

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ISABELA ORTOLAN BASTIAN

**A CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DA TUTELA
INSTITUCIONAL A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

CURITIBA

2016

ISABELA ORTOLAN BASTIAN

**A CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DA TUTELA
INSTITUCIONAL A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroutlhs Cortiano Júnior

CURITIBA

2016

"Deficiente" é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.

"Louco" é quem não procura ser feliz com o que possui.

"Cego" é aquele que não vê seu próximo morrer de frio, de fome, de miséria, e só tem olhos para seus míseros problemas e pequenas dores.

"Surdo" é aquele que não tem tempo de ouvir um desabafo de um amigo, ou o apelo de um irmão. Pois está sempre apressado para o trabalho e quer garantir seus tostões no fim do mês.

"Mudo" é aquele que não consegue falar o que sente e se esconde por trás da máscara da hipocrisia.

"Paralítico" é quem não consegue andar na direção daqueles que precisam de sua ajuda.

"Diabético" é quem não consegue ser doce.

"Anão" é quem não sabe deixar o amor crescer.

E, finalmente, a pior das deficiências é ser miserável, pois:

"Miseráveis" são todos que não conseguem falar com Deus.

DEFICIÊNCIAS (Mario Quintana)

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Eroutlhs Cortiano Júnior, pelo apoio e auxílios incondicionais sempre presentes e que foram fonte de inspiração e compreensão em todos os momentos, principalmente nos mais difíceis, e por ter aceitado assumir este desafio em última hora.

A Galanni e a Rafaele pelo auxílio e paciência na hora mais crítica. Finalmente, a Deus, que não me abandonou, e a minha mãe, cujo amor, dedicação e persistência me fizeram seguir em frente quando eu mesma já não tinha forças.

RESUMO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Entre vários comandos que representam notável avanço para a proteção da dignidade humana, a nova legislação altera e revoga diversos artigos do Código Civil, trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades. Nesse sentido, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Destarte, para o Direito Brasileiro, desde janeiro de 2016, a incapacidade absoluta tem como único critério o etário e não há mais fundamento legal para que qualquer deficiência acarrete incapacidade absoluta. Por esses motivos, há uma transformação no conceito de curatela, seu uso e limites. Em sua nova redação, o referido dispositivo suprime as hipóteses anteriormente previstas de aplicação da curatela às pessoas que carecem de discernimento para atos da vida civil, às pessoas com deficiência mental e às pessoas sem completo desenvolvimento mental, guardando, por conseguinte, o caráter de excepcionalidade atribuído ao instituto e inovando com o instituto da tomada de decisão apoiada. O presente trabalho ocupa-se com o estudo das mudanças sensíveis provocadas na compreensão do direito civil a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Palavras-chave: Incapacidade; curatela; interdição; tomada de decisão apoiada; pessoa com deficiência; inclusão social.

ABSTRACT

The Brazilian Law on the Inclusion of People with Disabilities intends to ensure and promote, under conditions of equality, the exercise of fundamental rights and freedom by people with disabilities, with a view to their social inclusion and citizenship. Among several commands that represent a notable advance in the protection of human dignity, the new legislation amends and repeals several articles of the Civil Code, leading to major structural and functional changes in the old theory of disabilities. Basically, from now on disability does not affect a person's full civil capacity. Thus, for Brazilian law, since January 2016, absolute disability has as sole criterion on age and there is no legal basis for any disability to lead to absolute disability. For these reasons, there is a transformation in the concept of legal guard, its use and limits, which lead to the object of this study.

Keywords: inability; human rights; interdiction; civil ability; disabled person.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS	10
2.1 O GIRO SUBSTANCIAL: DO MODELO MÉDICO AO MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	10
2.2 A CAPACIDADE DE AGIR: DO PARADIGMA PATRIMONIALISTA A PRETENSE AUTONOMIA PRIVADA.....	15
2.3 O RECONHECIMENTO DA ESFERA INDIVIDUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	19
3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA.....	23
3.1 CURATELA E INTERDIÇÃO: O SISTEMA JURÍDICO DE (IN)CAPACIDADE CIVIL	23
3.2 CONTORNOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: EMANCIPAÇÃO OU PROTEÇÃO?.....	28
3.3 A VOZ DA DOUTRINA MENOS RESTRITIVA E A FIGURA ALEMÃ DO ACOMPANHAMENTO: “ <i>BETREEUNG</i> ”	34
4. LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO NOVO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA.....	39
4.1 TENSÕES E CONTRADIÇÕES COM AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	39
4.2 QUESTÕES PRÁTICAS RELEVANTES – ESTUDO DE CASOS.....	42
4.2.1 A abrangência da tutela e os desafios encontrados.....	43
4.2.2 Resultados	44
5 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas¹. Segundo a OMS, com dados de 2011, 1 bilhão de pessoas vivem com alguma deficiência – isso significa uma em cada sete pessoas no mundo².

Mais recentemente, após anos de esforços³, a Convenção das Nações Unidas elaborou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – cujo propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito por sua dignidade inerente. A Convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York, no dia 30 de março de 2007. Como marco regulamentador da Convenção no Brasil, a lei 13.146/15, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 2016, representou um marco na abordagem social e jurídica tanto do portador de deficiência física quanto mental. A supracitada lei alterou substancialmente o regime das incapacidades estabelecido pelo Código Civil, revisitando importantes dispositivos, em especial no tocante à capacidade, à curatela e criando o Instituto da tomada de decisão apoiada.

Se a doutrina do Direito Civil Constitucional exige a leitura das normas infraconstitucionais a partir de um “filtro” constitucional, por meio dos princípios constitucionais, podemos também chegar à conclusão que essa leitura também inclui todos os tratados ratificados no plano internacional, tanto mais tratando-se de uma convenção sobre direitos humanos – ratificada como texto constitucional - o que somente reforça sua importância.

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução nº 56/2009. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 15 nov. 2016.

² A falta de estatísticas sobre pessoas com deficiência contribui para a invisibilidade dessas pessoas, representando um obstáculo para planejar e implementar políticas de desenvolvimento específicas.

³ A Convenção 2007 contou com a participação de 192 países membros da ONU e de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo.

Historicamente, as normas protetivas dos incapazes foram previstas na Parte Geral do Código Civil de 1916 e posteriormente no código de 2003, sendo muito mais destinadas a regular o negócio jurídico, pois neste é preponderante o elemento vontade e a característica patrimonial da relação⁴. Nesse sentido, o sistema do Código anterior era extremamente patrimonialista e se preocupava basicamente com a circulação do patrimônio.

No primeiro capítulo, portanto, busca-se contornar o problema da superação do paradigma médico no campo do tratamento dos direitos humanos das pessoas com deficiência, que redefiniu os conceitos de incapacidade e condições médicas e pessoais de discernimento e seus reflexos no campo jurídico.

No segundo capítulo, aborda-se o modelo alternativo ao de curatela, que é o de tomada de decisão apoiada – estabelecendo seus contornos legais e críticas – refletindo-se sobre sua dimensão ora protecionista, ora obstáculo geral de emancipação.

No terceiro capítulo, busca-se discutir as questões práticas e processuais referentes ao instituto da tomada de decisão apoiada, suas nuances e necessidade de compatibilização com a interdição. Além disto, procurou-se identificar lacunas e obstáculos a completa efetivação do instituto no território brasileiro a partir do sistema jurídico alemão, que consta com uma figura análoga da tomada de decisão apoiada, resultado direito da aplicação da doutrina europeia da menor restrição possível.

Finalmente, no último capítulo, analisa-se o intenso debate no meio jurídico em relação à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2016 – quanto às disposições relativas à curatela, eis que em tese, teriam sido tacitamente revogadas e prisma de possibilidades de interação prática entre a curatela e a tomada de decisão apoiada.

⁴ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **O exercício dos direitos dos incapazes: uma leitura a partir dos princípios constitucionais**. Curitiba, PR: J.M. Livraria Jurídica, 2011. P. 89.

2. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS

2.1 O GIRO SUBSTANCIAL: DO MODELO MÉDICO AO MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD - Lei 13.146 de 06 de julho de 2015) é o marco legislativo que regulamenta a convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 30 de março de 2007.⁵ A Convenção, fruto de um trabalho de 5 anos de diversos comitês oficiais da Nações Unidas, tem como objetivo promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

A Convenção não “cria” direitos novos, uma vez que os direitos fundamentais das pessoas com deficiência já são reconhecidos por outros instrumentos das Nações Unidas de âmbito geral⁶ e de âmbito mais específico⁷. No entanto, a adoção de uma Convenção que garanta especificamente os direitos das pessoas com deficiência resultou do consenso generalizado da comunidade internacional sobre a necessidade de garantir efetivamente o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual destes cidadãos, sublinhando-se, portanto, a obrigação dos Governos consultarem e envolverem ativamente as pessoas com deficiência e as associações que os representam na concepção e execução de políticas públicas inclusivas.

O tratado, que conta atualmente com 188 ratificações no plano internacional, obedeceu, no plano interno, ao procedimento estabelecido pelo art. §3º, 5º,

⁵ Em 10 de julho de 2008, foi aprovada pelo Presidente do Senado, por meio do Decreto Legislativo nº 186 e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial.

⁷ Resolução sobre as regras gerais da Igualdade de Oportunidades das Pessoas com Deficiência; Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Programa de Ação Mundial sobre as Pessoas com Deficiência, Declaração de Salamanca.

