer a função de curador. Também poderá estabelecer diretrizes sobre o funcionamento e o conteúdo da curatela, incluindo aspectos relacionados ao cuidado de sua pessoa, regras de administração e disposição de seu patrimônio, remuneração do curador, obrigatoriedade de inventário ou sua dispensa, além de medidas de vigilância e controle, assim como sugerir as pessoas responsáveis por essas atividades. A proposta de nomeação e outras disposições voluntárias mencionadas no artigo 271 do CCE, deverão ser observadas pela autoridade judicial ao estabelecer a curatela.

Entretanto, o juiz pode, de ofício ou a pedido de pessoas que têm a obrigação legal de exercer a curatela ou do Ministério Público, afastar total ou parcialmente as disposições voluntárias, desde que em decisão fundamentada, caso existam circunstâncias graves desconhecidas pela pessoa que as estabeleceu, ou se ocorrerem mudanças nas causas que ela expressou ou que, presumivelmente, foram consideradas em suas disposições (art. 272, CCE).

Em capítulo intitulado “*Autocuratela y personas con discapacidad*”, Silvia Díaz Alabart²⁸ enaltece a importância de referida medida:

A introdução da autocuratela na nossa legislação procura uma grande mudança de mentalidade ao considerar o que é mais conveniente para uma pessoa que necessita de apoio, dando prioridade às suas disposições. Procura modificar a ideia de que o melhor há de ser o que proponham os seus familiares ou o que considere o Juiz, em cada caso. Agora são priorizadas as disposições do próprio interessado, embora estas não coincidam com os habituais critérios sociais ou politicamente corretos que, na ausência de autodeclaração, o Juiz provavelmente aplicaria. Apesar da jurisprudência do Tribunal Supremo sobre este ponto, a verdade é que ainda existem casos em que, sem justificação suficiente, a vontade do interessado continua a ser ignorada.²⁹ (tradução nossa)

²⁸ DÍAZ ALABART, Silvia. Autocuratela y personas con discapacidad. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 401.

²⁹ “*La introducción de la autocuratela en nuestra legislación busca un gran cambio de mentalidad en la consideración de que es lo más conveniente para una persona necesitada de apoyo, dando prioridad a sus disposiciones. Se busca modificar la idea de que lo mejor ha de ser lo que en cada caso lo que propongan sus familiares o considere el Juez. Ahora se priorizan las disposiciones del propio interesado, aunque estas no coincidan con los criterios sociales al uso, o políticamente correctos que, a falta de autodelación, probablemente aplicaría el Juez. Pese a la jurisprudencia del TS en este punto, lo cierto es que aún siguen llegándole casos en que, sin justificación suficiente, se sigue desoyendo la voluntad del interesado*”.

Se a autocuratela determinar a nomeação de substitutos para o curador, mas não especificar a ordem de substituição, o nome que constar no último documento apresentado será preferido em relação aos demais. Caso vários nomes sejam apresentados no mesmo documento, a preferência será dada ao primeiro substituto mencionado (art. 273, CCE). A escritura pública de autocuratela pode também ser utilizada para delegar a escolha do curador ao cônjuge ou a outra pessoa nela indicada, que deverá ser escolhida dentre os nomes listados no referido documento (art. 274, CCE).

3.2. Das medidas de apoio judiciais

São duas as medidas de apoio judiciais previstas no CCE, quais sejam: a *curatela* (art. 268 a 270 e art. 275 a 294 do CCE) e o *defensor judicial* (arts. 295 a 298).

A *curatela* é a medida de apoio que recebeu maior número de disposições na redação atualizada do CCE. Excetuando-se os 4 artigos atinentes à autocuratela (arts. 271 a 274, CCE), o capítulo que é destinado a esta complexa medida de apoio dedica 23 artigos à regulamentação das disposições gerais, da nomeação do curador, do exercício da curatela e de sua extinção. Dada a proposta do presente trabalho não se restringir ao estudo de tal medida, apenas os aspectos gerais da mesma serão tratados.

A curatela é medida judicial de apoio, cabível quando outras medidas sejam insuficientes à proteção da pessoa com deficiência (art. 269, CCE), cuja análise é aferida no caso concreto. A natureza da medida pode ser assistencial ou representativa, sendo esta última cabível apenas em casos excepcionais em que resulte imprescindível pelas circunstâncias da pessoa com deficiência (art. 269, CCE).

