

A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil

Joyceane Bezerra de MENEZES*

Francisco Luciano Lima RODRIGUES**

Maria Celina BODIN DE MORAES***

RESUMO: Sob a metodologia qualitativa com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, este artigo se desenvolve em três partes: a primeira apresenta o regime das incapacidades tradicionalmente adotado pelo Brasil e os critérios utilizados para a mitigação da capacidade jurídica; a segunda parte traz as mudanças advindas com a CDPD e o EPD, no que toca à capacidade jurídica pelo afastamento de qualquer critério redutor assentado na deficiência; e, por fim, a última parte indica os instrumentos de apoio que foram implementados, apontando as dificuldades experimentadas em sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência; incapacidade; tomada de decisão apoiada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O tradicional regime de incapacidades no Brasil; – 3. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão: a viragem no Regime das Incapacidades; – 4. O novo regime das incapacidades; – 5. A difícil passagem do sistema substitutivo de vontade para o sistema de apoio; – 6. Tomada de decisão apoiada; – 7. Conclusões; – Referências.

TITLE: *Legal Capacity and the Support System in Brazil*

ABSTRACT: *Under the qualitative methodology with bibliographic, documentary and jurisprudential research, this article is developed in three parts: the first presents the disability regime traditionally adopted by Brazil and the criteria used to mitigate legal capacity; the second part brings the changes brought about by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Brazilian Inclusion Law, with regard to the legal capacity for the removal of any reducing criteria based on disability; and, finally, the last part indicates the support instruments that have been implemented, pointing out the difficulties experienced in their application.*

KEYWORDS: *Person with disability; incapacity; supported decision making.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The traditional disability regime in Brazil; – 3. Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Brazilian Inclusion Law: the turning point in the Disability Regime; – 4. The new disability regime; – 5. The difficult transition from the will substitution system to the support system; – 6. Supported decision making; – 7. Conclusions; – References.*

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Titular da Universidade de Fortaleza, vinculada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado), na Disciplina Tutela da pessoa na sociedade das incertezas. Professora Associada da Universidade Federal do Ceará. Editora da *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*. E-mail: joyceane@unifor.br.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Diretor da Escola de Magistratura do Estado do Ceará. E-mail: lucianolima@unifor.br.

*** Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália. Editora da *Civilistica.com*. Revista Eletrônica de Direito Civil. E-mail: mcbm@puc-rio.br

1. Introdução

Este artigo analisa as mudanças havidas no instituto da capacidade jurídica e regime das incapacidades após o advento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD, adotada pela ONU em 13.12.2006, destacando as principais soluções envidadas pela Lei Brasileira de Inclusão - LBI, também designada com Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, Lei no.13.146, de 06 de julho de 2015.

Coube ao EPD alterar a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro, que tratam dos absolutamente e dos relativamente incapazes, para excluir qualquer referência à deficiência intelectual ou psíquica (art. 113). No art. 6º dispôs que a deficiência não afeta à plena capacidade jurídica da pessoa que poderá, inclusive, casar, constituir união estável, exercer seus direitos reprodutivos, sexuais e o planejamento familiar, os direitos de família e de convivência familiar e comunitária e conservar a sua fertilidade. No mesmo sentido, reiterou o art. 84, dispondo que a deficiência não afeta a capacidade legal.

Como instrumento de apoio, instituiu a tomada de decisão apoiada (art. 116), acrescentando o art. 1.783-A com um total de oito parágrafos, no Livro IV – Do Direito de Família do Código Civil, Título IV - Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. Igualmente reestruturou a curatela com o fim de aproximá-la do escopo convencional.

O ingresso da CDPD na ordem jurídica brasileira não gerou um impacto imediato entre os civilistas que somente se deram conta da mudança ocorrida com o advento do EPD, cerca de seis anos depois. A maior perplexidade gira em torno da mudança paradigmática no regime das incapacidades. Houve muito questionamento quanto ao fim das medidas protetivas que circundavam o regime das incapacidades. Uma vez que a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica é considerada plenamente capaz, em plena igualdade com as demais, não gozará dos benefícios protetivos que sempre acompanharam o *status* de absolutamente incapaz.

Tão logo promulgado o EPD, sobreveio um projeto de lei (PLS n. 757/2015), visando a sua alteração, sob o argumento de acomodar as normas do Código Civil e do novo Código de Processo Civil à CDPD. Atualmente, este projeto, já aprovado no Senado Federal, tramita na Câmara dos Deputados sob o n. 11.091/2018.

Ante a mudanças tão profundas empregadas no regime das incapacidades, importa saber se o sistema de apoio ao exercício da capacidade civil conseguiu superar o tradicional modelo de substituição de vontade que secundava o direito protetivo, notadamente, o instituto da curatela. Em 2015, o relatório do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, órgão incumbido de fiscalizar o cumprimento da Convenção, indicou como ponto negativo, o fato de o Brasil ainda manter mecanismos de substituição de vontade, recomendando a sua revisão. Nada foi feito desde então; ao contrário, a curatela por representação com poderes de substituição de vontade, tem sido adotada de modo recorrente na jurisprudência.

Sob a metodologia qualitativa com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, este artigo se desenvolve em três partes: a primeira apresenta o regime das incapacidades tradicionalmente adotado pelo Brasil e os critérios utilizados para a mitigação da capacidade jurídica; a segunda parte traz as mudanças advindas com a CDPD e o EPD, no que toca à capacidade jurídica pelo afastamento de qualquer critério redutor assentado na deficiência; e, por fim, a última parte indica os instrumentos de apoio que foram implementados, apontando as dificuldades experimentadas em sua aplicação.

2. O tradicional regime das incapacidades no Brasil

No Brasil, o regime das incapacidades evocou as ideias oitocentistas que lastrearam o Código de Napoleão de 1804, e usava como parâmetro, até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o sujeito proprietário e contratante, dotado de conduta eficiente para interagir no mercado das relações econômicas. Subjazem-lhe os valores primordiais de uma sociedade patrimonialista, escravocrata, permeada por uma crônica desigualdade socioeconômica que favoreceu a exclusão de determinados grupos sociais sob o argumento da raça, do gênero, da condição econômica e da deficiência física, sensorial ou intelectual.

Coube ao Código Civil de 1916, Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, consolidar a disciplina normativa relativa à pessoa, aos bens, aos contratos, à propriedade e à sucessão hereditária. No tocante à pessoa, optou por utilizar uma categoria abstrata – o sujeito de direitos que, ao fim e ao cabo, espelhava a figura de poder do *pater familias*, homem branco, alfabetizado e com recursos.

Subdividia a lei a capacidade jurídica em capacidade de direito e capacidade de fato, sendo a primeira um consectário da personalidade, inerente à condição de pessoa que a

acompanhava do nascimento à morte. A capacidade de fato, por sua vez, confundia-se com a aptidão mental para consolidar e manifestar uma vontade jurígena, essencial à prática dos atos da vida civil. Sem capacidade mental e/ou aptidão para exarar a sua vontade, à pessoa era atribuída a condição de incapacidade absoluta e sob esse *status*, gozava de especial proteção como a invalidade dos negócios por ela praticados e a inaplicabilidade de prazos prescricionais.

A capacidade jurídica plena pressupunha, portanto, uma autonomia por meio da qual o sujeito poderia regular as suas questões pessoais por si só, e negociar com as demais os aspectos relativos às relações jurídicas que com elas viesse a estabelecer.² Sem a hígida capacidade mental para agir sozinha sem o aporte de terceiros, jamais viria a alcançar a capacidade jurídica plena.

Observa-se que o regime das incapacidades assentado no Código Civil de 1916 utilizou o critério do *status* para reconhecer a capacidade jurídica, identificando a idade e a deficiência como impedimentos à manifestação volitiva racional e, portanto, como redutores da capacidade de exercício. O art. 5º do CC incluía entre os absolutamente incapazes: os menores de 16 anos; os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos que não podiam exprimir a sua vontade; além dos ausentes, assim declarados pelo Juiz. Na condição de relativamente incapazes, conforme o art. 6º, estariam os maiores de 16 e menores de 21 anos, as mulheres casadas, os pródigos e os silvícolas.

O critério do *status* repercutia os efeitos do modelo médico de abordagem da deficiência pois qualquer diagnóstico de deficiência psíquica ou intelectual na ampla faixa designada pela expressão da lei “loucos de todos os gêneros”, era suficiente para encetar a pessoa na condição de absolutamente incapaz.

