

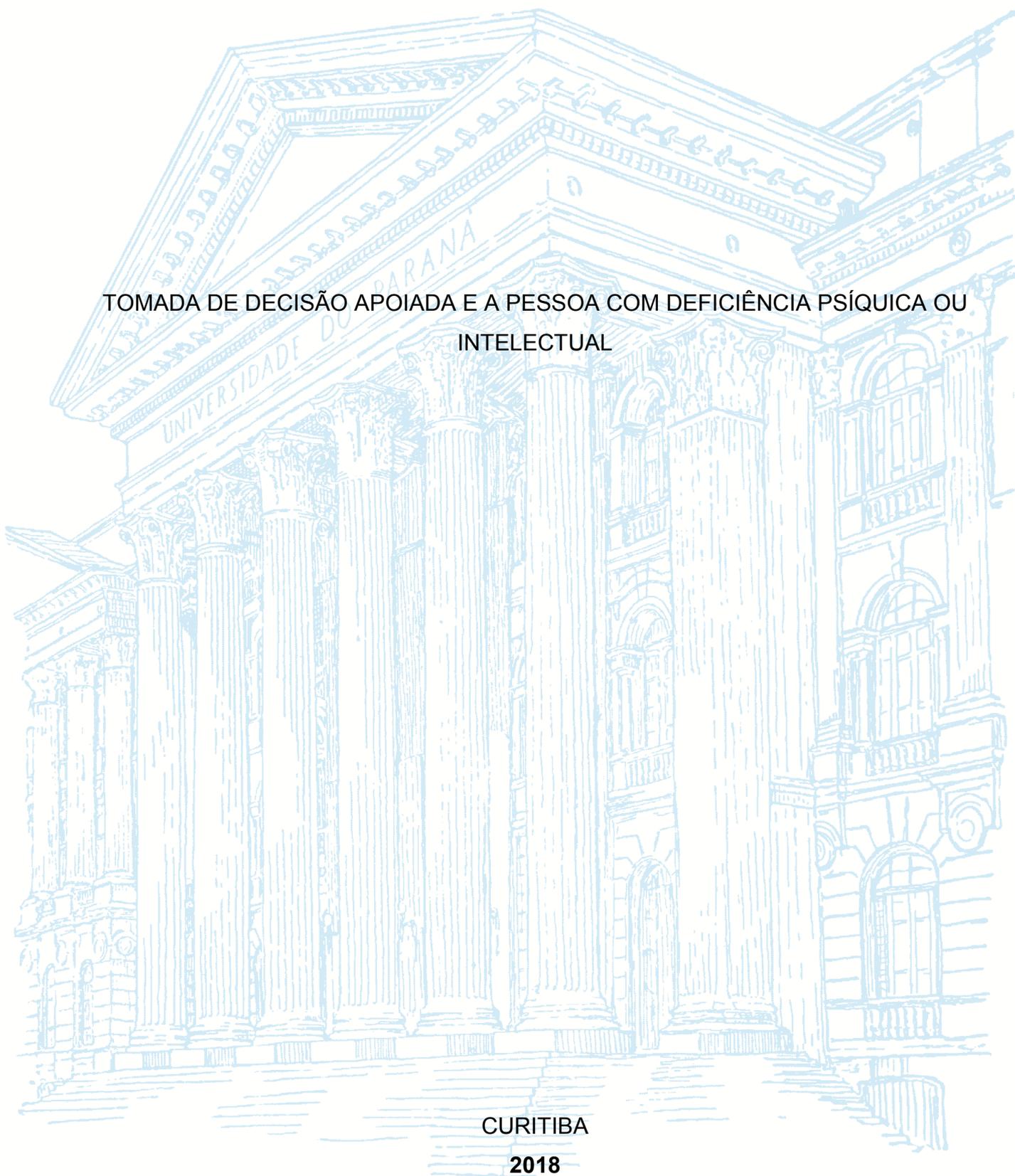
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JACQUELINE LOPES PEREIRA

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU
INTELLECTUAL

CURITIBA

2018



JACQUELINE LOPES PEREIRA

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU
INTELECTUAL

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski
Ruzyk

Coorientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk
Matos

CURITIBA

2018

P436t

Pereira, Jacqueline Lopes

Tomada de decisão apoiada e a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual / Jacqueline Lopes Pereira; orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; coorientadora: Ana Carla Harmatiuk Matos. – Curitiba, 2018.

154 p.

Bibliografia: p. 144-154.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Deficientes - Direitos. 2. Direito civil. I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Matos, Ana Carla Harmatiuk. III. Título.

CDU 347.161

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pela mestranda **Jacqueline Lopes Pereira**, realizada no dia treze de março de dois mil e dezoito, às nove horas.

No dia treze de março do ano de dois mil e dezoito, às nove horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pela mestranda **Jacqueline Lopes Pereira**, sob o título “**Tomada de Decisão Apoiada e a Pessoa com Deficiência Psíquica ou Intelectual**”. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (Orientador-Presidente/UFPR), Ana Carla Harmatiuk Matos (UFPR), Taysa Schiocchet (UFPR) e Joyceane Bezerra de Menezes (UNIFOR) – por Skype®, respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pela mestranda, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Dissertação, em seguida cada examinador arguirá a mestranda, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, a mestranda foi argüida sucessivamente pelos Professores Doutores Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Ana Carla Harmatiuk Matos, Taysa Schiocchet e Joyceane Bezerra de Menezes. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Dissertação, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Dissertação, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, 10,00 (dez inteiros), Ana Carla Harmatiuk Matos, 10,00 (dez inteiros), Taysa Schiocchet, 10,00 (dez inteiros), Joyceane Bezerra de Menezes, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Mauro Eduardo Soares de Oliveira, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

PARECER

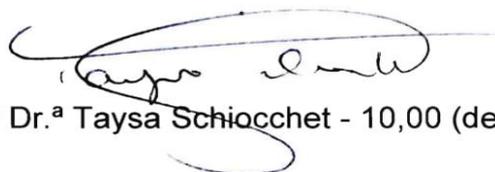
A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pela mestranda **Jacqueline Lopes Pereira**, sob o título **“Tomada de Decisão Apoiada e a Pessoa com Deficiência Psíquica ou Intelectual”**, após argüir a candidata e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:



Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk - 10,00 (dez inteiros)



Prof.ª Dr.ª Ana Carla Harmatiuk Matos - 10,00 (dez inteiros)



Prof.ª Dr.ª Taysa Schiocchet - 10,00 (dez inteiros)

Prof.ª Dr.ª Joyceane Bezerra de Menezes - 10,00 (dez inteiros) - Skype®

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito à candidata Jacqueline Lopes Pereira**.

É o parecer.

Curitiba, 13 de março de 2018.



Aos meus sobrinhos Laura,
Joaquim Augusto e Antonio Cezar, por
serem alegria e ternura em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é muito mais do que um gesto. A gratidão vem do fundo da alma para alimentar a nossa existência e é com esse sentimento que escrevo essas palavras a quem se fez presente nessa jornada de estudo e a tornou muito mais fascinante.

A minha gratidão à Universidade Federal do Paraná, morada em que dei os primeiros passos a esse caminho infatigável do saber. Agradeço também à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa de pesquisa concedida através do Programa de Excelência Acadêmica. Esse apoio foi essencial para o desenvolvimento da pesquisa e da pesquisadora que ora se apresentam.

Agradeço ao professor doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk pela orientação primorosa deste trabalho. Suas precisas avaliações e respostas a cada ideia ou pergunta surgida neste trilhar foram, sem dúvida, o norte que construiu essa dissertação.

À professora doutora Ana Carla Harmatiuk Matos pela coorientação temperada de uma visão crítica de direitos humanos e por sempre contribuir para meu crescimento acadêmico e pessoal.

Às professoras doutoras Joyceane Bezerra de Menezes (UNIFOR) e Taysa Schiocchet (UFPR) pelo pronto aceite em integrar a banca avaliativa deste trabalho e a quem declaro minha estima acadêmica e pessoal. Suas trajetórias empoderaram as mulheres pesquisadoras deste país.

À secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, especialmente ao Eduardo e à Vanessa, por todo o suporte disponibilizado nos anos de formação do mestrado.

Agradeço ao Rudi e à Lurdes, meus pais, por sempre estarem ao meu lado e me nutrirem com doses diárias de amor incondicional. Obrigada, Desi, Graci e Aline, minhas irmãs, pelo carinho e ternura que só encontro quando trocamos olhares. Agradeço aos meus sobrinhos, Laura, Joca e Toninho, por fazerem eu sentir o peso da responsabilidade pelo futuro. Aos primos e primas, tios e tias, pelo estímulo dado à busca de meus sonhos.

Aos amigos e amigas, de longe e de perto, conhecidos de estradas passadas e outros conhecidos nessa jornada. À Isa, ao Ben, à Nath, à Ana, à Paola e à Giovana, obrigada por acompanharem minha trajetória, que se acalenta com a presença de vocês.

À Maria da Glória, Regiane, Creuza, Denise e Onória (“Lora”), por enriquecerem meus dias, cada uma à sua maneira, com palavras e conselhos determinantes nessa fase de minha vida.

À Amanda, Lenize, Natali, Alessandra, Fernanda, Camila, Flávia, Talita, Gisele, Gabi, Isadora Selonk, Julia e Mariana Demetruk por reforçarem minha confiança na bondade e na verdade. Um agradecimento especial (“*danke*”) à querida Carolina das Chagas, pela contribuição à pesquisa sobre o sistema de apoios presente no BGB.

Às amigadas que nasceram e se fortaleceram no meio acadêmico, minha profunda gratidão a Francielle, Lincoln, Victor, Leticia Kreuz, Leticia Schaitza, Tani, Ligia, Gustavo, Dhyego, Andressa e Eliseu, que trouxeram mais leveza e sorrisos a essa fase. Um obrigada especial à Mariana Pimentel, cuja companhia e amizade durante a estada na biblioteca do *Max Planck Institute for comparative and international private Law* em Hamburgo, Alemanha, impulsionou ainda mais a busca por outras fontes doutrinárias na investigação dos sistemas de apoio.

Às amigadas do terceiro andar do prédio da Praça Santos Andrade, n. 50, Marcelo Bürger, Elisa, Bruna, Felipe Frank, Gabriel Schulman, Vanessa, Raul, Ricardo Calderón, Emerson, Josiane, Maine, Marcelo, Edna e Thais, obrigada pelos encontros ao acaso ou marcados nos corredores da vida.

Aos amigos de outros programas de pós-graduação, Eduardo Nunes, Elisa Cruz, Eduardo Horácio, Taísa, André Miranda e Antonio Quinupa, pelo tesouro inestimável que é contar com a sua amizade. Um agradecimento fraterno ao Rodrigo da Guia Silva, de mente brilhante, pelo envio de material de terras lusitanas e pelas parcerias acadêmicas passadas e futuras.

Aos amigos Rafael, Camille, Bruno, Gisele, Ananda e Dora, agradeço por me mostrarem a não me resignar frente às iniquidades flagrantes em nossa sociedade.

Oculto na roupagem metafórica
palpita a essência real.

(KOLODY, Helena)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo estudar o instituto jurídico da Tomada de Decisão Apoiada, originado de alteração legislativa que propõe a criação de sistema de apoios às decisões de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Essa mudança advém de processo de afirmação de direitos das pessoas com deficiência em plano global, que resultou na redação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esse tratado é norma integrante do texto constitucional brasileiro e, partindo da unidade sistemática e constitucionalização do direito civil, procura-se verificar a conformação do regime das capacidades a essa perspectiva. A dissertação explora o sentido clássico de capacidade civil presente nas codificações oitocentistas, relacionado a um modelo médico de compreensão da deficiência. Também questiona em que medida a concepção clássica destoa da capacidade legal conglobante proposta pelo modelo social da deficiência. Apresentam-se os pontos de vista de atribuição direta de incapacidade (*status approach*), de substituição da vontade (*outcome approach*) e o modelo funcional (*functional approach*). Sob o olhar dos diferentes sentidos da liberdade, examinam-se os horizontes proporcionados por sistemas de apoio à pessoa com deficiência. Relatam-se experiências alternativas de ordenamentos jurídicos estrangeiros (francês, austríaco, alemão, italiano, argentino e peruano) para a construção de instrumentos de apoio que consideram as vontades e preferências das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Por fim, explora-se a previsão normativa da Tomada de Decisão Apoiada constante do artigo 1.783-A do Código Civil Brasileiro, inclusive as propostas de alteração legislativa em trâmite por meio do Projeto de Lei do Senado n. 757/2015, em redação substitutiva. Expõem-se as interpretações doutrinárias acerca da natureza jurídica, objeto e desafios para a efetividade desse instrumento de apoio. Constatada a complexidade desse modo de pensar a capacidade legal de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, insurge o dever de se construir os sentidos da Tomada de Decisão Apoiada em perspectivas formal, substancial e prospectiva.

Palavras-chave: Direito Civil. Capacidade legal. Pessoas com deficiência. Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT

The following research's objective is to study the legal institute of Supported Decision Making in Brazilian Civil Code, originated from a legislative amendment that proposes the creation of a supported decision making system for people with mental or intellectual disabilities. This changing comes from the process of asserting the rights of persons with disabilities on a global level, which resulted in drafting the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. This treaty is part of Brazilian's Constitution and the study verifies the regime of capacities' conformation to this perspective from the systematic unity and constitutionalization of private law. The thesis surveys the classic sense of civil capacity present in eighteenth-century codifications, related to a medical model of understanding disability. It also questions what are the disagreements between classical civil capacity and the conglobating legal capacity, proposed by the social model of disability. The research presents the different views of status approach, outcome approach and functional approach. The horizons provided by systems of supported decision making without limitation to the legal capacity are discussed according to different senses of freedom. Alternative experiences of foreign legal systems (French, Austrian, German, Italian, Argentinean and Peruvian) are reported to guide a construction of supported decision making's instruments that consider the wishes and preferences of people with psychic or intellectual disabilities. Finally, the research studies the Supported Decision-Making norm in article 1,783-A of Brazilian Civil Code and current proposals for legislative amendment by the Senate Bill n. 757/2015, in substitute version. The thesis exposes the doctrinal interpretations about the juridical fundament, object and challenges for the effectiveness of this instrument. Considering the complexity of this way of thinking, the legal capacity of persons with psychic or intellectual disabilities insists on the duty to build the senses of informed decision-making in a formal, substantial and prospective outlook.

Keywords: Private Law. Legal capacity. Persons with disability. Supported Decision-Making.

LISTA DE SIGLAS

ABGB	- <i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Austríaco)
BGB	- <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
CDPD	- Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
EPD	- Estatuto da Pessoa com Deficiência
ONG	- Organização Não-Governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
PLS	- Projeto de Lei do Senado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA CAPACIDADE CIVIL À CAPACIDADE LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL: PASSAGEM DO MODELO SUBSTITUTIVO DA VONTADE AO MODELO FUNCIONAL DE APOIOS	15
1.1. O SENTIDO DE “CAPACIDADE CIVIL” DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL SOB O OLHAR DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CODIFICADO.....	19
1.2. A DUALIDADE DA CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: OS MODELOS DE “ATRIBUIÇÃO DIRETA DE INCAPACIDADE” E DE “SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE”	31
1.3. O MODELO FUNCIONAL APRESENTADO PELA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO CONGLOBANTE DE “CAPACIDADE LEGAL”	38
2. O MODELO FUNCIONAL E SISTEMA DE APOIOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL SOB O PRISMA DOS PERFIS DA LIBERDADE	61
2.1. OS DIFERENTES PERFIS DA LIBERDADE: NEGATIVA E POSITIVA; INDIVIDUAL E COLETIVA; FORMAL E SUBSTANCIAL.....	61
2.2. O SISTEMA DE APOIOS COMO EXERCÍCIO DE LIBERDADE(S) PARA TOMADA DE DECISÕES POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	72
2.3. O ESTADO DA ARTE DO SISTEMA DE APOIOS SOB O MODELO FUNCIONAL EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS	80
3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO	109
3.1. NATUREZA JURÍDICA.....	113
3.2. OBJETO	117
3.3. DESAFIOS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVOS À SUA EFETIVIDADE	121
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

A roupagem patrimonial estruturou o direito civil clássico que, através de alguns de seus institutos, relegou a segundo plano a voz de certos sujeitos. Dentre estes, as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual sofreram a patologização e a segregação social, reforçadas por um sistema jurídico que atribuía o *status* de incapacidade por diagnóstico médico ou pela substituição da vontade pela de um curador após processos de “interdição”.

Esse quadro alimentou preconceitos e enfraqueceu o desenvolvimento da tolerância às diferenças ínsitas à condição plural de vivências humanas. Isso gera significativos reflexos sociais que afastam essas pessoas de um desenvolvimento com liberdade e acesso a direitos fundamentais. Nota-se essa desigualdade em dados que apontam, por exemplo, que, na conjuntura da América Latina e Caribe, 82% das pessoas com deficiência vivem abaixo da linha da pobreza¹ e que 90% das crianças com deficiência que vivem países em desenvolvimento não têm acesso à educação básica².

Tais pessoas são privadas não apenas de “ter”, mas também, de “ser”.

Como contraposição a esse cenário, a última década vislumbrou importantes marcos normativos em âmbito global e nacional a respeito dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência. Talvez um dos mais notórios seja a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, doravante CDPD, celebrada em 2006 na cidade de Nova Iorque.

A redação deste tratado internacional resulta de anos de discussões entre representantes de Estados e de pessoas com deficiência movidas sob o lema “Nada sobre nós sem nós” (*Nothing about us without us*). O documento teve como norte um modelo social de compreensão da deficiência e determinou mudanças basilares a serem adotadas nos ordenamentos jurídicos dos países signatários. Dentre essas

¹ NABERGOI, Mariela; BOTINELLI, María Marcela. **Discapacidad, pobreza y sus abordajes**: Revisión de la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad (RBC). Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-16862007000100015&script=sci_arttext&lng=en>. Acesso em: 04 fev. 2018.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The invisibility of disability**. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic_statistics_2016.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.

alterações de parâmetro, o surgir de um conceito conglobante de capacidade legal traz impactos ao regime clássico de incapacidades das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, teorizado pelo direito civil moderno.

Ao se pensar na capacidade legal que incorpora tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de exercício, a CDPD orienta em seu artigo 12 que seja facilitada a elaboração de sistemas de apoio às pessoas com deficiência. Esse apoio deve assegurar o reconhecimento da condição de igualdade dessas pessoas perante a lei, com as devidas salvaguardas.

O Brasil internalizou o referido tratado em 2009 na qualidade formal e material de Emenda à Constituição e, em 2015, promulgou a lei n. 13.146, conhecida como “Lei Brasileira de Inclusão” ou “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (doravante EPD), que definiu alterações na redação de outros diplomas legislativos. No que se refere ao sistema de apoios, o seu artigo 114 criou a figura da Tomada de Decisão Apoiada, ao incluir ao Código Civil (CC) o artigo 1.783-A.

Compreende-se a Tomada de Decisão Apoiada como instituto jurídico que mantém a capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual e possibilita a realização de atos com o auxílio formalizado de duas ou mais pessoas de sua rede de confiança. A sua previsão constitui primeiro passo para a efetividade de um sistema de apoios que garanta a maior liberdade da pessoa com deficiência.

A relevância do estudo ecoa na releitura do clássico regime de capacidades do direito civil em prol do reconhecimento da liberdade, desejos e preferências das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual sob uma perspectiva funcional e de um modelo social.

Para esse propósito, investigam-se os sentidos de outros institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro e as respostas ofertadas pela Tomada de Decisão Apoiada ao desafio anunciado pela CDPD de construção de um sistema que considere os desejos e preferências das pessoas com deficiência como os sujeitos de direito que são.

Destarte, a pesquisa realiza recorte metodológico voltado à análise da Tomada de Decisão Apoiada e examina a constitucionalização do direito civil quanto a esse instituto em nível de sua positivação, princípios e sua pertinência para tornar concreto o parâmetro da perspectiva funcional de capacidade legal.

O trabalho opta por estudar a Tomada de Decisão Apoiada dirigida a pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, por serem estas tradicionalmente

submetidas a processos de “interdição” para declaração de sua incapacidade absoluta. Levando isso em consideração, a pesquisa divide-se em três capítulos.