Pessoas maiores de idade aptas para o adequado desempenho da função, segundo juízo da autoridade judicial, podem ser nomeadas curadoras, assim como as fundações e demais pessoas jurídicas sem fins lucrativos, sejam elas públicas ou privadas, desde que, dentre seus fins, esteja a promoção da autonomia e da assistência às pessoas com deficiência (art. 275, CCE). O CCE abre a possibilidade para a nomeação de mais de um curador, justificada pela necessidade da pessoa, cujos cargos podem ser divididos entre questões existenciais (*curador de la persona*) e questões patrimoniais (*curador de los bienes*). O modo de funcionamento da curatela será estabelecido pela autoridade judicial, respeitando sempre a vontade da pessoa que precisa do apoio (art. 277, CCE).

A curatela se extingue pela morte da pessoa apoiada; quando, por decisão judicial, se reconheça a desnecessidade da medida; ou quando puder ser adotada outra forma de apoio mais adequada à pessoa com deficiência (art. 291, CCE).

A outra medida de apoio judicial prevista no CCE é a nomeação de *defensor judicial*,³⁰ que consiste na nomeação, pelo juiz, de pessoa que atue em favor do apoiado(a) nas seguintes situações: i) quando, por qualquer motivo, o responsável pelo apoio não puder desempenhar essa função, até que a causa que impede seja resolvida ou uma nova pessoa seja designada; ii) quando houver um conflito de interesses entre a pessoa com deficiência e o indivíduo que deve prestar apoio; iii) quando, durante a análise da justificativa apresentada pelo curador, a autoridade judiciária considerar necessária a intervenção de um defensor; iv) quando forem propostas medidas judiciais de apoio à pessoa com deficiência e o juiz entender que é preciso assegurar a administração dos bens até que uma decisão final seja tomada; e, v) quando a pessoa com deficiência necessitar de medidas de apoio de caráter pontual, mesmo que essas sejam recorrentes.

Após ouvir a pessoa com deficiência, o juiz designará o defensor judicial mais apropriado para garantir o respeito, a compreensão e a interpretação da vontade, dos desejos e das preferências dessa pessoa (art. 295, CCE).

Não será feita a nomeação de um defensor judicial nos casos em que o apoio tenha sido confiado a mais de uma pessoa, exceto se nenhuma delas puder agir ou se a autoridade judicial julgar razoável a necessidade da nomeação (art. 296, CCE).

As razões para a impossibilidade, a escusa e o afastamento do curador também se aplicarão ao defensor judicial, que terá a obrigação de conhecer e respeitar a vontade, os desejos e as preferências da pessoa que recebe apoio (art. 297, CCE).

3.3. A guarda de fato: natureza dúplice?

Antes de aprofundar no conceito e no conteúdo da guarda de fato, entende-se pertinente justificar a razão pela qual a referida medida de apoio será tratada em subtópico apartado das demais: sua controversa classificação.

³⁰ As funções do defensor judicial, ao que parece, corresponde, no Direito brasileiro, às funções do curador especial, com previsão no art. 72 do Código de Processo Civil, que assim disciplina: “Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei” (BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 17.03.2015).

A redação do CCE define o que são as medidas de apoio de natureza voluntária, ao disciplinar, em seu artigo 250.3 que: “as medidas de apoio de natureza voluntária são aquelas estabelecidas pela pessoa com deficiência, nas quais designam quem deve prestar apoio e em que medida (...)”³¹ (tradução nossa).

O artigo 250.1, exclui expressamente a guarda de fato do rol das medidas de apoio de natureza voluntária. Veja-se: “As medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica das pessoas que dela necessitem são, *além das de carácter voluntário*, a guarda de fato, a curatela e o defensor judicial”.³² (tradução e grifo nossos).