Em última análise, a vontade hígida, insularmente engendrada e exteriorizada, era pressuposto indispensável à capacidade civil. Considere-se a explicação de Pontes de Miranda, segundo o qual “o louco”, cuja “enfermidade psíquica” ou “debilidade mental” atinge o seu conhecimento, sentimento e vontade, não tem a capacidade de exercício:

¹ O elemento funcional do negócio jurídico era a realização dos interesses das partes, notadamente aqueles de ordem patrimonial (PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 24).

² Nas linhas de Karl Larenz, “O indivíduo só pode existir socialmente como personalidade quando lhe seja reconhecida pelos outros não apenas a sua esfera da personalidade e da propriedade, mas também quando, além disso, possa em princípio regular por si mesmo as suas questões pessoais e, na medida em que com isso seja afectada outra pessoa, possa regulamentar as suas relações com ela com carácter juridicamente obrigatório mediante um acordo livremente estabelecido” (LARENZ, Karl. *Derechos de obligaciones*, Tomo I, Trad. do espanhol de Jaime dos Santos Briz, Madrid: EDERSA. 1958, p. 65-66).

As causas de enfermidades psíquicas, a debilidade mental e defeitos psíquicos atingem o conhecimento, o sentimento e a vontade, de modo que o direito teve de atender a que o homem, pessoa física, nem sempre pode – como seria de esperar-se, se tal *quid* não existisse – manifestar conhecimento, sentimento e vontade. Donde ter-se de pré-excluir a imputabilidade e a validade dos atos jurídicos, se grave o déficit psíquico. Então, a incapacidade começa *ipso iure*, indo o direito brasileiro à atitude, até certo ponto radical, de excluir que os chamados *lucida intervalla* possam dar margem à imputação e à validade dos atos jurídicos. A respeito de tais pessoas, a interdição não é criativa da incapacidade absoluta: preexiste essa, e a interdição contém elemento de eficácia declarativa.

(...)

Contudo, o sistema jurídico brasileiro conhece distinção entre absolutamente incapazes, por falta de saúde ou integridade mental, e relativamente incapazes, para os quais só a interdição tem a consequência de fazer iniciar-se a incapacidade. Por mais difícil que seja traçarem-se limites entre elas, o direito brasileiro adotou a distinção. O que se tem por louco (= sem poder de determinar livremente a vontade de comunicar, com exatidão, as representações e os sentimentos), é absolutamente incapaz. O que não o é, ou é relativamente incapaz ou capaz.³

Para Pontes de Miranda, a falta de condições para o desempenho da atividade volitiva e cognoscitiva e não a sua “raiz patológica”, seria a razão justificadora da incapacidade absoluta. Mesmo assim, observa-se que a deficiência psíquica era usada para reduzir ou negar a capacidade de exercício, vez que era compreendida como a causa da incapacidade volitiva.

Para a distinção entre os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, tem-se de apreciar a atividade volitiva, cognoscitiva e sentimental de tais pessoas, e não as causas patológicas e as manifestações exteriores, visíveis, mas superficiais. O critério é o da eficiência da atividade de tais pessoas na vida. Por isso mesmo, os peritos apenas dizem o que observam e o que podem enunciar sobre o estado psíquico. Ao juiz, concluir, dizendo se há incapacidade e se a incapacidade é absoluta ou relativa. Tais pessoas têm de conduzir-se na vida, em relações de ordem patrimonial, moral e política. Daí a necessidade de ver-se até que ponto lhes seria prejudicial e à sociedade a capacidade.⁴

Na parte final da transcrição acima, Pontes de Miranda sustenta que a partir da apreciação da “eficiência” no desempenho das suas atividades de gestão patrimonial e pessoal, o juiz deveria decidir sobre eventual restrição à capacidade do sujeito, visando evitar a prejuízos a ele próprio e à sociedade. Sob essa perspectiva, a pessoa com

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, p. 208-209.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954, p. 208-209. Manteve-se a ortografia original.

deficiência psíquica sempre estaria na berlinda e qualquer deslize ou erro avaliativo que todos podemos cometer, já poderia ser interpretado como um resultado de sua falta de compreensão da realidade, justificando a restrição à sua capacidade de exercício. Afinal, o regime das incapacidades não se prestava apenas a tutelar a pessoa com deficiência, voltava-se também e em grande medida, à tutela dos interesses da família e da sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios da igualdade, liberdade, solidariedade e da dignidade delinearam uma cláusula geral de tutela que posicionou a pessoa humana no centro do sistema, reconhecendo a personalidade humana como verdadeiro valor jurídico. Nem por isso o Código Civil brasileiro, promulgado em 2002, lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002,⁵ trouxe mudanças substanciais ao regime das incapacidades.

O art. 3º do Código, considerou como absolutamente incapazes: os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e aqueles que, mesmo por causa transitória ou permanente, não podiam exprimir sua vontade. Entre os relativamente incapazes, catalogou: os maiores de 16 e os menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tinham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos (art. 4º.).

Conquanto haja realizado ajustes ao texto do Código anterior, manteve a deficiência como critério mitigador da capacidade civil, assim como a ideia de autonomia como um atributo insular do sujeito de direitos. Tocante aos absolutamente incapazes, substituiu a expressão “loucos de todo gênero” pela locução “enfermidade ou deficiência mental”, fazendo compreender a deficiência como uma doença, em virtude da qual se perdia a capacidade civil.

De modo mais direto, o Código Civil de 2002 apontou o discernimento como o cerne da capacidade civil. Com isso, alterou a opção do *status approach*, do CC1916, pelo *outcome approach*,⁶ passando a mensurar a capacidade civil da pessoa pela eficiência do resultado das suas escolhas. Sem o discernimento, ou seja, sem a aptidão mental ou competência volitiva autônoma, necessárias à eficiência das decisões, a pessoa era considerada absoluta ou relativamente incapaz.

5 Lei no.10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11/11/2021.

6 DANDHA, Amita. Legal Capacity in The Disability Rights in The Rights Convention: Stranglehold of The Past or Lodestar for The Future? 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007, p. 457.

Mas como mensurar essa aptidão? Caio Mário,⁷ dispunha que a ausência de parâmetros legais para fixar o que seria esse “necessário discernimento”, deixava a pessoa em uma situação de notável fragilidade ante à apreciação subjetiva dos outros, notadamente, do julgador. Não raro, o conteúdo do “necessário discernimento” era permeado por conceitos pessoais, morais ou religiosos que, eventualmente, visavam mais a um controle comportamental.⁸

Complexa e perigosa é a atividade de julgar o resultado da conduta para qualificação de uma pessoa como incapaz. O poder médico incorporado pelo personagem Simão Bacamarte, na obra *O alienista*, de Machado de Assis, qualificava a loucura sob os critérios mais variados.⁹

Consideravam-se incapazes, as pessoas que diagnosticadas com alguma deficiência, tomavam decisões “ineficientes”, na linguagem de Pontes de Miranda. Quando conduziam suas vidas de modo desassisado, segundo o juízo social de sua época.¹⁰ É o que ainda se faz em relação ao pródigo e ao alcóolic. Ilustrativamente, cite-se o exemplo atual de um jovem de 25 anos, residente no município de Goiânia (Goiás) que recusou o tratamento de hemodiálise, essencial à sua saúde e foi, por esta razão, submetido a curatela, mesmo quando o laudo pericial não lhe apontou qualquer déficit cognitivo para a realização daquela escolha.¹¹

O critério da abordagem funcional (*functional approach*) também foi adotado pelo Código Civil de 2002, pois na medida em que a pessoa não viesse a apresentar a hígida capacidade mental para compreender, discernir, raciocinar e decidir, por si, avaliando sozinha a conveniência e os efeitos das suas decisões, admitia-se a mitigação de sua capacidade de exercício. Mais uma vez, sem a autonomia individual o sujeito não será

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 32. ed., revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Gen Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 234-235.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.235.

⁹ A obra *O alienista* constitui uma sátira do literata brasileiro sobre a produção e as tipificações da loucura no século XIX. Põe em dúvida a “certeza” do discurso científico e a fragilidade da pessoa submetida a um poder incontrolável, seja ele político, jurídico ou científico (MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *O alienista*. São Paulo: FTD, 1994).