O Capítulo I demonstra o contexto do regime das capacidades às pessoas com deficiência, as diferentes perspectivas sobre a capacidade jurídica e a criação da Tomada de Decisão Apoiada com o intuito de fazer valer as recomendações da CDPD.

Expõe-se em que medida a categoria clássica da capacidade jurídica contribuiu para um modo de pensar que enfatizava muito mais a proteção patrimonial do que decisões existenciais. Apresentam-se as construções em torno do sentido da capacidade jurídica para o direito civil brasileiro, inclusive com o resgate dos significados atribuídos pelos projetos de Teixeira de Freitas e de Clóvis Beviláqua, este vindo a originar o Código Civil de 1916.

Explora-se em que consistem os modelos da capacidade civil como atribuição direta de incapacidade (*status approach*), avaliação do resultado (*outcome approach*) e a perspectiva funcional (*functional approach*). Esse exame permite identificar qual ou quais são os parâmetros prevalentes no Código Civil Brasileiro de 2002.

Verticaliza-se o sentido conglobante de capacidade legal sob a perspectiva funcional e modelo social, regentes da CDPD. A pesquisa apresenta algumas das principais discussões afloradas no contexto de redação e interpretação do tratado internacional, indica alguns olhares da doutrina brasileira sobre as alterações legislativas promovidas pelo EPD, aponta questionamentos para as mudanças legislativas experimentadas e assinala possíveis respostas contidas em projeto de lei em trâmite no Senado Federal.

O Capítulo II, por sua vez, versa sobre o modelo funcional e o sistema de apoios com a análise teórica que parte da pluralidade de perfis da liberdade e, por fim, indica a título ilustrativo a forma como alguns ordenamentos jurídicos de tradição *Civil law* disciplinam alternativas ao regime clássico de incapacidades.

Propõe-se o estudo das dimensões de liberdade negativa, positiva, individual, coletiva, formal e substancial, a fim de assentar arcabouço teórico que permita apreciar os propósitos de sistemas de apoio ao exercício da capacidade legal. Outrossim, explora-se a hipótese de o sistema de apoios ser uma via para o exercício da liberdade em suas diferentes dimensões.

Com essas questões em mente, pretende-se delinear o estado da arte de ordenamentos jurídicos compatíveis que adotam os fundamentos do sistema de apoios e enfoque funcional da capacidade legal. Com alterações anteriores à Convenção são referenciados os sistemas francês, alemão, austríaco e italiano e, posteriormente, ilustram-se os sistemas argentino e peruano, cujos movimentos legislativos são fruto de latentes discussões em seus respectivos parlamentos. Os dados dessa etapa da pesquisa foram colhidos em outubro de 2017, durante visita ao acervo bibliográfico do Instituto Max Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado, em Hamburgo, Alemanha, com o incentivo da bolsa de pesquisa CAPES/PROEX.

O Capítulo III verticaliza a previsão normativa da Tomada de Decisão Apoiada no Brasil e aponta as interpretações doutrinárias quanto à sua natureza jurídica, objeto, assim como desafios à legislação e às decisões judiciais. Indicam-se diversos posicionamentos atuais da literatura jurídica especializada, com ênfase em suas indagações e possíveis caminhos para conclusões.

A partir dos propósitos de leitura funcional da capacidade legal e do modelo social da deficiência, o presente trabalho propõe um enfoque inovador no tema que dá seus primeiros passos em direção à efetividade das liberdades das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

Nesse trilhar, pretende-se fomentar a reflexão sobre quais são as mudanças possibilitadas no direito civil brasileiro contemporâneo pela figura da Tomada de Decisão Apoiada. Questiona-se se tal instrumento de fato viabiliza uma mudança de parâmetros para a valorização das vontades, preferências concretas e liberdades das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

CAPÍTULO I

DA CAPACIDADE CIVIL À CAPACIDADE LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL: PASSAGEM DO MODELO SUBSTITUTIVO DA VONTADE AO MODELO FUNCIONAL DE APOIOS

Tratar de assunto relativo a pessoas com deficiência, independentemente do tema a que se limita o recorte de pesquisa, anuncia complexidade, decorrente de sua especial condição de vulnerabilidade. Quando se propõe estudo que analisa um instrumento criado com vistas à ampliação de suas liberdades, surgem imperiosas problematizações que exigem contextualização a fim de ser possível compreendê-lo com qualidade.

O objeto deste capítulo inicial é expor o cenário que levou à criação da Tomada de Decisão Apoiada, especialmente por decorrer de uma mudança de parâmetros referentes ao sentido do regime das capacidades no direito civil brasileiro e que atingem sujeitos concretos.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou dados relativos a 2013 que estimavam em 6,2% o percentual da população brasileira constituída por pessoas com deficiência, seja esta intelectual, física, auditiva ou visual³. Tal contingente populacional vivencia exclusões produzidas pela forma que a sociedade se relaciona com suas diferenças⁴.

Dentre essas pessoas, aquelas identificadas com deficiência psíquica ou intelectual sofreram no panorama brasileiro a segregação e a privação de liberdades não apenas em âmbito social, mas também no ambiente jurídico.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saúde 2013:** ciclos de vida, vol. 3. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁴ Como um exemplo dessas exclusões no transcórrer histórico, nos Estados Unidos, registrou-se ao final do século XIX a edição de lei da cidade de Chicago que tinha por objetivo eliminar obstruções nas vias públicas e previa a multa para as pessoas que se expusessem em público e que tivessem alguma “enfermidade, mutilação, ou qualquer outro tipo de deformidade, assim como fosse um objeto desagradável ou de desgosto, ou pessoa imprópria” de andar pelas ruas e demais vias públicas da cidade. Tal medida foi popularmente conhecida como “*Ugly Law*” e produziu a segregação de pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, restringindo sua liberdade de ir e vir. (SCHWEIK, Susan M. **The ugly laws:** disability in public. Nova Iorque: New York University Press, 2009. p. 1-2).

Um exemplo do país que evidencia o isolamento social dessas pessoas é o relato que envolve o hospital psiquiátrico “Colônia”, desativado nos dias atuais, que se situava no município de Barbacena, Minas Gerais. Sobreviventes descortinam um cenário de “depósito humano” àqueles que não se adequavam a um ideal de “normalidade psíquica” aceito socialmente. Estima-se que mais de 60 mil pessoas – em sua maioria pessoas com deficiência psíquica ou intelectual – tenham perecido nas instalações devido às condições subumanas a que eram sujeitadas⁵.

Relacionado a esse isolamento social está o sentido que a modernidade atribuiu à “loucura”⁶ e que justificou medidas como a relatada sob o fundamento de proteção da sociedade e busca por reabilitação dessas pessoas. A criação de espaços como o hospital Colônia sustentava o discurso de que a existência de vidas nessas condições não seria uma preocupação restrita à família, mas ampliada a toda a sociedade e ao Estado⁷, os quais zelariam por sua “cura” em local adequado.

O parâmetro de ser humano dotado de “plenas faculdades mentais” recebe contributo direto do saber da Medicina. O denominado “modelo médico” da deficiência concebia os impedimentos mentais das pessoas com deficiência como causa de sua desvantagem social e biológica⁸ e reforçava o reconhecimento de um modelo substitutivo da vontade para atos existenciais e patrimoniais no plano das relações privadas.

⁵ A obra de Daniela Arbex deu voz a pessoas que passaram pela instituição entre as décadas de 1950 e 1980 e chegou a dados estupefacentes: “Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoolistas, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava, gente que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, eram esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, eram filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento. Eram homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta e três eram crianças”. (ARBEX, Daniele. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013. p. 13-14).

⁶ Michel Foucault explora os sentidos da “loucura” para a sociedade ocidental, bem como sua relação com o discurso do saber médico em: FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

⁷ Casos como o do hospital Colônia demonstram as nítidas falhas dessa compreensão segregadora da pessoa com deficiência. Lembra-se nesse passo o lamentável caso concreto que resultou na condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência psíquica de 30 anos de idade, foi internado na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, Ceará. Na instituição, ele foi vítima de agressões físicas e, sem realizar exames detalhados, o médico responsável receitou medicamentos. Poucas horas depois do profissional deixar o posto de atendimento, o paciente foi encontrado sem vida. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017).

⁸ BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur Revista Internacional de direitos humanos**. V. 6. N. 11. Dez. 2009. p. 66. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8216>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Embora o recorte metodológico deste trabalho verse sobre o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (artigo 1.783-A do Código Civil), é imprescindível observar o quanto o modelo abstrato de sujeito de direito “atomizado” presente nos códigos afastou o exercício de direitos por essas pessoas, até se defrontar com a perspectiva funcional aliada a um sistema de apoios.

A compreensão jurídica sobre a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual caminhou ao lado do modelo médico da deficiência que, de acordo com Débora Diniz e Marcelo Medeiros, “identifica a pessoa deficiente como alguém com algum tipo de inadequação para a sociedade”⁹ e que, portanto, deveria passar por tratamento em isolamento para não causar prejuízos a si ou a seu entorno. Heloisa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Junior complementam essa definição e remetem-se à ideia de “reabilitação”:

[o modelo médico] encara a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Desse modo, a pessoa deveria ser tratada através de intervenções médicas, ser “reparada”, para tornar-se o quanto possível “normal”. Esse modelo, denominado “modelo reabilitador”, tem como características principais a substituição da divindade pela ciência e a admissão da possibilidade de algum aporte para a sociedade por parte da pessoa com deficiência, na medida em que sejam “reabilitadas” ou “normalizadas”. [...] ¹⁰

Conforme esse ponto de vista, a medida de substituição da vontade e de impedimento à tomada de decisões por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual seria a mais acertada, ao menos até que a pessoa fosse “(re)habilitada” a um patamar de “normalidade”.

Sob o pretexto de proteção da pessoa com deficiência, inclusive contra possíveis ofensas “a si mesma”, observa-se um distanciamento do sujeito encarnado daquele que o movimento de codificações civis denominou de “sujeito de direito”.

Assim, relega-se a espaço alheio ao sistema aqueles não se adequam ao modelo normativo imposto¹¹, em espaço de “não ser” e de “não-direito”¹².

⁹ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e Deficiência. In: **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 109.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 13, jul./set. 2017. p. 25.

¹¹ “O sujeito virtual distancia-se do real e concreto, porque o sistema pretende, dessa forma, reafirmar-se em sua ideologia de suposta segurança e perpetuidade. Nesse sentido, alheios ao sistema estão todos aqueles que não se apresentam adequados ao modelo imposto.” (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In:

Longe de desenvolver um “escorço histórico”, explora-se a construção do sentido de “capacidade civil” no ordenamento jurídico brasileiro para entender seu significado contemporâneo. Essa investigação é seguida pela análise de dois enfoques clássicos sobre a deficiência e atribuição da (in)capacidade civil pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, quais sejam, a “atribuição direta da incapacidade” (*status approach*) e a “substituição de vontade” (*outcome approach*). Por fim, com base na proposta da CDPD, apresenta-se o conceito conglobante de “capacidade legal” ao lado da perspectiva “funcional” (*functional approach*) e sistema de apoios para o exercício de direitos por esses sujeitos.

Esclarece-se desde logo que o trabalho opta pelo uso dos termos “pessoa com deficiência psíquica ou intelectual”. A expressão “deficiência intelectual” ganhou maior repercussão a partir de simpósio organizado pela Organização das Nações Unidas (doravante ONU) em 1995 e foi repisado durante o evento internacional “Sociedade Inclusiva” em 2004. Simultaneamente, houve o pleito de uso do termo “deficiência psicossocial” ou “psíquica” por organismos representativos de pessoas com deficiência, todavia, o seu uso exclusivo poderia trazer óbices à internalização da CDPD pelos países signatários. A redação do tratado, por conseguinte, preferiu se remeter genericamente a impedimentos de longo prazo de natureza “física, mental, intelectual ou sensorial”¹³, tal como uma “cláusula aberta” de interpretação a fim de que os Estados signatários tivessem margem para incluir como deficiência os transtornos psicossociais, sob o conceito de impedimento “mental” ou “intelectual”¹⁴.

FACHIN, Luiz Edson (Org). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 92).

¹² “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribui a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não-direito; por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como por exemplo as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo de bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado. Desse modo e com essa matiz tomaram prumo códigos civis deste século, a reboque de algumas codificações anteriores. E entre nós não foi diferente: o Código posto em Vitor em 1917 foi perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica”. (FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista Raízes Jurídicas**, Curitiba, n. 1, v. 3, jan./jun, 2007. p. 55-56).

¹³ Artigo 1. Propósito. O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. 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.

¹⁴ DIAS, Joelson et. al. (Orgs.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

Para fins deste estudo, adota-se a terminologia “deficiência psíquica ou intelectual”, tomando-se como pressuposto que são hipóteses diversas e plurais que, no entanto, vislumbram os mesmos efeitos jurídicos.

Feita a observação quanto à terminologia seguida, esclarece-se que não é propósito do trabalho discutir qual das interpretações dadas ao sentido de “capacidade legal” da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual seria a mais adequada. Pretende-se indicar o debate inaugurado pela CDPD no sistema brasileiro, bem como o significado desejado por seus elaboradores, a fim de que seja possível nos capítulos seguintes uma compreensão mais ampla e contextualizada acerca da “Tomada de Decisão Apoiada”.

1.1. O SENTIDO DE “CAPACIDADE CIVIL” DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL SOB O OLHAR DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CODIFICADO

A fim de analisar o sentido de “capacidade civil” para o ordenamento jurídico brasileiro e em que medida produziu um contexto de desigualdade ao graduar a capacidade de exercício de direitos por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, é pertinente expor o contexto em que tiveram origem seus enunciados normativos.

Deve-se ressaltar primeiramente que o direito civil brasileiro inclui-se na tradição *Civil Law* e, por isso, adere à forma de organização através de códigos, modelo fruto da modernidade jurídica europeia¹⁵. Nas palavras de Paolo Grossi a respeito do movimento das codificações presente no século XIX: “*El derecho se reduce así a ley: un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticable em su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador.*”¹⁶.

(SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. p. 30.

¹⁵ Sobre o paradigma “estadualista” do direito moderno, indica-se a leitura da obra: HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

¹⁶ Em tradução livre: “O direito se reduz assim à lei: um sistema de regras autoritárias, de mandatos pensados e desejados abstratos e inelásticos, incriticável por seu conteúdo, já que sua

Em outro sentido, tal movimento pretendia, sob a roupagem do Direito, abarcar de modo racional, objetivo e completo todas as relações humanas possíveis, constituindo abstratamente uma verdadeira biografia do “sujeito de direito”. Sobre esta categoria, Stefano Rodotà salienta sua instrumentalidade para gerar iniquidades e justificar abusos, o que ocorreu especialmente nos idos do século XX:

*L’esperienza storica, peraltro, ha mostrato che anche il riferimento al soggetto si è fortemente connotato come dispositivo di esclusione. L’astratta capacità giuridica, formalmente unificante ed egualitaria, si è rivelata inadeguata come strumento effettivo di tutela di fronte alle nuove e terribili pretese di regimi che discriminavano e s’impadronivano brutalmente del corpo stesso delle persone.*¹⁷

Ao se limitar um espaço para quem “é” o sujeito destinatário direito, o próprio sistema produz um espaço de “não-direito”, de “não sujeito” e de “não ser” a algumas pessoas¹⁸. E essa categorização abstrata sedimentou-se através das codificações na modernidade jurídica. Marcante na Europa do século XIX, esse movimento resultou do encontro entre o racionalismo jusnaturalista e a crença na possibilidade de o Estado pós-absolutista fixar e cristalizar preceitos e princípios racionais em um documento fechado e com pretensão de totalidade.

Dois são os códigos que marcam o período e anunciam características presentes na tradição dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos: o Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Alemão – o *Bürgerliches Gesetzbuch* (doravante BGB) – de 1896. Não é intuito de esta dissertação apresentar minúcias

autoridade procede não de sua própria qualidade, mas sim da qualidade do sujeito legislador.” (GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la Modernidad**. (Trad. Manuel Martinez Neira). Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2007. p. 34).

¹⁷ Em tradução livre: “A experiência histórica, além disso, mostrou que também a referência ao sujeito em si é fortemente conotada como dispositivo de exclusão. A abstrata capacidade jurídica, formalmente unificadora e igualitária, se revelou inadequada como instrumento efetivo de tutela frente às novas e terríveis reivindicações de regimes que discriminavam e abusavam brutalmente o próprio corpo das pessoas.”(RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 27).

¹⁸ Heloisa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Junior salientam a importância do “reconhecimento” de existências pelo Direito a fim de se desenvolver uma sociedade mais plural e diversa, que não negue espaço a quem quer que seja: “[...] o reconhecimento assume papel indeclinável no combate à discriminação, entendida no EPD como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (art. 4º, §1º)”. (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 22).

sobre as características desses diplomas, tampouco seus processos de construção, porém, ante a sua influência direta na sistematização do direito civil brasileiro e edificação do conceito de “capacidade civil”, expõem-se brevemente algumas de suas particularidades.

Ao elaborar o Código Civil francês, seu legislador pretendia que o diploma fosse a fonte primordial do direito civil, capaz de regular todas as relações privadas com coerência e completude¹⁹. A legislação é composta por três livros: “Das Pessoas”; “Dos Bens e diversas modificações da propriedade” e “Modos pelos quais se adquire a propriedade”²⁰.

Quanto ao BGB, algumas notas devem ser dedicadas à contextualização do quadro jurídico que antecedeu sua elaboração. Friedrich Von Savigny é autor que representa a Escola Histórica Alemã e, segundo ele, caberia ao cientista do Direito identificar a consciência dos institutos no costume e nas fontes da literatura jurídica a fim de demonstrar a estrutura do sistema, formada pelo nexos lógico de conceitos gerais e abstratos. Savigny considerava que a fonte originária do Direito não era a lei, mas sim o “espírito do povo alemão” ou a “consciência jurídica do povo” – *Volksgeist*. Seu posicionamento foi de encontro a pretensões de codificação do Direito privado alemão, defendidas pelo jurista Anton Thibaut, já que, ao ver de Savigny, a cristalização de conceitos abstratos em lei obstaria a dinâmica histórica que envolve o sentido dos institutos jurídicos²¹.

Nesse íterim, merece atenção o movimento teórico denominado “Jurisprudência dos conceitos”, com seu principal representante Georg Friedrich Puchta, de cujo pensamento se extrai a “genealogia dos conceitos”. Segundo esta, os conceitos seriam construídos de forma piramidal, de modo que se localizaria no vértice o conceito mais geral possível e a partir do qual viriam a se subsumir como espécies e subespécies todos os demais em unidade lógico-sistemática²².

¹⁹ TROMBETTA, Angela. **Savigny e il sistema: alla ricerca dell'ordine giuridico**. Bari: Cacucci Editore, 2008. p. 25.

²⁰ FRANÇA. **Code Civil française**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3BF6C1E51DF5CBBBEC2AB46BE8A0DFF9.tplgfr28s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171205>. Acesso em: 05 dez. 2017.

²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. LAMEGO, José. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 16-19.

²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. LAMEGO, José. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 24.

Sublinha-se de igual modo a Escola Pandectista Alemã que, sob influência teórica de Savigny, enxergava o sistema jurídico baseado na abstração de conceitos ordenados em uma lógica com cerne na noção formal e abstrata de “relação jurídica”. A Escola Pandectista influenciou de modo determinante a elaboração do BGB, ainda que contrariamente à posição inicial de Savigny. Bernhard Windscheid, principal nome da referida Escola, compreendia que na lei se solidificaria aquilo que a “razão dos povos” reconheceria anteriormente com Direito²³.

Percebe-se desses posicionamentos teóricos a elevação da lei a um patamar que transmitiria a razão do povo através de um legislador atento ao contexto histórico vivenciado. Em 1896, em meio a esse contexto e à recém-unificação alemã, o BGB é redigido e imantado por concepção liberal, defensora da propriedade privada e da família tradicional. O diploma legal teve *vacatio legis* de 4 anos, e se estrutura sob os moldes que se esperava que o direito civil devesse ser ensinado nas academias: uma Parte Geral e uma Parte Especial dividida nos temas: “Das Obrigações”; “Das Coisas”, “Da Família” e “Das Sucessões”²⁴.