Pelas disposições legais acima mencionadas, a guarda de fato está excluída do rol de medidas voluntárias, porquanto se constitui por situações da vida muito específicas, podendo-se citar a idade avançada aliada à deficiência ou à demência, cujo comprometimento acontece de forma gradativa, fazendo surgir a necessidade do apoio por parte de outrem. No entanto, sob o ponto de vista fático, nada obsta a possibilidade de que a pessoa, maior de idade, percebendo-se vulnerável pelas circunstâncias acima mencionadas, eleja, informalmente, alguém para auxiliá-la no cuidado de si. Nesse sentido, é viável defender que a guarda de fato pode assumir o carácter de medida voluntária.

Também é possível problematizar a característica não judicial da guarda de fato. Controvérsia não há de que a curatela e o defensor judicial são medidas judiciais de apoio, pela dicção dos artigos que lhes dizem respeito, quais sejam, o artigo 269 do CCE que determina que a autoridade judicial constituirá a curatela; e o artigo 295 do CCE que elenca as hipóteses nas quais o juiz nomeará o defensor judicial às pessoas com deficiência.

O CCE, quanto à guarda de fato, é silente a esse respeito e, diante das circunstâncias pelas quais é constituída, em princípio cabe dizer que se trata de uma medida não judicial. No entanto, em havendo revisão de medidas – salientando-se aqui sua necessidade a partir da vigência da Lei n.º 8/2021 – ou pedidos veiculados pelo guardador de fato para exercer representação na forma como dispõe o CCE, não seria o caso de pensar na guarda de fato assumindo natureza judicial no decorrer da sua existência?

³¹ “Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance (...)”

³² “Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

Para confirmar a divergência suscitada, vale-se dos ensinamentos de Judith Solé Resina³³ que defende a guarda de fato como: “Uma medida de apoio *diferente das medidas voluntárias e judiciais*, e que se caracteriza por ser <informal>, comparativamente às medidas de curatela e à nomeação de defensor judicial, que são medidas formais de apoio”.³⁴ (tradução e grifos nossos).

Em sentido distinto, Dolores Palacios González,³⁵ afirma que: “A guarda de fato passa, agora, a ser uma instituição que, ainda que se qualifique como informal, *tem a mesma natureza que a curatela e o defensor judicial* (art. 250 CC)”³⁶ (tradução nossa).

Essa reflexão leva à possibilidade de se pensar a guarda de fato como uma medida de apoio de natureza dúplice: em princípio, involuntária, mas levando-se em consideração a possibilidade de a pessoa eleger um(a) guardador(a) de fato; e, em princípio, não judicial, podendo assumir contornos de natureza judicial no decorrer de seu exercício.

Ultrapassada a discussão, cabe agora discorrer sobre sua regulamentação pelo CCE. O artigo 250 do CCE conceitua a *guarda de fato* como sendo “uma medida informal de apoio que pode existir quando não haja medidas voluntárias ou judiciais que estejam sendo aplicadas de maneira eficaz”.³⁷ Tal medida, que já era reconhecida pelo CCE, com a reforma introduzida pela Lei n.º 8/2021, assume maior relevância uma vez que o caráter de transitoriedade que a definia deixa de existir, passando a ser de aplicação prioritária em relação às demais medidas de apoio judiciais.³⁸ A presença de outras medidas de apoio, voluntárias ou judiciais, não impedem a continuidade da guarda de

³³ SOLÉ RESINA, Judith. Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 384.

³⁴ “Una medida de apoyo distinta de las medidas voluntarias y de las judiciales, y que se caracteriza porque es <informal>, frente a las medidas de la curatela y el nombramiento del defensor judicial que son medidas formales de apoyo”.

³⁵ PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores. Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 421.

³⁶ “La guarda de hecho pasa ahora a ser una institución que, aunque se califique de informal tiene la misma entidad que la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC)”.

³⁷ Tradução livre de: “una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente” (ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*, por el que se publica el Código Civil. Madrid, 25 jul. 1889).

³⁸ Como se pode constatar, pela abordagem do item “2” do presente estudo, a guarda de fato não encontra guarida no CCB. Contudo, a melhor doutrina aborda o assunto: “Pode-se dizer que a guarda de fato é uma instituição tão antiga como o ser humano, pois sempre existiram pessoas que espontaneamente cuidam de indivíduos desvalidos, sem obrigação para tanto. Talvez seja a figura mais utilizada na prática por serem os familiares ou amigos íntimos de pessoas com deficiência não submetidas a procedimento de modificação de capacidade de agir que normalmente assumirão o cuidado delas” (ROSENVALD, Nelson. A guarda de fato de idosos. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 123).

fato de quem a venha exercendo, desde que tais medidas não estejam sendo implementadas de forma efetiva (art. 263, CCE).