¹⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar*, Revista de Ciências Jurídicas, Vol. 23, n.2, 2018.

¹¹ Notícia veiculada pelo Jornal “Estadão”. Justiça determina interdição de jovem que recusa hemodiálise para morrer em Goiânia. Disponível em:<<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>>. Acesso em: 14/04/2018.

considerado juridicamente capaz de realizar escolhas informadas. E, uma vez que venha a necessitar de assistência, será submetido à curatela.

Em síntese, o tradicional regime de incapacidades que vigia no Brasil, antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146. de 06 de junho de 2015,¹² era marcado pela rigidez legislativa fincada na ficção jurídica que associava a deficiência à completa ausência de entendimento. A maioria dos casos de interdição instituía uma curatela total que lançava a pessoa ao *status* de absoluta incapacidade, sem sequer considerar quaisquer espaços nos quais ainda poderia se autodeterminar. Como ressalta Perlingieri,¹³ é possível que um sujeito com deficiência preserve competência para alguns atos. *In verbis*,

a falta de aptidão para saber entender não se configura como absoluta, apresentando, por mais das vezes, por setores ou por esfera de interesses, de modo que a incapacidade [*incapacità naturale*] construída, do ponto de vista jurídico, como noção permanente, geral e abstrata, pode se traduzir numa ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não responde à efetiva não-idoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para se orientar em alguns setores e não em outros.

Nessa mesma linha, Paulo Lobo¹⁴ e Gustavo Tepedino¹⁵ já defendiam a importância de se respeitarem a autonomia e a capacidade de exercício das pessoas com deficiência ou menores de 18 anos, quanto às decisões relativas às questões existenciais cujos efeitos estão aptas a compreender. Isso é o que sustenta a teoria da incidindibilidade da capacidade de exercício e da titularidade do direito relativamente às situações jurídicas subjetivas existenciais, tal como adotada por Pietro Perlingieri,¹⁶ Pasquale Stanzone¹⁷ e

¹² Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 780-781.

¹⁴ LOBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.204.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

¹⁷ STANZIONE, Pasquale. *Persona fisica. Diritto civile. In Diritto civile e situazioni esistenziali*. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Org.). Torino: Giappichelli, 1997.

Gaspare Lisella.¹⁸ No Brasil, são seus seguidores: Rafael Garcia Rodrigues,¹⁹ Ana Carolina Brochado Teixeira²⁰ e Rose Melo Vencelau Meireles.²¹

Sob o mesmo enfoque humanitário, Maria Celina Bodin de Moraes²² também destacava a inexorável integração entre os princípios da igualdade e da diversidade, para assegurar o respeito devido à pessoa com deficiência nas relações públicas e privadas.

3. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão: a viragem no Regime das Incapacidades

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) acompanhada do respectivo protocolo facultativo foi subscrita pela República Federativa do Brasil assinada sem reservas, e ratificada pelo Congresso Nacional Brasileiro, por meio do Decreto n.186/2008,²³ com o quórum qualificado de três quintos, nas duas casas legislativas, em dois turnos, conforme determina o art. 5º, §3º,²⁴ da Constituição Federal, para conferir ao documento a natureza de norma constitucional. Com vistas a evitar conflitos quanto ao procedimento formal de ratificação do tratado, o primeiro a ser aprovado com o quórum constitucional qualificado, o Presidente da República promulgou-o ainda pelo Decreto Presidencial n. 6.949/2009.²⁵

No Brasil, os tratados, em geral, são considerados normas supralegais, prevalecendo sobre as leis enquanto estiverem em vigor. Relativamente à CDPD houve a excepcionalidade de se lhe atribuir a natureza de norma constitucional, como acima referido. Ingressando na ordem jurídica interna como norma constitucional, a CDPD revogou o antigo regime das incapacidades e alguns outros dispositivos do Código Civil

¹⁸ LISELLA, Gaspare. Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali. *Rassegna di diritto civile*. Napoli, n. 3, 1982.

¹⁹ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

²⁰ TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out/nov, 2007.

²¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²² MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.93.

²³ BRASIL. Decreto legislativo no.186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

²⁴ CF/88, Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 167, jul/set/2005, p. 103.

que obstavam a inclusão participativa da pessoa com deficiência na vida familiar, social e política.

A mudança não foi percebida de imediato e os operadores jurídicos continuaram aplicando o velho regime. A título de exemplo, cite-se a notificação de *recusa de atribuição* formulada por um juiz da Comarca de São Bernardo do Campo (São Paulo) à Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo, alegando que o representante do Ministério Público daquela Comarca se negara a promover a ação declaratória de nulidade do casamento de pessoa com deficiência psíquica sob “interdição”. Em resposta, a Procuradoria de Justiça deu razão à recusa do promotor de justiça, com base na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência como fundamento jurídico – haja vista a garantia do casamento válido prevista no artigo 23, item 1, alínea *a*, do EPD.²⁶ Apesar de reconhecer os efeitos da CDPD, o parecer final do Procurador Geral de Justiça sequer menciona o art.12 e as mudanças havidas no plano da capacidade civil. Continua a tratar a pessoa como absolutamente incapaz e afirma que a sua *incapacidade* não se confunde com um impedimento matrimonial.²⁷

Após o advento da CDPD, o Congresso Nacional tratou de reformular um projeto de lei antigo que visava instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência.²⁸ Formou-se uma Frente Parlamentar Mista de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, composta por integrantes das duas casas legislativas – Senado Federal e Câmara dos Deputados, encarregada de discutir a matéria e apresentar uma versão mais adequada daquele projeto de lei ao escopo da Convenção.

Em 2012, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República criou um Grupo de Trabalho composto por seis representantes da Frente Parlamentar Mista, três membros do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seis juristas convidados, com o objetivo de analisar o PL n. 7.699/2003. Como resultado, este grupo apresentou, no ano seguinte, uma minuta de projeto substitutivo à Secretária, Deputada

²⁶ ARPEN-SP Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. Pessoa com deficiência mental pode casar, diz PGJ. Disponível: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 04/12/2020.

²⁷ CONJUR. Recusa de atribuição. Disponível em: <<https://conjur.com.br/dl/pessoa-deficiencia-mental-casar.pdf>>. Acesso em 12/12/2020.

²⁸ Originário do Senado Federal, sob o PLS no.6/2003, havia logrado aprovação e já estava na Câmara dos Deputados com o no.7.699/2006.

Federal Maria do Rosário, que, por sua vez, o remeteu aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.²⁹

Nomeada relatora do Projeto de Lei n. 7.699/2003 na Câmara dos Deputados, a Deputada Federal Marta Gabrilli (PSDP – SP), pessoa com deficiência física, deu forte visibilidade à minuta originária da Secretaria de Direitos Humanos, realizando ampla divulgação do seu inteiro teor nas mídias eletrônicas, em especial no portal *e-democracia*, criado para estimular a locução entre aquela casa legislativa e o público, em geral. Também realizou diversas audiências públicas em várias cidades do país, com o fim de ouvir o público interessado. A partir da minuta elaborada pelo grupo de trabalho da Secretaria de Direitos Humanos e das proposições catalogadas no amplo processo de divulgação e discussão, compilou um novo texto que foi submetido à votação pelo plenário da Câmara, no dia 05 de março de 2015. Por ocasião da votação, registraram-se a apresentação de nove emendas, das quais cinco lograram aprovação. Destacam-se a emenda de autoria do Deputado Eduardo Barbosa (PSDB-MG), que introduziu a tomada de decisão apoiada no texto do projeto; e a emenda proposta pelo Deputado Luís Henrique Mandetta (DEM-GO), para permitir à pessoa com deficiência, a possibilidade do exercício da guarda, tutela, curatela e adoção, em igualdade com as demais pessoas. Encerrada a votação, o projeto seguiu novamente para o Senado Federal, como um substitutivo da Câmara dos Deputados, recebendo o número 4/2015.