A estrutura desses dois códigos influencia a tradição da *Civil law* e, ainda que seus textos tenham passado por modificações ao longo do século XX²⁵, continuam vigentes até os dias atuais.

Dentre os ordenamentos jurídicos que receberam contributos do movimento das codificações está o brasileiro, que reflete elementos similares ao do BGB ao abarcar a noção de “relação jurídica” como conceito que confere unidade ao

²³ Karl Larenz elucida as similitudes e diferenças entre Windscheid e seus antecessores Savigny e Puchta: “Preso assim à concepção de SAVIGNY e de PUCHTA, WINDSCHEID vê o Direito como algo histórico e simultaneamente racional; já não entende, contudo, a razão tão objectivamente como eles – como sentido imanente dos institutos jurídicos, como essência de princípios jurídicos fundamentais que, embora possam variar historicamente, determinam, como força interior que são do espírito (objectivo), o pensamento de toda uma época da cultura –, mas subjectivamente, como a “vontade racional” do legislador. É, pois, um positivismo legal e racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, o que se exprime em WINDSCHEID e na geração de juristas por ele influenciados: se o Direito é, sem dúvida, essencialmente equiparado à lei, esta compreende-se como expressão, não já do puro arbítrio, mas da vontade racional - nas ponderações racionais que a orientam e nas perspectivas racionais em que se apoia – de um legislador histórico e, ao mesmo tempo, idealizado”. (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. LAMEGO, José. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 35).

²⁴ MIRANDA, Pontes de. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

²⁵ Algumas das mudanças ocorridas nos ordenamentos jurídicos francês e alemão no tocante ao exercício da capacidade jurídica de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual serão exploradas no Capítulo II, quando se tratar do instituto da “*Sauvegarde de justice*”, inserida no sistema francês em 1968 e da figura do *Betreuer*, existente na legislação alemã desde reforma realizada em 1992.

conteúdo versado no documento legislativo. Essa influência é marcante ao se observar que o Código Civil brasileiro atual (Lei n. 10.406/2002) divide-se em Parte Geral e Parte Especial, onde a primeira enuncia princípios e definições nos livros “das Pessoas”, “dos Bens” e “dos Fatos Jurídicos”, aplicáveis aos institutos agregados à segunda parte. Esta, por sua vez, é composta por cinco livros: “Do direito Das Obrigações”; “Do direito de Empresa”; “Do direito das Coisas”; “Do direito de Família”; “Do direito das Sucessões”.

A composição do Código Civil de 2002, tal como a de seu antecessor, reflete atributos do movimento de codificação no país, iniciado após a sua independência política. Em 1823 houve a declaração de que, até que fosse concluída a redação de um código civil pátrio, toda a legislação portuguesa estaria em vigor provisoriamente no Império brasileiro. Isso foi reforçado pela Constituição de 1824²⁶, contudo, a tarefa só foi concluída quase um século após sua previsão²⁷.

O jurista Augusto Teixeira de Freitas foi nomeado em 1853 para orquestrar a redação do Código Civil brasileiro e, após prorrogações, em 1864 o projeto foi concluído. Sua redação foi submetida à apreciação de uma comissão de revisão e, em virtude de discordâncias do autor com algumas posições de seus membros, o trâmite foi interrompido²⁸. Outros projetos foram desenvolvidos e, tais como seu antecessor, não vingaram.

Clóvis Beviláqua foi o jurista que concluiu a tarefa de elaborar o Código Civil brasileiro, cujo projeto passou por deliberação do Senado durante os primeiros anos do século XX²⁹, promulgado em 1º de janeiro de 1916 e entrando em vigor no ano

²⁶ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. inc. XVIII – “necessidade de organizar, quanto antes, um código civil e um criminal, fundado nas bases da Justiça e da Equidade”. BRASIL. **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 11-12.

²⁸ O projeto de Teixeira de Freitas não previa a escravidão e por ser deveras avançado em muitos pontos, foi recusado no Brasil. Ainda assim, serviu de inspiração para o Código Civil argentino de 1869, bem como outras legislações latino-americanas. Sobre o processo de elaboração do referido projeto quanto a teoria das capacidades, a dissertação de mestrado: CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das Capacidades no direito civil brasileiro**. 21 nov.2013. 241. Dissertação – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-9G8J8M>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 33-34.

seguinte. Orlando Gomes ressalta o “cunho teórico”³⁰ do diploma, embebido por conceitos abstratos, a espelho da codificação alemã.

Neste período, a doutrina do direito civil brasileiro se desenvolveu sob a égide da conceituação de institutos e, de acordo com Pontes de Miranda, as duas noções fundamentais do Direito seriam a de “fato jurídico” e de “relação jurídica”. E essa segunda noção se estrutura nos conceitos de “sujeito de direito” e de “capacidade civil”, os quais ora merecem atenção.

O conceito de “relação jurídica” constituída por elementos subjetivos e objetivos permeou a primeira codificação civil brasileira, sendo reproduzida também no posterior Código Civil de 2002. A definição de relação jurídica é indicada pela teoria relacional ou teoria da relação jurídica, segundo a qual, ela seria a “roupagem” dada à atividade humana realizada no mundo dos fatos para ser reconhecido seu ingresso no âmbito jurídico³¹. Tal noção envolve a bilateralidade de sujeitos em relação que trate de interesses jurídicos, direitos e deveres, a respeito de bens patrimoniais e/ou extrapatrimoniais³².

A ideia de “sujeito de direito” compõe esse panorama e, para que possa integrar a relação jurídica com efeitos reconhecidos, segundo a doutrina clássica, deveria ele ter personalidade jurídica e ser dotado de capacidade civil plena ou, caso fosse relativamente ou absolutamente incapaz, deveria ser devidamente assistido ou representado. Para Friedrich Von Savigny, o conceito primitivo de “pessoa” e “sujeito

³⁰ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 22.

³¹ Francisco Amaral descreve: “Essa teoria baseia-se no princípio da autonomia da vontade, segundo a qual os sujeitos podem criar e modificar relações jurídicas, no exercício de um poder que lhe é reconhecido pelo Estado. Manifestação prática de sua importância está no reconhecimento constitucional dos direitos humanos, dos direitos subjetivos públicos, das garantias individuais, enfim, da proteção que o Estado deve ao cidadão na sua vida social e jurídica e que pressupõe relações criadas pela autonomia dos indivíduos. A relação jurídica apresenta-se, então, como categoria capaz de explicar toda a atividade jurídica do indivíduo” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31).

³² O conceito de relação jurídica é elementar para a compreensão do direito civil e sua definição na doutrina brasileira é encontrada em diferentes fontes, que convergem em seu sentido. A título exemplificativo, cita-se a doutrina de Francisco Amaral, que define a relação jurídica como “o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes direitos e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.159-160), bem como a lição de San Tiago Dantas: “Todas as vezes em que uma relação social é especialmente qualificada pela norma jurídica, chamamos tal relação de relação jurídica. [...] Na relação jurídica, temos sempre em vista dois homens, ou muitos homens, podendo os objetos do mundo inanimado constituírem o motivo de um interesse ou o objeto dessa relação” (DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: aulas proferidas a Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]** Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1964. p. 146).

de direito” coincidem. Todavia, o próprio direito positivo poderia limitar ou estender a capacidade de fato para a composição de uma relação jurídica:

Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formola seguente: Ogni singolo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto. Tuttavia, questo primitivo concetto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni di due maniere, limitative ed estensive, già accennate nella formola enunciata. Può cioè, in primo luogo, negarsi, in tutto o in parte, la capacità giuridica. Può, in secondo luogo, estendersi la capacità a qualche altro ente, oltre l'uomo singolo, e così può artificialmente formarsi una persona giuridica³³.

Observa-se que, de acordo com Savigny, os conceitos primitivos de “pessoa”, “homem” e “sujeito de direito” convergiam em um único significado, entretanto, o direito positivo poderia modificar o sentido da capacidade jurídica, ampliando o conceito de pessoa e de sujeito de direito para além do ser humano.

Explorando o sentido de personalidade jurídica, encontra-se em Clóvis Beviláqua o conceito de ser ela a aptidão de todo ser humano compor relações jurídicas³⁴. Por esse prisma, a personalidade jurídica englobaria tanto a pessoa natural (“*physica*”), quanto as pessoas jurídicas, confirmando o que Savigny apontara a respeito das extensões dadas pelo direito positivo à capacidade civil.

O já citado Esboço do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, apesar de não convertido em lei no Brasil, tornou-se peça doutrinária importante para a interpretação do direito civil e dos elementos da relação jurídica. A obra conceituou a “capacidade civil” em duas dimensões, a da “capacidade de direito”, ou “de gozo”, e a da “capacidade de fato”, ou “de exercício”. O Esboço indicou os conceitos em seu

³³ Em tradução livre: “Portanto o conceito primitivo da pessoa ou do sujeito de direito deve coincidir com o conceito de homem, e essa identidade primitiva dos dois conceitos pode ser exprimida da seguinte fórmula: Todo homem, e somente o indivíduo homem, é capaz de direito. Todavia, esse conceito primitivo da pessoa pode sofrer modificações pelo direito positivo de duas maneiras, limitativas e extensivas, já acenadas na fórmula enunciada. Pode isso, em primeiro lugar, negar-se, no todo ou em parte, a capacidade jurídica. Pode, em segundo lugar, estender-se a capacidade a qualquer outro ente, além do indivíduo, e assim pode artificialmente formar uma pessoa jurídica” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. V. 2. Torino: Unione Tipografico, 1888. p. 1-2).

³⁴ “*Personalidade* é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrahir obrigações. Todo ser humano é pessoa, porque não ha homem excluido da vida juridica, não ha creatura humana que não seja portadora de direitos. Mas não somente o homem é pessoa, no sentido juridico. Tambem o são certas creações sociaes, personalizadas para mais facil realização dos fins juridicos. Dahi as duas categorias de pessoas: - as naturaes, ou physicas, e as juridicas.” [sic]. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 170).

artigo 21, que previa: “a capacidade civil é de direito, ou de fato. Consiste a capacidade de direito no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos”. O dispositivo seguinte elucida que “consiste a *capacidade de fato*, na aptidão, ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível para exercerem por si os atos da vida civil”³⁵.

Essa distinção é também identificada na redação de Clóvis Beviláqua e, posteriormente, no projeto de Miguel Reale, que veio a se tornar o Código Civil de 2002. Ao comentar os artigos 21 e 22 do “Esboço”, Teixeira de Freitas afirma categoricamente que não há pessoa destituída de capacidade de direito, embora, a seu entender, seria possível pensar em “incapacidade de direito” quanto a alguns atos que fossem expressamente defesos em lei³⁶. Por outro lado, ao comentar o conceito de “capacidade de fato”, ou “de obrar”, o autor adverte que é adequado falar de capacidade de fato “completa” ou “incompleta”, haja vista a possibilidade de se declarar pessoas relativamente ou absolutamente incapazes para o exercício de atos da vida civil através da lei civil³⁷.

De acordo com Teixeira de Freitas, a incapacidade de fato decorre da impossibilidade do sujeito exercer atos da vida civil por si mesmo e pode ser suprida mediante representação necessária³⁸. Os artigos 41 e 42 do Esboço apresentam uma definição taxativa sobre quem deveria ser considerado absoluta ou relativamente incapaz:

Art. 41. A incapacidade é *absoluta*, ou *relativa*. São absolutamente incapazes: 1º As pessoas por nascer. 2º Os menores impúberes. 3º Os alienados declarados por tais em juízo. 4º Os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito. 5º Os ausentes declarados por tais em juízo.
Art. 42. São também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer: 1º Os menores adultos. 2º As

³⁵ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 14-15.

³⁶ Para designar a *capacidade e incapacidade de fato*, a redação será – *podem, não podem*. – Para designar a *incapacidade de direitos*, a redação será – *proíbe-se*. (FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 32).

³⁷ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 16-17.

³⁸ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 17.

mulheres casadas. 3º Os comerciantes falidos declarados por tais em juízo.
4º Os religiosos professos.³⁹

Segundo o Esboço, a incapacidade absoluta vincula-se às pessoas que por “sua natureza” não poderiam praticar por si mesmas os atos da vida civil, enquanto que a incapacidade relativa aproxima-se do ato declarado ou ao modo de exercê-lo. O parágrafo 3º do artigo 41 merece especial atenção do estudo aqui desenvolvido, pois se refere à hipótese de declaração de incapacidade absoluta de “alienados declarados por tais em juízo”.

A expressão “pessoa alienada” refere-se à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a qual deveria, de acordo com a leitura sistemática do Esboço, ser assim declarada pelo juízo de seu domicílio como elemento prévio à sua incapacidade absoluta e como ato imprescindível para a proteção de bens e interesses de terceiros⁴⁰. Teixeira de Freitas comenta que a existência de intervalos de lucidez no caso de “pessoas alienadas” não justificaria o afastamento da incapacidade absoluta, nem da representação necessária⁴¹, o que exhibe um parâmetro de incapacidade absoluta como regra para essas pessoas, mesmo em momentos de possibilidade de exercício dos atos da vida civil, sob a justificativa da garantia de estabilidade e segurança jurídica.

Adiante, no Esboço, Teixeira de Freitas perscruta a noção de “fato voluntário” e a define em sentido negativo, conforme se lê do artigo 445 “nenhum fato terá o caráter de *fato voluntário*: 1º Sem um *ato exterior*, pelo qual a vontade se manifeste. 2º Sem que os agentes o tenham praticado com *discernimento, intenção e liberdade*.”. O parágrafo 2º retrata que a voluntariedade do fato decorre do “discernimento, intenção e liberdade” do sujeito. Em seus comentários, o autor verticaliza esses elementos e os relaciona à independência e possibilidade do sujeito praticar por si mesmo o ato, sem interferência ou apoio de terceiro⁴². Nota-se

³⁹ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 31.

⁴⁰ Art. 78. Ninguém será havido por *alienado*, para que tenha lugar a representação necessária que neste Código se determina, sem que a *alienação mental* seja previamente verificada, e declarada pelo Juiz do seu domicílio ou residência. (FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 44).

⁴¹ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 46.

⁴² O *discernimento* dos agentes por ocasião dos atos, e a *intenção formal* de se fazer o que se fez, implicam a consciência *atual de si* como primeira condição do ato voluntário. A outra condição é o *império de si* ou a *liberdade*, que exprime a possibilidade de escolha entre os motivos -, a

que o parâmetro que envolve o exercício de atos da vida civil corresponde à substituição dos atos da pessoa com deficiência psíquica por outra pessoa – representante necessário – em razão da inexistência de reconhecimento jurídico à sua vontade.

O Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, não destoou sua redação do cerne do regime das capacidades constante do Esboço de Teixeira de Freitas. Promulgado como Lei n. 3.071/1916, seu artigo 2º definia que “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, em referência ao conceito de capacidade de direito, o que é esclarecido no comentário de Beviláqua:

*Capacidade é a extensão dada aos poderes de acção, contidos na personalidade. Neste artigo não se trata da capacidade de facto, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define, antes, a personalidade, que equivale á capacidade de direito. Afirma que todo homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão. A capacidade de facto é o exercício, a manifestação da personalidade, e o Código não tinha necessidade de considerá-la sinão para declarar que pessoas são dellas privadas e em que medida. É o que nos faz nos arts. 4º a 8. [sic]*⁴³

Assim como no Esboço de Teixeira de Freitas, o Código Civil de 1916 reserva alguns dispositivos para definir quais seriam as pessoas consideradas “absolutamente incapazes” ou “incapazes relativamente a alguns atos”⁴⁴. O rol de absolutamente incapazes constava do artigo 5º do diploma e abrangia os menores de dezesseis anos (inciso I), os “loucos de todo o gênero” (inciso II), os “surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade” (inciso III) e os ausentes (inciso IV). De outro vértice, em sua redação original, o artigo 6º apontava como pessoas consideradas incapazes “relativamente a certos atos”, ou “à maneira de os exercer”: os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (inciso I), as mulheres casadas na constância da sociedade conjugal (inciso II), os pródigos (inciso III) e os “silvícolas” (inciso IV). Essa redação foi modificada pelo Estatuto da Mulher Casada

determinação própria - , a independência da vontade. (FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 169).

⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 171.

⁴⁴ Ressalta-se que, ao tratar da incapacidade relativa, a redação do Código Civil de 1916 não a trata como um adjetivo do sujeito, pois vincula a incapacidade a “alguns atos”, do que é possível interpretar que a pessoa seria dotada de capacidade de exercício para alguns atos e destituída da capacidade de exercício relativamente a outros.

(Lei n. 4.121/1962), que eliminou as mulheres casadas do rol de incapacidade relativa⁴⁵.

Ora se dedica especial atenção à hipótese de incapacidade absoluta retratada no inciso II do artigo 5º do diploma, que se refere aos “loucos de todo o gênero”. Clóvis Beviláqua critica a expressão utilizada na versão final do Código Civil, ainda que tradicional na legislação brasileira, preferindo que tivesse sido mantida a expressão “alienados de qualquer espécie”, proposta originalmente no projeto⁴⁶.

Quanto aos intervalos de lucidez, Clóvis Beviláqua tem posição diversa à de Teixeira de Freitas, na medida em que compreende que não haveria necessidade de declarar a incapacidade absoluta a quem, embora demonstrasse “alteração das faculdades mentais”, pudesse administrar seus bens e tomar decisões por si mesmo⁴⁷.

A declaração de incapacidade absoluta, na leitura do Código Civil de 1916 seguia a lógica substitutiva da vontade sob um intuito duplamente protetor. Em primeiro plano, tutela-se a pessoa e, em segundo patamar, os terceiros que com ela compõem relações jurídicas:

A declaração da incapacidade das pessoas é uma providencia tutelar, não sómente do incapaz, como ainda, embora em segundo plano, das pessoas, que com elle travarem relações jurídicas. O incapaz não é um precito, collocado fora da communhão jurídica. É um protegido da sociedade. Como

⁴⁵Teresa Cristina de Novaes Marques e Hildete Pereira de Melo ressaltam que as mudanças legislativas que resultaram na reforma do Código Civil de 1916 quanto à capacidade da mulher casada não foram respostas imediatas dos legisladores aos anseios sociais. Embora as mulheres tenham adquirido a partir de então a capacidade civil, ainda foram qualificadas como meras “colaboradoras do lar”. Salientam as autoras acerca da não linearidade da resposta do legislador ao concreto: “Pensar que os elaboradores das leis respondem prontamente a mudanças sociais é desconsiderar os processos políticos como um problema histórico, pois, no mais das vezes, os legisladores resistem a adotar inovações, ainda que a maioria da população as deseje”. (MARQUES, Teresa C. de N.; MELO, Hildete Pereira de. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916e 1962 ou como são feitas as leis. In: **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 16 (2), Maio/Agosto, 2008. p. 465).

⁴⁶ Clóvis Beviláqua faz paralelismo entre a função médica e a jurídica quanto à deficiência psíquica e, no seguinte trecho, o jurista evidencia a preocupação com a instabilidade e “perturbação” à vida social e à segurança jurídica que os alienados poderiam, a seu ver, provocar: “*Loucos de todo o gênero* – Esta é a expressão tradicional em nosso direito: mas não é a melhor. O *Projecto primitivo preferia* a expressão – *alienados* de qualquer espécie, porque há casos de incapacidade civil, que não poderiam, com acerto, capitular como de loucura. [...] O diagnostico importa ao medico; ao jurista o que interessa é a vida social, que póde ser perturbada pela acção dos alienados.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Bevilaqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 183).

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Bevilaqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 184.

não se lhe póde confiar a direcção da sua pessoa e dos seus bens, põe o direito, ao seu lado, alguém, que o esclareça, dirija e defenda.[sic]⁴⁸

Para além da declaração da incapacidade e protecção jurídica dos atos praticados pelas pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, o direito civil brasileiro também demonstrava sua exacerbada preocupação com a protecção dessas pessoas e da própria sociedade⁴⁹. A segregação jurídica e física se explicaria para o fim de ser-lhes restituída a “integridade mental”.