Constituição Federal,⁸ sendo inclusive a primeira convenção sobre direitos humanos aprovada e promulgada com esse equiparação jurídica, entrando em vigor em 01/01/2016.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência surge a partir da superação de um paradigma do chamado “**modelo médico da Deficiência**”, que dominou as definições e estudos sobre o tema até a década de 90. Para essa abordagem, a doença ou Deficiência é resultado de uma condição física intrínseca ao indivíduo, sendo as lesões e as limitações as únicas causas dos processos de discriminação. Para Luciana da Silva Bampi⁹:

De modo geral, o modelo médico exige grande afastamento dos padrões sociais de normalidade para considerar uma pessoa deficiente. Os critérios utilizados para definir a deficiência têm como referência a perda completa de certos órgãos ou funções. A identificação da deficiência é feita levando-se em conta características isoladas desses órgãos e funções e DI-as a limites estabelecidos para cada uma delas. Tem-se com isso, critérios que estabelecem, para órgãos como, por exemplo, patamares mínimos de acuidade visual, capacidade auditiva, que podem ser avaliados isoladamente, bem como separados das necessidades impostas pelas características sociais de cada pessoa.

Neste paradigma, do Modelo Médico de Deficiência, a pessoa com deficiência é identificada a partir daquilo que lhe falta, a ausência de normalidade. Isto é, o indivíduo deficiente se caracteriza pelo não preenchimento de todos os critérios ou padrões “do normal”. É, portanto, por meio do contraste entre aquilo esperado como normal e aquilo que se apresenta como diferente do normal que se define a deficiência, seja ela qual for.

Essa maneira de identificação, a partir do contraste com a normalidade, evidencia uma característica daquilo que Thomas S. Kuhn chama de paradigma hegemônico da compreensão da deficiência – o conjunto de práticas sociais

⁸ O art. 5º, §3º, da Constituição Federal, atribuiu ao Congresso Nacional a prerrogativa de utilizar o quórum de votação próprio das emendas constitucionais para o tratado ou convenção com conteúdo de direitos humanos: dois turnos, por três quintos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional.

⁹ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elionai Dornelles. Modelo Social: uma nova abordagem para o tema deficiência. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, São Paulo, n. 18, jul./ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf>: Acesso em: 01 nov. 2016.

discriminatórias e o ponto comum de referência das discussões científicas, no âmbito transdisciplinar, que perdurou até meados da década de 60¹⁰.

Tendo em vista 1) a impossibilidade da resolução do problema da inclusão, a falta de reconhecimento de autonomia e a necessidade de reconhecer os diferentes tipos de deficiência e seus efeitos no âmbito civil segundo as regras do paradigma hegemônico; 2) o acúmulo de situações sem respostas, especialmente, quanto a situações limítrofes, a proteção jurídica da vontade daqueles que, embora deficientes, reconhecendo o mundo em que vivem, são capazes de identificar suas preferências; acabaram por fazer com que o paradigma da “ciência normal” ou o paradigma do modelo médico – assim entendido como o conhecimento compartilhado e aceito pelos membros de uma mesma comunidade científica, para além da medicina - entrasse em crise¹¹. A exigência de solução dos problemas acumulados pela perpetuação do modelo médico impulsionou a elaboração de um novo paradigma que melhor se encaixasse aos problemas levantados. Entre esses problemas, percebeu-se que a desigualdade entre a pessoa com deficiência e a pessoa sem deficiência estava baseada em outros fatores além do mero biológico: o grau de acessibilidade de uma sociedade também importava, configurando assim o fator social como crucial na análise das deficiências.

Desta maneira, pode-se dizer que o reconhecimento das barreiras ambientais foi, assim, um aspecto que impulsionou o desenvolvimento de uma “ciência revolucionária”, facilitando a criação de um novo paradigma. Cumpre ressaltar que esse salto não se deu de maneira ininterrupta ou regular. Nesse sentido, Celso Ludwig¹²:

A exigência de solução dos problemas acumulados permite o processo de elaboração de um novo paradigma. É nessa mudança que se instaura a ciência revolucionária. É aquela que se processa quando da mudança de paradigma, com base e nos limites deste novo paradigma. Há, portanto, uma transformação da ciência de maneira descontínua e por saltos qualitativos.

¹⁰ NICKLES, Thomas. **Thomas Kuhn: Contemporary Philosophy in focus**. Cambridge, 2003.

¹¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das Revoluções Científicas**. Coleção “Debates”. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 125.

¹² LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2011, p. 24-25.

Superou-se, assim, o paradigma médico, a partir do reconhecimento de que a distinção entre doença e deficiência, sob a ótica da “normalidade”, estava fundada na frágil percepção temporal da duração de cada uma das condições. Enquanto na doença não há uma identidade, por ser temporária, a deficiência propriamente dita é uma situação irreversível, permanente. Com o desenvolvimento dos estudos sobre segregação e direitos humanos, começou-se a se desenvolver, principalmente a partir da década de 1960, na Inglaterra¹³, a chamada lógica do modelo social.

Para essa abordagem, não há distinção entre doença e deficiência, porque os ajustes requeridos pela sociedade independem da duração temporal de sua condição. Por exemplo, se uma pessoa que usa uma cadeira de rodas, enquanto se recupera de uma fratura nas pernas, necessita dos mesmos ajustes no sistema de transporte que uma pessoa permanentemente incapacitada de caminhar, por que separá-las em grupos diferentes? Afinal, a barreira de acesso continuará sendo a mesma.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e, por consequência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência são fruto desse último paradigma. O modelo social da Deficiência propõe que as barreiras, o preconceito e a exclusão (propositadamente ou inadvertidamente) sejam os fatores determinantes que definem quem é deficiente e quem não é, numa sociedade específica. Reconhece que, enquanto algumas pessoas têm diferenças físicas, intelectuais ou psicológicas que podem às vezes gerar impedimentos, estas não necessariamente têm que levar à Deficiência.

Conforme o artigo 1º da Convenção das Pessoas com Deficiência¹⁴:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

¹³ DINIZ, Debora; BARBORA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino e. Deficiência, direitos humanos e justiça. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2016.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução nº 56/2009. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 15 nov. 2016.

A adoção do paradigma social, em detrimento do paradigma biológico, é clara no tratado supracitado: especialmente porque parte de uma definição de deficiência que compreende que os impedimentos corporais somente ganham significado quando convertidos em experiências pela interação no ambiente externo¹⁵. Portanto, a deficiência não se resume a um mero corpo com impedimentos.

Reflexo dessa mudança no paradigma social e científico, pode-se verificar uma alteração de tratamento das normativas internacionais no que tange a pessoa com deficiência, resultando no reconhecimento da manifestação de vontade e na presunção, ainda que parcial, da necessidade de protegê-la.

No âmbito interno, também se percebe uma mudança de paradigma com a revogação de diversos dispositivos do Código Civil que dispunham sobre a incapacidade de qualquer pessoa que não tivesse o discernimento necessário, as quais, no regime antigo, sem a devida representação, não podiam praticar quaisquer atos da vida civil. A partir da promulgação da Lei de Inclusão, frente ao dispositivo que afirma que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, a tutela e curatela adquiriram caráter de excepcionalidade: aplicando-se suas disposições, apenas e tão somente, aos casos em que não seja possível haver uma manifestação de vontade.

A nova lei tem o escopo de distinguir, portanto, as diversas manifestações da capacidade civil, conforme seu caráter patrimonialista ou existencial, com o reconhecimento de direitos inerentes à esfera existencial, de caráter personalíssimo, marcando então a superação, no campo jurídico, do viés exclusivamente patrimonialista e voltado, meramente, a realização de negócios jurídicos. Isso porque, confere a pessoa com deficiência a possibilidade de manifestar vontade no campo dos direitos individuais, em que não há separação visível ou concreta entre objeto e sujeito da relação jurídica.

2.2 A CAPACIDADE DE AGIR: DO PARADIGMA PATRIMONIALISTA A PRETENSA AUTONOMIA PRIVADA

A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência banuiu a expressão “doença mental” e derivadas, preferindo, no artigo 1º, as designações de pessoa com “incapacidade mental” e “incapacidade intelectual” que “em interação com várias barreiras podem impedir sua plena e efetiva participação na sociedade em condição de igualdade com os outros”.

A alteração linguística foi, de fato, um dos exemplos da superação do paradigma biológico para a adoção do paradigma social. Historicamente, a terminologia a ser utilizada para a referência a pessoa com deficiência nunca foi objeto de consenso absoluto. Passou-se dos termos “deficiente”, “pessoa portadora de deficiência” “pessoa com necessidades especiais” para “pessoa com deficiência”.

A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência reconhece, portanto, que a adoção de determinados termos nunca é “neutra” ou meramente apolítica, construindo também, assim, importante ferramenta para inclusão e concretude de direitos humanos. Nesse sentido

Pelo novo vocabulário, deficiência é um conceito guarda-chuva que engloba **o corpo com impedimentos, limitações de atividades ou restrições de participação**. Ou seja, **a deficiência não se resume aos impedimentos**, pois é **o resultado negativo da inserção de um corpo com impedimentos em ambientes sociais pouco sensíveis à diversidade corporal das pessoas**. O corpo é a esfera da habitabilidade, mas não há caráter primordial em sua existência, ignorando-se qualquer tentativa de resumi-lo a um destino. Essa redefinição conformou-se à crítica proposta pelos teóricos do modelo social: **deficiência é uma experiência cultural e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico de anomalias**. Foi também com esse espírito que se abandonou o conceito de handicap especial em razão de sua etimologia, que remetia as pessoas com impedimentos corporais a pedintes (“chapéu na mão”)

Em consonância à CIF [Classificação Internacional de Formação de Pessoa Deficiência], e como resultado das discussões internacionais entre os modelos biomédico e social, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência propôs o conceito de deficiência que reconhece a experiência da opressão sofrida pelas pessoas com impedimentos. O novo conceito supera a ideia de impedimento como sinônimo de deficiência, reconhecendo na restrição de participação o fenômeno determinante para a identificação da desigualdade pela deficiência”¹⁶.