No Senado Federal, obteve recomendação favorável, sob a relatoria do Senador Romário de Souza Faria (PSB-RJ), recebendo, em junho do mesmo ano, a votação simbólica do Plenário. Sancionada e promulgada pelo Presidente da República, a Lei n. 13.146, de julho de 2015 ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a *vacatio legis* de 180 dias para a maior parte de suas normas, respeitadas as exceções dos arts.124 a 126. Irmanada à CDPD, a lei tem como objetivo primordial assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

4. O novo regime das incapacidades

Na leitura da Amita Dandha, a Convenção não seguiu qualquer dos critérios já citados – *status approach*, *outcome approach* e *funcional approach*, para mitigar a capacidade

²⁹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de C.; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

civil das pessoas com deficiência. Quaisquer desses critérios expõe a pessoa a uma condição limiar na qual a sua capacidade é sempre questionada, enquanto o objetivo da CDPD é afirmar a igual capacidade jurídica a todos.³⁰ Essas abordagens pressupõem a possibilidade de avaliação precisa do funcionamento da mente humana e servem a justificar a negação de direitos fundamentais àqueles que não são considerados “funcionais” ou “eficientes”, para usar o termo proposto por Pontes de Miranda.

Na perspectiva de Dandha, a abordagem funcional (*functional approach*) poderia atender à CDPD se a sua aplicação estivesse voltada à delimitação dos limites do apoio a ser dispensado à pessoa para a facilitação do exercício de sua capacidade jurídica. Do contrário, se for aplicado para o fim de modular ou suprimir a sua capacidade jurídica, fugirá o escopo da CDPD, conforme posicionamento do Comitê da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.³¹

Rotular a pessoa com a “incapacidade” pode trazer prejuízos irreparáveis ao seu desenvolvimento e constituir uma profecia “autorrealizável”.³² Lançada à condição de

³⁰ DANDHA, Amita. Legal Capacity in The Disability Rights in The Rights Convention: Stranglehold of The Past or Lodestar for The Future? 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007, p. 457.

³¹ O próprio Comitê da ONU também já se posicionou contrariamente a esses critérios. Assim leia-se: “En la Observación General No 1 el CteCDPD señala que: [...En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). *El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.* En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio...” Observación general No 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 15. (grifou-se)

³² Na tese de Amita Dandha, “Development of human capabilities enables human beings to undertake all the doings and functions required to live a complete human life. But such capability development can happen only if every human being is accorded the opportunity to so live life as to realize his or her own inner genius. In my understanding, it then follows that in order to enable an individual to develop such capabilities, it is important that such individual be presumed to have the capacity to do so. In a major piece detailing the side effects of the label of incompetence, Bruce Winck provides psychological insights on how individual personality development is affected by such labels. A label of incompetence can often play out as a self-fulfilling prophecy. Once a finding is reached that a person is incompetent to perform certain tasks, such person shall not be given any opportunity to engage in or learn those tasks. It follows from *Winck's* analysis that if a person is denied the opportunity to fulfill certain life activities, he or she fails to develop the capabilities required to perform those activities” (DANDHA, Amita. Legal Capacity in The Disability Rights in The Rights Convention: Stranglehold of The Past or Lodestar for The Future? 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007, p. 439).

incapaz, pode não se sentir estimulada a aprender e a desenvolver determinadas tarefas e uma vez que estiver privada do direito de decidir, será confinada à perene passividade. Para evitar esse destino é que a CDPD propôs uma ampla inclusão, pautada na mudança atitudinal da família, da escola, da sociedade e do Poder Público, para incentivar a pessoa a ter uma vida independente ou interdependente.

Para tanto, além da rede dos apoios sociais, a CDPD impôs aos Estados signatários a instituição de mecanismos formais de apoio ao exercício da capacidade jurídica em superação à tradicional representação assistencial e substitutiva de vontade.

Embora o EPD reproduza o mesmo espírito da CDPD e tenha reconhecido a capacidade jurídica plena da pessoa com deficiência, não logrou pôr um fim aos mecanismos de substituição de vontade. Paralelamente, uma lei que lhe é contemporânea – o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, manteve o instituto da interdição.

Em dois artigos específicos (art. 6º e art. 84),³³ o EPD dispôs que a deficiência não afeta a capacidade jurídica.³⁴ No art.6º, deixa claro o reconhecimento jurídico da capacidade jurídica da pessoa com deficiência, apontando, em rol exemplificativo, as relações jurídicas que pode estabelecer. Adiante, o art. 84 reitera que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.³⁵ Nos parágrafos desse artigo, porém, dispõe que, sendo

³³ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

³⁴ Na síntese de Heloisa Helena Barboza e Vítor Almeida, estabelecer a incapacidade civil de uma pessoa em razão de uma deficiência psíquica constitui flagrante discriminação que se finda com o EPD. *In verbis*, “De qualquer modo, na incapacidade absoluta reside uma forma de discriminação que finda com o Estatuto. A referência expressa no art. 30 do Código Civil à enfermidade ou deficiência mental induz presumir que em tais casos não há “normalmente” discernimento, situação que de fato nem sempre ocorre e que gera infundáveis discussões periciais, sempre em pre-juízo daquele que tem suas “faculdades mentais” questionadas. Para este, ainda que venha a ser considerado “apto” para a prática de atos da vida civil, restará sempre o estigma da “anormalidade” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vítor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 328).

³⁵ Na síntese de Tepedino e Oliva, “Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, a pessoa com deficiência afigura-se plenamente capaz. Nada obstante, ostenta especial vulnerabilidade que a lei busca debelar com a previsão de uma série de medidas que objetivam a sua inclusão social e a vedação da discriminação” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil*. Teoria geral do Direito Civil, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115).

necessário, será a pessoa submetida à curatela na forma da lei (§1º); e que lhe é facultada a adoção da tomada de decisão apoiada (§2º).

Uma leitura apressada dos dispositivos parece sugerir que a curatela e a tomada de decisão apoiada seriam ambas, modalidades de apoio. O primeiro, constituiria um apoio “mais intenso” como propõe o preâmbulo da Convenção, na alínea *j*. E o segundo, um apoio adequado àquele que ainda consegue erigir uma vontade, embora com o auxílio de terceiros. Mas na unidade do ordenamento jurídico brasileiro é possível concluir que a curatela não pode ser interpretada como um instrumento de apoio. A curatela continua a ser o revelho instituto que implica a mitigação da capacidade civil, com poderes substitutivos da vontade, a partir da conjugação do art. 1.767, inciso I com o art. 4º, inciso III, do Código Civil.³⁶

Flávio Tartuce³⁷ registra que o Estatuto da Pessoa com Deficiência causou uma revolução na teoria das incapacidades: excluiu a pessoa com deficiência do rol dos absolutamente incapazes, embora admitindo a sua inserção entre os relativamente incapazes, se estiver sob curatela. *In verbis*,

Eventualmente, as pessoas com deficiência podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4.º do Código Civil, também ora alterado. E mesmo em casos tais, não haveria propriamente uma ação de interdição, mas uma ação de instituição de curatela ou de nomeação de um curador, diante da redação dada ao art. 1.768 do Código Civil pelo mesmo Estatuto.³⁸

Complementa o autor, afirmando que, para assegurar a inclusão da pessoa com deficiência, o EPD primou pela dignidade-liberdade, deixando de lado a dignidade-vulnerabilidade. Nesse aspecto, assiste-lhe razão, se observarmos que a lei não foi

³⁶ Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.141.

³⁸ O autor sustenta que a “interdição” não seria adequada à CDPD, sendo mais apropriado falar-se em ação de instituição de curatela. Nas suas palavras: “Ademais, como consequência, não há que falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.141.).

criterosa quanto à dicção das salvaguardas para, de alguma forma, suprir ou administrar a falta das medidas protetivas que cercavam as pessoas absolutamente incapazes.³⁹

De toda sorte, importa-nos rememorar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência destaca a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, determinando que seja ela protegida de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante (art. 5º).⁴⁰ Por meio do conjunto de princípios que informam o escopo e o objetivo da CDPD e, conseqüentemente do EPD, parece possível elaborar soluções protetivas pela via jurisprudencial. Contudo, ressaltamos que a previsão legislativa seria uma alternativa mais segura e mais adequada às determinações impostas pela Convenção.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona também reiteram a mudança paradigmática promovida pelo EPD (LBI), no regime das incapacidades.⁴¹ Dizem, contudo, que embora haja reconhecido a plena capacidade da pessoa com deficiência, o EPD deixou uma “brecha” inconstitucional que permite a sua qualificação como relativamente incapaz na medida em que admite a sua submissão à curatela. A curatela instituída nos moldes do art. 1.767, inciso I, do Código Civil, a vista da eventual impossibilidade de manifestação volitiva, leva a pessoa curatelada ao *status* de incapacidade relativa.⁴²

