

A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão

Simone Tassinari Cardoso FLEISCHMANN*

Andressa Tonetto FONTANA**

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) alterou de forma inédita o regime das incapacidades, de modo que vigora atualmente a capacidade civil plena das pessoas com deficiência. Propõe-se a pesquisa a analisar as alterações promovidas pelo Estatuto no modelo de capacidade civil do ordenamento brasileiro, avaliando-se o fomento à promoção da autonomia diante da ausência de discernimento do sujeito. Busca-se, ainda, suscitar a respeito dos atuais modelos de proteção jurídica das pessoas com deficiência: a curatela e a tomada de decisão apoiada, além de avaliar-se criticamente algumas opções feitas pelo legislador quando da publicação da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade civil; regime das incapacidades; Estatuto da Pessoa com Deficiência; curatela; tomada de decisão apoiada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. As alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das incapacidades; – 2.1. Da absoluta incapacidade à capacidade plena da pessoa com deficiência; – 2.2. A maior autonomia possível e ausência de discernimento; – 3. Os modelos jurídicos de proteção das pessoas com deficiência. 3.1 A curatela e a tomada de decisão apoiada; – 3.2. Algumas discrepâncias legais; – 4. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *The Civil Capacity and the Protection Model of People with Mental and Cognitive Disabilities: Current Stage of Discussion*

ABSTRACT: *The statute of the disabled person (law 13.146/15) has altered the regime of disabilities in an unprecedented way, so that it currently has the full civilian capacity of people with disabilities. The research is proposed to analyze the changes promoted by the statute in the civil capacity model of Brazilian planning, evaluating the promotion of autonomy in view of the lack of discernment of the subject. It also seeks to raise the current models of legal protection for people with disabilities: the curatella and decision-making supported, in addition to critically evaluating some options made by the legislator when publishing the law.*

KEYWORDS: *Civilian capacity; disability regime; statute of the disabled person; curatella; decision-making supported.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The amendments promoted by the Statute of the Disabled Person in the disability regime; – 2.1. The absolute inability of the full capacity of the person with disabilities; – 2.2. The greatest possible autonomy and absence of discernment; – 3. Legal models for the protection of persons with disabilities; – 3.1. The curatella and decision-making supported; – 3.2. Some legal discrepancies; – 4. Final considerations; – References.*

* Doutora e mestre em Direito. Professora de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Advogada. Mediadora.

** Mestranda em Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogada. Coordenadora da Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

1. Introdução

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), elaborado em consonância com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não apenas revisita o modelo abstrato das incapacidades, mas apresenta um novo paradigma no que concerne a conceitos clássicos da capacidade civil. Fundamenta-se no reconhecimento de que toda pessoa deve ter sua dignidade amplamente assegurada, dispondo de acordo com suas possibilidades de ampla autonomia e recebendo proteção estatal na medida de suas necessidades, de forma concreta e individualizada.

O regime de incapacidades do direito civil brasileiro, historicamente, considerou os critérios etário e do discernimento para a classificação das pessoas como capazes ou incapazes, seja de forma relativa quanto absoluta. E a deficiência mental foi elencada tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual Código de 2002 como fator redutor da capacidade civil. Ocorre que, em 2015, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve uma significativa alteração neste tradicional regime, de modo que a incapacidade absoluta restou restrita a um critério exclusivamente etário. Além disso, retirou-se do Código qualquer menção à deficiência vinculada à restrição de capacidade, sendo possível declarar apenas a incapacidade relativa das pessoas que não puderem exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente. Segundo a nova Lei, toda pessoa com deficiência é plenamente capaz.

A par das alterações promovidas no regime de capacidade civil, modificou-se também o modelo protetivo existente para aqueles que não conseguem exprimir amplamente sua vontade, que não possuem total discernimento para responsabilizar-se por seus atos. O instituto da interdição apresentava-se como o modelo adequado para regulamentar a curatela, no qual o curador representava o absolutamente incapaz em todos os seus atos da vida civil e cujo sistema mostrava-se extremamente intervencionista. Atualmente, para a legislação vigente, a representação integral passou a inexistir, devendo a curatela limitar-se a questões exclusivamente patrimoniais e negociais, não abarcando atos pessoais ou existenciais da pessoa curatelada. Ademais, inseriu-se no ordenamento brasileiro um novo regime protetivo que é o da tomada de decisão apoiada, voltado para as pessoas com deficiência plenamente capazes e que, apesar de seu escopo direcionado à autonomia e inclusão social, tem sido amplamente criticado pela doutrina pátria.

Assim que, objetiva-se com o presente estudo analisar inicialmente as alterações promovidas pela Lei 13.146/15 no regime das incapacidades, tratando do quadro evolutiva da capacidade civil da pessoa com deficiência, desde a histórica absoluta incapacidade ao panorama atual de capacidade civil plena. Aborda-se no primeiro capítulo o respeito à autonomia *versus* os casos de ausência de discernimento. No segundo capítulo trata-se dos modelos jurídicos de proteção de direitos das pessoas com deficiência, quais sejam a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como faz-se uma análise crítica de algumas discrepâncias legais evidenciadas nas alterações trazidas pelo Estatuto ao direito civil brasileiro.

Tem-se como problemática do presente estudo a seguinte pergunta: é coerente considerar capaz pessoa com deficiência mental, quando de fato inexistente discernimento?

2. As alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das incapacidades

O conceito de deficiência ao longo da história modificou-se¹ consideravelmente, bem como a forma que a sociedade se relaciona com pessoas que apresentam algum tipo de deficiência. O tema da inclusão social é muito recente, porém já se observa, mundialmente, uma efetiva mudança de comportamento quanto à aceitação das diferenças, havendo progressivamente uma maior participação de pessoas com deficiência em todos os meios sociais.² A par disso, emergiu a necessidade de o sistema jurídico adaptar-se aos novos padrões comportamentais.