Em regra, o guardador de fato atua de maneira assistencial. Quando, em situações excepcionais, for necessária sua ação representativa, ele deverá solicitar autorização por meio de processo de jurisdição voluntária, no qual a pessoa com deficiência será ouvida. A autorização judicial para atuar como representante poderá ser concedida após a avaliação da sua necessidade, respeitando os requisitos apropriados às circunstâncias do caso. Essa autorização pode abranger um ou mais atos essenciais para o exercício da função de apoio e deve ser realizada em conformidade com a vontade, os desejos e as preferências da pessoa com deficiência (art. 264, CCE).

O artigo 287 do CCE enumera situações em que o curador deve pedir autorização judicial para a prática de atos em benefício da pessoa curatelada. Essa mesma regra é dirigida ao guardador de fato, conforme artigo 264 do CCE, entendendo-se, no entanto, não serem taxativas as seguintes situações:

1. Praticar atos de importância pessoal ou familiar quando a própria pessoa afetada não o possa realizar, tudo sujeito às disposições legais em matéria de internação, consentimento informado no domínio da saúde ou em outras leis especiais.
2. Alienar ou onerar bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais, bens ou direitos de especial significado pessoal ou familiar, bens móveis de valor extraordinário, objetos preciosos e títulos pessoais não cotados em mercados oficiais da pessoa com medidas de apoio, ceder bens imóveis em arrendamento por prazo inicial superior a seis anos, ou celebrar contratos ou praticar atos que tenham natureza dispositiva e sejam suscetíveis de registro. Excetua-se a alienação de direitos de subscrição prioritária de ações. A alienação dos bens mencionados neste parágrafo será realizada por meio de venda direta, salvo se o Tribunal considerar que a alienação em leilão judicial seja necessária para melhor e plena garantia dos direitos e interesses de seu titular.
3. Dispor gratuitamente de bens ou direitos da pessoa com medidas de apoio, salvo aqueles que tenham pouca relevância econômica e não tenham especial significado pessoal ou familiar.
4. Renunciar a direitos, bem como transigir ou submeter a arbitragem questões relacionadas com os interesses da pessoa cuja curatela detém, salvo se forem de pouca relevância econômica. Não será necessária autorização judicial para arbitragem de consumo.
5. Aceitar sem benefício de inventário qualquer herança ou repudiar esta ou as liberalidades.
6. Fazer despesas extraordinárias com o patrimônio da pessoa apoiada.
7. Propor demanda em nome da pessoa apoiada, exceto em questões urgentes ou de pequena importância. Não será necessária autorização judicial quando a pessoa

com deficiência solicite a revisão da sentença judicial em que o apoio foi previamente determinado. 8. Dar e pedir dinheiro emprestado e fornecer garantias ou fianças. 9. Celebrar contratos de seguros de vida, renda vitalícia e outros similares, quando estes exijam investimentos ou contribuições de montantes extraordinários.³⁹ (tradução nossa)

A autorização judicial é dispensada quando o guardador pleitear benefícios econômicos em favor da pessoa com deficiência, que não suponham uma mudança significativa na sua forma de vida. A autoridade judicial poderá concordar com a designação de um defensor judicial⁴⁰ para tratar de questões que, pela sua natureza, demandem tal intervenção (art. 264, CCE).

Conforme o artigo 265, por meio de procedimento de jurisdição voluntária, o juiz poderá, a qualquer momento e de ofício, ou a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado, exigir que o guardador informe sobre sua atuação, prestando contas, e estabelecendo as garantias que julgar necessárias.

O guardador de fato tem o direito de ser reembolsado por despesas comprovadas e de receber indenização por danos relacionados à guarda, que deve ser custeada pelo patrimônio da pessoa a quem fornece suporte (art. 266, CCE).