³⁹ Em favor dos absolutamente incapazes, não correm os prazos prescricionais e decadenciais (art. 198, I e 202, CC/02); são nulos, os atos praticados pelos incapazes (art. 166, I, CC/02); os pais não podem, sem autorização judicial e oitiva do ministério público, gravar de ônus real ou alienar os imóveis dos filhos menores, tão pouco contrair obrigações em nome deles que não sejam essenciais à administração dos bens (art. 1691, CC/02); recobrar valor pago a título de dívida de jogo (art. 814, CC/02); salvo as exceções da lei (art. 589, CC/02, o mútuo feito a pessoa menor, sem a autorização dos pais não pode ser reavido (art.588, CC/02); ninguém pode reclamar o que pagou a um incapaz, em virtude de uma obrigação anulada, se não provar que a importância paga se reverteu em benefícios para ele (art. 181, CC/02); havendo interesse de incapaz, a partilha tem que ser judicial, sendo a partilha amigável judicial ou extrajudicial (art. 2.015, CC/02); presença do ministério público como fiscal da lei nas ações que envolvem interesse de incapaz (art. 178, CPC/15). Vale a reflexão de Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia, em dois artigos distintos nos quais abordam temas das invalidades negociais e da prescrição e decadência, envolvendo pessoa com deficiência intelectual/psíquica (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 5, n. 1, 2016; SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. *Pensar*, n. 22, 2017).

⁴⁰ Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015: “Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no *caput* deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência”.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 143 e segs.

⁴² Na explicação dos autores: “E pior: uma brecha inconstitucional e autofágica, pois, além de ferir mortalmente a Convenção de Nova York, teria o condão de desmantelar a pedra fundamental do próprio Estatuto, que, com isso, destruiria a si mesmo. O cenário desenhado seria absurdo: desrespeitando-se flagrantemente o comando constitucional do art. 12 da Convenção e, ainda, em rota de colisão com os arts. 6º e 84 do Estatuto, as pessoas com deficiência, a despeito de contempladas com um novo conceito de capacidade legal, caso não pudessem exprimir vontade, seriam reputadas ‘relativamente incapazes’. Houve, sem dúvida, um ‘erro topográfico’, na localização do texto do inciso III do art. 4º do Código Civil. E é papel do intérprete corrigi-lo, e não amplificá-lo” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 143 e ss.).

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald são assertivos em afirmar que a revisão da teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência exclui a possibilidade de mitigação da capacidade jurídica em virtude de eventual limitação psíquica ou intelectual. Afirmam que

as pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual foram oportunamente, removidas do rol dos absoluta e dos relativamente incapazes, estando libertas do regime da curatela, pela via de uma ação de interdição (atente-se para o nome: interdição de direitos). Não mais se cogita de incapacidade jurídica, relativa ou absoluta, decorrente de uma deficiência física, intelectual ou mental, por si só”.⁴³

Para tais autores,⁴⁴ relegar uma pessoa à incapacidade absoluta para a prática de quaisquer atos da vida civil seria ferir a proteção jurídica que lhe é dedicada pelo sistema jurídico brasileiro.⁴⁵⁻⁴⁶ Porém, se em virtude de causa temporária ou permanente, essa pessoa não puder manifestar a sua vontade por qualquer meio, poderá ser considerada com o *status* de incapacidade relativa.

Frise-se à exaustão: o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que a impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens ou de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução.⁴⁷

⁴³ Corretamente, o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder manifestar a sua vontade claramente, a ponto de justificar a curatela. O ser humano não mais será reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador de patologia psíquica. Exatamente por isso, o Tribunal de Justiça bandeirante indeferiu o pedido de curatela de um portador de esquizofrenia, considerando que o laudo médico, embora tivesse constatado a doença, afirmou que a pessoa apresentava evolução e tinha discernimento para gerir a sua própria vida” (FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte Geral e LINDB. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020. v. 1, p. 392).

⁴⁴ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte Geral e LINDB. 18. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020. v. 1, p.401.

⁴⁵ No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que é necessária a anúncia do menor acima de doze anos para a sua colocação em uma família substituída pela guarda, tutela ou adoção (art.28, § 2º). No mesmo sentido é o art. 45, § 2º, da referida lei, vinculando a adoção do adolescente maior de doze anos à sua anuência. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20/12/2021. Cita-se, por oportuno, o Enunciado 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil - Conselho de Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça, sobre a interpretação do art.3º, do Código Civil: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. i do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”, o que se pode mostrar bastante razoável, notadamente em matéria de Direito de Família.

⁴⁶ Nessa medida, sustentamos, inclusive, que a criança e o adolescente com capacidade cognitiva necessária à manifestação volitiva hígida devem ter as suas escolhas existenciais respeitadas. (MENEZES, Joyceane Bezerra; MULTEDO, Renata Vilela. Autonomia ético-existencial do adolescente sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Disponível em: < <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/48> >. Acesso em 12/12/2020).

⁴⁷ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte Geral e LINDB. 18ª. Ed, Vol. 1, Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p.198.

A última frase transcrita mostra o apego que a doutrina mantém à autonomia insular e independente, tal como anunciada por Karl Larenz (nota de rodapé n. 2). Talvez por isso o modelo assistencial substitutivo de vontade ainda não cedeu espaço ao modelo de apoio pautado na autonomia interdependente, determinado pelo EPD.

5. A difícil passagem do sistema substitutivo de vontade para o sistema de apoio

A interdição continua presente no novo Código de Processo Civil, de 2015 (art. 757 e seguintes).⁴⁸

Em 2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo, corte que exerce forte influência sobre as demais, considerou que, desde o advento do EPD, a “regra é a incapacidade relativa”:

APELAÇÃO CÍVEL. Interdição. Curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência. A regra passou a ser a incapacidade relativa, mercê da releitura da teoria das incapacidades trazida pelo Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, que introduziu mudanças substanciais em relação à curatela, instituto que busca garantir os interesses e a proteção da dignidade da pessoa humana com deficiência. O laudo médico que, no caso presente, confirma a incapacidade decorrente da esquizofrenia e do alcoolismo, circunstâncias que afastam sua capacidade negocial e para os atos patrimoniais da vida civil, mas também ressalta que o curatelado mantém a autonomia e o diálogo para as demais questões civis de natureza pessoal. Incapacidade absoluta afastada. Reconhecimento da incapacidade relativa e apenas para os atos negociais e patrimoniais, na forma do artigo 4º, inciso III, do Código Civil c./c. artigos 84, § 1º e 85 da Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência). Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AC: 10127200220178260223 SP 1012720-02.2017.8.26.0223, Relator: Des. José Eduardo Marcondes Machado, julg. em 30/09/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, publ. em 30/09/2020). (Grifou-se).

Esta decisão foi proferida cinco anos após relatório do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, elaborado em 2015, indicar como ponto negativo para o Brasil,

⁴⁸ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 20/12/2020. Há um projeto de lei, tramitando na Câmara dos Deputados que impõe a revogação da interdição – o PL no.11.091/2019.

a manutenção de mecanismos substitutivos de vontade, tanto na legislação como na jurisprudência.⁴⁹

Ainda que o EPD e o CPC tenham revisitado alguns aspectos da curatela para aproximá-la dos objetivos da Convenção, o instituto continua sendo aplicado como medida de interdição substitutiva de vontade. Com efeito, o próprio CPC, promulgado em 2015, manteve o termo “interdição”, o qual, por si só, suscita a supressão de direitos.⁵⁰

Nas disposições do Código Civil, estão sujeitos à curatela (art.1.767): a) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e c) os pródigos. E como já referido, “as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” são consideradas no art. 4º, inciso III, do mesmo Código, como relativamente incapazes. Assim, aquele que estiver sob curatela – o interdito –, passará ao *status* de relativamente incapaz.

Embora a curatela/interdição esteja associada à total incapacidade volitiva e constitua uma medida extraordinária e *in extremis* (art. 84, §3º, EPD), as pessoas com deficiência psíquica/intelectual têm sido a ela submetida sem parcimônia, até mesmo em casos de limitação cognitiva moderada.