Em 2007, com a realização da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³, na cidade de Nova Iorque, firmou-se a adoção de um modelo social da

¹ “Na Antiguidade, vigia o modelo moral de deficiência, por meio do qual se buscava uma justificativa religiosa para a deficiência, que transformava a pessoa em alguém improdutivo, alguém a ser tolerada pela família e pela sociedade. Essa ideologia foi sucedida pelo modelo médico de incapacidade, que considerava somente a patologia física e o sintoma associado que dava origem a uma incapacidade. Esse modelo foi adotado pelo Código de 1916 e reproduzido no Código Civil de 2002, que estabeleceu disciplina abstrata das incapacidades baseada no sistema tudo-ou-nada” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais? *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019).

² No Brasil, o último Censo, realizado em 2010, revelou que 23.9% da população tinha algum tipo de deficiência, abrangendo na pesquisa deficiência visual, auditiva, motora e mental/intelectual. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico de 2010*. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. 2010. Disponível em: “http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminims/default_minim os.shtml”. Acesso em 14 fev. 2016).

³ Em 2009, por meio do Decreto 6.949, a Convenção da ONU foi incorporada ao ordenamento brasileiro com *status* de emenda constitucional, seguindo procedimento previsto no §3º do artigo 5º da CF/88.

deficiência, afastando-se o caráter médico e assistencialista até então vigente. No Brasil, os impactos da Convenção se deram, efetivamente, a partir de 2015, com a publicação da Lei 13.146, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dentre significativas disposições legais garantidoras de direitos às pessoas com deficiência, esta Lei alterou profundamente o regime das incapacidades, criando mecanismo protetivo que leve em consideração no caso concreto o efetivo poder de autodeterminação do sujeito. O cerne da valoração jurídica funda-se agora no discernimento necessário e não no diagnóstico médico de deficiência psíquica ou intelectual *per se*.⁴

2.1. Da absoluta incapacidade à capacidade plena da pessoa com deficiência

Além do critério etário, tanto o Código Civil de 1916,⁵ quanto o de 2002,⁶ elencavam casos de deficiência, especialmente de ordem psíquica, como salutar para a classificação de uma pessoa como incapaz, seja de forma relativa, quanto absoluta. Ensinou Caio Mário da Silva Pereira que o instituto das incapacidades foi construído sob uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. A ideia fundamental do regime das incapacidades, segundo este autor, não era de prejudicar as pessoas incapazes, mas ao contrário, lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha um tratamento especial. O ordenamento jurídico, assim, visa

⁴ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *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. 240.

⁵ Artigo 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos
- II - os loucos de todo o gênero
- III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade
- IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz

Artigo 6º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos
- II - as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal
- III - os pródigos
- IV - os silvícolas

⁶ Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de 16 anos
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos
- III - os que mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade

Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de 16 e menores de 18 anos
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos

restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.⁷

O contexto no qual se inseria o modelo de incapacidade civil adotado pelo ordenamento brasileiro explica a opção legislativa do período, especialmente no que tange ao Código Civil de 1916. Isto porque se tinha a pessoa com deficiência como alguém que necessitava de extrema proteção do estado, já que não possuía condições de sobreviver socialmente sem uma ampla representação. E de fato, no período inexistia qualquer fomento à inclusão social, bastando que fossem tais indivíduos mantidos sob os cuidados da família ou internados em instituições psiquiátricas. Se havia alguma vontade por parte da pessoa com deficiência e, portanto, incapaz, não possuía a mínima relevância para a ordem jurídica. Pontes de Miranda expressa de forma cristalina o que ora se expõe ao afirmar que “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 Entende o autor pela inexistência de negócio jurídico quando o absolutamente incapaz e seu representante não manifestaram vontade. Já, tendo o absolutamente incapaz manifestado vontade sem a participação de seu representante, fato há, sendo então considerado nulo o negócio jurídico.⁹

Quando do advento do Código Civil de 2002, certamente se havia cambiado a ótica existente a respeito do tratamento a ser conferido a pessoas com deficiência, ressaltando-se que no Brasil já se vivia sob os fundamentos da Constituição Federal de 1988. Implementou-se, com a Carta Magna, uma perspectiva mais existencial e humanizada, tendo o princípio da dignidade humana como orientador de todo o ordenamento jurídico. O reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana nas suas mais variadas configurações é aspecto a ser destacado na Constituição da República.¹⁰ No entanto, o Código de 2002 parece não ter acompanhado a evolução promovida pela Carta Magna, mantendo-se claramente atrelado aos conceitos do Código Civil anterior, de modo que mesmo excluindo a expressão “loucos de todo o

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado*. 20. Ed. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 272.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 139.

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 139.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *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. 228-229.

gênero”, seguiu considerando a pessoa com deficiência mental como alguém impossibilitado de gerir autonomamente a sua vida.¹¹

A proposta de ampliação da autonomia reconhecida aos incapazes, especialmente pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, foi consideravelmente debatida em outros países antes mesmo do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.¹² Pietro Perlingieri sustentou a desconsideração do *status personae* promovida pelo regime protetivo da incapacidade civil, o qual ignorava os diferentes graus de discernimento, tratando todo deficiente psíquico como um incapaz absoluto, cuja interdição representava verdadeira “morte civil”.¹³

O legislador brasileiro, inspirado nesta comunidade internacional que identificava a necessidade de graduar-se a incapacidade civil não mais em um sistema de tudo-ou-nada, mas sim respeitando, tanto quanto possível, a autonomia individual, especialmente no que concerne a questões existenciais, publicou então a Lei nº 13.146, de 7 de julho de 2015. Observa-se que, no âmago de promover efetiva inclusão social no país, revolucionou-se o regime das incapacidades, já que dispõe a Lei que toda pessoa com deficiência será considerada plenamente capaz.¹⁴ Movido por um nobre propósito, tomou a academia jurídica de assalto, ao modificar um dos pilares da teoria geral do direito civil, com repercussões cujos exatos contornos apenas a prática quotidiana poderá demonstrar.¹⁵

¹¹ Mantinha-se a tradicional configuração binária do regime das incapacidades, ou seja, a proteção conferida às pessoas com reduzido discernimento limitava-se a duas possibilidades: capacidade ou incapacidade.