Diante da necessidade de gerência do patrimônio e das próprias decisões existenciais da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, criou-se a figura da “curatela”, a ser decretada mediante processo de “interdição”, sob a justificativa de que protegeria a pessoa e seu patrimônio de seu próprio juízo de escolha.

Levando em consideração o olhar do direito civil codificado e, especificamente, do ordenamento jurídico brasileiro vigente em grande parte do século XX, propõe-se a sua análise e a das modificações que se seguiram a partir da classificação apontada pelo Comissariado da União Europeia a respeito das perspectivas dos ordenamentos jurídicos ocidentais sobre a capacidade jurídica da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

A seguir, o estudo enuncia dois enfoques para a análise do tratamento jurídico clássico dado à capacidade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, quais sejam, o modelo da “atribuição direta de incapacidade” (*status approach*) e da “substituição da vontade” (*outcome approach*).

⁴⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 195.

⁴⁹ Nos dizeres do artigo 457 do Código Civil de 1916, “Os loucos, sempre que parecer inconveniente conservá-lo em casa, ou exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado.” E Clóvis Beviláqua justifica a referida norma pensando prioritariamente na “segurança pública” e bem-estar da sociedade: “[...] Não é somente em atenção á segurança publica e em defesa dos outros, que os alienados se devem recolher a estabelecimentos adequados; é também, e principalmente, para dar-lhes tratamento, e, sendo possível, chamá-los, á vida social, restituindo-lhes a integridade mental”. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 933.

1.2. A DUALIDADE DA CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO: OS MODELOS DE “ATRIBUIÇÃO DIRETA DE INCAPACIDADE” E DE “SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE”

Em documento produzido com o objetivo de orientar os Estados europeus sobre a internalização dos comandos da CDPD, o Comissariado para Direitos Humanos do Conselho da Europa, com base nas lições de Amita Dhanda⁵⁰, esclareceu que prevalecem três principais formas de as legislações e codificações ocidentais de direito civil regularem a capacidade civil da pessoa com deficiência. São elas: (i) *status approach*; (ii) *outcome approach*; (iii) *functional approach*⁵¹. As duas primeiras serão objeto de estudo deste subcapítulo.

O modo de olhar a capacidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual sem considerar sua vontade ou preferências e meramente com base em diagnóstico médico expressa o denominado “*status approach*”, “*status attribution*” ora traduzido como “modelo de atribuição direta de incapacidade”⁵². Por esse prisma, a deficiência equivale diretamente à incapacidade da pessoa em tomar decisões existenciais ou patrimoniais em alguns, senão em todos os âmbitos de sua própria vida. Há destituição da liberdade e da individualidade da pessoa, sem que se considere seu grau de capacidade cognitiva⁵³. Tal perspectiva é criticada por Pontes de Miranda na seguinte passagem:

Contra o sistema apriorístico do Código Civil, que a todos os perturbados dava a única e simplista denominação de “loucos”, com a Consequência de uma só figura de curatela: a dos loucos, absolutamente incapazes. Já em 1917, escrevíamos: A doutrina firmada pelo Código Civil, sobre antiquada, é de mais resultados práticos. Não admite graus

⁵⁰ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 429-462.

⁵¹ CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?:** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, p. 13. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁵² FORTUNA, Sebastian Ignacio. Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. In: **Revista Jurídica UCES**. p. 212. Disponível em: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2147/Aproximaciones_Fortuna.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁵³ CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?:** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 13. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 15 out. 2017.

à incapacidade do insano: o profissional médico dirá apenas, sem outras considerações intermediárias, se o curatelado é ou não é incapaz. A loucura, aos olhos da lei, quaisquer que sejam sua etiologia e seus sintomas, tem como Consequência necessária a incapacidade jurídica da pessoa.⁵⁴

O referido modelo limita a liberdade de escolha e autodeterminação da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual ao restringir sua capacidade de exercício. Este foi o ponto de vista imperante em grande parte das codificações da tradição *Civil Law*, constatada também no artigo 41 do Esboço de Teixeira de Freitas. Todavia, ganhou espaço um segundo modelo de tratamento jurídico da capacidade civil de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

Para as pessoas com deficiência não consideradas aptas a tomarem decisões informadas, ou não dotadas de capacidade cognitiva para compreender as consequências da seleção de uma escolha no lugar de outra, emergiu outro modelo de limitação da capacidade de exercício: trata-se do “*outcome approach*”, em tradução livre, “modelo de substituição da vontade” ou “modelo do resultado”.

Esse enfoque centra a sua atenção na razoabilidade das escolhas feitas pela pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. Há um juízo sobre o autogoverno do sujeito e não há uma imputação direta da incapacidade a quem seja pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, sendo exigido um processo prévio que comprove a sua reduzida capacidade cognitiva para a designação de terceiro que venha a tomar decisões substitutivas das suas – não consideradas apropriadas.

O Comissariado de direitos humanos do Conselho da Europa evidencia o perfil paternalista autoritário desse sistema ao exemplificá-lo com o caso de uma pessoa com deficiência psicossocial que procura tratamento em hospital psiquiátrico: a decisão de busca pela terapia é considerada razoável e apropriada, contudo, se a pessoa quiser cessar seu tratamento, a capacidade cognitiva para essa decisão é questionado e a escolha pode ser desconsiderada sob a justificativa de a pessoa não ter aptidão para entender qual é seu próprio melhor interesse⁵⁵.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Tomo II. São Paulo: Booksller, 2000. p. 380.

⁵⁵ CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?:** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. p. 13. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 15 out. 2017.

Essa é a lógica que se constata da redação do Código Civil de 1916 e também da redação original do Código Civil de 2002. Como visto, no diploma de Clóvis Beviláqua, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual – bem como as pessoas surdas que não pudessem expressar suas preferências – poderiam ser declaradas absolutamente incapazes de exercer atos da vida civil. A tais indivíduos, após processo de interdição, era atribuído curador que as representaria na exteriorização da vontade em atos da vida civil, tanto patrimoniais, quanto existenciais⁵⁶.

Não foram constatadas diferenças substanciais na redação do atual Código Civil brasileiro, cujo embrião reside na década de 1970, com projeto que se manteve estruturado em uma Parte Geral e uma Parte Especial.

Ao jurista Miguel Reale foi confiada a redação do diploma e, em suas palavras, o novo código manteria não apenas os pilares formais, mas também a coesão conceitual de seu antecessor, sendo por essa razão qualificado como um “filho tardio da modernidade”⁵⁷. Além da atualização na linguagem, a legislação se pautou em três princípios reitores: Socialidade, Eticidade e Operabilidade. O princípio da Socialidade, caracterizado como oposição a um direito civil individualista e patrimonial, devendo ser pensado sob o amálgama das relações interpessoais e da pessoa humana. O princípio da Eticidade, como superação do formalismo exacerbado imanente ao Código Civil de 1916, com maior liberdade atribuída ao julgador para levar em consideração a unidade sistemática e coesão de um sistema imerso em valores éticos que possam suprir eventuais lacunas não atendidas pelo direito positivo. Por fim, o princípio da Operabilidade remete à funcionalidade e

⁵⁶ O referido diploma civil versava sobre a curatela entre os artigos 446 a 458. Sobre as decisões de cunho existencial, merece realce a redação do artigo 458, que estendia ao curador a autoridade sobre “á pessoa e bens dos filhos do enratelado, nascidos ou nascituros (art. 462, parágrafo unico).”, em evidente substituição da vontade e preferências da pessoa com deficiência.

⁵⁷ “Mesmo filho tardio da modernidade (agora grafada com minúscula para expressar uma representação do pensamento cuja possibilidade de apreensão da vida e das coisas esteja, em si, espelhada), o Código de 2002, a seu modo, também não tem sido imune à reconstrução de sentidos. É que o transcurso do tempo e a força dos fatos deram razão ao legislador da Constituição, cujo programa ampliado generosamente se refletiu como abrigo para a superveniente codificação.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 47).

concretude da legislação civil, de modo a pensar o Direito não em um plano meramente abstrato, mas em “concretude”⁵⁸.

Regida sob essas premissas, o Código Civil trouxe inovações normativas às relações interprivadas, porém, em matéria do regime das capacidades, conservou a lógica substitutiva da vontade. Seu artigo 1º garante e abaliza a capacidade de direito e previa, em sua redação vigente até 2015, um regime de capacidade de exercício com a diferenciação entre pessoas com deficiência com capacidade plena, incapacidade relativa e incapacidade absoluta.

A capacidade plena é inferida como regra que só seria afastada na constatação das duas demais hipóteses em processo judicial.

Assim, o artigo 3º enunciava que seriam absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil as pessoas menores de dezesseis anos; as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem a necessária capacidade cognitiva para a prática de tais atos; os que não pudessem exteriorizar sua vontade, ainda que por causa transitória⁵⁹.

O artigo 4º, por sua vez, previa as hipóteses de incapacidade relativa, de modo simétrico ao artigo 42 do Esboço de Teixeira de Freitas e artigo 6º do Código Civil de 1916. De acordo com esse dispositivo, seriam “incapazes relativamente a alguns atos da vida civil ou ao modo de exercê-los” as pessoas com idade entre 16 e 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tivessem a capacidade cognitiva reduzida; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos⁶⁰.

Nota-se que os dois artigos da redação original do Código Civil de 2002 exibiam o critério do *discernimento* como critério para a atribuição da incapacidade absoluta ou relativa e eventual desdobramento em curatela.

⁵⁸ Sobre a elaboração do Código Civil, por seu principal autor: REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Sobre tal parâmetro, à época, Judith Martins-Costa encarava com bons olhos a possibilidade de graduações da capacidade de exercício. A autora interpreta as disposições legais ligadas a uma “capacidade de consentir”, que exigiria a avaliação do grau de responsabilidade do ser humano em si e sua relação a direitos personalíssimos, já que esse escalonamento permitiria averiguar o concreto grau de compreensão e exercício de potencialidades sobre o que é cognoscível à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual:

Vimos que a noção de discernimento é nuançada, graduada, sendo assim percebida pelo Direito. Assim, para averiguar e mensurar se alguém não tem discernimento, ou a medida da redução no discernimento, deve o intérprete operar um raciocínio *atento às singularidades* da pessoa (“raciocínio por concreção”) diverso do que desenvolve quando a incapacidade é determinada em vista de uma categoria genérica, como a idade, por exemplo. Não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio.⁶¹

Esse critério, que foi acolhido pela doutrina na interpretação do Código Civil de 2002⁶², reforça o afastamento do modelo de atribuição direta da incapacidade (*status approach*) e, inclusive, foi referenciado em 2004 no Enunciado n. 138 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, cujo conteúdo é reproduzido: “Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem o discernimento para tanto”⁶³.

Para além da interpretação do referido Enunciado, ressalta-se que no artigo 1.780 da redação original do Código Civil havia a figura da “curatela do enfermo” ou

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009. p. 320-321 e 326.

⁶² Jussara Meirelles acompanha Judith Martins-Costa ao afirmar que “a incapacidade é baseada na falta ou na diminuição de discernimento para os atos da vida civil que, tradicionalmente, poderia ser determinada por causa permanente ou temporária, mas de modo geral vinculada a limitações de entendimento, de compreensão ou de manifestação da vontade [...]”. (MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 714).

⁶³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados de ns. 138 a 271**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view> >. Acesso em: 13 dez. 2017.

“curatela administrativa”, que possibilitava a curatela de pessoa capaz, nos seguintes termos: “Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.”. Visualiza-se que a figura se aproxima da proteção da pessoa com deficiência sem destituí-la de sua capacidade de exercer direitos, contudo, da forma como redigido o dispositivo, restringe-se o seu uso a pessoas com impedimentos de natureza física ou com enfermidade, o que pode remeter ao paradigma médico, a que se quer superar. Importante notar o potencial dessa figura que, todavia, foi revogada pela reforma determinada pelo EPD⁶⁴, adiante estudada.

A referida redação, que incluía essa interessante figura da curatela administrativa, é fruto de aproximadamente trinta anos de discussões em torno do projeto de Miguel Reale e entrou em vigência em 10 de janeiro de 2003. Nesse meio tempo, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, o país passou por processos de redemocratização e, em 1988, foi promulgada a Constituição Federal, que funda um ordenamento jurídico abalizado pelo princípio norteador e fundamento da dignidade da pessoa humana⁶⁵.

Como visto, o projeto do Código Civil tinha como um de seus princípios reitores o princípio da Socialidade e uma preocupação em atender as situações subjetivas existenciais e não apenas aquelas patrimoniais, fruto do pensamento oitocentista do movimento das codificações. Os princípios, garantias e direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República reforçaram e lançaram luz à leitura do Código Civil à época vigente e também ao então projeto em andamento.

⁶⁴ Heloisa Helena Barboza entende que o conteúdo da curatela do enfermo remanesce na releitura da curatela a partir da Lei Brasileira de Inclusão: “O ocaso da curatela do enfermo não constitui assim seu desaparecimento, pois a ideia que a gerou e a fez nascer de modo acanhado renasce com o Estatuto da Pessoa com Deficiência de modo renovado e vigoroso”. (BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: Instituto em renovação. In: **Direito Civil**. MONTEIRO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELLES, Rose Vencelau. (Orgs). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 451).

⁶⁵ Art. 1º 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; [...].

Não obstante a proposta de uma leitura repersonalizada dos institutos do direito civil, houve quem defendesse a “constitucionalização” do direito civil⁶⁶ e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶⁷. Isto é, por uma interpretação que eleva a Constituição Federal ao patamar hierárquico de norma fundamental e superior à legislação ordinária, os direitos fundamentais possuem eficácia direta e imediata não apenas sobre as relações entre Estado e particulares, mas também sobre as relações interprivadas⁶⁸.

Ao se olhar a Constituição Federal, nota-se que seu texto original não tratou especificamente da capacidade civil da pessoa com deficiência psíquica, intelectual ou mental, revelando um perfil assistencial. Seu texto é transversal a questões que envolvem a igualdade formal e material da população, garante benefícios sociais e previdenciários às pessoas com deficiência⁶⁹ e prevê como ação positiva do Estado (leia-se, municípios, unidades federativas, Distrito Federal e União) a acessibilidade de serviços e espaços para as pessoas com deficiência⁷⁰.

O espírito democrático e inclusivo da Constituição Federal de 1988 oscila as balizas do direito civil clássico e convoca à tarefa de interpretação dos institutos de direito civil sob essa simetria. Contudo, ainda que existente a previsão de igualdade e liberdade das pessoas, a interpretação repersonalizada do Código Civil de 1916 e a redação resultante do Código Civil de 2002 acerca do regime das capacidades não superaram a “perspectiva da substituição da vontade” da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual após processo de “interdição” e nomeação de curador.

⁶⁶ De acordo com Pietro Perlingieri, “A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. CICCIO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 590).

⁶⁷ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sugere-se a leitura da obra SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 23.

⁶⁹ Os incisos IV e V do artigo 203 da Constituição Federal prevêm: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

⁷⁰ A título exemplificativo, a Lei 8.112/1990, que dispõe a respeito do regime jurídico dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais, prevê em seu artigo 5º, §2º, a reserva de 20% das vagas de concurso público a pessoas com deficiência.

Após anos de articulação internacional e busca por visibilidade, em 2007 foi dado importante passo sobre a temática da capacidade da pessoa com deficiência. Por meio da CDPD, os modelos de “atribuição direta da incapacidade” e de “substituição da vontade” encararam uma terceira via: trata-se da perspectiva funcional e sistema de apoios através do conceito conglobante de “Capacidade Legal”.

1.3. O MODELO FUNCIONAL APRESENTADO PELA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO CONGLOBANTE DE “CAPACIDADE LEGAL”

O sentido de capacidade civil que prevaleceu com o modelo de substituição da vontade é impactado por alterações promovidas pela CDPD no ordenamento jurídico brasileiro. A elaboração do tratado contou não apenas com a participação de Estados, mas também com mais de oitocentos representantes de ONGs envolvidas na defesa de interesses das pessoas com deficiência⁷¹ e sob o lema de inclusão ativa “Nada sobre nós sem nós” (“*Nothing about us without us*”)⁷².

⁷¹ Dentre as ONGs envolvidas, mencionam-se a Adaptive Environments (EUA); Association of University Centers on Disabilities (EUA); Centre for Studies on Inclusive Education (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte); Corporación Ciudadanía Real de Sordos de Chile; Fédération guinéenne des associations de personnes handicapées (Japão); Disability Forum Mental Disability Advocacy Centre (Hungria); e Shanta Memorial Rehabilitation Centre (Índia). Nota-se que as nominadas entidades representavam pessoas com deficiência de diferentes matizes, estando envolvidas ativamente no processo de redação do tratado. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017.)

⁷² Em tradução livre: “Nada sobre nós sem nós”. A respeito desse enunciado, James I. Charlton relata as experiências vividas por pessoas com deficiência em diferentes partes do globo e demonstra a importância do debate com participação direta dos destinatários das normas sobre deficiência física, mental, intelectual e sensorial. (CHARLTON, James I. **Nothing about us without us: disability, oppression and empowerment.** Los Angeles: University of California Press, 2000. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=L_WZaVAoS4EC&oi=fnd&pg=PP1&dq=nothing+about+us+without+us&ots=5kwI0f_z3J&sig=MpO-CG1D75TZa1wsQ9Yfjc8vGIY#v=onepage&q=nothing%20about%20us%20without%20us&f=false>. Acesso em: 24 out. 2017).

O referido tratado internacional harmoniza-se com o modelo social de compreensão da deficiência, o qual, de acordo com Rafael de Asís, assume que a vulnerabilidade da pessoa com deficiência é resultado da sua interação com o meio em que se relaciona e em que constitui sua subjetividade⁷³, diferentemente do modelo médico e de isolamento institucional⁷⁴, molde este que conduz a situações de patologização e segregação de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual⁷⁵.

O modelo social teve origem na década de 1960 no Reino Unido a partir de corrente político-teórica denominada “*Social Disability Movement*” que partia da noção de deficiência como “experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive”⁷⁶. Em outras palavras, o referido modelo se contrapõe ao modelo médico e centraliza-se na busca de prestação de direitos que permitam o fruir de condições humanas básicas com cuidado e apoio⁷⁷.

Essa perspectiva começou a ser anunciada em medidas internacionais, tais como a da criação do Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência pela ONU em 1981⁷⁸, que tinha por objetivo a melhoria da condição de igualdade e de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

⁷³ ASÍS, Rafael de. “Derechos humanos y discapacidad” – Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 3-30.

⁷⁴ Acompanhando o modelo social, mencionam-se os estudos sobre a discapacidade (*disability studies*), que afirmam que não é a pessoa em si quem se apresenta como deficiente, mas sim a sociedade, ao deixar de fornecer recursos mínimos que ampliem o rol capacitório em prol da liberdade substancial da pessoa com deficiência. Sobre essa corrente de pensamento: McRUER, Robert. **Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability**. New York University Press, 2006.

⁷⁵ A partir de pesquisa de Débora Diniz e de Cristiano Guedes, Taysa Schiocchet salienta que medidas de mapeamento genético populacional para estudo de síndromes hereditárias pode ecoar em políticas de prevenção, interpretadas, por um lado, como “renascimento da intolerância às pessoas deficientes” ou, por outro lado, como “resultado de escolhas individuais a partir da conscientização do risco genético”. (SCHIOCCHET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/acesso-as-informacoes-geneticas/>>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 6).

⁷⁶ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e Deficiência. In: **Muito além dos 60: os novos idosos brasileiros**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 108.

⁷⁷ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 74.

⁷⁸ BRASIL. **Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite->

Seguindo essa lógica, a CDPD define a deficiência e contextualiza as medidas a serem tomadas pelos Estados para garantir maior igualdade e liberdade. A alínea “e” do preâmbulo do tratado reconhece “deficiência” como “conceito em evolução” e resultante “da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”⁷⁹.

Ao ser regida por esse modo de compreensão, a CDPD se aproxima de uma ideia da sociedade como rede de coexistência e coletividade que não descaracteriza a individualidade de cada um⁸⁰. Gabrielle Sales e Ingo Sarlet observam que um dos grandes méritos desse modelo foi apreender a deficiência em “abordagem coletiva que se projeta para a pluralidade, para a igualdade, para a tolerância e para a diversidade”⁸¹.