¹⁶ DINIZ, Debora; BARBORA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino e. Deficiência, direitos humanos e justiça. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2016.

A sociedade cria ou intensifica a deficiência ao não dar as condições corretas de exercício de autonomia da vontade a todas as pessoas, cabendo a ela, portanto, o ônus de garantir e assegurar o pleno exercício e gozo dos direitos das pessoas com deficiência, “derrubando eventuais barreiras que impedirem estas pessoas de participarem ativamente na tomada de decisões”¹⁷.

A partir da definição de uma sociedade verdadeiramente inclusiva, em que todos são cidadãos, duas definições inter-relacionadas começam a se mostrar como essenciais: a capacidade jurídica e a autonomia para tomar decisões. **É preciso, aqui, fazer um breve recorte histórico para compreender como a capacidade jurídica surge e é institucionalizada; mais ainda, precisamos saber se os moldes tradicionais de sua classificação podem ser utilizados ou adaptados para que a dignidade da pessoa humana com deficiência seja plenamente observada.**

Em primeiro lugar, é necessário precisar o sentido e o alcance do termo capacidade. A doutrina tradicional distingue a capacidade de direito da capacidade de fato. A capacidade de direito, assegurada a toda pessoa, diz respeito à possibilidade de ser titular de direitos. Já a capacidade de fato – de exercício – diz respeito à possibilidade de praticar atos com efeito jurídico, ou seja, de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Nesse sentido:

A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como se

¹⁷ NEVES, Alexandra Chícharo. **O Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”**: o longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência. 2011. 548 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídico-Processuais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/277/1/Vers%C3%A3o%202013%20O%20Estatuto%20Jur%C3%ADdico%20dos%20C2%ABCidad%C3%A3os%20Invis%C3%ADveis%20BB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam¹⁸

Nesse diapasão, para a doutrina tradicional, a capacidade de fato diz respeito a possibilidade de praticar atos com efeito jurídico, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

Os absolutamente incapazes eram definidos pelo artigo 3º do Código Civil, antes da reforma promovida pela Lei da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015:

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

I – os menores de dezesseis 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.

Observa-se, nesse ponto, que o Código tratava da mesma maneira a pessoa com deficiência e a criança. Sendo representados em todos os atos da vida civil pelos pais, tutores ou curadores, não se admitia a validade de negócio jurídico celebrado por absolutamente incapaz, sendo o ato considerado nulo, nos termos do artigo 166, I do Código Civil¹⁹.

Isso significa dizer que a pessoa absolutamente incapaz – incluindo, aqui, a pessoa com deficiência – é impedida por lei de praticar quaisquer negócios jurídicos, e, se o fizer, estará sujeita a declaração de nulidade.

Diversos dispositivos do Código Civil ainda comprovam que, sem a devida representação, não havia atos que pudessem ser praticados pela pessoa com deficiência considerada absolutamente incapaz. Entre eles podemos citar:

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, jan./mar. 2008, p. 6.

¹⁹ Art. 166, I, Código Civil de 2002: “É nulo o negócio jurídico quando: I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

- a) o artigo 1.772, que autorizava o juiz a delimitar os limites da curatela apenas em relação aos considerados relativamente incapazes²⁰. Ou seja, a representação, nos casos de pessoa absolutamente incapaz, era total e completa;
- b) o artigo 76, que estabelecia como domicílio necessário do incapaz como sendo de seu tutor²¹;
- c) os artigos 1.857 e 1.860, que estabeleciam, no direito das sucessões, a vedação ao direito de testar dos incapazes.²²

Todos os atos da vida civil do absolutamente incapaz seriam praticados por meio do representante designado após o procedimento correspondente. Dispunha o artigo 1.781²³ sobre tutela, também aplicado aos casos de curatela:

Art. 1781. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I – pagar as dívidas do menor;

II – aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III – transigir;

IV – vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V – propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências e bem deste, assim como defende-lo nos pleitos contra ele movidos.

Em suma, o absolutamente incapaz era, no Código Civil antes da reforma, impedido por lei de praticar quaisquer negócios jurídicos, e, se o fizer, estes atos estariam sujeitos a nulidade, esta podendo ser invocada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, não havendo prazo decadencial para sua declaração²⁴.

²⁰ Art. 1772, Código Civil de 2002: “Pronunciada a interdição das pessoas que se referem os incisos III e IV do artigo 1.767 (relativamente incapazes), o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela”. (...)

²¹ Art. 72, Código Civil de 2002: “Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso”.

²² Art. 1860, Código Civil de 2002: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”.

²³ Nesse sentido, o artigo 1.774 determina que se aplique a curatela as disposições concernentes a tutela.

²⁴ Artigo 168, Código Civil de 2002: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”.

2.3 O RECONHECIMENTO DA ESFERA INDIVIDUAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, tenta mudar esse paradigma patrimonialista, ao estabelecer que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa²⁵, reconhece que tais disposições de incapacidade absoluta podem implicar grave restrição aos direitos da pessoa com deficiência, dificultando sua integração a sociedade. A defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efetuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, devendo assegurar-se ao principal interessado o controle sobre a sua vida: isto é, a própria pessoa.

Desta forma, a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência surge com o escopo de reafirmar que todas as pessoas com todos os tipos de deficiência devem gozar de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo, portanto, um instrumento de direitos humanos com explícita dimensão de desenvolvimento social. São 8 princípios chave que orientam a Convenção²⁶, e consequentemente, a Lei 13.146/2015:

- 1) O respeito pela dignidade inerente e pela autonomia individual, incluindo a liberdade de tomar suas próprias decisões;
- 2) Não-Discriminação;
- 3) Participação completa e efetiva na sociedade;
- 4) Respeito as diferenças e aceitação de pessoas;

²⁵ Art. 6º, Estatuto da Pessoa com Deficiência: “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”.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução nº 56/2009. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 15 nov. 2016.

- 5) Equidade de oportunidades;
- 6) Acessibilidade;
- 7) Equidade entre homens e mulheres;
- 8) Respeito pelas capacidades e deficiências de crianças e respeito pelo direito das mesmas de preservar suas identidades.

O processo de elaboração e assinatura da Convenção busca, com o texto, deixar de lado o fato de as pessoas com deficiência serem vistas como objetos de caridade, para visualizá-las como efetivas portadoras de direitos, sendo capazes de reivindicar os direitos e a tomada de decisões para suas vidas com base em seu consentimento livre e esclarecido. Busca-se, portanto, a solidariedade social também aplicada às pessoas com deficiência, construída de maneira horizontal: tratando-se isonomicamente todas as pessoas integrantes da sociedade, com ou sem deficiência, a partir da ideia de participação e integração completa.

Além de significar a tentativa superação do paradigma médico, a alteração do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com deficiência também representa uma escolha pela opção personalista do legislador. O propósito dessa corrente no âmbito do direito civil é de introduzir no plano jurídico a pessoa concretamente considerada, a quem a norma jurídica, por fim, serve. Explica-se: o sistema do direito civil oitocentista tinha a pessoa como resultado de uma noção abstrata e formal, num direito civil edificado sobre um complexo legislativo que se atentava apenas para os aspectos patrimoniais da vida em sociedade²⁷. É somente com alterações do segundo pós-guerra, somadas com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 que, aos poucos, a dignidade da pessoa foi positivada, gerando, com isso, sua expansão a todos os ramos do direito – inclusive o Direito Civil.

A partir do momento em que a eficácia transformadora da axiologia constitucional²⁸ reconheceu a dignidade humana como centro do ordenamento jurídico, este princípio também passou a integrar o microssistema do direito civil. O

²⁷ Para Pietro PERLINGIERI, seguindo a lógica do “ter”, conforme os moldes do direito de propriedade. Cf.: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

sujeito de direito, impalpável e formal, cede lugar à pessoa humana, existente e palpável. Fachin²⁹ explicita as consequências dessa mudança paradigmática para o campo da personalidade civil:

Todos esses pressupostos e discussões respondem pela designação da personalidade signo como aquela que atribui sentido de ser a pessoa; mais que pessoa, um sujeito que tem sobre si uma das primeiras dimensões, a de mensurar a personalidade, mais precisamente por meio da capacidade. Escravos dessa máscara, os seres humanos, antes categorizados de acordo com as possibilidades jurídicas do personagem, agora recebem outra exclusão jurídica, nada neutral: a da supressão real das garantias conceituais. Dignidade é mais que vocábulo, e a igualdade transcende a expressão do signo linguístico. Ser sujeito de direito tem correspondido a ser eventualmente sujeito de direito. A suscetibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-se na realidade. Livres e iguais para não serem livres e iguais”.

Relevante informar também que essa valorização integral da pessoa humana é também derivada do artigo 1º da Constituição, que faz da personalidade humana o valor a ser prioritariamente realizado por todo o ordenamento jurídico.³⁰ Qual a consequência do modelo personalista para a tutela da pessoa humana da pessoa com deficiência?

Em um primeiro momento, a convenção da ONU representa, claramente, essa tentativa da preferência pela pessoa humana, em todas suas particularidades. Não havendo um modelo indistinto de sujeito de direito, finalmente dá-se um grande passo no reconhecimento da isonomia das manifestações da personalidade humana, porque não há uma capacidade jurídica genuína, mas sim “capacidades jurídicas”, todas com a mesma isonomia e valor axiológico.

Aos poucos a capacidade de agir começou a ser pensada para além do arcabouço do “ter” ou “possuir domínio”, para desempenhar um papel essencial um controle sobre a autonomia privada dos particulares.³¹ Para as pessoas com

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil a luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 12.

³⁰ Art. 1º, inc. III, Constituição Federal da República do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana” (...).