¹² Imaculata Vivas-Tesón refere que: “Podría afirmarse, sin temor a errar, que los trabajos que viene realizando la ONU, sin cesar, desde los años 70, representan las acciones más importantes llevadas a cabo por una organización internacional en materia de discapacidad, lo que há permitido una toma de consciencia y compromiso internacional acerca de los derechos humanos de las personas privadas de autonomia, las cuales, durante mucho tempo, han permanecido ‘invisibles’” (La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *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. 35).

¹³ “Todo homem, enquanto tal, é titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 781).

¹⁴ O artigo 6º da Lei 13.146/15 dispõe que: “a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa”. O objetivo é desfazer a associação existente entre deficiência e incapacidade.

¹⁵ SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *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. 277.

Segundo a nova redação do Código Civil, cujos artigos 3º e 4º restaram alterados pelo Estatuto, a absoluta incapacidade está restrita aos menores de 16 anos, ou seja, será sempre temporária, enquanto a relativa envolverá certos atos ou à maneira de os exercer por aqueles que não puderem exprimir sua vontade por causa temporária ou permanente, além dos ébrios habituais, viciados em tóxico, pródigos e menores entre 16 e 18 anos. Evidentemente que a revolução que tais modificações vêm causando não estão relacionadas estritamente à nova nomenclatura adotada pós-Estatuto, onde desvincula-se a incapacidade civil da deficiência. O que causa apreensão em parcela da doutrina civilista no país diz respeito às novas formas de proteção jurídica concedida às pessoas relativamente incapacitadas, como por exemplo nos casos de curatela de pessoas com grave deficiência mental. Suscita-se se não haveria que valorar o grau de discernimento existente. Se antes tinha-se um sistema inflexível no sentido de que não havia ponderação alguma, onde considerava-se toda pessoa com deficiência mental como absolutamente incapaz, mesmo que pudesse exprimir sua vontade, agora tem-se rigidez no sentido de ignorar a existência de pessoas que de fato necessitam de uma “curatela absoluta” para todos os atos da vida. O problema não está no texto legal, mas sim no âmbito de sua aplicação.

2.2. A maior autonomia possível e ausência de discernimento

A releitura que tem sido feita do instituto das incapacidades supõe a garantia de autodeterminação do sujeito, flexibilizando-se o regime até então vigente, caracterizado pela limitação extrema à autonomia da pessoa interditada. Refere Schreiber que: “impõe-se a *modulação* da incapacidade, reconhecendo-se à pessoa a mais ampla participação possível nos atos da vida civil”.¹⁶ Trata-se de proteger a dignidade humana¹⁷ de um grupo que exige especial proteção da lei em função da evidente vulnerabilidade, de modo a preservar o humanismo existente, possibilitando o exercício de autonomia, ainda que esta não seja total em função de situações da vida.

O escopo das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência abarca a ideia de humanismo e preservação da condição da pessoa como sujeito de direitos, que

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 109.

¹⁷ De acordo com o pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes: “deve-se, no entanto, e isto é imprescindível, explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil” (*Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 84).

possui vontades próprias e algum projeto para a sua vida. Para tanto, necessário que detenha autonomia para exercer seus direitos, como qualquer outro ser humano. Segundo o pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes será “desumano”, ou seja, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto.¹⁸ Compreende-se que possa haver limitações na capacidade de discernir e compreender o mundo, porém não há razões para aniquilar qualquer possibilidade de expressão da vontade, como se fosse um ser sem vida, um objeto.

Constatando objetificação, Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Carolina Brochado Teixeira sustentam que as pessoas com deficiência perdiam a condição de sujeito para configurarem meros objetos de proteção, enquanto o conjunto de seus direitos de personalidade eram ameaçados ou integralmente sonogados¹⁹. A representação com total substituição de vontade das pessoas interditadas representava esta condição de não-sujeito ou então de desumanidade.

A possível ponderação da proteção a ser deferida às pessoas com deficiência mental, atentando ao grau de discernimento e, portanto, à autonomia que possam ter, expressam o acolhimento de um direito civil-constitucional atento à melhor expressão da dignidade humana. Como defensor, Pietro Perlingieri infere que:

É preciso, ao contrário, privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Quando concretas, possíveis, ainda que residuais, faculdades intelectuais 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.²⁰

A questão de maior controvérsia no que tange ao novo modelo das incapacidades proposto pela Lei 13.156/15 diz respeito ao discernimento de fato existente pelo sujeito com deficiência mental. Suscita-se se seria coerente falar em ampla autonomia quando o discernimento sobre a realidade inexistente, decorrente de uma patologia mental grave.

¹⁸ *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

¹⁹ Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*. Vol. 21, n. 2, 2016, p. 584.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 782.

O próprio Pietro Perlingieri, discorrendo sobre a Lei n.6, de 2004, da Itália, afirma sobre a exigência de diferenciar os estatutos protetivos da pessoa e, portanto, de graduar de modo oportuno a sua incapacidade.²¹

No Brasil não houve tal graduação, de modo que a legislação desconsidera a ocorrência de diversos níveis de deficiência mental e cognitiva. Maria Cláudia Cachapuz questiona a alteração do artigo 3º do Código Civil, promovida pelo Estatuto, ao “extirpar o critério do discernimento – e, portanto, da ideia de racionalidade – para a determinação da capacidade civil”.²² Sustenta, ainda, que “privilegiou-se uma ideia de igualdade formal e material entre os indivíduos, em detrimento de uma ponderação necessária acerca de critérios claros para o estabelecimento dos modos quanto à possibilidade de expressão da vontade”.²³

Considerando que a autonomia envolve a capacidade para pensar e deliberar sobre um problema, ou seja, envolver-se com o assunto, compreender e avaliar o tipo de alternativas,²⁴ resta evidente que tratar igualmente pessoas com diferentes deficiências não condiz com as necessidades reais e esperadas em um processo que visa proporcionar proteção àqueles que se encontram impossibilitados de discernir. Trata-se de reconhecer uma realidade existente e não a reduzir, sem ponderação alguma. O critério limitador e até mesmo aniquilador da autonomia, caracterizador do sistema de incapacidades vigente até o advento da Lei 13.146/15 certamente não se mostrava adequado. No entanto, oportuno que as modificações fossem condizentes com a verdade e as necessidades humanas, o que poderia ser refletido em autonomia dentro das possibilidades de cada pessoa.