São hipóteses de extinção da guarda de fato: i) Quando a pessoa assistida solicita uma nova forma de organização do apoio; ii) quando as razões que justificaram a guarda deixam de existir; iii) quando o guardador desiste de sua função, devendo, nesse caso, notificar a autoridade pública responsável pela promoção da autonomia e da assistência

³⁹ “1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras Leies especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”.

⁴⁰ Última medida de apoio a ser abordada, ainda nesse tópico.

às pessoas com deficiência em sua área; e, iv) quando, a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado em apoiar a pessoa assistida, a autoridade judicial a considerar conveniente (art. 267, CCE).

O caráter permanente da guarda de fato coaduna com princípios que, de forma explícita ou implícita, integram a CDPD. Quanto ao sistema de guarda e proteção, Cristina de Amunátegui Rodríguez⁴¹ destaca os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade, da autonomia da vontade e do respeito à tomada de decisões do sujeito protegido.

Para a autora, em apertada síntese, a subsidiariedade significa que a adoção da medida de proteção deve ser utilizada apenas quando os interesses da pessoa com deficiência não puderem ser resguardados por outros meios, evitando-se a judicialização.

O princípio da proporcionalidade implica que as medidas de proteção devem ter caráter flexível, de modo a se adaptarem à situação da pessoa. Deve-se, portanto, empregar medida de proteção que observe o estritamente necessário, a fim de evitar restrições injustificadas à liberdade, preservando a dignidade da pessoa com deficiência.

Pelo princípio da autonomia da vontade, defende-se o respeito à vontade prospectiva da pessoa que, prevendo a futura perda de sua capacidade, programa a maneira como quer ser protegida.

De todo modo, qualquer que seja a medida de proteção estabelecida, a opinião, os desejos e as preferências da pessoa apoiada devem consideradas para todas as decisões que lhe digam respeito (princípio do respeito à tomada de decisões do sujeito protegido).

4. Notas conclusivas: pontos convergentes e divergentes entre os sistemas de apoio

O tema de análise é por demais extenso para ser esgotado em apenas um artigo.

O regime das capacidades e as medidas de apoio à pessoa com deficiência, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, foram afetados de maneira significativa a partir da CDPD. No Brasil, o EPD, instrumento ratificador da CDPD, modificou

⁴¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019, pp. 27-29.

disposições do CCB relativas ao tema; na Espanha, as mudanças do CCE advieram, principalmente, pela Lei n.º 8/2021.

O objetivo principal desse texto foi obter um panorama geral acerca das medidas de apoio, numa comparação entre Brasil e Espanha, delineando seus pontos convergentes e as particularidades de cada qual, sintetizadas abaixo:

1. Ambos os ordenamentos jurídicos recepcionaram a CDPD e, a partir dela, promoveram alterações significativas em sua regulamentação sobre as incapacidades e em seu sistema de apoio à pessoa com deficiência, reconhecendo-lhe autonomia;
2. Os modelos atuais de apoio, do Brasil e da Espanha, rompem com a clássica teoria das incapacidades, erigida sob a égide do individualismo e do patrimonialismo, para buscar a flexibilidade tão necessária à visualização dos contextos individuais da pessoa. Tal assertiva, contudo, não isenta as medidas de apoio inseridas nos respectivos Códigos Cívicos, de questionamentos e críticas;
3. As codificações civilistas de ambos os países propõem medidas de apoio voluntárias e involuntárias, sendo aquelas preferíveis a estas, que, por sua vez, assumem caráter subsidiário e excepcional, sendo adotadas em caso de ausência ou insuficiência das primeiras;
4. Ambos os sistemas de apoio preveem a curatela como medida de apoio judicial e involuntária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, tanto em se tratando de representação quanto de assistência. Há expressa previsão para a possibilidade de nomeação de mais de um curador e o juiz tem, por obrigação, fixar os limites da curatela;
5. Os poderes e mandatos preventivos (medida voluntária e extrajudicial de apoio), previstos no CCE, guardadas as devidas proporções, encontram correspondência na doutrina brasileira como modalidade de autocuratela (sob discussão), nas figuras da escritura pública ou documento particular e mandato permanente;
6. As funções do defensor judicial (medida involuntária e judicial de apoio) previstas no CCE, ao que parece, correspondem, no Direito brasileiro, às funções do curador especial, com previsão no artigo 72 do Código de Processo Civil (CPC);
7. O Direito brasileiro manteve, em seu atual CCB, as categorias de incapacidade absoluta e relativa promovendo, no entanto, alterações nas suas hipóteses. Foram excluídas todas aquelas que diziam respeito a condições de deficiência, já que esta não mais afeta a plena capacidade civil; Lado outro, não há previsão, no CCE, de causas de incapacidade;