³¹ MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana**: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013.

deficiência, isso significou, em termos empíricos, a deficiência não altera 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 a família e a convivência familiar e comunitária; e
- VI – exercer o direito a guarda, a tutela, a curatela e a adoção, como adotante ou adotado, em igualdade com as demais pessoas³².

Isso significa dizer que a disposição de lei assegura o direito ao exercício da capacidade em condições de igualdade com as demais pessoas alçado a hierarquia constitucional. Além disto, de acordo com o artigo 12 da Convenção das Pessoas com Deficiência, as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Cabe ao Direito Civil redefinir, para o contexto contemporâneo, o conceito de autonomia privada. É necessário extrapolar a forma como a autonomia privada é tratada, superando o paradigma oitocentista patrimonial. Importa, portanto, analisar a autonomia privada em toda sua perspectiva existencial, o que garante a toda pessoa o poder de decidir sobre sua própria vida, inclusive a pessoa com deficiência. Portanto, conclui-se que contemporaneamente o poder de autogoverno sobre a própria esfera privada se estende a realização dos interesses existenciais, e não mais se contem ao âmbito dos interesses patrimoniais; ambos são assegurados de tutela jurídica, conquanto de maneira qualitativamente diversa. Ademais, essa é uma configuração que também se constitui substancial indicação da operabilidade da capacidade de agir nas searas patrimonial e existencial.

³² Art. 6º da Lei nº 13.146/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

3.1 CURATELA E INTERDIÇÃO: O SISTEMA JURÍDICO DE (IN)CAPACIDADE CIVIL

Com o advento da nova ordem constitucional brasileira em 1988 e a posterior constitucionalização do direito civil, o princípio da dignidade da pessoa humana requereu do interprete a revisitação da categoria da capacidade de agir e de seu regime jurídico, com a finalidade de colocá-los em correspondência ao direito constitucional e aos tratados internacionais ao seu texto incorporados, que acabou por alçar o direito ao exercício da capacidade para todas as pessoas.

O catálogo das incapacidades de agir do Código Civil de 2002, antes da reforma provocada pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, é claramente sustentado pela noção de discernimento³³. Doutrinariamente, essa posição é denominada de concepção realista, por se fundamentar não no direito positivo formal, que tinha como foco o indivíduo proprietário, mas sim na liberdade da pessoa humana, no autogoverno e na capacidade de agir como extrato da dignidade da pessoa humana. **Não obstante o avanço representado por essa classificação da capacidade, ainda há diversas críticas quanto à base de definição do conceito de discernimento, tomada em caráter binomial: ou ele se faz presente, ou não se faz.**

Desta maneira, o rol das incapacidades desempenha papel de maior eminência dentro desse regime jurídico. Dentre as hipóteses que oportunizam a incapacitação após a maioridade, antes da reforma do Código Civil, estão todos os casos que remetem a afetação do autogoverno psíquico da pessoa por algum transtorno mental, gerando o processo de interdição que determinará a medida da incapacidade de agir.

Em que pese a adoção da **doutrina realista** já significar um avanço no campo biopsicológico de autoafirmação, o estabelecimento globalizado da doutrina da alternativa menos restritiva impõe a aplicação de medidas de proteção adequadas ao grau de incapacidade da pessoa humana, cada uma considerada em sua especificidade. Em outras palavras, a tutela e a curatela devem passar a ser

³³ A própria literalidade dos artigos 3º II, e 4º II, põe em evidência tal realidade.

entendidas como medidas tão excepcionais quanto juridicamente possível, eis que a flexibilidade na resposta jurídica imposta pela Convenção significa, principalmente, a preferência por medidas que não restrinjam necessariamente a capacidade do adulto que necessita de proteção.

Pelo contrário, o Estatuto defende a aplicação de medidas de proteção adequadas ao grau de incapacidade, que somadas com a relevância das disposições de vontade de uma pessoa destinadas a regular uma situação de incapacidade própria superveniente, resulta na epígrafe da “máxima preservação da capacidade”.

Assim, em relação a prática dos atos jurídicos em geral, considerando-se plenamente capazes as pessoas com deficiência mental ou intelectual, os negócios jurídicos por elas praticados são válidos e eficazes³⁴, não sendo necessária sua representação ou assistência para a sua prática. Desse fato também decorre que negócios que lhe sejam eventualmente prejudiciais não serão nulos ou anuláveis em razão da deficiência, uma vez que para tanto se exige a incapacidade.³⁵

Outra consequência no plano interno foi quanto ao domicílio. Prevê o artigo 19 da Convenção:

Os Estados Partes dessa convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar as pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia (..)

³⁴ Art. 104, Código Civil de 2002: “A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

³⁵ Art. 166, I, Código Civil de 2002: “É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz (...)”.

Art. 171, I, Código Civil de 2002: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente (...)”.

Assim, para todos os efeitos, considerada relevante a vontade da pessoa com deficiência, seu domicílio passa a ser a residência que fixa com ânimo definitivo, não mais o domicílio de seu representante ou assistente.

O instituto da curatela foi o que mais sofreu alterações significativas. Desta maneira, para facilitar a análise das mudanças trazidas pela lei 13.146/15, pode-se, resumidamente, dizer que a curatela passou por um filtro de restrição, pois os seus requisitos de concessão passaram a ser rigidamente considerados a partir da ausência de expressão da vontade e possibilidade de autogoverno. O Código Civil, portanto, passa a instituir como regra a plena capacidade da pessoa com deficiência, mesmo em caso de deficiência mental ou intelectual.

A curatela era referida pelo artigo 1.767 do Código Civil, cuja redação expressa era:

Art.1767. Estão sujeitos a curatela:

- I – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II – os que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; e
- V – os pródigos.

Com a alteração da Lei Brasileira de Inclusão, passou-se a constar:

Art. 1767. Estão sujeitos a curatela:

- I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- II – (revogado)
- III – os ébrios eventuais e os viciados em tóxico;
- IV – os pródigos.

A situação de curatela ficou restrita as pessoas com deficiência que se enquadrem na hipótese do novo inciso I do artigo 1.767, ou seja, os que não

puderem exprimir sua vontade. Efetivamente, isso significa dizer que o Código restringiu a curatela a situações excepcionalíssimas, conforme preconiza o artigo 84 da Lei Brasileira de Inclusão, modificando o critério autorizativo da curatela, que deixa de ser o discernimento e passa a ser simplesmente a possibilidade de expressão de vontade.

Desta sorte, com a reforma, a deficiência mental que implicar a redução do discernimento para os atos da vida civil, em regra, não implica a curatela da pessoa. De fato, pelo texto em vigor, estão excluídos previamente do instituto a) aqueles que, por enfermidade ou doença mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil (inciso I), os deficientes mentais (inciso III), e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental (inciso IV), ainda que, posteriormente, possam sofrer a completa interdição.

A legitimação para pedir a interdição também sofreu pequena inclusão. Agora, nos termos do artigo 1.768 do Código Civil, a curatela também pode ser promovida pela própria pessoa, quando puder exprimir sua vontade - reflexo do reconhecimento pelo legislador pátrio da relevância das disposições de vontade de uma pessoa capaz destinada a regular uma eventual situação de incapacidade própria superveniente.

Para a construção responsável de uma dogmática das situações subjetivas existenciais em consonância com o preceito constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, as molduras criadas pela dogmática tradicional – do ser possuir de patrimônio – já não se encaixam mais.

Explica-se: **com o estabelecimento de novos critérios para o exercício dos direitos subjetivos** – que não se resume **ao mero discernimento** – toma força a teoria que prega a incindibilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais. Capitaneada por civilistas como Pietro Perlingieri³⁶, reputa equivocada e acrítica a extensão da área de atuação do binômio capacidade jurídica-capacidade de agir, emerso no seio das relações patrimoniais.

Para Perlingieri, tal divisão constitui um obstáculo à aplicação dos direitos existenciais, porque lhes nega a sua natureza coletiva, universal. Tal separação

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

seria baseada em um falso pressuposto de que a divisão de tais direitos é necessária para assegurar a sua aplicação.

Segundo tais considerações, o autor aponta que a existência de divisões dentro do direito civil suporta o risco da criação de categorias diferentes desses direitos, quando na verdade estão todos dentro de um mesmo patamar. Na verdade, não é apenas uma espécie ou categoria de direitos capaz de conferir personalidade a um sujeito, mas um complexo desses direitos, impossível de se categorizar, porque tais direitos se inter-relacionam³⁷.

A separação dos direitos civis fundamentais, operada pela divisão da capacidade em patrimonial e existencial, pode trazer, na prática, o risco de se fazer com que a tutela da pessoa se esgote no ressarcimento do dano, descuidando-se de adotar uma tutela preventiva, que evite a ocorrência do mal jurídico em vez de apenas indenizá-lo³⁸. Daí a crítica veemente, e correta, do autor à sua aplicação.

Para o civilista italiano, importa conferir um único fundamento para todas as exigências básicas do ser humano, eis que elas encontram-se reunidas em apenas um princípio – a dignidade da pessoa humana. É assim porque o valor da pessoa humana, defendido por tal princípio, não varia conforme o direito que se tem em perspectiva. E é esse valor que realmente importa. A crítica se estende a outros direitos juridicamente relevantes, como por exemplo, aqueles que dependem de uma regulamentação ainda inexistente.

Para o autor³⁹, se um direito está previsto na Constituição, deve ser possível gozar dele de imediato, sob pena de existir uma contradição no sistema. É nesse sentido que, a partir do momento em que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional com status de emenda constitucional, os direitos ali positivados passam a ter sua eficácia imediata, como é o caso da igualdade de oportunidades da pessoa com deficiência e também sua capacidade plena para os atos da vida civil.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97.