Há quem entenda que a mudança de uma cultura segregadora para a cultura inclusiva à pessoa com deficiência, tal como a indicada pelos autores, deve abandonar alguns termos também na linguagem. Agustina Palacios e Javier Romañach afirmam que o significante “deficiência”, adotado pela CDPD remete a um binarismo em que, no outro polo, é constituído pelo paradigma da “eficiência”, ou da “capacidade”. Assim, propõem um modelo que ultrapassa o modelo social, qual seja, o “modelo da diversidade”. Este tem como base a ideia de igualdade material e tratamento do ser humano de acordo com as características que o individualizam, substituindo a “deficiência” por “diversidade funcional” ou “diversidade orgânica”⁸².

brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ProgAcMundPessDef.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁷⁹ BRASIL. **Decreto n. 6.949/2009**: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

⁸⁰ Pensamento também encontrado em Norbert Elias: “as ideias, as convicções, afetos, necessidades e traços de caráter produzem-se no indivíduo mediante a interação com os outros, como coisas que compõem seu ‘eu’ mais pessoal e nas quais se expressa, justamente por essa razão, a rede de relações de que ele emergiu e na qual penetra”. (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 36).

⁸¹ SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 151.

⁸² PALACÍOS, Agustina; ROMANACH, Javier. El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). In: **Intersticios**: Revista Sociológica de Pensamento Crítico, v. 2, (2), 2008. Disponível em: <<http://www.intersticios.es/article/view/2712/2122>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Ainda que o “modelo da diversidade” seja interessante proposta de superação da própria ideia de “deficiência” e propicie a promoção da diversidade, o modelo social preponderou na elaboração da redação da CDPD.

Depreende-se do modelo social que a sociedade, Estado e família devem trabalhar em conjunto para a superação de barreiras e para a redução da condição de vulnerabilidade vivenciadas pela pessoa com deficiência.

Sobre a vulnerabilidade e a intensificação de situações de desigualdade para a fruição de direitos, é importante apresentar a contribuição de Roland Schramm. Segundo o autor, a vulnerabilidade está em um plano ontológico de caracterização de todo ser vivo, uma vez que todos são “passíveis de ser feridos”, contudo, devido a circunstâncias relacionais, há sujeitos cuja vulnerabilidade é intensificada, ao que atribui a denominação “vulnerados”⁸³.

Por conseguinte, pessoas com deficiência seriam “vulneradas” diante das barreiras que as impedem de atingir patamar de igualdade substancial com as demais pessoas. Em sentido próximo ao apresentado por Schramm está a visão de Judith Butler a respeito da “precariedade” e da “condição precária”:

Tanto a precariedade quanto a condição precária são conceitos que se entrecruzam. Vidas são, por definição, precárias: podem ser eliminadas de maneira proposital ou acidental; sua persistência não está, de modo algum, garantida. Em certo sentido, essa é uma característica de todas as vidas, e não há como pensar a vida como não precária [...]. A condição precária designa a condição politicamente induzida na qual certas populações sofrem com redes sociais e econômicas de apoio deficientes e ficam expostas de forma diferenciada às violações, à violência e à morte.⁸⁴

Assim, o sentido circunstancial da vulnerabilidade, ou condição precária, justifica a elaboração de normas protetivas e ampliativas da liberdade de pessoas com deficiência em direção a um cenário mais igualitário. Quando se trata da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a capacidade legal se mostra como tema que urge especial atenção do Direito, o que o Comitê elaborador da redação da CDPD levou em consideração.

⁸³ SCHRAMM, Fermin Roland. **Bioética, vulnerabilidade de pessoas portadoras de deficiências e políticas de proteção**. Apresentação no Fórum Social Mundial, Seminário Bioética e vulnerabilidades, Porto Alegre, 2005. p. 3.

⁸⁴ BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. p. 46-47.

Amita Dhanda desenvolveu análise teórica⁸⁵ a respeito do processo de elaboração da Convenção pelo Comitê *Ad Hoc* e ora são feitas remissões a algumas de suas observações, a fim de aperfeiçoar a compreensão do que se trata, afinal, a “capacidade legal” constante do referido tratado e que tanto impacta no sentido clássico da “capacidade civil” presente nas codificações modernas.

O Comitê *Ad Hoc* foi instaurado pela Assembleia Geral da ONU através da resolução n. 56/168 em 19/12/2001 com o fito de criar uma convenção internacional com redação ampla e integral que protegesse e promovesse os interesses, direitos e dignidade das pessoas com deficiência⁸⁶.

Uma das preocupações centrais do Comitê foi a construção do significado da “capacidade legal” no texto da CDPD, o que se fez por meio da participação direta de ONGs e demais entidades representativas das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

Vale dizer que a participação de representantes das pessoas com deficiência labora em prol do reconhecimento de direitos aos que anteriormente eram relegados a um espaço de segregação. Joaquín Herrera Flores salienta essa dinâmica que envolve a garantia e concretização de direitos humanos e a importância da consolidação de espaços pela luta por dignidade⁸⁷.

Quanto à noção de que toda pessoa com deficiência seria dotada da “capacidade de direito”, inexistiram discordâncias durante as deliberações. Todavia, houve pontos de vista destoantes quanto ao apoio para a prática de atos da vida civil no âmbito da “capacidade de exercício”. Isso levou a intensas discussões, com saliente questionamento acerca do conceito conglobante de “capacidade legal”, que não mais diferencia as referidas categorias⁸⁸.

⁸⁵ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. 429-462.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁸⁷ FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 21.

⁸⁸ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 438-439.

Em meio ao processo de redação, levantou-se a dúvida quanto a uma cláusula que pudesse prever situações em que a pessoa com deficiência intelectual não fosse capaz de exercer seus direitos e o guardião legal teria titularidade de representar seus interesses. A ONG Inclusão Internacional se manifestou contrária a essa sugestão, não concordando com qualquer referência a um sistema de guarda (*guardianship*, leia-se, curatela ou outro sistema de proteção) que se mostrasse paternalista ou substitutivo da vontade, ressaltando que a CDPD deveria corroborar um texto que garantisse a autodeterminação e autonomia formal e integral⁸⁹.

Outra manifestação da sociedade civil veio da ONG *World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP)* que, entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004, ressaltou a importância de um parâmetro não substitutivo da vontade da pessoa, mas sim de um sistema de apoios:

Persons with disabilities have the right to make decisions based on their own feelings and values, and to not have their decisions interfered with by others. This is what is meant by a right to autonomy and self-determination. Some people understand autonomy to refer to a desirable quality of life that is attained when one has the freedom and the necessary resources to exercise self-determination by making affirmative choices in one's own life. Some persons with disabilities may need assistance in understanding information necessary to make a decision, or in advocating for themselves based on their decision. Similarly people without disabilities may face decisions where they need assistance. Such needs for assistance do not make the person incapable of making a decision, and do not justify taking away the person's right to make his or her own decision⁹⁰.

No Capítulo II, o conteúdo dos perfis de liberdade(s), bem como diferenças entre autonomia e autodeterminação serão mais bem elucidados e, por ora, tomam-

⁸⁹ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 438-439.

⁹⁰ Em tradução livre: “Pessoas com deficiência têm o direito de tomar decisões baseadas em seus próprios sentimentos e valores, e não ter suas decisões interferidas por outros. Isso é o que se quer dizer quando se trata do direito à autonomia e autodeterminação. Alguns compreendem a autonomia como a qualidade de vida desejável que é atingida quando alguém tem a liberdade e os recursos necessários para exercer a autodeterminação fazendo escolhas afirmativas sobre sua própria vida. Algumas pessoas com deficiência podem precisar de assistência para obter informação necessária para tomar uma decisão, ou em defender seu próprio interesse baseada em sua decisão. Similarmente, pessoas sem deficiência podem encarar decisões onde elas precisam de assistência. Essas necessidades por assistência não fazem essa pessoa incapaz de tomar uma decisão, e não justificam destituir uma pessoa do direito de tomar suas próprias decisões.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Contribution by World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP)**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-wnusp.htm>>. Acesso em: 25 out.2017).

se seus sentidos como sinônimos voltados à emancipação e prevalência da liberdade de escolha da pessoa com deficiência por si mesma.

Levou-se em consideração, diante dessas observações e pautas das ONGs, a necessidade de estabelecer formas e instrumentos de apoio, bem como salvaguardas que fossem proporcionais às exigências das pessoas com deficiência, sem interferir na sua capacidade legal.

Amita Dhanda retrata a tensão instaurada entre defensores do parâmetro da substituição da vontade com vistas ao atendimento do princípio do melhor interesse e, de outro lado, as entidades representativas das pessoas com deficiência, que entendiam pela insuficiência do “*outcome approach*” e defesa de um sistema que consolidasse meios mais factíveis de participação direta da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual na tomada de decisões envolvendo sua própria vida⁹¹.

Ao lado dessa pauta, ainda havia o enfrentamento à noção clássica e civilista do sentido bifurcado da capacidade civil “de direito” e “de fato”. Durante as deliberações, esse foi o desejo exteriorizado por alguns Estados nos debates da construção do significado de “capacidade legal”, o que também foi questionado por representantes da sociedade civil e das ONGs⁹².

A redação final da CDPD adotou a “capacidade legal” em seu sentido conglobante e imersa na perspectiva de apoios e suportes à pessoa com deficiência de forma gradual para o exercício de suas liberdades. Deste modo, o fato de uma pessoa demandar em maior ou menor dimensão de salvaguardas não significaria destituí-la da capacidade de exercício de seus direitos. Para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo, esse conceito conglobante funda-se em “juízo concreto sobre as potencialidades humanas” e ultrapassa a noção clássica e abstrata de “capacidade civil” de direito e de exercício⁹³.

⁹¹ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 440.

⁹² DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 442-443.

⁹³ ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 233. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 27 out. 2017.

Nota-se que a CDPD deixa de lado o parâmetro de substituição da vontade (*outcome approach*) e abraça um modelo funcional (*functional approach*) com instrumentos de apoios a serem desenvolvidos em prol da liberdade de preferências da pessoa com deficiência. Este enfoque funcional harmoniza-se com o propósito do modelo social e reconhece o direito à igualdade de tratamento, bem como a proteção dos direitos dessas pessoas, sem deixar de dar importância a outros sujeitos que componham a sua rede de apoio⁹⁴.

Da abordagem funcional, consagram-se três princípios: “*in dubio pro capacitas*”⁹⁵, “intervenção mínima” e “beneficência”. O primeiro consiste em sempre fazer prevalecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. O segundo princípio revela que, se for o caso de intervir na supressão da vontade da pessoa com deficiência, que assim se faça de forma pontual e com especificação sobre quais atos ela não poderá faticamente expor suas preferências. Por fim, o terceiro princípio é diretriz para que as decisões acerca da vida e bens da pessoa com deficiência devam sempre se voltar a seu melhor interesse sem, todavia, furtá-la também do “direito de errar”.⁹⁶

A demanda pela adoção desse sistema funcional de apoios foi frisada pela sociedade civil e Dhanda ressalta a notória participação de pessoas com deficiência psíquica e intelectual que endereçaram ao Comitê *Ad Hoc* suas vivências e clamores por ter sua capacidade de expressar suas preferências, opiniões e tomar decisões sobre os rumos de suas próprias vidas, sem que tivessem sua voz calada e substituída pela de outra pessoa, ainda que bem intencionada, mas que suprimiria sua liberdade de por si própria exercer escolhas⁹⁷.

⁹⁴ O presente trabalho adota a interpretação de que o modelo funcional permite aferir as potencialidades da pessoa com deficiência e, assim, ser possível constatar qual é a amplitude da medida de apoio a ser aplicada de acordo com o concreto grau de capacidade cognitiva. Em momento de arguição desta pesquisa, a Prof^a Dr^a Joyceane Bezerra de Menezes apontou sua interpretação a respeito da perspectiva funcional como não sendo suficiente para atender o que a Convenção de Nova Iorque pretendeu para a liberdade, igualdade e inclusão da pessoa com deficiência. Ainda que apresente insuficiências, a perspectiva funcional parece, no atual estado da arte, se compatibilizar com a exigência dirigida aos países signatários de desenvolver sistemas de apoio ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

⁹⁵ Em tradução livre: “na dúvida, imputar a capacidade plena”.

⁹⁶ CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?:** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, p. 12. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁹⁷ DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 442-448.

A liberdade e independência da pessoa com deficiência, que representam o pano de fundo do que fora reivindicado por seus representantes durante a elaboração da CDPD, foram instituídas como princípios gerais do tratado e expressamente dispostos em seu artigo 3º⁹⁸.

Ricardo Tadeu da Fonseca ressalta que esse conjunto de princípios tem natureza normativa e não apenas interpretativa, pois “direcionam o aplicador do Tratado no sentido de promover a dignidade inerente da pessoa com deficiência física, mental ou sensorial, dignidade essa que a coloca como sujeito participativo, autônomo e liberto das amarras da superproteção caridosa”⁹⁹. A garantia de liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual se desdobra no conceito conglobante de “capacidade legal”, que ficou detalhado no artigo 12 da Convenção:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de

⁹⁸ Artigo 3. Princípios gerais. Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

⁹⁹ FONSECA, Ricardo Tadeu M. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 72-I, 2009. p. 266.

crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.¹⁰⁰

O referido dispositivo tem como destinatários os Estados, os quais devem promover as alterações necessárias em suas legislações internas para consolidar o sentido da “capacidade legal”. O parágrafo “3” enfatiza que os Estados devem tomar medidas que possibilitem o acesso ao suporte e a redes de apoio para tomada de decisões da pessoa com deficiência a fim de exercer sua capacidade legal sem embaraços.

É estatuído o conceito de “capacidade legal” para os atos da vida civil, que deverão ser praticados não em regime substitutivo da vontade, mas aliados às potencialidades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, com salvaguardas proporcionais e pontuais que não descaracterizem a liberdade de fazer suas próprias escolhas¹⁰¹.

Os parágrafos “4” e “5” do dispositivo exibem a pessoa com deficiência desatrelada do modelo médico e segregador, o que evidencia novamente a adoção do modelo social. O parágrafo “4” reforça o desenvolvimento de instrumentos de salvaguarda das preferências e primazia das potencialidades da pessoa com deficiência. A partir deste dispositivo da CDPD, Volker Lipp nota a necessidade de diferenciação das medidas de apoio de acordo com as potencialidades da pessoa beneficiada, devendo aquelas ser “amigas” e não “vilãs” da liberdade:

If we look at Article 12 CRPD and its requirements, incapacitation has to meet, inter alia, the standart of Article 12 para. 4 CRPD for measures relating to the exercise of legal capacity. According to this provision, it has to be proportional and tailored to the person's circumstances and has to

¹⁰⁰ BRASIL. **Decreto n. 6.949/2009**: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰¹ Não se pode olvidar de que em âmbito internacional, o sentido de “capacidade legal” que emerge da CDPD foi referenciado pela primeira vez na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of Discrimination against Women - CEDAW*). O referido tratado, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 4.377/2002, estabeleceu em seu artigo 15.2 que “Os Estados-Partes reconhecerão à mulher, em matérias civis, uma capacidade jurídica idêntica do homem e as mesmas oportunidades para o exercício dessa capacidade. Em particular, reconhecerão à mulher iguais direitos para firmar contratos e administrar bens e dispensar-lhe-ão um tratamento igual em todas as etapas do processo nas cortes de justiça e nos tribunais.” Tal disposição se contrapõe a ordenamentos jurídicos que ainda limitam a capacidade civil de exercício fundada no gênero. (KEYS, Mary. Article 12 [Equal recognition before the law]. In: CERA, Rachele; DELLA FINA, Valentina; PALMISANO, Giuseppe. **The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities**: a commentary. Cham: Springer, 2017. p. 266).

*respect the rights, will and preferences of the person. Therefore, any restriction of the legal capacity of the ward has to be assessed on the facts of the case according to the principles of necessity and proportionality and must be adjusted to his individual circumstances, it must not automatically cover all affairs of the ward.*¹⁰²

O artigo 12 da Convenção não proíbe qualquer forma de substituição da decisão pelo curador ou guardião (a depender do ordenamento jurídico). Conforme a interpretação de Lipp, é possível manter institutos como a guarda ou a curatela, desde que sua função priorize o suporte à tomada de decisão da pessoa com deficiência, sem excluir ou limitar sua “capacidade legal”.

Uma questão muito debatida em fase de elaboração do dispositivo refere-se aos casos de pessoas com deficiência intelectual ou psíquica que apresentam dificuldade de comunicação, ou sequer conseguem se expressar. A problematização girava em torno de sua abrangência pelo parâmetro funcional, sem medidas de substituição da sua vontade.

Amita Dhanda afirma que mesmo nesses casos o parâmetro funcional e de apoios deve prevalecer sob o viés universal da capacidade legal. A autora Mary Keys identifica três razões para essa preponderância: a- a necessidade de desenvolvimento das aptidões da sociedade e da própria pessoa com deficiência; b- negar a capacidade de exercício ou selecioná-la em diferentes gradações poderia causar exclusões e perpetuar a ideia de equivalência entre a deficiência e a incapacidade, retomando um sentido de atribuição direta da incapacidade (*status approach*); c- por fim, a incapacidade não pode ser atribuída exclusivamente a pessoas com deficiência, pois qualquer medida que limite a capacidade legal plena apresentaria teor discriminatório¹⁰³.

¹⁰² Em tradução livre: “Se analisarmos Artigo 12 da CDPD e seus requisitos, a incapacidade deve atender, inter alia, ao modelo do artigo 12, parágrafo 4 da CDPD para as medidas relativas ao exercício da capacidade legal. De acordo com esse dispositivo, ele deve ser proporcional e adaptado às circunstâncias da pessoa e deve respeitar seus direitos, desejos e preferências. Portanto, qualquer restrição da capacidade legal da pessoa deve ser avaliada à luz dos fatos do caso e de acordo com os princípios da necessidade e proporcionalidade e deve ser ajustada às circunstâncias individuais, não deve cobrir automaticamente todos os assuntos relativos à pessoa.”. (LIPP, Volker. *Guardianship and Autonomy: Foes of Friends?* In: ARAI, Makoto; BECKER, Ulrich; LIPP, Volker. **Adult Guardianship Law for the 21st Century**: Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law 2010. Munique: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. p. 110).

¹⁰³ KEYS, Mary. Article 12 [Equal recognition before the law]. In: CERA, Rachele; DELLA FINA, Valentina; PALMISANO, Giuseppe. **The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities**: a commentary. Cham: Springer, 2017. p. 267-268.

Assim, para Keys, é imprescindível diferenciar a “capacidade legal” da “capacidade mental”. Com base na racionalidade exposta na CDPD e no modelo social de compreensão da deficiência, a autora esclarece:

*Legal capacity involves both the ability to hold rights and duties (legal agency). General Comment No. 1 refers to mental capacity, the dynamic element, as the person's 'decision-making skills'. These skills may vary from time to time, from one person to another, from one decision to another, along with the variation in the communication skills of the person. A wide variety of factors influence decision-making in the population as a whole, including, social, emotional and environmental factors. The attitude and skill of those involved in making judgements of mental capacity is a significant factor.[...] Legal capacity provides the opportunity to make key quality of life decisions that non-disabled people take for granted, instead of decisions being made by others such that over time capability for decision-making skills not only is not developed as is the norm but also is weakened or lost.*¹⁰⁴

Capacidade legal e capacidade mental, portanto, não se confundem em virtude de a primeira se relacionar à titularidade e exercício de direitos e deveres, enquanto a segunda é elemento dinâmico de avaliação das atitudes e habilidades próprias da pessoa. A existência de apoios não pode ser encarada como sinal de carência de capacidade legal. Sistemas substitutivos da vontade implicam na incapacidade relativa ou absoluta da pessoa com deficiência tomar decisões por si mesma, inclusive, conduzindo à sua institucionalização e ao afastamento de preferências. Logo, permitir que a pessoa com deficiência tome decisões contando com instrumentos e redes de apoio é um modo de respeitar seus direitos e desenvolver suas potencialidades.