Mariana Alves Lara infere que “a capacidade de fato é uma criação dogmática e pode ser abstratamente atribuída a qualquer um, mas a autonomia é um dado da realidade fática e não uma criação legal”.²⁵ Neste ponto observa-se que, ainda que o legislador brasileiro estivesse muito bem intencionado ao promover as alterações ora analisadas, modificando conceitos consolidados no ordenamento jurídico em prol da inclusão social, não tem o poder de alterar a realidade, nem mesmo negar que muitas pessoas

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 784.

²² CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia ou Decisão: quando morrer na contramão atrapalha o tráfego. In: MARTINS - COSTA, Judith. *Conversa sobre Autonomia Privada* (coord.). Canela: IEC, 2015, p. 133.

²³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia ou Decisão: quando morrer na contramão atrapalha o tráfego. In: MARTINS - COSTA, Judith. *Conversa sobre Autonomia Privada* (coord.). Canela: IEC, 2015, p. 133.

²⁴ GOLDIM, José Roberto. Autonomia ou Autodeterminação: confusões e ambiguidades. In: MARTINS - COSTA, Judith. *Conversa sobre Autonomia Privada* (coord.). Canela: IEC, 2015, p. 120.

²⁵ LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 19, jan./mar. 2019, p.53.

chegam à maioria sem possibilidade de tomar decisões conscientes, de comunicar-se coerentemente, de administrar suas vidas, tanto patrimonial quanto pessoal.

Importante referir que nem mesmo a Convenção da ONU,²⁶ a qual deu embasamento para a legislação brasileira, foi expressa em proibir um representante com substituição de vontade para a pessoa com deficiência mental e intelectual. Parece uma questão interpretativa, ou seja, ainda que tenha determinado que a intervenção à autonomia do sujeito fosse a mais restritiva possível, respeitando-se seus direitos, vontades e preferências, não exclui casos em que a proteção deva ser ampliada em face das circunstâncias vivenciadas, devendo sim ser proporcional.

3. Os modelos jurídicos de proteção de direitos das pessoas com deficiência

A forma protetiva adotada para aqueles que sofriam alguma deficiência mental ou intelectual consistia na representação declarada em processo de interdição, onde havia a substituição integral de vontade, abarcando questões não apenas patrimoniais, mas também quaisquer assuntos pessoais e existenciais da pessoa interditada. Se de um lado havia a restrição absoluta à prática de forma autônoma de quaisquer atos da pessoa com deficiência, de outra parte inexistiam políticas públicas voltadas à inclusão social, tampouco se questionava quanto às possibilidades destes indivíduos desenvolverem habilidades e relacionarem-se de forma mais ampla com a sociedade na qual estão inseridos.²⁷

A lógica protetiva das pessoas com deficiência mudou-se radicalmente com a edição da Lei 13.14/15, tornando a assistência aos relativamente incapazes um instituto excepcional, restrito e proporcional, além de não abarcar aspectos pessoais ou existenciais da pessoa curatelada. Ademais, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro um novo regime protetivo, a tomada de decisão apoiada, destinado a pessoas com deficiência plenamente capazes, ou seja, sua função é a de prestar apoio ao sujeito sem promover qualquer restrição à sua autonomia e vontade.

²⁶ Artigo 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, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

²⁷ Sobre esta temática já discorremos anteriormente: O novo regime das incapacidades e a (des)proteção legal das pessoas com deficiência mental. In: *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. v. 30 (nov./dez.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

A discussão quanto às consequências destas modificações é ampla no Brasil, especialmente quanto à interpretação que tem se dado na prática judicial, quando os casos envolvendo deficiência chegam ao Judiciário e exsurge a necessidade de aplicar-se os novos institutos protetivos, sem, todavia, promover desproteção, tudo em prol da busca pela autonomia fundamentadora da nova lei. O sopesamento entre as condições reais da pessoa e do ideal buscado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não tem se mostrado tarefa fácil ao aplicador do Direito, que hoje dispõe de dois modelos de apoio: a curatela e a tomada de decisão apoiada, os quais serão aplicados essencialmente conforme a condição psíquica e cognitiva do sujeito protegido.

3.1. A curatela e a tomada de decisão apoiada

Dentre as mudanças trazidas pelo estatuto quanto aos modelos protetivos, observa-se, inicialmente, a preocupação do legislador com a questão da nomenclatura. A expressão “interdição” restou substituída por “curatela”, compreendendo-se aquela como pejorativa e caracterizadora de incapacidade. Nelson Rosenvald afirma que o vocábulo “interdição” remete a uma noção de curatela como medida restritiva de direitos e substitutiva da atuação da pessoa que não se concilia com a vocação promocional da curatela especial concebida pelo estatuto. Suscita, ainda, o autor: “Onde reside o giro linguístico? Não será interditada como clinicamente ‘portadora de uma deficiência ou enfermidade mental’, mas curatelada pelo fato de objetivamente não exprimir a sua vontade de forma ponderada”.²⁸

Todavia, apesar do cambio linguístico, o procedimento de interdição manteve-se no sistema brasileiro. Ocorre que agora o instituto é promocional, servindo como meio processual que visa comprovar a situação excepcional de ausência de discernimento²⁹. Tanto que o recente Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, trata do processo de interdição sem qualquer preocupação com a nova terminologia adotada pelo Estatuto e suas alterações no Código Civil.³⁰ Critica-se este descompasso entre normas publicadas praticamente juntas, especialmente que o diploma processual civil

²⁸ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

²⁹ SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência / 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 294.