Desta maneira, não é mais possível manter uma interpretação que analise a capacidade de exercício apenas sob o ponto de vista genérico, patrimonialista, considerando que os chamados “incapazes” nunca possam exercer seus direitos sem assistência ou representação. Novamente, porque nas situações existenciais a presunção de incapacidade é quase que inaplicável, ante a impossibilidade de separar-se o sujeito e o objeto da situação. Isso significa dizer que a possibilidade dos “incapazes” exercerem direitos existenciais também tem limites em situações que **não se coadunem com seu melhor interesse** ou que prejudiquem o desenvolvimento de sua personalidade, como por exemplo em atos de disposição do próprio corpo, como acontece com as limitações para pessoas sem ou com deficiência.

Deve-se ir além da mera questão do patrimônio do incapaz: o ponto central da discussão deveria estar centrado em questões complexas e desafiadoras, como no caso de operações de risco, tratamento de saúde e educação. Para **Diego Carvalho Machado**⁴⁰, é nesses casos que verdadeiramente se torna um desafio determinar até que ponto já existe o necessário discernimento e cognição sobre alguma situação que possa mudar completamente o futuro da pessoa – ou seja, deve-se ir além da mera situação patrimonialista.

Para o mesmo autor, também se faz necessário averiguar cada caso concreto, noticiando a possibilidade do incapaz participar de situações patrimoniais e até de celebrar contratos, verificando-se, a partir da situação em concreto, o conteúdo objetivo do negócio e seu valor social.

3.2 CONTORNOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: EMANCIPAÇÃO OU PROTEÇÃO?

Para garantir a eficácia do direito a autodeterminação e a livre manifestação da vontade previstos da Convenção da Pessoa com Deficiência, além das alterações na prática dos atos jurídicos em geral, já mencionados acima, se adotou o instituto da tomada de decisão apoiada, prevista no Capítulo III do Título IV do Livro do Direito de Família:

⁴⁰ MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p.23

Art. 1.783-A. 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.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§ 3º 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.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação comercial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas pelo menos 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." Note-se que a tomada de decisão apoiada não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável como deficiente nos termos do Estatuto.

Assim, o instituto surge como instrumento de efetivação da determinação constante do artigo 12 da convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, ou seja, a tomada de decisão apoiada concretiza o reconhecimento da igualdade de condições das pessoas com deficiência com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Para o professor Neslon Rosenvald⁴¹, a tomada de decisão apoiada atua numa zona cinzenta entre as pessoas sem qualquer deficiência e as que possuem deficiência qualificada pela curatela. Seria, portanto, uma figura mais elástica que a tutela e a curatela, por estimular a capacidade de agir e a própria autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida, para ele, nitidamente invasiva a liberdade da pessoa⁴².

Assim, para o professor, com a entrada da lei em vigor, há uma gradação tripartite de intervenção na autonomia privada:

- 1) Pessoas sem deficiência que tem a capacidade plena;
- 2) Pessoas com deficiência que se servem da tomada de decisão apoiada, a fim de exercerem sua capacidade de fato em condição de igualdade com os demais e
- 3) Pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno.

A primeira categoria, das pessoas sem deficiência, comporta quem tem a capacidade plena, aquelas capazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil,

⁴¹ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015.

⁴² ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015.

sem representação ou assistência jurídica, de acordo, inclusive, com o antigo texto de lei. Já as pessoas com deficiência que se servem do instituto da tomada de decisão apoiada são as aquelas que, com discernimento reduzido por alguma deficiência, apenas serão privadas de legitimidade para praticar alguns atos esporádicos da vida civil, especialmente no tocante ao patrimônio. Por fim, as pessoas com deficiência qualificada pela curatela entram na lógica do sistema protetivo já disposto no Código Civil anterior. Isso significa dizer que, para as pessoas que se enquadrarem nesse último ponto, isto é, pessoas impossibilitadas de exercer autogoverno, as regras do sistema antigo ainda permanecem em todas suas peculiaridades e consequências, inclusive as relacionadas a ausência de discernimento para os atos da vida civil. Ou seja, continuam valendo as seguintes considerações:

“A capacidade de exercício faz parte de um sistema protetivo dos incapazes formado por regras dispostas em várias situações do Código Civil, que inclui a forma de sua representação, o impedimento de decurso de prazo prescricional, impedimento de devolução de mútuo feito a menor sem consentimento de responsável, dentre muitas outras”⁴³.

Sob outro ponto de vista, se o instituto da tomada de decisão apoiada requer uma nova visão das possibilidades de ação da pessoa com deficiência, representando um novo paradigma na autonomia da vontade, importante diferenciá-lo da assistência. Neste instituto, os atos jurídicos praticados pelo assistido somente tem validade se o forem praticados conjuntamente com o assistente, naquele, existe a possibilidade de que os atos praticados exclusivamente pelo apoiado sejam válidos e eficazes. O professor Nelson Rosenvald, nesse sentido, também defende que a pessoa apoiada conserva a autodeterminação para todos os atos que não estejam incluídos no acordo, não sendo necessária a intervenção dos apoiadores para os atos ordinários da vida cotidiana⁴⁴.

O jurista J. E. Carreira Alvim⁴⁵, por sua vez, ao comentar a reforma legislativa, ainda faz pertinentes colocações. Para o autor, os vínculos mencionados

⁴³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 171.

⁴⁴ Se assim não o fosse, o autor afirma que não se trataria mais de um remédio personalizado para as necessidades especiais da pessoa, voltando-se a um modelo limitador da capacidade de agir.

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 10, jul./ ago. 2015.

no artigo 1.783-A (quando a pessoa escolhe pelo menos 2 pessoas idôneas que gozem de sua confiança), são de qualquer ordem, não necessariamente familiares.

Ainda sobre o trâmite legal, afirma que, em virtude da responsabilidade que assumem, devem gozar da plena capacidade de fato, não havendo óbices legais a fixação de uma remuneração pelo desempenho do apoio, desde que a pessoa tenha condições financeiras.

Além disto, prossegue afirmando que a anulação dos negócios praticados além dos poderes definidos no termo de compromisso só ocorrerá em caso de prejuízo para a pessoa apoiada ou terceiros.

No que diz respeito a destituição do apoiador, pondera o autor que pode o magistrado, antes de decidir, suspender temporariamente o exercício por parte do denunciado. Confira-se:

Antes de destituir o apoiador, deverá o juiz proceder a uma instrução sumária da denúncia para apurar a veracidade dos fatos denunciados, podendo, até que fique tudo apurado, suspender temporariamente o procedimento, proferir decisão de destituição do apoiador, se a denúncia for procedente. No mesmo ato que destituir o apoiador denunciado, deverá o juiz, ouvida a pessoa apoiada, nomear outra pessoa para a prestação de apoio, se isso for do seu interesse; e se assim não o fizer, por ocasião da destituição, poderá fazê-lo noutra momento, mas sempre com audiência e concordância da pessoa apoiada.⁴⁶

A inclusão do instituto da tomada de decisão apoiada e a reclassificação de todas as pessoas com deficiência – mental ou intelectual – como plenamente capazes, no entanto, não foram vistos como unanimidade pela doutrina brasileira.

César Fiuza⁴⁷ critica as alterações legislativas. O professor afirma que se criou um “monstrengo legal”, pois a incapacidade absoluta teria sido disfarçada de incapacidade relativa. Quanto aos sujeitos a quem a curatela pode ser aplicada, tece os seguintes comentários atinentes ao inciso I do artigo 1767:

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015.

⁴⁷ FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 168-169.

(...) Entretanto, fica no ar a pergunta: somente os indivíduos que não puderem expressar sua vontade se incluem nessa categoria, ou nela também aqueles que puderem expressá-la de modo parcial? Em outras palavras, a norma se destinaria somente as pessoas despidas de discernimento, que na prática, não podem manifestar sua vontade; ou estaria se referindo também as pessoas com discernimento reduzido, que, na prática, podem manifestar sua vontade apenas em relação a certos atos da vida civil, principalmente os de natureza existencial?

O excerto causa perplexidade pelo fato de a tomada de decisão apoiada, conforme disciplinada pelo artigo 1.783-A, ser facultativa a pessoa com deficiência. Assim, tratando-se de pessoas com impossibilidade de autogoverno, não há motivos para presumir que a tomada de decisão apoiada será considerada obrigatória para todos.

Uma posição ponderada parece ser a posição do jurista Fábio Uihôa Coelho⁴⁸:

Também será considerado incapaz se não puder exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente". Inclui-se nesta hipótese, por exemplo, da deficiência profunda ou severa, que torna os deficientes totalmente dependentes da assistência alheia até a morte. Pode ser também o de alguns casos de deficiência moderada. Já se a deficiência mental é leve e não inibe, por completo, o discernimento, o deficiente não poderá ter a interdição decretada, porque se encontra em condições de exprimir a vontade. Ademais, determinados graus superiores de dispor de seus bens e interesses diretamente, ou de administrá-los, desde que não envolvam decisões complexas. Nessa hipótese, não há fundamento para suprimir ou limitar a capacidade do deficiente mental educável.

A posição se mostra como ponderada, pois, tanto garante a proteção necessária àqueles que, sem nenhum discernimento, não se enquadram no novo instituto, devendo, portanto, serem protegidos por meio da curatela; quanto, de outro lado, garante também aqueles com o mínimo de discernimento o respeito necessário a sua autonomia.

A doutrina nacional está dando apenas os primeiros passos no sentido de compatibilizar os institutos da curatela e interdição com os diferentes tipos de deficiência cognitivas e comportamentais. Em contrapartida, encontra-se no âmbito internacional, países em que a discussão sobre os institutos já ultrapassou a necessidade de se diferenciar curatela de tutela.

⁴⁸ COELHO, Fábio Uihôa. **Curso de direito civil**: parte geral, volume 1. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016,p.186.