O parâmetro funcional é passível de críticas se desacompanhado de instrumentos que possibilitem o suporte à tomada de decisões pela pessoa com deficiência. E, segundo Mary Keys, esse apoio pode se dar em três níveis, a

¹⁰⁴ Em tradução livre: “Capacidade legal envolve as habilidades de ter direitos e deveres (agência legal). O Comentário n. 1 se refere à capacidade mental, o elemento dinâmico, como a ‘habilidade de tomar decisões’ de uma pessoa. Essas habilidades podem variar de tempos em tempos, de uma pessoa a outra, junto com a variação das habilidades de comunicação. Vários fatores podem influenciar a tomada de decisão numa população como um todo, inclusive fatores sociais, emocionais e ambientais. A atitude e habilidade daqueles envolvidos em fazer julgamentos da capacidade mental é um fator significativo. [...] Capacidade legal fornece a oportunidade de tomar decisões-chave de qualidade de vida que pessoas sem deficiência têm como garantia, ao invés de decisões serem feitas por outros, de modo que ao longo do tempo a capacidade de tomar decisões não apenas não se desenvolve, como também é enfraquecida ou perdida.”. (KEYS, Mary. Article 12 [Equal recognition before the law]. In: CERA, Rachele; DELLA FINA, Valentina; PALMISANO, Giuseppe. **The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: a commentary**. Cham: Springer, 2017. p. 269-270).

depender da maior ou menor necessidade da pessoa. Em primeiro nível, para os casos em que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual tenha maior grau de capacidade cognitiva, o suporte deve incentivar o máximo de seu entendimento a respeito das opções em jogo, bem como as possíveis consequências da decisão eleita. Em segundo nível, em casos de moderada capacidade cognitiva, os instrumentos de apoio devem reconhecer e também representar os desejos e preferências da pessoa com deficiência. Por fim, em terceiro nível, para as situações em que há intensa dificuldade de comunicação da pessoa com deficiência, devem ser investigados seus interesses e preferências, voltando-se o apoio à decisão que reflita seu melhor interesse e a conduza à melhoria de sua qualidade de vida¹⁰⁵.

O princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência, presente nos dois níveis de menor grau de compreensão, não deve ser encarado como um trunfo que respalde um desvirtuamento do propósito do apoio. Por isso, o cuidado do legislador deve ser redobrado para evitar que o sentido preconizado na CDPD venha a se perder no momento legislativo de internalização e adequação das normas internas sobre a capacidade.

O processo brasileiro de alteração da legislação acerca da capacidade legal se deu na última década. O país assinou a CDPD em 30/03/2007 e sua ratificação ocorreu em 2008 pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 186, em consonância com o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

Considerando seu processo de internalização finalizado por meio do Decreto Presidencial n. 6.949 de 2009, é possível afirmar que seu conteúdo e comandos não possuem meramente um caráter “supralegal”¹⁰⁶ e sim um caráter material e formalmente constitucional. Destarte, por se referir a normas com aplicabilidade imediata e incidência direta em todo o ordenamento jurídico¹⁰⁷, os compromissos

¹⁰⁵ KEYS, Mary. Article 12 [Equal recognition before the law]. In: CERA, Rachele; DELLA FINA, Valentina; PALMISANO, Giuseppe. **The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: a commentary**. Cham: Springer, 2017. p. 276-277.

¹⁰⁶ A supralegalidade foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.466.343/SP, em que se discutiu a natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03dez.2008, DJe-104 em: 04/06/2009).

¹⁰⁷ Menciona-se a existência de debate que envolve o “controle de Convencionalidade” de normas internas do direito brasileiro, contudo, não se adentra esta temática, uma vez que a CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional. Sobre o tema, Flávia Piovesan assinala que se deve ter como ápice de todo o sistema internacional a proteção dos direitos humanos (*human rights approach*) e que o “controle de convencionalidade contribuirá para

assumidos pelo Estado brasileiro voltaram-se à adaptação de sua legislação, ao efetivo combate à discriminação e à promoção do desenvolvimento das potencialidades da pessoa com deficiência.

Em que pese o caráter constitucional das normas presentes na CDPD, as mudanças exigidas ao plano interno no que concerne à capacidade legal só foram operadas após a promulgação de lei ordinária, aproximadamente 6 anos depois.

O monitoramento da ONU constatou a partir do relatório submetido pelo Brasil em 2012 que apesar de a igualdade formal e material das pessoas com deficiência estar assegurada pelo artigo 5º da Constituição Federal, seria preciso que a legislação interna fosse ajustada para garantir a capacidade legal destacada do modelo de substituição da vontade¹⁰⁸.

Essa conclusão, porém, não deve ser interpretada apenas como exigência de uma complementação formal de normas reduzidas a texto legal. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência não se esgota em sua mera enunciação formal. Ana Carla Harmatiuk Matos e Ligia Zigiotti de Oliveira alertam que a internalização da CDPD ao ordenamento jurídico brasileiro na qualidade de norma constitucional e as posteriores leis disciplinando o assunto podem gerar a falsa impressão de uma tarefa finda. Entretanto, num sentido prospectivo de proteção dos direitos humanos e fundamentais, laborar por sua concretização é tarefa que diariamente se impõe¹⁰⁹.

Não se descarta a importância de existir texto normativo que vise à construção de um panorama mais igualitário e voltado à materialização dos propósitos insculpidos na Convenção. No caso brasileiro, o EPD (Lei n.

que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n.19 – jan./jun. 2012. p. 91)

¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention**: Initial reports of States parties due in 2010 Brazil, p. 32. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRPD/C/BRA/1&TYPE=&referer=http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16348&Lang=E>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹⁰⁹ “[...] porque a Convenção de Nova York representa o único tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro com força de emenda constitucional, e em razão do atual Estatuto da Pessoa com Deficiência, entende-se que se pode reforçar a equivocada percepção de que, do ponto de vista jurídico, pouco resta a ser feito. A positividade dos enunciados, quando lida assepticamente, oculta o seu avesso em vivências diárias. Daí a oportunidade de se propor uma abordagem complexa dos direitos humanos da população com deficiência.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Zigiotti de. Além da Convenção de Nova York: Além do estatuto da pessoa com deficiência - Reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. In: **Revista de derechos humanos y estudios sociales – Redhes**. Sevilha, ano VIII, n. 15, p. 15-32, jan./jun. 2016. p. 18).

13.146/2015) foi instituído como microssistema protetivo¹¹⁰ com o objetivo tornar operáveis tais comandos contidos no tratado internacional.

Dentre as mudanças legislativas que a referida lei versou estão as normas referentes ao regime da capacidade civil constantes do Código Civil e que deveriam atender ao conceito conglobante da capacidade legal. Embora haja quem critique a demora da alteração legislativa¹¹¹, bem como imperfeições da redação final, é de se observar que o referido documento é esforço de concretização das frentes priorizadas pelo tratado internacional.

Como visto nos subcapítulos 1.1 e 1.2, as normas vigentes em torno da capacidade civil em 2015 eram aquelas insertas na redação do Código Civil de 2002, desenvolvido com base no projeto do jurista Miguel Reale, porém, com contributos estruturais do Código de Clóvis Beviláqua, inclusive nessa disciplina. Isto é, o EPD trouxe mudanças sobre um texto de lei pautado em uma perspectiva de substituição da vontade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual (*outcome approach*).

O EPD replica o conceito de “pessoa com deficiência” expresso na CDPD em sentido relacional e inserto em modelo social e, segundo essa definição, a deficiência é acentuada pela existência de barreiras¹¹². As alterações que diretamente incidiram no regime das capacidades e incluíram instrumentos de apoio e salvaguardas contra tais barreiras foram determinadas nos artigos 114 a 117. Por conseguinte, a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 deixou de

¹¹⁰ A construção de microssistemas acompanha o que se denomina de processo de *descodificação* do Direito Civil, que foi mais intenso quando ainda vigente o Código Civil de 1916. De todo modo, a existência de leis especiais que verticalizam a proteção de grupos circunstancialmente vulnerados deve ser justificada e unificada pela Constituição Federal. (TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XVII).

¹¹¹ Joyceane Bezerra de Menezes, partilhando do entendimento expresso nas discussões em torno da redação da CDPD entende que a manutenção da regra da pessoa com deficiência como absolutamente incapaz para o exercício de atos da vida civil seria, em última análise, restringir a fruição de seus direitos fundamentais. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 509-544).

¹¹² Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

abarcam as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual do rol de pessoas absolutamente incapazes ou incapazes relativamente a certos atos da vida civil¹¹³.

Ao retirar a pessoa com deficiência desses dois dispositivos, a alteração legislativa segue diretriz da CDPD em unificar a capacidade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual ter direitos e também de exercê-los por si própria e contando com instrumentos de apoio.

Há quem entenda que esse apoio não se limita a situações subjetivas de caráter patrimonial, mas também às de âmbito existencial¹¹⁴. Seguindo a lógica do tratado, o artigo 6º do EPD repisa a inexistência de restrições à capacidade de fato para a prática de atos de viés existencial, como casamento e união estável pela pessoa com deficiência¹¹⁵. Ademais, no que se referem aos atos civis patrimoniais, a mesma legislação limita a salvaguarda da “curatela” aos atos de natureza patrimonial e negocial, de modo a fortalecer o poder e liberdade de decisão da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual¹¹⁶.

¹¹³ Os citados dispositivos assim ficaram redigidos após as alterações determinadas: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”.

¹¹⁴ Registra-se o ponto de vista de Heloisa Helena Barboza e Victor de Almeida, que fazem uma ressalva quanto à proteção dos direitos existenciais da pessoa com deficiência sob o parâmetro da Razoabilidade, pois, em seu entender, não seria razoável que a pessoa com deficiência mental possa decidir, no exemplo dos autores, mutilar-se (ALMEIDA JUNIOR, Vítor de Azevedo; BARBOZA, Heloisa Helena. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 265). Tema que amplia a discussão sobre a liberdade e decisão sobre o próprio corpo, gênero, direitos sexuais e reprodutivos é o da esterilização de pessoas com deficiência mental e, para sua reflexão, recomenda-se a leitura de MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009. p. 299-345.

¹¹⁵ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL. **Lei n. 13.146/2015**: Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017).

¹¹⁶ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua

Como visto ao longo deste Capítulo I, a medida de substituição da vontade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual através de processo de interdição não é o desiderato, nem o recomendado pela Convenção.

Simetricamente a essa orientação, o EPD esclareceu em seu artigo 84, §3º que a curatela será medida protetiva extraordinária e pontual pelo menor período possível sem retirar ou graduar a capacidade legal da pessoa com deficiência, o que reafirma os princípios “*in dubio pro capacitas*”, da intervenção mínima e da beneficência. O parágrafo 2º do mesmo dispositivo prevê a possibilidade de ser instituído o instrumento de “Tomada de Decisão Apoiada”, que preserva a capacidade plena da pessoa com deficiência.

Tal acréscimo legislativo é o ponto nodal deste trabalho e será esmiuçado no Capítulo III. Pontua-se que essa e demais modificações operadas na legislação civil são respostas ao postulado de ampliação e garantia de liberdades da pessoa com deficiência sem deixar de o Direito fornecer instrumentos legítimos de apoio para o exercício de sua liberdade. Visualiza-se, assim, o percurso à perspectiva de um direito civil existencialista¹¹⁷, que seja condizente com a proteção da pessoa em sua concretude.

Do até então exposto, fica evidente o peso da noção conglobante de capacidade legal aos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica e codificada que limitavam a capacidade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual para exercer atos da vida civil – patrimoniais e existenciais. O desafio de absorver e trazer nova dinâmica a essa matéria não se limita ao trabalho do legislador, mas também é tarefa interpretativa atribuída aos juristas.

definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (BRASIL. **Lei n. 13.146/2015**: Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017).

¹¹⁷ Em ensaio a respeito das fundações do direito civil contemporâneo, Eroulths Cortiano Junior retrata que, ao lado da raiz no *jus civile* em Roma, do direito comum na Europa Medieval e do direito moderno e codificações do mundo ocidental, uma quarta fundação do direito civil está em processo dinâmico de desenvolvimento: “existência de um espaço privilegiado para a proteção da pessoa, situado no encontro entre o direito civil e a Constituição. Uma técnica adequada por intermédio de novas formas de legislar e julgar, notadamente na superação da técnica da subsunção, na legislação por meio de cláusulas gerais e no reconhecimento da força normativa dos princípios.” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45. p. 99-102, 2006. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750>>. Acesso em: 09 nov. 2017).

Sobre as discussões presentes no campo doutrinário, registra-se o posicionamento de Joyceane Bezerra de Menezes¹¹⁸, Paulo Luiz Netto Lôbo¹¹⁹, bem como de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo¹²⁰, dentre outros, os quais compreendem ser imperativa a releitura do regime das capacidades com o fim de ampliar as liberdades da pessoa com deficiência mental e/ou intelectual, com adoção do conceito conglobante. Os referidos autores ressaltam que, muito embora as alterações e redação dadas pelo EPD tenham imperfeições, devem ser interpretadas de modo coerente aos comandos da CDPD, norma constitucional e protetiva de direitos humanos.

Por outro viés, citam-se os posicionamentos de Regina Beatriz Tavares¹²¹ e de José Fernando Simão¹²², para os quais as alterações do EPD devam ser em

¹¹⁸ “Quando garante o direito a igualdade e a não discriminação (art.4º. e segs), o Estatuto reitera o conteúdo da CDPD e o tratamento humanista por ela inaugurado. Visa romper com a ideia de que a pessoa com deficiência tem um valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais”. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 509-544)

¹¹⁹ “Após o início de vigência da Convenção, no direito brasileiro, em 2009, portanto, a pessoa com deficiência não mais se inclui entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos. A Convenção, nessa matéria, já tinha derogado o Código Civil. A Lei 13.105, de 2015, tornou explícita essa derrogação, ao estabelecer, em nova redação ao artigo 3º do Código Civil, que são absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, excluindo as pessoas “com enfermidade ou deficiência mental” e qualificando como relativamente incapazes os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (na redação originária, eram absolutamente incapazes).” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 21 nov. 2017).

¹²⁰ “Diversamente do regime de incapacidades que classicamente definia as pessoas com deficiência como absolutamente incapazes (ou, mesmo, relativamente incapazes) para o exercício dos direitos, o artigo 12 da Convenção da ONU estabelece um conceito conglobante de capacidade, denominado de ‘capacidade legal’, assegurado à pessoa com deficiência em igualdade de condições com os demais cidadãos. Esse novo conceito conglobante de capacidade legal não é mais pautado em uma abstração conceitual, mas, sim, em um juízo concreto sobre as potencialidades da pessoa humana. A concreta capacidade para realizar atos quotidianos, que a ela sejam meios de inclusão e coexistência social passa a informar o substrato da capacidade, que não mais é centrada na seara de um conceitualismo abstrato.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 227-256. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 28 out. 2017).

¹²¹ “Mas é problemático, para dizer o mínimo, enxergar no artigo 6º do EPD a proibição a quaisquer limitações à capacidade civil dos deficientes também em relação ao segundo sentido da expressão, isto é, pensar que inexistem limites à capacidade de exercício dos deficientes e que estes podem dispor dos seus direitos, inclusive abdicando e assumindo para si os deveres que quiserem, da forma que quiserem. Essa interpretação, que considera o deficiente mental, a partir da vigência do EPD, plenamente capaz para a prática de todos os atos da vida civil, é um grave e perigoso

desconsideradas em parte para manter sistema protetivo da pessoa com deficiência. Regina Beatriz Tavares interpreta o artigo 12 da Convenção como atinente à igualdade da capacidade de direito, e não à capacidade de fato e José Fernando Simão defende que a redação anterior do Código Civil seria mais protetiva, principalmente para os casos de pessoas cuja vontade não pudesse de modo algum ser exteriorizada.

A interpretação constante dos comentários do Brasil à Convenção é no sentido de promover a igualdade formal da capacidade civil, tanto de direito, quanto de fato e, paralelamente, garantir salvaguardas efetivas ao exercício dos atos civis. Tais salvaguardas devem se atentar às reais condições da pessoa com deficiência manifestar sua vontade, de modo a prevenir abusos, tanto em esfera existencial, quanto patrimonial, o que acompanha a noção conglobante de capacidade legal¹²³.

Mesmo parecendo estar solidificada essa compreensão do sentido de capacidade legal para o Estado brasileiro, assinala-se a tramitação do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 757/2015, proposto em dezembro de 2015 pelos senadores Paulo Paim (Partido dos Trabalhadores – Rio Grande do Sul) e Antonio Carlos Valadares (Partido Socialista Brasileiro - Sergipe)¹²⁴. O projeto foi alterado ao longo do trâmite legislativo e atualmente conta com uma redação substitutiva proposta pelo senador Telmário Mota (Partido Democrático Trabalhista - Rondônia), que está sob exame da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da referida Casa Legislativa. Dentre as alterações propostas, sugere a reconstituição de alguns artigos acrescentados ao Código Civil pelo EPD e a inclusão de outros dispositivos.

equivoco.”. (TAVARES, Regina Beatriz. Certezas e incertezas após o primeiro ano de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Estadão**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/certezas-e-incertezas-apos-o-primeiro-ano-de-vigencia-do-epd-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 28 out. 2017).

¹²² “Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil. Mas há um problema prático: apesar de o Estatuto ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana tal pessoa não consegue exprimir sua vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas passam a ser capazes por força da nova lei.” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade. Parte I. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 28 out. 2017).

¹²³ DIAS, Joelson et. al. (Orgs.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

¹²⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei nº 757, de 2015. Autores: Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Paulo Paim (PT/RS). **Senado Federal**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

O documento foi objeto de parecer jurídico de Flávio Tartuce, que observou a mudança de eixo do paradigma “dignidade-vulnerabilidade” para o paradigma “dignidade-igualdade-inclusão”. De acordo com o parecerista, as principais imperfeições da redação do EPD residem nas alterações do regime das capacidades e merecem reparos, como o retorno da categoria de incapacidade absoluta às pessoas com deficiência que não puderem exprimir sua vontade^{125 126}.

A pedido do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), Joyceane Bezerra de Menezes elaborou parecer sobre a redação da proposta legislativa, publicado posteriormente à manifestação de Flávio Tartuce. Ao ver da jurista, o

¹²⁵ TARTUCE, Flávio. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil**, p. 05 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹²⁶ O presente estudo se restringe a pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que possuem capacidade mental para manifestar suas preferências, contudo, há casos, como de paralisia cerebral, em que a pessoa sequer consegue concretamente exteriorizar sua vontade. Em hipóteses como essa, o sistema de curatela regulado pela atual redação do EPD (artigos 84 e 85), Código Civil (artigos 1.767 a 1.783) e pelas regras do Código de Processo Civil (artigos 747 a 763) não é de todo incompatível à lógica da Convenção, porém, deve sempre respeitar o parâmetro de interpretação do princípio *pro personae* e a tutela à dignidade humana. O sentido atual da curatela, ao ver de Célia Abreu, é de ser uma “medida de proteção personalizada, construída caso a caso, de modo que as restrições ao curatelado surjam somente quando estritamente necessárias a salvaguardar o desenvolvimento digno de sua personalidade.” (ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2015, p. 111.). Isto é, a curatela é mantida para a proteção da pessoa com deficiência sem capacidade mental, desde que se mostre a medida mais acertada para o atendimento de seu melhor interesse. A interpretação dada ao artigo 4º, inciso III e artigo 1.767, inciso I do Código Civil de 2002 deve levar em conta que para determinar a incapacidade relativa não há a referência à pessoa com deficiência, mas sim à hipótese de impossibilidade de transmissão ou expressão da vontade. Nota-se que a deficiência não é o fato que gera a restrição da capacidade de exercício, mas sim uma condição de impossibilidade de manifestação de vontade e preferências, independentemente de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. A adoção de medidas diferentes do sistema de apoios, ressalta-se, não é incompatível com a Convenção, mas não podem ser retomadas como regra e única saída. Bruna Lima de Mendonça sintetiza: “O ponto central da questão, na verdade, é o fato de o processo de interdição ou do processo que define os termos da curatela ter sido absolutamente reformulado, em conformidade com os ditames da Convenção, que determina no já tratado art. 12-4 que as medidas de salvaguarda deverão: respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa; ser isenta de conflito de interesses e de influência indevida; ser proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa; durar o período mais curto possível e ser submetidas à revisão regular por autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Nesse sentido, não há mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro para um procedimento que vise à substituição da vontade da pessoa com deficiência e a sua aniquilação da vida civil”. (MENDONÇA, Bruna Lima de. *Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição curatela*. In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 47). A autora ainda entende que o legislador acertou ao não mais prever a incapacidade absoluta, uma vez que ofereceria uma “carta em branco” para a atuação do curador. O Projeto de Lei n. 757/2015 tenta resgatar a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual sob a justificativa de proteção de pessoas nessas condições e essa complexa discussão merece acurado exame seguindo as diretrizes da CDPD e o imperativo *pro personae*.

desenvolvimento do projeto de lei e processo de aprovação passam despercebidos de um diálogo com os principais destinatários das alterações, inexistindo audiências públicas que garantam o primado da CDPD de se falar de direitos das pessoas com deficiência com a sua ativa participação (“Nada sobre nós sem nós”). Ademais, a autora é categórica ao afirmar que algumas das mudanças miradas pelo PLS n. 757 representam um “risco de retrocesso” à noção de “capacidade legal” e outros aspectos do regime das incapacidades firmados através do EPD:

Nesse aspecto, o PLS nº 757/2015 representa uma certa ameaça ao teor da Convenção, ainda que o objetivo dos seus proponentes tenha sido o de proteger a pessoa com deficiência. Importa observar que, sob a perspectiva do sistema protetivo-emancipatório instituído pela Convenção, a proteção da pessoa com deficiência pode ser feita por meio de apoio e salvaguardas, e não pela restrição prévia da sua autonomia. Se houver necessidade de ajustes ao EPD, que estes sejam feitos em harmonia com a CDPD e os demais valores fundamentais do sistema jurídico consignados nas normas constitucionais.¹²⁷

Não há previsão de conclusão do trâmite legislativo e notam-se as dissonâncias doutrinárias em torno do sentido da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. As discussões sobre o tema, todavia, estão adiante do trâmite legislativo e ultrapassam o mundo acadêmico, já exigindo a interpretação do Poder Judiciário.