Há até mesmo decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo determinando a interdição total com atribuição de incapacidade absoluta. Na origem, tratou-se de ação de interdição proposta pelo pai de uma jovem com esquizofrenia paranoide. O laudo pericial afirmou a completa incapacidade mental da moça e a sentença determinou a sua interdição com a declaração de incapacidade absoluta. O pai recorreu ao Tribunal,

⁴⁹ Diz o relatório, “24. Preocupa al Comité que algunas leyes del Estado parte sigan contemplando, en ciertas circunstancias, la sustitución en la adopción de decisiones, que es contraria al artículo 12 de la Convención, tal como se explica en la observación general núm. 1 del Comité (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. También le preocupa que los procedimientos de apoyo para la adopción de decisiones requieran aprobación judicial y que no primen la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. 25. El Comité insta al Estado parte a que derogue todas las disposiciones legales que perpetúen el sistema de la sustitución en la adopción de decisiones. También le recomienda que adopte, en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad y otros proveedores de servicios, medidas concretas para reemplazar el sistema basado en la adopción de decisiones sustitutiva por otro basado en el apoyo a la adopción de decisiones que privilegie la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en plena conformidad con el artículo 12 de la Convención. Le recomienda además que mantenga debidamente informadas sobre el nuevo marco legal a todas las personas con discapacidad que se encuentren bajo custodia, y que garantice en todos los casos el ejercicio del derecho al apoyo para la adopción de decisiones. NACIONES UNIDAS, CRPD/C/BRA/CO/1, Observaciones finales sobre el informe inicial del Brasil. Disponible em: < <http://acnudh.org/comite-onu-sobre-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-emitio-informe-sobre-brasil/>>. Acesso em: 12/01/2021.

⁵⁰ Projeto de Lei no.11.091/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados, propõe a revogação dos dispositivos que tratam da interdição.

inconformado com a declaração da incapacidade absoluta da curatelanda, para pleitear a sua reversão para incapacidade relativa. O TJSP negou provimento ao recurso e confirmou a sentença, justificando a interdição total e incapacidade absoluta com base nas informações contidas no laudo pericial. Fundamentou a decisão no art. 85, do EPD, cujo teor informa que a curatela deve ser proporcional à necessidade da pessoa. Compreendeu o julgador que, se esta não demonstrar qualquer capacidade mental, a curatela deve ser total, tanto para as relações patrimoniais como para as existenciais.

INTERDIÇÃO. Autor que pretende a interdição de sua filha e a sua nomeação com curador d. Sentença de procedência. Declaração de incapacidade absoluta da requerida e nomeação de curador para todos os atos da vida civil. Apelo do autor. Laudo psicossocial que evidencia a total incapacidade da ré para gerir os atos da vida civil, não se limitando apenas àqueles de natureza patrimonial ou negocial. Medida protetiva extraordinária que se encontra satisfatoriamente justificada diante das necessidades da requerida (art. 84, § 3º, da Lei nº 13.146/15 e arts. 1767 e ss. do CC) as quais ultrapassam os limites do art. 85 da Lei da Inclusão. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP. 7ª Câmara de Direito Privado, AC: 10121815220188260562 SP 1012181-52.2018.8.26.0562, Rel. Des. Mary Grün, julg. em 27/02/2020, publ. em 27/02/2020).

Talvez em virtude da sua localização topográfica no EPD,⁵¹ prevista no parágrafo primeiro do art.84, cujo *caput* reitera a capacidade jurídica da pessoa com deficiência, a

⁵¹ EPD, Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

curatela tem sido compreendida, por alguns juristas brasileiros como se fora um instrumento de apoio mais intenso.⁵²

Todavia, um instrumento de apoio não se presta a negar a capacidade jurídica nem tampouco a funcionar de modo a substituir a vontade do apoiado (ver n. 49).⁵³ Em 2017, ao responder à OEA sobre o cumprimento da Convenção Interamericana para a

⁵² Assim, entendem Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida listam a curatela e a tomada de decisão apoiada como instrumentos de apoio. De fato, na dicção do EPD, a curatela parece ter sido indicada com essa função. Em suas palavras, “Quando não puder exercer pessoalmente seus direitos, em igualdade de condições com as demais pessoas, poderá a pessoa com deficiência receber – quando necessário – apoio através do instituto da curatela, objeto deste capítulo II, ou da tomada de decisão apoiada, regulamentada pelo art. 1.783-A, inserido no CC pelo art. 116 do EPD. De acordo com o §2º do artigo em análise, a adoção de processo de tomada de decisão apoiada é facultada à pessoa com deficiência, que atenda os requisitos para tanto.” (BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA FILHO, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2018, p.296). V. a decisão do Tribunal de Justiça do Ceará: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INTERDIÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015) QUE PREVÊ O CABIMENTO DA CURATELA QUANDO NECESSÁRIO. RÉU PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. LAUDO PERICIAL E RELATÓRIO PSICOSSOCIAL QUE ATESTA A INCAPACIDADE PARCIAL DO INTERDITANDO. HIPÓTESE DE INCAPACIDADE RELATIVA DEVIDO À CAUSA PERMANENTE. CURATELA QUE SE MOSTRA NO CASO CONCRETO MEDIDA DE APOIO NECESSÁRIA, LIMITADA À PRÁTICA DE ATOS PATRIMONIAIS E NEGOCIAIS. INTERDIÇÃO PARCIAL CONCEDIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Os institutos da interdição e da submissão dos interditos à curatela se destinam à proteção daqueles que, embora maiores, não apresentem condições mínimas de regência da própria vida e da administração de seu patrimônio, conforme dispõe o art. 1.767 do Código Civil. 2. Até a aprovação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), tinha como causa determinante de interdição a pessoa ser acometida por moléstia mental ou psiquiátrica e, em consequência, eram vistas como incapazes, impossibilitadas ou inabilitadas, por completo, para gerir os próprios bens e praticar os demais atos da vida civil. Com a entrada em vigor do referido Estatuto, foi criado um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis. 3. Dessa forma, no caso de incapacidade para a prática direta dos atos da vida civil, a solução consiste na nomeação de curador, preservando o exercício dos direitos do cidadão. 4. Com efeito, os documentos produzidos nos autos e aqueles trazidos pela promovente são unânimes em identificar que o requerido sofre de Esquizofrenia, e que esta o incapacita para a prática de diversos atos da vida civil, especialmente durante as crises. Por outro lado, sendo bem assistido e diante do tratamento medicamentoso, é possível que em períodos da vida seja capaz de realizar atividades do cotidiano. 5. Por óbvio, o uso contínuo de medicamentos antipsicóticos contribuiu para a melhora clínica do portador desse transtorno. No entanto, é forçoso reconhecer que há uma causa permanente que incapacita o paciente esquizofrênico para a prática de certos atos civis, uma vez que a esquizofrenia é uma doença neuroquímica incurável cujas sequelas acompanham seu portador durante toda a sua vida. 6. À vista disso, compreendo que a curatela é medida a ser adotada no presente caso, tendo em vista que o requerido sempre alternará momentos em que terá dificuldade para gerir os atos de sua vida. 7. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Membros da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em conhecer do Recurso de Apelação, para dar-lhe PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator. Fortaleza, 16 de setembro de 2020. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO Relator (TJ-CE - AC: 00018245020158060058 CE 0001824-50.2015.8.06.0058, Relator: FRANCISCO MAURO FERREIRA LIBERATO, Data de Julgamento: 16/09/2020, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 17/09/2020).

⁵³ Joyceane Bezerra de Menezes entendia que a LBI havia alterado a curatela para nela imprimir a feição de instrumento de um apoio mais intenso, tal como previsto na alínea J do Preâmbulo da CDPD (O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. *In Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 390). Contudo, a considerar as restrições apontadas pelos relatórios do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU quanto à aplicação da curatela substitutiva de vontade, passou a concluir que tal instrumento acaba escapando ao perfil funcional do apoio. Ademais, nos termos do relatório apresentado pelo Estado Brasileiro à Organização dos Estados Americanos sobre as medidas de eliminação da discriminação contra as pessoas com deficiência, o próprio país afirmou só haver instituído um mecanismo de apoio formal ao exercício da capacidade: a tomada de decisão apoiada (vide nota de rodapé n. 55).

Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência (CIADDIS), o Estado brasileiro apontou a tomada de decisão apoiada como o único instrumento de apoio disponível no ordenamento,⁵⁴ excluindo, portanto, a hipótese da curatela como sendo espécie de tal instrumento.