3.3 A VOZ DA DOUTRINA MENOS RESTRITIVA E A FIGURA ALEMÃ DO ACOMPANHAMENTO: “*BETREEUNG*”

O preâmbulo da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, de 2006, reconhece que - não obstante a diversidade de instrumentos e compromissos, nacionais e internacionais neste tema – as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade. Ao reconhecer a importância de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas, dá um passo na internacionalização e coerção dos Estados signatários para tomar as medidas necessárias para que esses direitos sejam respeitados.

Alguns países, no entanto, já haviam feito grandes alterações no que diz respeito à capacidade civil desde muito antes.

A exemplo disso, a legislação alemã aboliu, desde 1992, o instituto da curatela, criando novos institutos para regulamentação da capacidade jurídica. A lei alemã do acompanhamento⁴⁹, (*Betreuten*), em vigor desde 1992, foi pioneira em muitos aspectos, além de abolir a curatela para os adultos, instituindo o foco principal na pessoa do coapoiado.

Provas disso são os seguintes institutos abaixo analisados previstos no *Bürgerliches Gesetzbuch*, Buch 4, Familienrecht, Abschnitt 3 – Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft, Titel 2 – Rechliche Betreeung⁵⁰:

O artigo 1896 do BGB, ao instituir que a designação de um dado acompanhante não possa colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto sob proteção, estabeleceu a prevalência da vontade do assistido nos seguintes termos:

“Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Den Antrag

⁴⁹ *Bürgerliches Gesetzbuch*, Buch 4, Familienrecht, Abschnitt 3 – Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft, Titel 2 – Rechliche Betreeung.

⁵⁰ Código Civil Alemão; Livro 4, Direito de Família, Sessão 3: tutela, tomada de decisão apoiada e acompanhamento.

kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. Soweit der Volljährige auf Grund einer körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.

(1a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden⁵¹.

Sob outra questão, o artigo 1897 do BGB trabalha com a escolha do Betreuer, ou seja, a pessoa civil responsável pelo acompanhamento, cuja escolha prévia indicada pelo apoiado deve ser acolhida – a não ser que vá de encontro com seus interesses, quando então cabe impugnação pelo Magistrado:

Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer bestellt werden kann, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Schlägt er vor, eine bestimmte Person nicht zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Vorschläge, die der Volljährige vor dem Betreuungsverfahren gemacht hat, es sei denn, dass er an diesen Vorschlägen erkennbar nicht festhalten Will.⁵²

Sob o aspecto da extensão da responsabilidade do apoiador, bem como a coadunação e sincronização do seu próprio interesse com o do apoiado, o Artigo 1901 II estabelece que o acompanhante deve sempre procurar agir no interesse da pessoa protegida - estabelecendo inclusive que deve haver, sempre que possível, um prévio diálogo para sincronia e debate das decisões – que, embora sejam, em última instância, sempre do apoiado, devam ser previamente debatidas com o apoiador:

Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten⁵³.

51 Em tradução livre: a designação de um dado acompanhante não pode colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto sob proteção. § 1896, Bürgerliches Gesetzbuch.

52 Em tradução livre: a sugestão feita por este de designação de certa pessoa como acompanhante deve ser acolhida, a não ser que seja contrária ao interesse daquele adulto (§ 1897 IV, Bürgerliches Gesetzbuch.

53 Em tradução livre: No exercício das suas funções, o acompanhante deve agir no interesse da pessoa protegida, determinando-se que este interesse inclui a possibilidade de a pessoa sob acompanhamento, dentro das suas capacidades, conformar a sua vida segundo os próprios desejos e ideias § 1901 II, Bürgerliches Gesetzbuch.

Há apenas uma possibilidade de restrição da capacidade que se consubstancia em uma “reserva de consentimento”. Em caso de perigo relevante para o patrimônio do Betreuten (apoiado), pode o tribunal ou o juiz decretar a chamada “reserva de consentimento” (*Einwillings vorbehalt*), isto é, nos casos de maior impacto patrimonial, faz-se necessário que o apoiado peça consentimento ao órgão jurisdicional. Importante destacar que a reserva de consentimento não se aplica ao direitos existenciais, mesmo quando impactem no patrimônio, a exemplo do casamento. Eis os termos do artigo 1903 do BGB:

“Soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, ordnet das Betreuungsgericht an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf⁵⁴.

Em outras palavras, frente a um negócio patrimonial duvidoso, a lei teutônica prevê a possibilidade de vincular à eficácia de certos atos a prévia autorização judicial. Essa reserva de consentimento, no entanto, não pode se estender ao matrimônio, a instauração da união estável e ao testamento, por exemplo⁵⁵.

Ou seja, mesmo frente a um sistema de grande emancipação das pessoas com deficiência, como o alemão, encontramos importantes ferramentas que limitam a autonomia e autodeterminação quando essa for utilizada de maneira prejudicial aos interesses do apoiado, resguardando-se, no entanto, a capacidade de fato para situações existenciais. Isso porque o ordenamento jurídico alemão diferencia vontade e interesse. Enquanto a vontade vincula-se tão somente as pretensões do apoiado, o interesse visa evitar que essas pretensões sejam desastrosas aos seus bens. Desse modo, o interesse é averiguado a partir de critérios objetivos relacionados aos impactos patrimoniais das ações do tutelado.

Portanto, dessa breve análise do sistema alemão, pode-se auferir que o sistema germânico foi construído tendo em vista dois regimes gerais: um para reger

⁵⁴ Em tradução livre: na medida do necessário para evitar um perigo significativo para a pessoa ou propriedade do apoiado, o apoiador ou o Juiz podem vincular a eficácia de certas decisões a autorização (declaração de intenções) suficiente para tanto. No próximo parágrafo do mesmo artigo, explicitam-se as hipóteses que não podem ser restringidas: formação de casal estável (analogicamente, união estável), casamento e testamento. § 1903, Bürgerliches Gesetzbuch.

⁵⁵ Entende-se ainda, embora a lei não o disponha expressamente, mas em atenção aos princípios atrás enunciados da necessidade e da subsidiariedade, que em tal domínio não é admissível a nomeação de um assistente.

as situações subjetivas patrimoniais mais relevantes e de maior impacto, e outro para governar o exercício de direitos subjetivos existenciais, os quais são exercidos livremente pelos sujeitos.

O sistema aqui apresentado acerta ao entender que a titularidade e o exercício das situações existenciais merece outro tipo de atenção do que a dispendida ao exercício das situações patrimoniais. Nesse sentido, a legislação alemã supera o conceito de discernimento, uma vez que todos são presumidamente capazes para os atos da vida civil, garantido-se, contudo, a tutela contra atos desastrosos na esfera patrimonial. Muito embora essa noção não tenha se consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, podemos encontrar posições doutrinárias muito próximas a já adotada na legislação alemã, ao reconhecer a inseparabilidade da titularidade e exercício de alguns direitos individuais. Veja-se:

O corolário da norma-princípio do livre desenvolvimento da personalidade que deveras, se deve extrair da premissa em questão é o da inseparabilidade entre titularidade e exercício das situações existenciais, porquanto aqui a titularidade e o exercício não foram um monólito indivisível, mas sim algo como que unidades individuadas que em regra se apresentam juntas, não separadas. Daí decorre que a separação entre ambas só terá lugar por força de causa suficientemente justificadora da incapacidade de agir.⁵⁶

É desta regra – da inseparabilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais – que se presume a aptidão da pessoa ao exercício autônomo das situações subjetivas. Essa pequena análise de Direito Comparado ajuda a enfrentar os problemas levantados pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, principalmente no que diz respeito a adequação da capacidade de exercício ao imperativo de prioritária proteção e promoção da personalidade humana.

De outro lado, pelo texto constante do Código Civil Brasileiro, o pedido de tomada de decisão é formulado pela pessoa com deficiência, devendo ser instruído com: 1) termo que contenha os limites do apoio a ser oferecido; 2) os compromissos dos apoiadores; e 3) o prazo de vigência do acordo e o respeito a vontade, aos direitos e os interesses da pessoa a ser apoiada.

⁵⁶ MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013. P. 153.

Nessa toada, o artigo 1.783 do Código afirma que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado, consignando ainda que o terceiro com quem a pessoa apoiada manter relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo.

Embora essa seja uma faculdade dos apoiadores, há uma lacuna legal no texto da lei brasileira, porque não se explicita, de maneira clara, se a ausência de anuência por parte dos apoiadores poderá ensejar a anulabilidade do negócio jurídico. Em outras palavras, a ausência de previsão legal sobre as possibilidades de invalidade dos negócios jurídicos contratados de maneira individual pela pessoa apoiada pode gerar dúvidas ou confusões – a respeito da validade, nulidade ou anulabilidade desses negócios. Outra questão não respondida é se haverá a possibilidade de convalidação, se, em juízo, os apoiadores retificarem o negócio jurídico.

Além disso, para o sistema jurídico alemão, a instituição do acompanhamento não deve perdurar mais do que o “necessário”. Nesse sentido, está expressamente previsto que a medida adotada será levantada quando não for mais útil ou necessária, ou quando os pré-requisitos para sua constituição não estiverem mais presentes. Mais além, deve constar da decisão que estabelece o instituto a sua duração máxima - no mais tardar, após 7 anos, a medida de proteção é revista, sendo revogada ou estendida⁵⁷.

No Brasil, inexistente sistema de controle ou revisão. Nesse sentido, podemos refletir sobre a necessidade de se pensar um sistema de controle do instituto, pois, para além da preocupação com a autodeterminação e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência que justificam a Lei Brasileira de Inclusão, a tutela da pessoa com deficiência carrega, também, um imenso conteúdo de interesse público, pois, nada obstante trate de interesses imediatamente individuais⁵⁸, a inclusão social proveniente da possibilidade de garantir autonomia do apoiado na esfera dos direitos individuais existenciais perfaz o interesse coletivo de

57 Tradução livre: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Betreuungsrecht. ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht.** P.9.