Repercute o caso do Agravo em Recurso Especial n. 856.156/RJ e pedido formulado pelo Ministério Público Federal de instauração de Incidente de Assunção de Competência¹²⁸. A situação fática envolve ação de regulamentação de visitas a uma mulher idosa que fora submetida à curatela antes das alterações promovidas pelo EPD. O curador ajuizou a ação, ainda que a idosa tivesse afirmado que não desejava conviver com o irmão mais novo, parte ré do processo. Houve comprovação farta nos autos sobre as preferências da senhora e a sentença de

¹²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017. p. 141.

¹²⁸ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. [...] (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017).

primeiro grau julgou improcedente o pedido, suspendendo a visitação acompanhada, o que justificou a interposição de recurso de Apelação por ambas as partes ao Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro.

A Corte de justiça estadual manteve a sentença e o acórdão foi objeto de Recurso Especial interposto pelo réu. O tribunal de origem negou seguimento ao recurso e, ante a decisão, o recorrente interpôs Agravo, julgado procedente em decisão monocrática do relator Ministro Marco Buzzi¹²⁹.

O incidente requerido pelo Ministério Público Federal no bojo do Agravo em Recurso Especial requer o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre:

- 1) Existência, ou não da hipótese de incapacidade absoluta de maiores de idade no direito brasileiro;
- 2) Existência, ou não, de capacidade jurídica plena dos *portadores de deficiência mental e de discernimento reduzido*;
- 3) Existência, ou não, de capacidade jurídica plena dos *excepcionais, sem desenvolvimento completo*;
- 4) Persistência, ou não, do *status* de incapaz para as pessoas que foram interditadas antes da Lei nº 13.146/2015;
- 5) Abandono, ou não do critério do *discernimento para a prática de atos* em favor do critério da possibilidade de *expressar sua vontade*; e
- 6) Existência, ou não, de poderes do curador fora das hipóteses de atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial do curatelado.¹³⁰

Assinala-se que, em sua manifestação, o *parquet* apresentou a compreensão de que a capacidade legal seria uma presunção *iuris tantum*, isto é, que admite prova em contrário, para justificar a impossibilidade de se revogar as interdições reconhecidas em juízo antes da vigência do EPD:

Propõe-se, assim, a fixação de entendimento no sentido de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não incide sobre as interdições já decretadas judicialmente, sem prejuízo à possibilidade dos interessados requererem, nos autos da interdição ou em ação própria, a qualquer tempo, o levantamento da interdição, a revisão dos limites da curatela ou a substituição da curatela pela tomada de decisão apoiada.¹³¹

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 856156 - RJ**. Agravante: C.R.; Agravada: J.C.R. Brasília, DF, 14 nov. 2016. DJe 18 nov. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=66788339&num_registro=201600282825&data=20161118&formato=PDF>. Acesso em: 11 fev. 2018.

¹³⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. **Incidente de Assunção de Competência no Agravo em Recurso Especial n. 856.156/RJ**. Brasília, DF, 2016. p. 2.

¹³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Incidente de Assunção de Competência no Agravo em Recurso Especial n. 856.156/RJ**. Brasília, DF, 2016. p. 9.

A elucidação pelo Superior Tribunal de Justiça desta e das demais questões apresentadas poderá conferir maior segurança jurídica à leitura da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual e oferecer norte interpretativo à aplicação das normas da CDPD no Brasil.

Por ora, retoma-se a lógica envolta na elaboração da CDPD que tanto ecoa contemporaneamente na noção de capacidade legal. Amita Dhanda visualiza duas escolhas apresentadas à humanidade nesse tema: uma que venha a reconhecer que todas as pessoas têm capacidade legal e a outra que a capacidade legal não seja um atributo universal do ser humano. Para a autora, a primeira escolha não significa que todos os seres humanos possuam capacidade fática similar uns aos outros, contudo, é imprescindível que a competência para ter liberdade de fazer suas próprias escolhas deve ser considerada universal por ordenamentos jurídicos que laborem pela igualdade substancial e resguardo das liberdades das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual¹³².

Ao ver de Dhanda, o modelo de incapacidade de exercício para direitos é um modelo de exclusão e é “nas lutas em que se encontram as possibilidades reais de que o artigo sobre a capacidade legal seja uma estrela-guia para aspirações crescentes: expansão da capacidade e inclusão plena de todas as pessoas com deficiência”¹³³.

A construção do sentido de “capacidade legal” que engloba a capacidade civil de ter direitos e também de exercê-los reflete o processo de lutas e emancipação que envolve a temática de direitos humanos e fundamentais¹³⁴. O modelo funcional e fundado em medidas de apoios orienta-se pela ampliação dos perfis de liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual e causa impactos à noção clássica de proteção e incapacitação dessas pessoas para definir os rumos de suas próprias vidas.

¹³² DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 457-458.

¹³³ “In their struggle lie the real possibilities that the article on legal capacity will be a lodestar for the growing aspirations: capability expansion and full inclusion of all persons with disabilities.” (DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 460-461).

¹³⁴ FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. DIAS, Jefferson Aparecido; GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 18.

CAPÍTULO II

O MODELO FUNCIONAL E SISTEMA DE APOIOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELLECTUAL SOB O PRISMA DOS PERFIS DA LIBERDADE

O capítulo anterior expôs o sentido clássico de capacidade civil e o sentido de capacidade legal preconizado pela CDPD. Este segundo viés engloba tanto a capacidade de direito, quanto a capacidade de exercício e, para que seja desfrutada com a garantia das potencialidades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual com alguma capacidade cognitiva, devem ser instituídos mecanismos de apoio.

Tendo em vista a função que os instrumentos de apoio e salvaguardas cumprem para a garantia do exercício da capacidade legal, propõe-se o seu exame sob o viés dos diferentes perfis da liberdade.

Em primeiro subitem, esse capítulo analisa as dimensões negativa, positiva, individual, coletiva, formal e substancial da liberdade, com o propósito de compreender os alcances dela para a vida da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

Nesse trilhar, o segundo subitem examina de modo abstrato a equivalência do sistema de apoios e perspectiva funcional da capacidade legal a partir dos perfis da liberdade.

Por fim, em terceiro momento, exploram-se algumas propostas de sistemas de apoio, com base em ilustrações das experiências de internalização em outros ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, seguida de análise que leva em consideração o modelo funcional da capacidade legal.

2.1. OS DIFERENTES PERFIS DA LIBERDADE: NEGATIVA E POSITIVA; INDIVIDUAL E COLETIVA; FORMAL E SUBSTANCIAL

Como complemento à perspectiva funcional da capacidade legal e como antessala para o exame do sistema de apoios preconizado pela CDPD, analisam-se os perfis da liberdade. Parte-se de uma noção plural de liberdades, desatrelada de

um conceito monolítico¹³⁵ e, a partir desses diferentes perfis, pretende-se lançar luz à avaliação sobre a Tomada de Decisão Apoiada, a ser feita no Capítulo III.

O propósito do enfoque funcional (*functional approach*) e a construção de mecanismos de apoio à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que consiga exprimir sua vontade demonstram sua estreita ligação com as dimensões da liberdade. Para fins deste estudo, serão verticalizadas seis dessas dimensões, seguindo como marco teórico a tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹³⁶: a liberdade em sentido negativo; a liberdade em sentido positivo; a liberdade individual; a liberdade coletiva; a liberdade formal ou como abstração; e a liberdade substancial ou como efetividade.

Demonstram-se em primeiro passo os conceitos de liberdade negativa e de liberdade positiva, tendo-se como marcos teóricos a obra de Isaiah Berlin¹³⁷ e a de Mary e Oscar Handlin¹³⁸.

O sentido de liberdade negativa prevalece dentre os liberais denominados *libertarians* e, de acordo com Isaiah Berlin, uma das maiores discussões quando se trata da liberdade é o embate entre obediência e coerção, uma vez que coagir uma pessoa é, em última análise, cerceá-la do exercício de sua liberdade¹³⁹.

Com a finalidade de elaborar a definição de “liberdade negativa”, o autor principia pela ideia de “coerção”, que seria toda interferência deliberada de seres humanos sobre a tomada de decisões de outra pessoa¹⁴⁰. Assim, a liberdade negativa é compreendida por um viés de mínima ou nula coerção que possa

¹³⁵ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk alerta sobre a dificuldade conceitual de se tratar da liberdade em sentido plural, especialmente em razão de haver tentativas teóricas de estagnar uma noção de “verdadeira liberdade”, superior às demais noções: “O que se verifica desde logo é que as disputas teóricas acerca do conceito de liberdade conduzem a diversas concepções, ora complementares, ora aparentemente inconciliáveis. Não são raras as tentativas teóricas de definir a “verdadeira” liberdade, embora algumas compreensões, mesmo assim, admitam um seu caráter plural.”. (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 14).

¹³⁶ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

¹³⁷ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

¹³⁸ HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

¹³⁹ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 121-122.

¹⁴⁰ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 122.

interferir sobre as preferências de alguém. Nesse sentido, para que seja possível usufruir da liberdade, esta deve ser garantida por um Estado mínimo, equivalente a um “guarda noturno”¹⁴¹, sem que prospere a dominação mediante paternalismo autoritário¹⁴².

Por outro lado, Isaiah Berlin problematiza a liberdade positiva e questiona o que seria, afinal, “ser livre” por essa perspectiva. Segundo o autor, esse sentido de liberdade indica que haveria alguém posicionado em patamar externo de pretensa racionalidade vindo a definir o sentido de liberdade para os demais indivíduos. Essa definição poderia chegar ao ponto de equiparar a liberdade a um estado livre de paixões:

The ‘positive’ sense of the word ‘liberty’ derives the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men’s, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer – deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them. This is at least part of what I mean when I say that I am rational, and that it is my reason that distinguishes me as a human being from the rest of the world. I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for my choices and able to explain them by references to my own ideas and purposes. I feel free to the degree that I believe this to be true, and enslaved to the degree that I am made to realize that it is not.¹⁴³

¹⁴¹ “O Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade.” (NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, 357-358).

¹⁴² BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 157.

¹⁴³ Em tradução livre: “O sentido de liberdade positiva deriva do desejo do indivíduo ser seu próprio mestre. Eu desejo que minha vida e decisões dependam de eu mesmo, não de forças externas de qualquer natureza. Eu desejo ser o instrumento de eu mesmo, não de atos de desejos de outros homens. Eu desejo ser um sujeito, não um objeto; ser movido pelas razões, por propósitos conscientes, que são meus próprios, não por razões que me afetam como se fossem externas. Eu desejo ser alguém, não ninguém; alguém que faça – decidindo, não que decidam por mim – dirija a mim mesmo e não dirigido por uma natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, ou um animal, ou um escravo incapaz de exercer o papel de ser humano que é, concebendo objetivos e políticas sobre mim e as realizando. Isso é pelo menos a parte que eu quero dizer quando eu afirmo que sou racional, e essa é minha razão que me distingue como ser humano do resto do mundo. Eu quero, sobretudo, ser consciente de mim mesmo como um ser pensante, desejante, ativo, carregando responsabilidade por minhas escolhas e capaz de explica-las como referências de

A seu ver, a liberdade positiva conduziria a uma condição de “não liberdade”, ante a interpretação de que uma pessoa seria escrava da própria natureza e de suas pulsões¹⁴⁴.

Berlin parte de uma visão racionalista de liberdade positiva (*“I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for my choices and able to explain them by references to my own ideas and purposes.”*¹⁴⁵), o que é passível de crítica ao se pensar que a liberdade também pode significar deixar-se levar por pulsões e desejos irracionais que conduzem a um modo de vida valorizado para si.

No mesmo sentido dessa crítica está a obra de Mary e Oscar Handlin. Os autores desenvolveram pesquisa no Centro de Estudos da História da Liberdade na América, fundado em 1958 na Universidade de Harvard, e em seus estudos concluíram que a liberdade comporta diferentes significados, se tratando de conceito complexo. Os resultados se resumem em nove hipóteses¹⁴⁶, dentre as quais ora se sublinha a conclusão dos autores de que liberdade é “poder”.

Mary e Oscar Handlin indicam que o sentido negativo de liberdade é saliente na Modernidade, pois consiste em antítese ao poder estatal e na “capacidade de agir do indivíduo sem restrições externas”¹⁴⁷. Contudo, não basta a noção de liberdade em dimensão negativa. Segundo eles, a definição da liberdade como mera ausência de coerção não leva em consideração os atributos que conduzem a classificar uma sociedade como “livre”, já que a relação da coação ou ameaça de

minhas próprias ideias e propósitos. Eu me sinto livre a ponto de eu acreditar nisso para ser verdade, e escravizado na medida em que eu sou feito para perceber que não é verdade.” (BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 131).

¹⁴⁴ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 26-27.

¹⁴⁵ BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 131.

¹⁴⁶ “I. A liberdade não significava a negação, mas o próprio uso do poder. II. O poder devia ser organizado e exercido dentro de métodos definidos. III. Havia limites além dos quais o poder não devia ser usado. IV. O poder podia ser usado para alguns fins e não para outros. V. Esferas importantes da ação social deviam ser entregues, nos Estados Unidos, às associações sem faculdades de coerção. VI. Essas, porém, não podiam agir de modo conspiratório. VII. O poder podia ser usado para aumentar a riqueza da nação, porque os métodos justos de distribuição asseguravam a todos igual acesso à riqueza. VIII. A estrutura social dos Estados Unidos encorajou a mobilidade social. IX. Os esforços do passado para restringir o escopo da mobilidade não foram coroados de êxito.” (HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 17-18).

¹⁴⁷ HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 20.

coerção ao indivíduo não determinam exclusivamente o fruir de sua liberdade¹⁴⁸. Para eles, o significado da liberdade se desvincula de uma pretensão universal e racional de resistência às pulsões. Segundo os autores, liberdade é “poder” e senhorio sobre si mesmo:

No modo atual de agir da sociedade, o equilíbrio entre essas variedades de poderes de ação nasce da interdependência mútua daqueles que os detêm. [...] O poder, ou liberdade de um, é uma repressão do poder ou liberdade de outro. Uma ordem social é viável, na proporção em que várias espécies de poder possam coexistir¹⁴⁹.

Mediante a possibilidade de autorregulação, a liberdade positiva permite que o indivíduo exerça a autonomia, como “senhor de si mesmo”, podendo escolher fazer ou deixar de fazer aquilo que valoriza para si. Trata-se de uma liberdade concreta e construída pela pessoa que a exerce.

Colhe-se das considerações de Mary e Oscar Handlin que a liberdade é poder juridicamente reconhecido. E o reconhecimento da liberdade como poder de autorregulamentação é, classicamente, atrelado à noção de capacidade jurídica, mais especificamente à capacidade de exercícios de direitos por si. Logo, quando se coteja a liberdade positiva como “poder” ao lado da noção de capacidade legal enaltecida na CDPD, nota-se que o paradigma de que a liberdade positiva seria dependente de um grau de “normalidade” e “racionalidade individual” perde o cerne indicado por Isaiah Berlin.

Sobre a liberdade em dimensão positiva ser “poder”, extrai-se de Luigi Ferri a noção de “autonomia privada” que, a seu ver, é distinta da “autonomia da vontade”: enquanto a esta importa investigar a vontade “real” ou “psicológica” do indivíduo para avaliar se é compatível com a vontade declarada, aquela é compreendida como manifestação de poder:

Occorre restringere ancora il concetto per pervenire alla formazione di uno strumento utile. Anche il significato etimologico della parola “autonomia” ci dice che essa significa qualcosa di più e qualcosa di più circoscritto che non sia la semplice libertà di agire o di non agire, sia pure limitata al campo del lecito giuridico. L’autonomia privata non è espressione di una mera liceità, o

¹⁴⁸ HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 23.

¹⁴⁹ HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 28.

*facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti della legge, delle norme giuridiche.*¹⁵⁰

Nota-se a estreita ligação da noção da autonomia privada, no âmbito da liberdade individual, com a liberdade positiva: a liberdade como poder de criar normas válidas entre privados, ainda que deva se submeter aos limites da lei¹⁵¹.

Depreende-se que a liberdade positiva difere da liberdade negativa na medida em que possibilita a construção da própria subjetividade e da tomada de decisões determinantes para os rumos da própria vida sem interferência paternalista autoritária – seja do Estado, seja da sociedade – conquanto respeite os direitos fundamentais alheios. Como poder juridicamente relevante, a autonomia privada é expressão da liberdade positiva e pode ser pensada como a fonte de que provém a decisão da pessoa com deficiência psíquica ou mental em receber apoio no contexto de um modelo funcional de capacidade legal.

É importante ter clara a noção de liberdade negativa e liberdade positiva para que seja possível a reflexão a respeito das potencialidades da pessoa com deficiência psíquica com capacidade cognitiva reduzida que decida se valer da Tomada de Decisão Apoiada, bem como para analisar se a estrutura do referido instituto é compatível com a liberdade que a CDPD pretende resguardar.

Para além da liberdade nos sentidos negativo e positivo, apontam-se os perfis da liberdade individual e da liberdade coletiva, principiando-se por aquela.

A leitura da obra de Robert Nozick permite vislumbrar a liberdade individual em polo de constante tensão com a sociedade e o Estado. Para o autor, a liberdade e direitos dos indivíduos não podem ser objeto de restrições que desqualifiquem a própria existência destes em sua individualidade¹⁵².

Sob outro olhar, o sentido de liberdade coletiva é visualizado na obra de Karl Marx, e indica que a liberdade seria concretizada apenas na vivência do coletivo

¹⁵⁰ Em tradução livre: “Deve-se restringir ainda o conceito para alcançar a formação de um instrumento útil. Mesmo que o significado etimológico da palavra ‘autonomia’ queira dizer que significa algo mais circunscrito que não a simples liberdade de agir ou de não agir, seria mesmo limitada aos termos jurídicos. A autonomia privada não é expressão de uma mera legalidade, ou faculdade, mas a manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro dos limites postos pela lei, pelas normas jurídicas” (FERRI, Luigi. *Nozione giuridica di autonomia privata*. In: **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957, p. 133).