³⁰ Ver artigos 747 a 758 que tratam do procedimento da interdição.

teria ignorado os ditames da Convenção da ONU expressos no Estatuto da Pessoa com Deficiência.³¹

Inobstante algumas discrepâncias existentes entre o Estatuto e novo Código de Processo Civil,³² certo é que a finalidade da curatela não coincide mais com o tradicional instituto da interdição, o qual visava exclusivamente a administração do patrimônio do incapaz. Hoje a preocupação está voltada ao resguardo dos aspectos existenciais³³ do curatelado, à pessoa que restará protegida quanto aos atos para os quais não esteja apta a praticar de forma autônoma e consciente. Este novo perfil da curatela não pretende abandonar a preocupação com o patrimônio do curatelado, ao contrário disto, sendo que, reconhece-se ademais a necessidade de considerar a personalidade da pessoa que sofrerá proteção, seu aspecto existencial não pode mais ser ignorado, como de fato sempre ocorreu.

A Lei 13.146/15 estabeleceu que a curatela deve ser restrita a atos patrimoniais e negociais,³⁴ o que, *en passant*, poderia ser interpretado como continuação da proteção patrimonialista do instituto. Ocorre que a mesma lei refere que a curatela não deve abarcar atos existenciais e pessoais,³⁵ de forma que o curatelado terá liberdade para decidir sobre seus projetos de vida, enquanto é sabido que no tradicional regime da interdição a representação se dava em todos os aspectos da vida do interdito.

³¹ Sustenta Paulo Lôbo que: “As regras do CPC/2015 deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquele – força de emenda constitucional (Constituição, art. 5º, §3º), por ser matéria de direitos humanos, com supremacia sobre qualquer lei ordinária -, relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual. Assim, os termos ‘interdição’ ou ‘interditado’ devem ser interpretados segundo os significados de curatela e curatelado”. (*Direito Civil - volume 5: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 435)

³² O Código de Processo Civil trata do procedimento da interdição nos artigos 747 a 758 e, como discrepância, considera-se a avaliação da capacidade do curatelando para praticar atos da vida civil, sem distinção quanto a atos existenciais e patrimoniais, enquanto no Estatuto e no Código Civil não resta possível a curatela de atos existenciais.

³³ Esta perspectiva relaciona-se à interpretação constitucional que vem sendo dada às normas civis, com grande valorização das pessoas e tutela de sua dignidade. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes diz que: “A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários”. (*Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 15).

³⁴ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

³⁵ Art. 85, § 1º: A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Destarte, a curatela tornou-se uma medida excepcional, restrita e proporcional às necessidades da pessoa a ser protegida, cujo procedimento³⁶ diferencia-se especialmente pelo fato de que o Julgador, ao avaliar o caso concreto, especificará os atos que necessitarão de assistência de curador,³⁷ afastando em definitivo quaisquer modelos padronizados, nos quais declarava-se a pessoa interditada para todos os atos da vida civil. Evidentemente exige-se um tratamento judicial mais humanizado e condizente com os ditames constitucionais. Destaca-se a possibilidade de realização de uma perícia dita biopsicossocial,³⁸ a qual reconhece a deficiência como um fato complexo, que “transcende os impedimentos naturais (fisiopsíquicos) da pessoa, sendo imperativo considerar o agravamento imposto pelas diversas barreiras sociais, institucionais, jurídicas e ambientais”.³⁹ A análise da capacidade da pessoa passa a ser interdisciplinar.

Para os casos de deficiência nos quais a pessoa seja plenamente capaz, isto é, não se enquadre no rol da relativa incapacidade do art. 3º do Código Civil, sendo incabível, portanto, o processo de curatela, o legislador traz a previsão do regime da tomada de decisão apoiada, com a inclusão do artigo 1.783-A ao Código Civil⁴⁰. Consiste em um processo de jurisdição voluntária, pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem da sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. O discernimento da pessoa é salutar, pois será ela mesma que ingressará com a ação e indicará seus possíveis apoiadores.

³⁶ Outras novidades do processo de curatela são a entrevista do curatelado, ao invés de interrogatório; a possibilidade de perícia por equipe multidisciplinar e a curatela compartilhada. Em função do escopo do presente trabalho de apresentar um panorama atual do tema, o qual é extremamente extenso, não restará espaço para analisar de forma pormenorizada todos os aspectos dos modelos protetivos.

³⁷ Art. 755, CPC: Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I – nomeará o curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

(...)

³⁸ O artigo 753, §1º do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de realização da perícia por equipe multidisciplinar.

³⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da pessoa com deficiência. In: *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. 535.

⁴⁰ Vide artigos 84, §2º, 115 e 116 do Estatuto da pessoa com Deficiência.

Muito embora a pessoa sinta a necessidade de ser apoiada em alguns aspectos de sua vida, sejam eles patrimoniais ou até mesmo existenciais,⁴¹ sua capacidade para refletir, raciocinar e compreender deve ser ampla, portanto, possuir autonomia para decidir o que deseja. O apoio consiste apenas em auxílio, ajuda ou proteção, mas de forma alguma a substituição de vontade. Os portadores de deficiências sem comprometimento cognitivo parecem ser os que tranquilamente poderão fazer uso da tomada de decisão apoiada, pois têm plenas condições psíquicas para indicar as pessoas que lhe auxiliarão, bem como as atividades que entendem inviáveis de realizar em seu cotidiano sem algum apoio, como, por exemplo, pessoas com determinada deficiência físico-motora, tetraplégicas, cegas, com sequelas decorrentes de um AVC, entre tantos outros casos.⁴²