Infelizmente, porém, o instituto da tomada de decisão apoiada, genuíno instrumento de apoio previsto pelo art. 116 do EPD, ainda não foi devidamente encampado pela sociedade brasileira. Com efeito, ainda há preferência excessiva pela curatela.⁵⁵ Tal preferência justifica-se tanto pelo fato de a curatela facilitar o acesso a benefícios assistenciais e previdenciários, como pela maior proteção que oferece ao patrimônio pessoal e familiar.⁵⁶

6. Tomada de decisão apoiada

O instrumento da tomada de decisão apoiada foi previsto pelo art.116 do EPD que determinou a inserção do art. 1.783-A e parágrafos no Código Civil,⁵⁷ que traz a sua regulamentação. Segue a *ratio* da Convenção que reconhece a liberdade, a autonomia e a independência das pessoas com deficiência para realizarem as suas próprias escolhas, atribuindo-se-lhes a capacidade jurídica, em igualdade de condições com as demais, ainda que seja necessário assegurar-lhes algum tipo de apoio (art. 12, item 2, CDPD).

⁵⁴ BRASIL. Informe nacional sobre o cumprimento da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência (CIADDIS) e do Programa de Ação para o Decênio das Américas pelos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência (PAD). Disponível: <https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/documentos/discapacidad/CIADDIS-PAD_INFORMES-CUMPLIMIENTO/Segundo-Informe_CIADDIS-PAD/INFORMES/BRASIL.pdf>. Acesso em: 21/12/2021.

⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015), *In Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL*, Vol. 9, n. 3, 2016.

⁵⁶ Para Nelson Rosenthal, “a coletividade se sente mais segura por neutralizar a atuação de uma pessoa sem discernimento no trânsito social. Igualmente o núcleo familiar evita que o curatelado possa colocar em risco o patrimônio comum (ou futuro)” (ROSENTHAL, Nelson. Novas reflexões sobre a tomada de decisão apoiada: como conciliar autonomia, cuidado e confiança. *In Revista do IBDFAM*. Famílias e sucessões, Vol. 20, IBDFAM, Belo Horizonte, 2017, p. 59).

⁵⁷ A tomada de decisão apoiada foi introduzida ao PL no.7.699/2006, por meio da Ementa de Plenário no.05/2014, assinada pelo então Deputado Federal mineiro, Eduardo Barbosa (PSDB), sugestão acatada pela relatora do projeto naquela Casa, Deputada Federal Mara Gabrilli (PSDB-SP) e aprovada pela unanimidade dos votos dos presentes. Na justificativa apresentada pelo Deputado, tem-se a menção expressa ao art.18, da Convenção que evoca a necessidade de se estruturarem mecanismos aptos a realização da máxima autonomia da pessoa. *In verbis*: “No caso da pessoa com deficiência, muitas vezes em razão de impedimentos corporais ou de barreiras socioambientais, é preciso buscar apoio de forma mais explícita. Nesse contexto, para possibilitar à pessoa com deficiência o exercício pleno de seus direitos de cidadania, a CDPD declara expressamente a possibilidade de obtenção de apoio, sem que essa relação de dependência caracterize inferioridade em relação às demais pessoas. Fundamentada nos princípios gerais que a norteiam, entre os quais se destacam a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e o respeito pela diferença, a Convenção inova no art. 12 ao asseverar que todas as pessoas com deficiência têm capacidade legal, inclusive para exercer seus direitos e cumprir seus deveres” (Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXX, no.31, 06 de março de 2015, p. 163).

Infelizmente, porém, passados seis anos do advento do EPD, o instituto não logrou alcançar aceitação na ordem jurídica brasileira, a qual não acolheu a determinação de atribuir plena capacidade civil às pessoas com deficiência. Aposta-se na curatela como instrumento protetivo e neutralizador da atuação da pessoa cujo “discernimento” é inexistente ou duvidoso, preferindo a proteção do seu patrimônio, da sua família, e do próprio indivíduo ao incentivo de sua autonomia e capacidade.⁵⁸

No entanto, a tomada de decisão apoiada é uma modalidade de acordo judicial de apoio que, sem restringir a capacidade jurídica da pessoa apoiada, oferece-lhe o suporte necessário ao exercício de suas escolhas e tomadas de decisões no âmbito dos interesses existenciais e patrimoniais.⁵⁹⁻⁶⁰ Nesse aspecto, difere da curatela a qual não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º).

A legitimidade para requerer a homologação judicial do acordo de apoio é da própria pessoa com deficiência,⁶¹ representada judicialmente por um advogado público ou privado, seguindo o rito da jurisdição voluntária. Critica-se a opção legislativa pela via judicial, em virtude da recente desjudicialização de alguns procedimentos de direito de família, como o divórcio e a separação administrativos, o usucapião familiar e o reconhecimento da filiação sócio-afetiva.

Além de discriminar o objeto do apoio, o termo indicará ainda o prazo de sua vigência e os apoiadores que serão, no mínimo, duas pessoas da confiança do apoiado. Os apoiadores assinarão o termo, assumindo o compromisso de respeitar a vontade, os direitos e os interesses da pessoa apoiada (art. 1.783-A, §1º).

Sobre o pedido, o juiz ouvirá o Ministério Público e pessoalmente, com o auxílio de equipe multidisciplinar, ouvirá o requerente e os apoiadores indicados. Ao final, poderá homologar o termo de tomada de decisão apoiada, sem a necessidade de mandar averbar

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. Novas reflexões sobre a tomada de decisão apoiada: como conciliar autonomia, cuidado e confiança. *Revista do IBDFAM*. Famílias e sucessões, vol. 20, IBDFAM, Belo Horizonte, 2017, p.59.

⁵⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015), *In Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL*, Vol. 9, n. 3, 2016.

⁶⁰ LOURENÇO, Haroldo. *Manual de direito processual civil*. Forense: São Paulo, 2013, p.61.

⁶¹ VIII Jornada de Direito Civil (CJF/STJ), enunciado 639: “Art. 1.783-A: A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores”.

qualquer informação sobre o fato nos registros pessoais da pessoa apoiada como se exige quando é fixada a curatela.⁶²

Parece-nos ter havido excesso na legislação brasileira ao exigir-se a via judicial para o estabelecimento da tomada de decisão apoiada. Sendo o apoiado dotado de capacidade jurídica plena, não há razão para se impedir a homologação de tal tipo de apoio por meio de escritura pública, a exemplo do que autoriza a legislação peruana.⁶³ Outro excesso evidente está na exigência legal de participação do Ministério Público para a constituição da medida. A considerar-se a competência institucional do órgão, sua intervenção processual como fiscal limita-se àqueles casos nos quais se vislumbram interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (art. 178 do Código de Processo Civil).⁶⁴

Como o instituto da tomada de decisão apoiada não serve a substituir qualquer vontade, e a lei tampouco menciona eventual possibilidade de assistência ou de representação, o apoio à prática dos atos da vida civil não esvazia a participação ativa da própria pessoa com deficiência. Nada obsta que, nos termos do apoio, o apoiador seja participe do processo de construção e expressão da vontade negocial. Nesse ponto, a decisão apoiada legitima uma autonomia interdependente em contraponto àquela autonomia insular prevista originalmente na lei como pressuposto da capacidade civil plena.

E uma vez que a tomada de decisão apoiada não mitiga a capacidade civil da pessoa apoiada, esta poderá firmar negócios jurídicos sem a presença do apoiador. Se não dispuser da capacidade mental para, por si só, compreender os efeitos de sua escolha, o

⁶² Para uma análise mais detalhada acerca desse procedimento indica a leitura do texto: MENEZES, Joyceane B. 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. 13.146/2015). MENEZES, Joyceane B. *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A curatela como instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência intelectual*. 2017. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); PEREIRA, Jacqueline Lopes. Tomada de decisão apoiada e a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. 2018. 152 f. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR).

⁶³ Decreto legislativo no.1384, que reconhece e regula a capacidade jurídica das pessoas com deficiência em igualdade de condições.

⁶⁴ Art. 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.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

questionamento sobre a validade de tais negócios após a sua celebração será uma tarefa mais difícil⁶⁵ que perpassará a apreciação do judiciário.

Ainda que a decisão apoiada tenha validade e efeitos sobre terceiros, como dispõe o art.1.783-A, § 4º, a falta de publicidade acerca de sua homologação inviabiliza a ciência do apoio pelos possíveis interlocutores contratuais. E assim, não terão como avaliar, salvo pela própria observação pessoal, o estado de vulnerabilidade da pessoa com quem estarão contratando.