58 CORDARO, Cesar Antonio Alves. **Adequação das Edificações a Pessoa Portadora de Deficiência no Município de São Paulo.** P. 39. *In:* DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. Advocacia Pública & Sociedade. Ano 1, nº 01. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1997.

inclusão social, constitucionalmente previsto. É por isso que, a violação do instituto representa agressão a todo grupo de pessoas, sendo, portanto, necessário pensar alternativas viáveis de controle e gestão do instituto de tomada de decisão apoiada, com o estabelecimento, pelo Magistrado, de um tempo máximo de duração ou, até mesmo, de um prazo revisional – como acontece no sistema jurídico de capacidade alemão.

4. LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO NOVO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

4.1 TENSÕES E CONTRADIÇÕES COM AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Uma questão importante, ainda sem consenso na doutrina e na jurisprudência pátria, são os impactos da promulgação do Novo Código de Processo Civil no que tange o instituto da tutela, curatela e seus reflexos na tomada de decisão apoiada.

Isso porque o Novo Codex Processual revogou em 16 de março de 2015, os artigos referentes a tutela e curatela previstos no Código Civil. Eis o que dispõe o Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2016, em seu artigo 1072:

Art. 1072. Revogam-se:

(...)

II – os artigos. 227, caput, 229, 230, 56+, 1.482, 1.483, 1.768 a 1.773 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); (...)

A dúvida que se coloca é se a nova redação conferida pela Lei Brasileira de Inclusão estaria em vigor, eis que foi promulgada em data anterior a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, e ao regulamentar o novo instituto da tomada de decisão apoiada, alterou alguns artigos do Código Civil anteriormente revogados pelo novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, assim dispôs o artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 114. A [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 1.767.

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

II - (Revogado);

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV - (Revogado);

“Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:

(...)

IV - pela própria pessoa.” (NR)

“Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;

(...)

III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.” (NR)

“Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.” (NR)

“Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.” (NR)

“Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.”

“Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio.” (NR)

Antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o civilista Flávio Tartuce⁵⁹, ao comentar os seus atropelos legislativos, defendeu que o Novo *Códex* de Processo Civil, ao revogar os mesmos artigos e incisos do Código Civil alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, acabaria por, com a sua entrada em vigor da lei processual, revogar esses dispositivos na Lei de Inclusão.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte II. **Migalhas**, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+ela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

In verbis, os comentários do professor:

Pois bem, em matéria de interdição, consideráveis foram as mudanças engendradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, estando presentes vários atropelamentos legislativos pelo Novo CPC, em vigor a partir de março de 2016. A primeira alteração diz respeito, a saber, se ainda será cabível o processo de interdição ou se viável juridicamente apenas uma demanda com nomeação de um curador. Por certo é que a Lei 13.046/2015 altera o artigo 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que termos da curatela deve ser promovido”. O grande problema é que esse dispositivo material é revogado expressamente pelo art. 1072, inciso II, do CPC/2015. **Sendo assim, pelo menos aparentemente, ficará em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passará a ter vigência. Pensamos que será necessária uma nova norma, que faça com que o novo dispositivo volte a vigorar.**

Nesse mesmo sentido, também durante os debates doutrinários antes da entrada em vigor do novo CPC, defendeu Paulo Lobo que, em razão dos diferentes tempos de *vacatio legis*, os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência que modificaram os institutos da curatela produziram efeitos por apenas dois meses e quatorze dias, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Eis os comentários de Paulo Lobo:

O Estatuto de 2015, por sua vez, publicado posteriormente ao novo CPC, restaura os artigos do Código Civil relativos à curatela revogados por este, dando-lhes nova redação, em conformidade com a Convenção. Ocorre que tanto o novo CPC quanto o Estatuto estabeleceram diferentes tempos para *vacatio legis*: o Estatuto entrará em vigor no dia 3 de janeiro de 2016 e o novo CPC no dia 17 de março de 2016. A desatenção do legislador fez brotar essa aparente repriminção. Assim, os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, relativos a curatela, terão nova redação dada pelo Estatuto, mas apenas produzirão efeitos durante dois meses e quatorze dias, sendo revogados com a entrada em vigor do novo CPC⁶⁰.

Contudo, em detrimento desses respeitáveis posicionamentos, a tese defendida pelos autores resta equivocada, pois o Código de Processo Civil não poderia revogar posteriormente, com sua entrada em vigor, dispositivos alterados pela Lei de Inclusão Brasileira que sequer conhecia na data de sua promulgação.

Posição mais ponderada, contudo, pode ser encontrada na lição de Thiago Soares da Rosa, que defende a não revogação dos artigos do 1.768, 1.769, 1771 e

⁶⁰ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

1.772 do Código Civil, por diferenciar o momento em que a lei passa a integrar o ordenamento jurídico com a data da produção de efeitos. Nesse sentido, acertadamente ⁶¹:

Ao entrar em vigor, a LBI revogou a redação constante dos mencionados dispositivos da lei civil, fazendo valer novos comandos. Ao entrar em vigor, em data posterior, o artigo 1.072 do Código de Processo Civil revogou matéria já revogada – a saber, a redação original dos mesmos dispositivos do Código Civil, uma vez que aqueles comandos já haviam sido extirpados do ordenamento jurídico pela Lei Brasileira de Inclusão. **Conclui-se, pois, que a lição doutrinária divergente, data máxima vênua, é equivocada, uma vez que confunde o momento em que a lei passa a integrar o ordenamento jurídico com a data de produção de efeitos. A interpretação sugerida significaria que o parlamento estaria a revogar texto que sequer conhecia a época, fazendo prevalecer manifestação de vontade anterior sobre a posterior.**

Sendo assim, parece acertado afirmar que os dispositivos de Código de Processo Civil precisam ser harmonizados com as alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão, especialmente a fim de possibilitar que a própria pessoa possa ser sujeito ativo em processo de interdição de si mesma.

Por fim, restará ao fim e ao cabo, ao debate jurisprudencial e doutrinário sanar as lacunas oriundas da promulgação e da necessidade de compatibilização desses novos textos normativos.

Com o intuito de verificar como o judiciário vem enfrentando esses novos dilemas processuais, buscou-se, por fim, acompanhar demandas vinculadas a curatela e a decisão apoiada.

4.2 QUESTÕES PRÁTICAS RELEVANTES – ESTUDO DE CASOS

Frente **1)** ao caráter de novidade e singularidade do instituto da tomada de decisão apoiada e **2)** a necessidade de se dar um respaldo empírico as questões discutidas nesse trabalho, buscou-se analisar como os institutos aqui discutidos estão sendo resolvidos no âmbito do judiciário paranaense, para tanto, foram

⁶¹ SOARES, Thiago Rosa. A Capacidade de fato das pessoas com deficiência. **Estudo da Consultoria Legislativa**, Câmara dos Deputados, abr. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema5/2016_1186_capacidade-de-fato-das-pessoas-com-deficiencia_thiago-rosa-soares>. Acesso em: 20 nov. 2016.

observados processos relativos aos institutos de curatela, interdição e a decisão apoiada na comarca de Curitiba.

Igualmente, com esse trabalho empírico, intencionou-se compreender como o poder judiciário tem se comportado frente às novas demandas e obstáculos instituídos pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como por exemplo, a delimitação da diferença entre o processo de curatela e da tomada de decisão apoiada; a possibilidade de conversão entre o sistema de interdição para o sistema menos restritivo, qual seja, o sistema de tomada de decisão apoiada (se os requisitos se fizerem presentes), bem como se há uma conscientização das partes envolvidas sobre as implicações da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão nos processos em curso.

4.2.1 A abrangência da tutela e os desafios encontrados

Em detrimento dos objetivos iniciais de se acompanhar vários processos sobre o tema, deparou-se com inúmeras dificuldades de acesso, justamente pelo sigilo conferido pelo caráter de segredo de justiça em respeito à intimidade das pessoas.

Além do mais, constatou-se certa ausência de conscientização e debate sobre o instituto da tomada de decisão apoiada por parte dos advogados e magistrados, nada obstante a abrangência e os efeitos impactantes que esse instituto possibilita aos administrados.

Por outro lado, embora tenha impactos sociais relevantes, a abrangência do instituto é mínima, pois, de fato, se aplica somente aos casos que, existindo familiares interessados, o apoiado tem patrimônio relevante. Inexistindo patrimônio em risco, dificilmente essas questões serão levadas ao judiciário. De outro lado, tendo em vista ser um instituto novo, ainda não conhecido pela população, os casos em que o próprio tutelado procura voluntariamente o judiciário são exceção. O que de fato se vislumbra é a conversão de processos de curatela em tomada de decisão apoiada.

Sem embargo, obteve-se acesso a um processo de interdição⁶² cuja audiência foi realizada no dia 28/06/2016 - portanto, quando a Lei Brasileira de Inclusão já estava em vigor.

4.2.2 Resultados

O processo acompanhado cingiu-se desde a inicial tão somente a interdição parcial da curatelada para determinados atos da vida civil – mais especificamente, para que sem curador, a tutelada não pudesse emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandada, cabendo-lhe, entretanto, praticar em geral os atos de administração de seu patrimônio. Nesse sentido, tendo em vista a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão entre a petição inicial e a realização da audiência, a parte requerente pleiteou, caso houvesse consentimento pela parte da parte requerida, isto é, da própria pessoa interditanda, a conversão do procedimento da interdição no instituto da tomada de decisão apoiada. Em face de tal requerimento, o juiz da Vara Cível de Curitiba, assim decidiu:

A modulação eventual que tá sendo feita como interdição, não há problema nenhum, que durante o processo e ao final se faça modulação aos olhos da nova lei e mesmo antes, entendi que sempre coube a avaliação parcial, até porque há atos da vida civil em que não se impediria a pessoa de comprar uma bala. Então é óbvio que todas elas tem a sua modulação e isso será feito, não há problema nenhum.