A inspiração do instituto parece ter sido a *amnistrazione di sostegno*, a qual fora introduzida no direito italiano com mais de uma década de antecedência⁴³ e que veio a atender, à crítica que ali se fazia à rigidez dos instrumentos tradicionais da *interdizione giudiziale* e da *inabilitazione*.⁴⁴ Observa-se, porém, que os regimes protetivos brasileiros não se confundem com os italianos, de modo que, ainda que a *amnistrazione di sostegno* preze pela autonomia do sujeito, na Itália o apoio se dará conforme a sua capacidade de fato. Segundo PERLINGIERI: “tem a finalidade de tutelar as pessoas privadas, em tudo ou em parte, de autonomia, mas limitando da menor forma possível a capacidade de fato”.⁴⁵ Assim que, na Itália buscou-se substituir progressivamente os institutos tradicionais, inaugurando uma nova abordagem de proteção da pessoa, moldada à luz das suas concretas necessidades e aptidões.⁴⁶ Está claro que essa foi a intenção também do novo perfil de curatela adotado no Brasil, pois tanto lá quanto aqui cabe redução da capacidade de fato da pessoa, o que na tomada de

⁴¹ Importante referir que, diferentemente da curatela, a legislação não limitou a abrangência da tomada de decisão apoiada a atos patrimoniais, podendo, assim, abarcar questões envolvendo cuidados pessoais, rotinas domésticas ou quaisquer auxílios necessários. O apoiador não deve ser confundido com representante ou assistente, mas sim ser equiparado a um cuidador.

⁴² Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo observa-se o entendimento, tanto do juiz de 1º grau, quanto do Tribunal, de que a deficiência visual não representa incapacidade, eis que a pessoa mantém o pleno discernimento: “Curatela – Interditando cego, em decorrência de diabetes mellitus – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pelo discernimento do periciando – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Termo de curatela de beneficiário com deficiência que não mais pode ser exigido pelo INSS – Art. 110-A, da Lei nº 8.213/91 – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJ-SP - APL: 0056408-81.2012.8.26.0554, Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville, Data de Julgamento: 02/06/2016, 6ª Câmara de Direito Privado).

⁴³ Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004, da Itália.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112-113.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 784.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112-113.

decisão apoiada não é cabível. O legislador brasileiro parece ter importado conceitos sem ater-se às peculiaridades essenciais de cada instituto, como por exemplo a existência na Itália de uma graduação da capacidade civil da pessoa com deficiência, quando isto se mostre necessário para melhor adequação do regime jurídico protetivo a ser aplicado.

3.2. Algumas discrepâncias legais

Ao que pese as relevantes disposições trazidas pela Lei 13.146/15 ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos direitos das pessoas com deficiência, implementando certamente um novo paradigma de inclusão social e acolhimento dos justos anseios desta considerável parcela da população, algumas questões envolvendo especialmente a teoria das incapacidades mostraram-se insuficientes como mecanismos de alteração social. E isto se evidencia no estudo da proteção existente para pessoas com deficiência mental, onde presumiu-se que toda e qualquer pessoa com comprometimento psíquico ou cognitivo deva receber a mesma proteção estatal, ignorando-se a existência efetiva de sujeitos com graus de incapacidade diversos e casos de pessoas alijadas de consciência para a prática de atos civis.⁴⁷

A percepção positiva de que as pessoas com deficiência, inclusive mental, devam contar com maior autonomia e tratamento digno no sentido de lhes ser possibilitado realizar seus projetos de vida e fazer as opções que entendam as adequadas para a sua realidade não é questionável, ao contrário, louvável. Ocorre que não é adequado e tampouco conveniente que se negue a realidade. E neste ponto é evidente que muitas pessoas com patologias⁴⁸ mentais necessitam de ampla representação de curadores, e não apenas para a realização de atos patrimoniais como exige a lei, pois veem-se impossibilitados de decidirem e agirem com relação a aspectos existenciais de suas vidas.

Na Itália, onde há muito se discute a respeito dos modelos de proteção disponíveis às pessoas com deficiência, antes inclusive da Convenção da ONU, buscou-se proporcionar maior autonomia, afastando-se do regime tradicionalmente limitador,

⁴⁷ Neste sentido, leciona Fernando Rodrigues Martins que: “Em outras palavras, a fundamentação (base pré-legislativa) do EPD não apresenta aporia: há sustentação correta, humanitária, discursiva, inclusiva e democrática. O que causa assombro é rigorosamente a justificação (tratamento legislativo) do estatuto, isto porque as garantias outorgadas, no que respeita a capacidade, são desproporcionais, tímidas, omissivas à natural (e necessária) tutela que a pessoa com deficiência deve contar. (A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *In: Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104/2016, mar./abr. 2016, p. 203-255).

⁴⁸ Aqui se usa propositadamente o termo “patologias” pois, ainda que afastada a concepção médica da deficiência, é inegável que muitas pessoas são acometidas de doenças mentais, assim diagnosticadas e merecedoras de tratamento adequado.

sem, todavia, olvidar-se a necessidade de graduar a incapacidade do sujeito. Pietro Perlingieri discorre a este respeito, afirmando que “não parece também que se possa compartilhar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela no *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa”.⁴⁹ Compreende o autor italiano que, mesmo se menos grave, a enfermidade mental pode ensejar assistência que não se reduz ao plano patrimonial e, mesmo aquele sujeito que é capaz de administrar bem os próprios interesses financeiros, pode não ser capaz de realizar sozinho outros interesses.⁵⁰

Parece razoável que a pessoa com um comprometimento cognitivo e mental mais elevado seja considerada também mais vulnerável, especialmente em uma sociedade de consumo e ainda afastada de uma consciência social a respeito do tratamento a ser dispensado a quem se encontra de alguma forma em “desvantagem”. Causa preocupação os efeitos decorrentes desta ampla autonomia prescrita pelo estatuto, sem as devidas salvaguardas para quem de fato necessita, tais como no que diz respeito à prescrição e decadência, responsabilidade civil, tutela patrimonial originária das sucessões, proteção contratual e prevenção de práticas abusivas.⁵¹ Traçando um paralelo com o Código de Defesa do Consumidor, quanto à vulnerabilidade, refere Fernando Rodrigues Martins que o EPD atrelou o seu reconhecimento apenas às situações de risco, emergência ou calamidade, enquanto no CDC é presunção absoluta (inderrogável e *erga omnes*) alcançando toda pessoa física, considerando a inerente posição desequilibrada no mercado.⁵² Evidencia-se um descompasso entre os objetivos inclusivos da Convenção da ONU e a possível desproteção jurídica causada pelo Estatuto, decorrente ao que parece da negação da diversidade humana.