8. Pelo EPD, a curatela se limita aos atos de natureza patrimonial e negocial, excluindo a participação do curador no auxílio em questões existenciais. O CCE abre a possibilidade de, em havendo a nomeação de mais de um curador, suas funções podem ser divididas em questões patrimoniais (*curador de los bienes*) e existenciais (*curador de la persona*), fazendo supor que a curatela pode ser entendida para ambas as situações;
9. No Direito espanhol, podem ser curadoras tanto pessoas físicas, maiores de dezoito anos, quanto pessoas jurídicas sem fins lucrativos, que tenham, dentre suas finalidades, a promoção da autonomia e assistência da pessoa com deficiência. No Brasil, não há previsão de que pessoas jurídicas possam ser nomeadas curadoras;
10. A guarda de fato (defendida nesse artigo como medida de apoio de natureza dúplice) não tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Na Espanha, embora tal medida já fosse reconhecida pelo CCE, com a reforma introduzida pela Lei n.º 8/2021, assume maior relevância uma vez que o caráter de transitoriedade que a definia deixa de existir, passando a ser de aplicação prioritária em relação às medidas de apoio judiciais;
11. A tomada de decisão apoiada (TDA) (medida de apoio voluntária e extrajudicial) não tem previsão no ordenamento jurídico espanhol. No Brasil tal medida foi introduzida no CCB, pelo EPD (Lei n.º 13.146/2015);
12. No Brasil, a autocuratela corresponde às seguintes medidas: diretivas antecipadas de vontade, testamento vital, mandato duradouro, escritura pública ou documento particular e mandato permanente. Na Espanha, a autocuratela restringe-se à indicação ou exclusão de quem poderá exercer a função de curador e do conteúdo desse *múnus*, tudo isso sem desvincular-se do instituto da curatela. A escritura pública de autocuratela pode também ser utilizada para delegar a escolha do curador ao cônjuge ou a outra pessoa nela indicada, que deverá ser escolhido dentre os nomes listados no referido documento;
13. A autocuratela não está prevista no CCB. Na Espanha, o CCE prevê e regulamenta expressamente os seus contornos;
14. O CCE determina que as medidas de apoio judiciais sejam revistas a cada três anos, podendo tal prazo ser estendido para até seis anos. O CCB nada dispõe sobre a necessidade de revisão de medidas de apoio.

Referências

AMUNÀTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2019.

DÍAZ ALABART, Silvia. Autocuratela y personas con discapacidad. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 397-415.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. *Real Decreto Legislativo n.º 1/2013, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Lei General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Madrid, 03.12.2013 [2023].

ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. *Real Decreto de 24 de julio de 1889*, por el que se publica el Código Civil. Madrid, 25.07.1889 [2023].

FERNANDES COELHO, Thais Câmara Maia. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Ensaio sobre a velhice*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. 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 n.º 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.) *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.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 4. Campinas: Bookseller, 2001.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores. Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 417-430.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.). *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. Indaiatuba: Foco, 2024, pp. 704-729.

RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coords.) *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. Indaiatuba: Foco, 2024.

ROSENVALD, Nelson. A guarda de fato de idosos. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa: melhor interesse, autonomia e vulnerabilidade e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2020, pp. 119-133.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Revista IBDFAM*, n. 10, jul./ago. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no Direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. *Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica*. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 33, jan. 2022, pp. 14-51.

SOLÉ RESINA, Judith. Apoyos no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica. In: BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira; GARCÍA MAYO, Manuel (Dir.). GIL MEMBRADO, Cristina; PRETEL SERRANO, Juan José. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021, p. 383-396.

SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Como citar:

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ALMEIDA, Ana Flávia Pereira de. Medidas de apoio à pessoa com deficiência no Brasil e na Espanha. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

6.11.2024

Aprovado em:

31.5.2025