Veja-se que, embora preocupado com os profundos efeitos civis patrimoniais de uma eventual decretação da interdição, o ilustríssimo magistrado da causa acabou por confundir a modulação dos efeitos da decretação de interdição com o novo instituto da tomada de decisão apoiada, que, em verdade, se configura de maneira totalmente diversa.

Isso porque, a princípio, na interdição, há a decretação de incapacidade absoluta do curatelado, que passa a ser representado em todos os atos da vida civil pelo representante legal. Deste modo, mesmo que se modulassem os efeitos a fim de que fosse decretada a incapacidade apenas parcialmente, com a modulação, a

⁶² Informa-se, preliminarmente, que não poderão ser disponibilizados informações objetivas como o nome das partes e o número do processo em razão do princípio da não violação da intimidade.

pessoa tornar-se-ia, de qualquer forma, absolutamente incapaz para aqueles atos aos quais o juiz determinou estarem abarcados pela incapacidade. Desta forma, sem a devida representação para os atos, aos quais foi modulada a declaração de incapacidade, a parte interditada não poderia praticá-los de maneira absoluta, eis que caberia unicamente ao curador seu exercício. Em sentido diverso, com a aplicação do instituto da tomada de decisão apoiada, como solicitado pela parte requerente, a capacidade civil da apoiada remanesceria integral, cabendo aos apoiadores somente fornecerem elementos e informações necessárias ao exercício da capacidade – que, no entanto, é exercida de maneira total pela própria pessoa.

Além disto, há uma relevante distinção nos efeitos sentidos pelo tutelado nos dois institutos, principalmente no que diz respeito à quebra ou manutenção do vínculo de confiança entre a pessoa e a família, que, na maioria dos casos, é quem entra com o pedido de interdição.

Nesse sentido, é necessário diferenciar o processo de interdição com a tomada de decisão apoiada, que tem um âmbito eminentemente consensual, pois se instaura com o consentimento do apoiado ou intervenção do Ministério Público. Deve-se considerar, de outro lado, que o processo de interdição, embora seja essencialmente um processo de jurisdição voluntária, pode apresentar um caráter eminentemente litigioso, especialmente quando a parte requerida é capaz de expressar sua vontade pois, nesses casos, a parte interditanda se vê contrariada pelo parte requerente, na maioria dos casos familiares que se dizem mais capazes ou mais preparados para gerir o patrimônio, e diante da possibilidade de ter suas vontades total ou parcialmente preteridas.

Mesmo frente à ausência de lide em abstrato, e formalmente, sem uma pretensão resistida, o processo de interdição pode quebrar por definitivo o vínculo familiar e a confiança entre as partes envolvidas. Nesse sentido, no processo em análise, pode-se verificar que a parte requerente auxiliava e lograva a confiança da parte requerida, contudo, após o início do processo de interdição, tais vínculos foram desfeitos.

Foi exatamente isso que aconteceu no caso em análise, pois a pessoa que estava sofrendo o processo de interdição, mostrando profundo ressentimento com o processo, assim se manifestou a em relação ao seu primo, requerente:

“O [nome da pessoa] sempre me pareceu muito amável e cordial, me era amigo, eu não esperava ele fazer um processo de interdição sem avisar, sem nada. Foram os parentes que eu mais tinha contato, e eles não me avisaram de nada. Daí eles tentaram conversar, mas eu evitei para evitar conflitos. Daí eu não quis realmente conversar. Foi como uma facada nas costas”.

Acrescentou, ainda, a requerida, após ser questionada se sentia-se segura tendo suas coisas cuidadas pelo requerido, respondeu negativamente nos seguintes termos:

Não, não me sinto segura. Foi como uma facada nas costas, porque eu confiava neles e de repente eu senti que estão interessados nos meus bens. Eu acho isso em decorrência do processo.

Embora não se tenha tido acesso a muitos processos, algumas questões do caso merecem atenção, especialmente a necessidade de se compatibilizar o instituto com a litigiosidade da interdição. Isso porque, nos casos em que a família e o Ministério Público iniciam o processo e a parte requerida tem o mínimo de discernimento, existe o risco da quebra definitiva do vínculo de confiança. Desse modo, faz-se necessário ao magistrado, na audiência inicial, cautela no sentido de oportunizar – antes de instaurada uma litigiosidade irreversível com a quebra do vínculo de confiança – a possibilidade, em se reconhecendo a capacidade da requerida em manifestar a vontade, de conversão do pedido em decisão apoiada.

5 CONCLUSÃO

A pretensa autonomia privada regrada ao campo patrimonialista e o reconhecimento de que o sujeito “capaz” é o destinatário comum das normas jurídicas implicou, por muito tempo, a fixação de um regime especial para as pessoas com deficiência que, por muitas vezes, limitava o seu próprio direito a tomar suas próprias decisões, afastando sua condição de igualdade com as demais pessoas.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve trabalhar com assente na tensão entre uma tendência de autonomia e uma tendência de proteção. Essa relação inquieta entre cuidado e privação de direito inunda o passado – e também o presente – do direito da tutela, curatela e do exercício da capacidade civil de fato das pessoas com deficiência. Direitos existenciais, por serem personalíssimos, correspondem a verdadeiros direitos de afirmação de liberdade, mais propriamente, de autodeterminação. Para tanto, quanto a estes direitos, ao longo do trabalho, buscou-se demonstrar que qualquer tentativa de dissociação entre capacidade jurídica e capacidade de agir acaba por se tornar pura ficção.

Nesse sentido:

A leitura da Parte Geral deve abandonar aqueles pressupostos teleológicos que a inspiraram, pois não mais se aplicam em face da Nova Ordem Constitucional. A proteção não pode mais ser averiguada somente em valores patrimoniais. A verificação deve focar o desenvolvimento da personalidade, a integração a comunidade. A presunção não pode engessar as possibilidades de concretização do projeto pessoal do indivíduo, se não contribuírem para seu desenvolvimento, educação e inserção na sociedade⁶³.

Nesta toada, nota-se que os processos de interdição e inabilitação estão longe de proporcionarem boas soluções, ainda mais em um sistema jurídico que assiste a erosão da clivagem entre público e privado e a constitucionalização do direito civil. Se o princípio da dignidade da pessoa humana se fez incidir diretamente sobre particulares, o Estatuto da Pessoa com Deficiência certamente significa um grande passo no reconhecimento do impedimento físico, mental ou sensorial como não indutor a qualquer forma de incapacidade, apenas a uma vulnerabilidade.

⁶³ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **O exercício dos direitos dos incapazes: uma leitura a partir dos princípios constitucionais.** Curitiba, PR. J.M. Livraria Jurídica, 2011.

Conclui-se, portanto pela abolição de uma perspectiva médica e assistencialista que rotular como incapaz aquele que ostenta uma insuficiência psíquica ou intelectual. Corretamente, o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender – e que portanto justifiquem a curatela-, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual. Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a incapacidade passa a residir no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade.

Sendo assim, entende-se que nas situações existenciais, afasta-se a presunção de incapacidade, especialmente nos casos em que o sistema protetivo seja incongruente com o desenvolvimento da personalidade ou com a integração do ser humano na sociedade.

Averiguou-se, portanto, se há o surgimento de uma nova teoria das incapacidades que passaria a prescrever a possibilidade de limitação da capacidade para determinados atos. Isso porque a presunção da capacidade e o momento de aferição da validade dos atos mudou sobremaneira – a presunção, para as pessoas com deficiência, era de invalidade prévia, sendo a análise feita, agora, em momento posterior. Também percebeu-se que ainda há um longo caminho para distinguir-se a mera expressão da vontade e o discernimento, fixando-se o papel do juiz nessa atividade como essencial e primordial.

Por fim, conclui-se também pela necessidade de cuidado na compatibilização da curatela com a tomada de decisão apoiada, antes de instaurada uma litigiosidade sem retorno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elionai Dornelles. Modelo Social: uma nova abordagem para o tema deficiência. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, São Paulo, n. 18, jul./ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf>: Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

Bürgerliches Gesetzbuch (**BGB**), Buch 4, Familienrecht, Abschnitt 3 – Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft, Titel 2 – Rechliche Betreueung.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **BETREUUNGSRECHT. Mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht**. P.9.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**: parte geral, volume 1. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Debora; BARBORA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino e. Deficiência, direitos humanos e justiça. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil a luz do novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**: curso completo. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KUHN, Thomas. **A estrutura das Revoluções Científicas**. Coleção “Debates”. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2011.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana**: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013.

NEVES, Alexandra Chícharo. **O Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”**: o longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência. 2011, 548 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídico-Processuais, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/277/1/Vers%C3%A3o%202013%20O%20Estatuto%20Jur%C3%ADico%20dos%20C2%ABCCidad%C3%A3os%20Invis%C3%ADveis%2%BB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

NICKLES, Thomas. **Thomas Kuhn: Contemporary Philosophy in focus**. Cambridge, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução nº 56/2009. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 15 nov. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 10, jul./ago. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Thiago Rosa. A Capacidade de fato das pessoas com deficiência. **Estudo da Consultoria Legislativa**, Câmara dos Deputados, abr. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema5/2016_1186_capacidade-de-fato-das-pessoas-com-deficiencia_thiago-rosa-soares>. Acesso em: 20 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte II. **Migalhas**, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, jan./mar. 2008.