Por outro lado, uma vez que tiverem ciência da existência de apoio, poderão solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo que estiver sendo firmado com a pessoa apoiada.

Se o apoiador divergir do apoiado quanto à celebração de determinado negócio jurídico, por entender que trará relevante risco ou prejuízo à sua pessoa ou ao seu patrimônio, deverá comunicar o fato ao mesmo juiz que homologou a tomada de decisão apoiada. Caberá ao juiz, recebendo a oposição, ouvir o Ministério Público e decidir sobre a questão. A lei não diz se ouvirá a pessoa apoiada, mas parece certo que deverá fazê-lo em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sendo negligente o apoiador, não cumprindo suas obrigações fiduciárias ou se exercer pressão indevida em face do apoiado, a pessoa apoiada poderá comunicar o fato ao juiz. A denúncia deste fato também poderá ser feita por qualquer pessoa ao Ministério Público ou diretamente ao juiz, pois conforme dispõe o EPD, a pessoa com deficiência deverá ser protegida de toda forma de negligência, violência ou abandono (art. 5º). Comprovada a desídia, o apoiador poderá ser destituído, sem prejuízo de eventual e ulterior reparação de dano.

O apoiador também poderá pedir ao juiz para ser excluído daquele processo de tomada de decisão apoiada. Após a oitiva do Ministério Público, o juiz decidirá. À tomada de decisão apoiada aplica-se, no que couber, as mesmas disposições relativas à tutela e à curatela, inclusive quanto à prestação de contas.

⁶⁵ Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva analisaram o tema das invalidades negociais, considerando as hipóteses de comprometimento da capacidade mental das pessoas com deficiência (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 5, n. 1, 2016).

Uma vez que a pessoa apoiada conserva a sua capacidade civil, também poderá pedir, a qualquer tempo, o encerramento da tomada de decisão apoiada e o juiz decidirá após oitiva do Ministério Público.

Tramita no Senado Federal um projeto de lei de no.11.091/201966 que visa alterar o EPD e o Código Civil, trazendo significativas modificações para a tomada de decisão apoiada. Grosso modo, o projeto tem a pretensão de alinhar o Código Civil e Código de Processo Civil ao escopo da CDPD, estabelecendo uma vulnerabilidade presumida da pessoa com deficiência que estiver sob tomada de decisão apoiada, conferindo-lhe a mesma proteção dispensada à pessoa relativamente incapaz. O projeto altera a redação do art. 1.783-A e parágrafos, do Código Civil, e estabelece novas disposições sobre o processo de tomada de decisão apoiada, alterando ainda a legislação processual. Dentre as mudanças propostas, exige-se que o instrumento de apoio indique as hipóteses em que a participação dos apoiadores é indispensável à validade do ato e a obrigatoriedade do registro da sentença que homologa o acordo de tomada de decisão apoiada.

7. Conclusões

Uma vez que assinou e ratificou a CDPD, o Estado brasileiro implementou diversas políticas públicas voltadas para a inclusão das pessoas com deficiência. Também promulgou uma lei voltada a realização do escopo convencional, inclusive, revogando dispositivos do Código Civil que adotavam a deficiência como critério redutor da capacidade. Para facilitar o exercício da capacidade civil, instituiu a tomada de decisão apoiada e realizou mudanças no instituto da curatela, tradicionalmente havido como a única alternativa possível àqueles que sofriam déficit moderado ou severo na sua capacidade mental.

A CDPD não gerou a mudança esperada no âmbito das relações privadas nacionais. Somente com o advento do EPD, os civilistas se deram conta da guinada paradigmática no plano das capacidades. Mesmo assim, não se conseguiu ainda implementar uma mudança completa.

Isto porque a ideia de autonomia que lastreia a capacidade jurídica não foi alterada no imaginário social, político e jurídico. E com isso, a afirmação da capacidade da pessoa com deficiência torna-se apenas retórica.

⁶⁶ Projeto de Lei n. 11.091/2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/>>. Acesso em 04/11/2020.

O instituto da curatela continua a ser utilizado como a única forma de tratar dos direitos daquele que por motivo da deficiência não logrou condições de decidir por si só sobre aspectos relevantes da sua vida civil. Expressiva maioria dos casos nos quais a pessoa sofre de deficiência moderada, inclusive, vem resultando em curatela com poderes de assistência ou representação. A tomada de decisão apoiada, que não altera a capacidade jurídica e, por isso, não implica em assistência ou representação, não tem sido utilizada.

Há visível apego à compreensão da autonomia como um atributo insular do sujeito que se pretende capaz. E é muito provável que uma pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica venha a necessitar do suporte de terceiros para consolidar a sua vontade na formação de determinados negócios jurídicos.

Na prática, a capacidade mental mantém-se vinculada à capacidade jurídica, e resvala na restrição ao reconhecimento da capacidade de exercício. Não se admite ainda a ideia de autonomia na interdependência que é a premissa do sistema de apoios. Os dispositivos da CDPD e do EPD são citados de modo meramente retórico nas decisões judiciais que, por sua vez, versão quase sempre sobre a curatela. Há tribunais que chegam a afirmar que após o EPD, a regra é aplicar-se a capacidade relativa para a pessoa com deficiência. Ao cabo e ao fim, apesar das observações do Comitê da ONU, no relatório datado de 2015, o Brasil ainda mantém o sistema substitutivo de vontade e não abandonou os critérios redutores da capacidade vinculados à deficiência.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A curatela como instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência intelectual*. 2017. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ARPEN. Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo. *Pessoa com deficiência mental pode casar, diz PGJ*. Disponível: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 04/12/2020.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA FILHO, Vitor. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2018.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Informe nacional sobre o cumprimento da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência (CIADDIS) e do Programa de Ação para o Decênio das Américas pelos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência (PAD). Disponível: <<https://www.oas.org/>>. Acesso em: 21/12/2021.

DANDHA, Amita. Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *34 Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2020.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1, 18. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

LARENZ, Karl. *Derechos de obligaciones*. Tomo I, Trad. de Jaime dos Santos Briz. Madrid, 1958.

LISELLA, Gaspare. *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*. Rassegna di diritto civile: Napoli, n.3, 1982.

LOBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOURENÇO, Haroldo. *Manual de direito processual civil*. Forense: São Paulo, 2013.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *O alienista*. São Paulo: FTD, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3º do art. 50 da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 167, jul/set/2005, p. 103.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane B. 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. 13.146/2015). MENEZES, Joyceane B. *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. Texto também publicado na *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL*, Vol. 9, n.3, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil – RBDCIVIL*, vol. 9, n. 3, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. *Direito da pessoa com deficiência intelectual e psíquica nas relações privadas*. Org. MENEZES, Joyceane Bezerra. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade. *Pensar*, Revista de Ciências Jurídicas, Vol. 23, n. 2, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra; MULTEDO, Renata Vilela. Autonomia ético-existencial do adolescente sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado. *A & C*, Revista de Direito Administrativo e Constitucional.

NACIONES UNIDAS, CRPD/C/BRA/CO/1, Observaciones finales sobre el informe inicial del Brasil. Disponível em: <<http://acnudh.org/comite-onu-sobre-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-emitio-informe-sobre-brasil/>>. Acesso em: 12/01/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, 27ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. *Tomada de decisão apoiada e a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual*. 2018. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsóí, 1954.

PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de C.; LARA, Mariana Alves (Organizadores). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSENVALD, Nelson. “Novas reflexões sobre a tomada de decisão apoiada: como conciliar autonomia, cuidado e confiança”. *Revista do IBDFAM*. Famílias e Sucessões, Vol. 20, IBDFAM, Belo Horizonte, 2017.

STANZIONE, Pasquale. *Persona fisica*. Diritto civile. In *Diritto civile e situazioni esistenziali*. AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale (Org.). Torino: Giappichelli, 1997.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 5, n. 1, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. *Pensar*. Fortaleza: UNIFOR, n. 22, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEIXEIRA, Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*. Rio de Janeiro, n.0, p.61-65, out/nov, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do Direito Civil*. Teoria geral do Direito Civil, volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

civilistica.com

Recebido em: 16.2.2021

Publicação a convite.

Como citar: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-capacidade-civil-e-o-sistema-de-apoios/>>. Data de acesso.