Neste mesmo sentido, Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida Junior suscitam a insuficiência do Código Civil, após as alterações promovidas pelo EPD, para proteger a pessoa com deficiência mental ou intelectual com relação à nulidade dos atos por ela

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 782-783.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 782-783.

⁵¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *In: Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor*. vol. 104/2016, mar./abr. 2016, p. 203-255.

⁵² A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *In: Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor*. vol. 104/2016, mar./abr. 2016, p. 203-255.

praticados.⁵³ Isto porque o artigo 166, I, que prevê a nulidade dos atos praticados por absolutamente incapaz não restou alterado, ou seja, nulos serão os atos praticados apenas por menores de 16 anos. Como solução, inferem os autores que a nulidade não decorre do reconhecimento legal da incapacidade por meio da interdição, mas sim da própria condição da pessoa, de modo que a nulidade não está vinculada à hipótese taxativa do artigo 3º do CC, mas à individual e cuidadosa avaliação da pessoa no momento da declaração de sua vontade.⁵⁴

Por outro lado, quando se trata de pessoas com deficiência e plenamente capazes, cujo instituto protetivo hoje é a tomada de decisão apoiada, em que pese a inovação trazida pelo legislador,⁵⁵ burocratizou-se tanto, que sua utilização tem sido muito questionada. Se a curatela já se tornou um regime mais personalizado, proporcional às necessidades do curatelado (ressalvado o que se expôs a respeito dos atos existenciais), não há justificativa para o processo de tomada de decisão apoiada seguir um rito tão semelhante. O procedimento, que é necessariamente judicial, diferencia-se da curatela pela legitimidade ativa, isto é, a própria pessoa com deficiência que ingressará com o pedido requerendo o apoio de duas pessoas que mantenha vínculo e que sejam de sua confiança, as quais firmarão conjuntamente Termo de Apoio para homologação judicial. De outra banda, salutar que a pessoa possua discernimento, já que será ela mesma que ingressará com a ação, indicando seus apoiadores e estabelecendo limites ao apoio firmado. Observa-se que se distingue da curatela em face da ampla autonomia que a pessoa com deficiência deve possuir, consistindo o apoio apenas em auxílio ou ajuda, mas de forma alguma a substituição de vontade.

Inobstante a pessoa a ser apoiada seja plenamente capaz, isto é, tenha discernimento e autonomia, terá que se sujeitar a um processo judicial com a participação do Ministério

⁵³ BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Notas sobre o regime das invalidades e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual. *In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 301.

⁵⁴ “Ninguém pode ser considerado absolutamente incapaz para todos os atos da vida, mas nada impede que uma avaliação realizada não só por médico, mas por equipe multidisciplinar, determine a absoluta impossibilidade de exprimir validamente sua vontade em determinado ato jurídico, autorizando assim a declaração de sua nulidade” (BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Notas sobre o regime das invalidades e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual. *In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 308).

⁵⁵ Artigo 1.783-A, Código Civil: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Público, o que parece incongruente no sistema atual,⁵⁶ além da exigência de entrevista com a participação de equipe multidisciplinar.⁵⁷ Anderson Schreiber assim manifesta-se criticamente:

Respeitando as diferenças intrínsecas de cada experiência estrangeira, não há dúvida de que 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 distante de alcançar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto. Para a pessoa com deficiência, plenamente capaz, mais prático que recorrer à tomada de decisão apoiada, por meio de um processo judicial com desnecessárias oitivas, será recorrer ao mandato ou a outros instrumentos que a ordem jurídica já lhe oferece. O Estatuto, que em tantas passagens declara em alto e bom tom que o deficiente é capaz, parece ter esquecido desse aspecto ao desenhar a tomada de decisão apoiada. Como toda pessoa capaz, a pessoa com deficiência conta com instrumentos contratuais à sua disposição que dispensam a submissão a um processo judicial.⁵⁸

Em países como França⁵⁹ e Alemanha⁶⁰ há bastante tempo já se adotam provimentos administrativos para a instituição de apoiadores. Na Itália, o modelo da *amnistrazione di sostegno*⁶¹ também é judicial, mas há tempos a doutrina deste país atenta-se à desnecessidade de judicializar muitos casos, além da adoção do regime para situações que envolvam vulnerabilidade, mas não apenas de pessoas com deficiência.⁶² Aqui

⁵⁶ Cumpre recordar que o Código de Processo Civil limitou a participação do Ministério Público, conforme se observa no disposto no artigo 178: “O Ministério público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

⁵⁷ Artigo 1.783-A, § 3º, Código Civil: “Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio”.

⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 114.

⁵⁹ Utiliza-se instituto administrativo denominado *savegarde de justice*.

⁶⁰ Aplica-se o chamado *Betreuung*, que visa proteger a pessoa com o mínimo de intervenção na sua autonomia.

⁶¹ A figura do *amministratore di sostegno* (administrador de apoio em livre tradução) foi inserida no direito italiano pela Lei n. 6/2004, que alterou os artigos 404 a 413 do Código Civil italiano.

⁶² Considerando a elasticidade da tomada de decisão apoiada e seu escopo de prestar apoio àquela pessoa que se sente mais vulnerável e insegura, ainda que possua autonomia e discernimento amplos, porque não a estender a sujeitos que não se enquadram necessariamente no conceito de deficiência, mas possuem certa vulnerabilidade? Parece que haveria utilidade do instituto neste sentido, mas observa-se que não é o pensamento dominante na jurisprudência pátria: “APELAÇÃO CÍVEL. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO INDEFERIDO. 1. A Tomada de Decisão Apoiada prevista no art. 1.783-A do CCB, se dá em procedimento judicial promovido pela própria pessoa com deficiência, visando a ter auxílio de terceiros para realizar certos atos de sua vida. A tomada de decisão deve respeitar a vontade da pessoa apoiada, que não a tem substituída pela dos apoiadores. *No caso dos autos não se trata de pessoa com deficiência, mas, em verdade, de pretensão da requerente, acometida de câncer, de ter alguém para representá-la em caso de agravamento da doença.* 2. A propósito, verifica-se que na minuta de Termo de Decisão Apoiada das fls. 37-38, a apoiada nomeia e constitui seus apoiadores para representá-la e praticar diversos atos, mais se assemelhando aquele instrumento a um mandato, o que, por sinal, pode ser confeccionado pela requerente, independentemente de autorização judicial, porém não se confunde com Tomada de Decisão Apoiada. Assim, no contexto dos autos, deve ser mantida a sentença de indeferimento do pedido. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME” (Apelação Cível, Nº 70079344834, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 28-02-2019). (grifamos).

observa-se que inexistiu preocupação com questões já debatidas em outros países, tampouco criou-se um instituto adaptado à realidade e necessidades sociais contemporâneas do Brasil. A negação de proteção a atos que não estritamente patrimoniais de pessoas com significativa desordem mental ou cognitiva representa idealismo do legislador, estabelecendo, com isto, a necessidade de o Judiciário conferir tutelas diferenciadas daquelas previstas na legislação pátria. De outra parte, a judicialização de instituto criado para prestar apoio a pessoas que possuem plena autonomia de vontade, afasta a utilidade da proteção, a qual para ser efetiva deve ser essencialmente acessível, econômica e adequada ao comprometimento causado pela deficiência na vida de quem dela se utiliza.

4. Considerações finais

A Lei 13.146/15 adentrou em nosso ordenamento jurídico como um marco legal, promovendo uma ampla discussão acerca da inclusão social das pessoas com deficiência, bem como dispondo de efetivos mecanismos de mudança social neste sentido. A evolução, sem dúvidas, é extremamente considerável e condizente com o humanismo proposto pela Constituição Federal. Dentre tantas importantes modificações destaca-se o enfoque dado à questão da capacidade civil da pessoa com deficiência, em especial a inserção de um novo contexto de capacidade plena em detrimento da desconsideração absoluta da autonomia que historicamente se tinha.

O presente estudo se propôs a identificar as alterações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência acarretou ao regime das incapacidades, demonstrando ineditismo ao excluir totalmente a questão da deficiência mental do rol das causas de incapacidades, bastando hoje que a pessoa não consiga exprimir sua vontade, seja de forma temporária quanto permanente, para ter sua capacidade limitada. Observa-se, todavia, a necessidade de conjugar situações nas quais inexista discernimento para a prática de atos existenciais da pessoa com deficiência, o que o legislador claramente perdeu a oportunidade de incluir nesta nova perspectiva de capacidade plena. Avançou-se muito, mas de certa forma evidencia-se distanciamento da vida real daqueles que necessitam maior proteção, confundindo-se restrição de direitos com necessidade de proteção. Na verdade, falta ponderação.

De qualquer forma, apesar das incongruências apresentadas na pesquisa, compreende-se pela necessidade do debate acerca do tema, restando claro que o modelo de incapacidade anterior à Lei 13.146/15 também não se mostrava adequado, eis que

extremamente restritivo e limitador de qualquer autonomia que eventualmente a pessoa com deficiência mental ou cognitiva possuísse, até mesmo porque os graus de comprometimento psíquico variam muito. A interdição total, assim como a padronização tão somente em absoluta ou relativa capacidade não se coadunavam com a variedade de comportamentos aptos a ensejar tutelas diferenciadas.

Ainda que o regime brasileiro não acompanhe o nível de discussão mundial que já vem ocorrendo a respeito da problemática, inegável que tem se buscado seguir os ditames da Convenção da ONU quanto à autonomia, igualdade de direitos e participação social das pessoas com deficiência, cabendo também à sociedade fomentar a implementação deste novo paradigma e tratar as vulnerabilidades humanas de forma digna e solidária.

Referências

BARBOSA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Notas sobre o regime das invalidades e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Direito civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 297-310.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia ou Decisão: quando morrer na contramão atrapalha o tráfego. In: MARTINS - COSTA, Judith. *Conversa sobre Autonomia Privada* (coord.). Canela: IEC, 2015.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4ª Ed., rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches de; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10 ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodium, 2018.

FONTANA, Andressa Tonetto. O novo regime das incapacidades e a (des)proteção legal das pessoas com deficiência mental. In: *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*. v. 30 (nov./dez.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

GOLDIM, José Roberto. Autonomia ou Autodeterminação: confusões e ambiguidades. In: MARTINS - COSTA, Judith. *Conversa sobre Autonomia Privada* (coord.). Canela: IEC, 2015.

HERMOSA, Pedro Botello. El procedimiento de modificación de la capacidad en España

diez años después de la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. In: *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v.23, n.2, p.1-9, abr./jun. 2018.

HERMANNY FILHO, Flávio. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Regime das Incapacidades. Disponível: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/8v3pu3uq/NYDAjop1T4e5JofN.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico de 2010*. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. 2010. Disponível em: “http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/default_minimos.shtm”. Acesso em 14 fev. 2016.

LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 19, jan./mar.2019, p. 39-61.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil - volume 5: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. In: *Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104/2016, mar./abr. 2016, p. 203-255.

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.

MENEZES, Joyceane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar de Ciências Jurídicas*. Vol. 21, n. 2, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Privado*. 20. ed. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70079344834, 8ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 28 de fevereiro de 2019.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-34.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento*. 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0056408-81.2012.8.26.0554, 6ª Câmara de Direito Privado. Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville. Julgado em: 2 de junho de 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. 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.

SOUZA, Iara Antunes. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei: 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência / 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*: Porto Alegre, n. 37, dez. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais? *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1992.

civilistica.com

Recebido em: 24.9.2019

Aprovado em:

14.8.2020 (1º parecer)

18.8.2020 (2º parecer)

Como citar: FLEISHMANN, Simone Tassinari Cardoso; FONTANA, Andressa Tonetto. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-modelo/>>. Data de acesso.