¹⁵¹ Ferri complementa que essas normas nem sempre limitam seus efeitos a quem as cria, sendo o testamento o exemplo tido como paradigma. (FERRI, Luigi. *Nozione giuridica di autonomia privata*. In: **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957, p. 193-194).

¹⁵² NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

revolucionário, já que, a seu ver, a liberdade individual até então conhecida seria imantada por uma visão capitalista de troca de riquezas e transferência de propriedades¹⁵³. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk ressalta que a liberdade coletiva poderia arriscar a liberdade individual ao submeter os sujeitos ao interesse da coletividade:

Se o coletivo da associação revolucionária puder ser, efetivamente, reputado como o lugar em que o indivíduo viveria uma 'liberdade verdadeira', há o risco de que tal coletivo seja pensado, paradoxalmente, como abstração à qual se subsume o indivíduo, e que pode solapar a possibilidade de vivência de liberdades que não sejam adequadas a essa consciência 'verdadeira', à qual seria atribuído o condão de afirmar o que seria ou não a liberdade real e não-ideológica¹⁵⁴.

Em outras palavras, a liberdade coletiva, na busca pela "liberdade verdadeira" pode destituir a individualidade de cada pessoa, tratando-a como uma "peça" ou "engrenagem" de uma totalidade à qual se submete.

É possível, porém, pensar a liberdade individual construída pela relação com o outro em coletividade, quando se avalia a obra de Norbert Elias. O autor trabalha com a ideia de a sociedade ser constituída por redes que não desqualificam a individualidade, ao mesmo tempo em que é construída pelo seu coletivo, pela pluralidade de indivíduos que não se sobrepõem uns aos outros. Para elucidar seu pensamento, é apresentado trecho de sua obra em que utiliza a metáfora da "rede de tecido":

Nessa rede, muitos fios isolados ligam-se uns aos outros. No entanto, nem a totalidade da rede nem a forma assumida por cada um dos seus fios podem ser compreendidas em termos de um único fio, ou mesmo de todos eles, isoladamente considerados; a rede só é compreensível em termos da maneira como eles se ligam, de sua relação recíproca. Essa ligação origina um sistema de tensões para o qual cada fio isolado concorre, cada um de maneira um pouco diferente, conforme seu lugar e função na totalidade da rede. A forma do fio individual se modifica quando se alteram a tensão e a estrutura da rede inteira. No entanto essa rede nada é além de uma ligação de fios individuais; e, no interior do todo, cada fio continua a constituir uma unidade em si; tem uma posição e uma forma singulares dentro dele¹⁵⁵.

¹⁵³ MARX, Karl. **A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas, 1845-1846.** São Paulo: Boitempo, 2007.

¹⁵⁴ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 42-43.

¹⁵⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos.** Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 35.

A ilustração feita pelo autor é criticada pelo próprio, que a enxerga de modo instrumental para a compreensão da ideia de que nem o indivíduo é simples peça de uma estrutura orgânica e totalitária, nem essa estrutura é moldada por uma vontade individual única.

Observa-se uma aproximação entre a concepção de liberdade em Norbert Elias com os fundamentos do modelo social de compreensão da deficiência, conforme visto no capítulo antecedente. A liberdade individual da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual não é subordinada ao interesse do todo, tampouco pode ser desqualificada para que sua vontade individual seja eclipsada pela substituição de sua vontade: a construção de sua liberdade é “em relação”.

De modo complementar à noção exposta por Norbert Elias, acrescenta-se o aporte a que David Sánchez Rúbio denomina de “relações dinâmicas de emancipação”. Para Rúbio, as relações dinâmicas em sociedade podem seguir uma lógica de “dominação” ou de “emancipação e libertação”. Aquela se estrutura em marginalização com tratamento opressor e instrumental de seres humanos uns pelos outros; enquanto esta segunda lógica se firma em tratamento de reciprocidade, solidariedade e horizontalidade¹⁵⁶. Por esse ponto de vista, a relação emancipatória se realiza na reciprocidade de tratamento que labora para a redução de vulnerabilidades em um agir transformador voltado ao desenvolvimento das potencialidades humanas¹⁵⁷.

Esse perfil de liberdade individual erigida pela relação com o outro e com vistas à emancipação da pessoa com deficiência é o que se percebe no sistema de apoios sublinhado pela CDPD com vistas ao empoderamento dessas pessoas para enfrentamento de barreiras.

¹⁵⁶ RÚBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 66.

¹⁵⁷ Joaquín Herrera Flores aposta na capacidade humana de “fazer e desfazer mundos” em processo de busca por maior dignidade concreta do ser humano: “*Nosotros apostamos por un humanismo concreto; o, lo que es lo mismo, por una condición humana sustentada en esa capacidad de hacer y deshacer mundos, de irrumpir en lo real con nuestras teorías y nuestras prácticas sociales, que nos hace ser seres humanos completos.*”. Em tradução livre: “Nós apostamos em um humanismo concreto; ou, o que é o mesmo, por uma condição humana sustentada nessa capacidade de fazer e desfazer mundos, de irromper no real com nossas teorias e nossas práticas sociais, que nos faz sermos seres humanos completos.” (FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005. p. 26).

Por ora, vistos os perfis da liberdade negativa, positiva, individual e coletiva, é imprescindível apresentar a ideia que fundamenta a diferenciação entre liberdade formal – ou como abstração – e liberdade substancial – ou como efetividade. Para Pianovski Ruzyk, não é possível a coexistência da liberdade substantiva e abstrata quando se parte exclusivamente das concepções tradicionais de autonomia privada¹⁵⁸.

Destarte, principia-se pelo perfil da liberdade “formal”. A liberdade “como abstração” é garantida formalmente a todos, em raciocínio que considera os indivíduos iguais, ao menos em tese, perante a lei¹⁵⁹.

Tal perfil, aliado à liberdade positiva permite a autorregulação de interesses privados em uma abstrata paridade de condições e é uma dimensão da liberdade que se desenvolve em meio à ideia de autonomia privada. Esta, para Luigi Ferri subsiste apenas em plano interno ao Direito e é poder atribuído de igual modo a todos: “*A mio avviso l'autonomia privata non è solo la libertà o un aspetto di questa, e non è neppure solo liceità o facoltà, cioè libertà che si muove nell'ambito del diritto, entro i limiti da esso fissati*”¹⁶⁰.

De outro vértice, da análise do perfil da liberdade substancial ou liberdade como efetividade, se extrai que ela não pode ser tida como o “oposto” da liberdade formal, mas que há marcantes diferenças entre tais perfis, ora exploradas. Adota-se o marco teórico de Amartya Sen para apresentar as características envolvidas nessa dimensão da liberdade.

Sen compreende que a liberdade substancial se refere “[a]os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.”¹⁶¹. O autor concebe

¹⁵⁸ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 56.

¹⁵⁹ Celso Antonio B. de Mello entende que o princípio da igualdade deve ser considerado sob um duplo aspecto: o de igualdade *na lei* e *perante a lei*. Esta diz respeito à igualdade formal, enquanto aquela à igualdade material (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 9-10).

¹⁶⁰ Em tradução livre: “Em meu ponto de vista, a autonomia privada não é apenas a liberdade ou um aspecto dela, nem tampouco é apenas a legalidade ou faculdade, isto é, a liberdade que se move no âmbito do Direito, dentro dos limites estabelecidos por ela”. (FERRI, Luigi. *Nozione giuridica di autonomia privata*. In: **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, Anno XI, 1957. p. 156).

¹⁶¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 32.

a liberdade como efetividade em amálgama com o desenvolvimento humano e com a expansão de capacidades de escolha das pessoas por aquilo que valorizam para si:

A “capacidade” [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um “conjunto capacitário” diferente do da segunda (a primeira *pode* escolher comer bem e ser bem nutrida de modo impossível para a segunda).¹⁶²

O exemplo apresentado pelo autor permite a compreensão do conteúdo da liberdade como efetividade: não basta que se tenha uma possibilidade abstrata de fruição de um direito, pois o desenvolvimento da vida humana exige que haja meios factíveis e concretos para esse exercício. Em outras palavras, quanto maior a capacidade e o rol capacitário que a pessoa detiver, tanto maior será sua liberdade substancial.

O breve exame e enunciado das características das dimensões atribuídas à liberdade reforçam a pluralidade de seus sentidos e aplicações. Nesse sentido, a preocupação com a garantia das liberdades da pessoa com deficiência perpassa a problemática abordada na presente dissertação.

Como visto no capítulo anterior, a CDPD deflagrou a noção conglobante de “capacidade legal” e a necessidade de serem instituídos mecanismos de apoio para o exercício dos direitos por essas pessoas, com especial ênfase nas pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva.

Deve-se destacar que a mera enunciação formal desses instrumentos de apoio não basta para atingir um patamar de concretude de liberdades das pessoas com deficiência. Joaquín Herrera Flores ressalta que a previsão normativa de direitos humanos e fundamentais a grupos vulneráveis não basta por si para inaugurar um cenário mais igualitário, pois exige seu efetivo funcionamento em proximidade com seus destinatários:

¹⁶² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 105.

O direito não vai surgir, nem funcionar, por si só. As normas jurídicas poderão cumprir uma função mais em concordância com o “que ocorre em nossas realidades” se as colocarmos em funcionamento – a partir de cima, mas sobretudo a partir de baixo –, assumindo desde o princípio uma perspectiva contextual e crítica, quer dizer, emancipadora.¹⁶³

Destarte, a efetividade dos sistemas de apoio mirados pelo texto formal da CDPD não deve tomá-los como ponto final a serem atingidos para a concreta liberdade e igualdade da condição das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual perante o Direito. Examinam-se quais liberdades são abstrata e concretamente abrangidas pela pretensão da norma e de que modo isso repercute em um sentido prospectivo.

O estudo sobre os perfis da liberdade é enriquecedor para ampliar as ferramentas de análise sobre os mecanismos de apoio ao concreto exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência. Assim, esclarece-se que não é intenção deste estudo eleger um sentido de liberdade que prevaleça sobre outro, tampouco esgotar os diversos conceitos filosóficos que a concebem como objeto de reflexão.

As considerações traçadas sobre as seis dimensões de liberdade acima referenciadas são reputadas importantes para o enfrentamento do sistema de apoios à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

Partindo dessas dimensões da liberdade, bem como das características das perspectivas funcional (*functional approach*), de resultado ou de substituição da vontade (*outcome approach*) e da atribuição direta de incapacidade ou de estado (*status approach*), analisa-se a que se propõe o sistema de apoios à pessoa com deficiência.

Em seguida, analisam-se algumas alternativas e respostas dadas por ordenamentos jurídicos ocidentais ao parâmetro funcional e modelo social celebrados na CDPD.

¹⁶³ FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. DIAS, Jefferson Aparecido; GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 18.

2.2. O SISTEMA DE APOIOS COMO EXERCÍCIO DE LIBERDADE(S) PARA TOMADA DE DECISÕES POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A análise dos perfis da liberdade ecoa na conclusão elementar de que se trata de conceito que admite diferentes pontos de vista. A pluralidade sobre os significados atribuídos à liberdade proporciona a reflexão acerca da condição da pessoa com deficiência em exprimir suas preferências e ter reconhecida a sua capacidade de fazer aquilo que valoriza para si.

Como visto no Capítulo I, a noção de capacidade jurídica para o direito civil clássico tinha como ponto de partida dois enfoques principais: o de atribuição direta de incapacidade (*status approach*) e o de substituição da vontade ou do resultado (*outcome approach*). Tais modelos são influenciados por uma perspectiva médica da deficiência que, ao segregar a pessoa da sociedade para seu “tratamento” ou então ao destituí-la do atributo da capacidade de exercício, condenava a sua liberdade individual, positiva, formal e substancial à clausura.

Com o intuito de impedir o obscurecimento da vontade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que tenha capacidade cognitiva suficiente para exteriorizar sua vontade, a CDPD enalteceu no artigo 3º, alínea “a” a autonomia individual e a liberdade de escolha com independência como princípios gerais¹⁶⁴.

Como se depreende do texto da Convenção, a liberdade da pessoa com deficiência é lida conjuntamente ao respeito à sua dignidade. Percebe-se a liberdade individual inserida e valorizada em contexto relacional que assegura a manifestação de suas preferências por meio de medidas de apoio proporcionais às necessidades dos protagonistas a que se destinam. O reconhecimento da capacidade legal em sentido conglobante é primeiro passo para fortalecer a liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual sob o modelo funcional (*functional approach*), de simples decisões cotidianas às mais complexas:

Having legal capacity enables us to make decisions ranging from the profound (choosing where and with whom to live) to the everyday (to buy a bus ticket, to sign a lease, to consent to medical treatment). Without it we

¹⁶⁴ Artigo 3. Princípios gerais. Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas [...].

are non-persons in the eyes of the law and our decisions have no legal force. Third parties make decisions for us. This merger of our personhood into that of someone else's has been described as 'civil death'.¹⁶⁵

O paradigma da capacidade legal é antessala para fortalecer a liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. A redação do artigo 12 da CDPD despertou intensas discussões entre representantes de ONGs e de Estados. O referido conceito que congloba as noções de capacidade de direito e de capacidade exercício prevaleceu ao lado da exigência de construção de salvaguardas e medidas de apoio que considerem o amplo espectro que abrange diferentes impedimentos de natureza mental ou intelectual.

A principal preocupação das medidas de apoio refere-se à tomada de decisões pela pessoa com deficiência que necessita de uma rede de pessoas de seu entorno para exteriorizar suas preferências com informações adequadas a seu entendimento.

Com o intuito de esclarecer a lógica que regeu a redação da CDPD, especialmente quanto às medidas de apoio, a ONG Inclusão Internacional publicou em 2014 material intitulado *“Independiente, pero no solo: informe mundial sobre el derecho a decidir”*, onde ressalta que o apoio deve ser uma faculdade às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que desejam recebê-lo, do contrário, a regra que deve prevalecer é a de liberdade para decidir os rumos de sua própria vida:

El concepto de toma de decisiones con apoyo surgió del reconocimiento de que algunas personas pueden necesitar apoyo para ejercer su capacidad jurídica, pero no deben ser castigadas mediante la privación de sus derechos debido a su necesidad de apoyo. Asimismo, es posible que algunas personas con discapacidad intelectual deseen tomar decisiones sin apoyo; es posible que solo necesiten algunos ajustes para tomar decisiones (por ejemplo, más tiempo o información en lenguaje sencillo), mientras que otras pueden necesitar apoyo para tomar decisiones complejas, pero no para las decisiones cotidianas, y otras personas, en cambio, tendrán mayores necesidades de apoyo incluso para las decisiones cotidianas más sencillas.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Em tradução livre: “A capacidade legal nos permite tomar decisões que vão de um maior grau de profundidade (escolher onde e com quem viver) ao cotidiano (comprar um bilhete de ônibus, assinar um contrato de arrendamento, consentir em tratamento médico). Sem isso, não somos pessoas aos olhos da lei e nossas decisões não têm força legal. Terceiros tomam decisões para nós. Essa fusão de nossa personalidade em relação à de outra pessoa foi descrita como “morte civil”. (CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?:** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities, p. 09. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 15 out. 2017).

¹⁶⁶ Em tradução livre: “O conceito de tomada de decisões com apoio surgiu do reconhecimento de que algumas pessoas podem necessitar de apoio para exercer sua capacidade

O apoio a que o artigo 12 da CDPD se refere vincula-se estreitamente à proporcionalidade entre a necessidade da pessoa com deficiência e o contexto em que vive para formar uma decisão mais livre e que reflita suas preferências. Trata-se de mecanismos que valorizam a potencialidade da pessoa com deficiência ao mesmo tempo em que atenuam a sua condição “vulnerada” ou “precária”, sendo uma chave para sua autonomia e independência¹⁶⁷.

Pensar formas de positivar as medidas de apoio em ordenamentos jurídicos dos países signatários da Convenção é um desafio contemporâneo. A ONU indica possibilidades de como as medidas de apoio referidas no Tratado podem ser traduzidas em instrumentos jurídicos a serviço das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva reduzida, conforme se infere do trecho:

*El apoyo puede adoptar la forma de una persona de confianza o una red de varias personas, y podría necesitarse sólo ocasionalmente o de forma continua. En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona discapacitada. Aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite apoyo total, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.*¹⁶⁸

jurídica, mas não devem ser castigadas mediante a privação de seus direitos devido a sua necessidade. Ainda assim, é possível que algumas pessoas com deficiência intelectual desejem tomar decisões sem apoio; é possível que sejam necessários apenas alguns ajustes para tomar decisões (por exemplo, mais tempo ou informação em linguagem simples), enquanto que outras podem necessitar de apoio para tomar decisões complexas, mas não para as decisões cotidianas, e outras, por outro lado, tenham maiores necessidades de apoio inclusive para as decisões cotidianas mais simples.” (INCLUSÃO INTERNACIONAL. **Independiente pero no solo**: Informe mundial sobre el derecho a decidir. Londres: University of East London. p. 54-55. Disponível em: <<http://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2014/06/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web-rvsd1.2015.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017).

¹⁶⁷ LIPP, Volker. Guardianship and Autonomy: Foes of Friends? In: ARAI, Makoto; BECKER, Ulrich; LIPP, Volker. **Adult Guardianship Law for the 21st Century**: Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law 2010. Munique: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. p. 103.

¹⁶⁸ Em tradução livre: “O apoio pode adotar a forma de uma pessoa de confiança ou uma rede de várias pessoas, e pode ser necessária apenas ocasionalmente ou de forma contínua. No caso das decisões com apoio, a presunção é sempre a favor da pessoa com deficiência que será afetada pela decisão. A pessoa com deficiência é a que toma a decisão. A pessoa ou pessoas apoiadoras explicam as questões, quando for necessário, e interpretam os sinais ou preferências da pessoa com deficiência. Ainda quando uma pessoa que tenha uma deficiência necessite de apoio total, a pessoa ou pessoas apoiadoras devem permitir que aquela exerça sua capacidade jurídica na maior medida possível, segundo seus desejos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **De la exclusión a la igualdad**: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad – Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. p. 97. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017).

É evidente a orientação voltada para a prevalência do modelo social da deficiência e de exercício da capacidade legal em conformidade com os desejos e preferências da pessoa que demanda o apoio.

Essa lógica é imprescindível para robustecer a(s) liberdade(s) da pessoa com deficiência e para o enfrentamento de barreiras que mantém uma leitura substitutiva de sua vontade.

A instituição de medidas de apoio no ordenamento jurídico à disposição de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva é uma demanda que vem se intensificando perante os países signatários da CDPD.

Isso se observa a partir de depoimentos de pessoas com deficiência que relatam que tomar decisões sem apoio ou que alguém as tome substituindo sua vontade pode representar a falta de compreensão, ou ausência de informações suficientes e claras sobre as opções a elas apresentadas¹⁶⁹. Esse quadro alimenta a falta de confiança em si, a dificuldade de comunicação e o receio de enfrentar escolhas sozinho. Por vezes, as pessoas com deficiência são impedidas de tomar suas decisões em virtude da proteção exacerbada de pessoas próximas ou de sua família, que as infantilizam ao julgar que não entenderá de modo algum as características das opções e, por isso, não será capaz de decidir sozinha¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Menciona-se o depoimento de Natália Santos, mulher com deficiência psicossocial em audiência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizada em 25/03/2017, em tradução livre: “Quando ingressei ao hospital, os médicos disseram que eu deveria assinar umas folhas e que sairia em 45 dias. Eu não sabia o que estava assinando e, inclusive, até os dias de hoje, desconheço o que esses documentos diziam, já que nenhuma pessoa do hospital me explicou, tampouco ninguém me disse em que consistia meu tratamento [...]”. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regional:** discapacidad. 10’08” a 14’50”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tI2Oz2h70tg>>. Acesso em: 13 dez.2017).

¹⁷⁰ A ONG Inclusão Internacional retratou algumas situações vividas por pessoas com deficiência intelectual, em que estas perceberam as condições em que foram impedidas de tomar decisões sem interferência de familiares, a seguir indicadas: “*Experiencias pasadas negativas. Otras personas no quieren que cometa errores. Me ignoran o excluyen. Quiero poder salir en el momento en el que lo deseo, comprar donde quiero y tomar decisiones sobre el momento en el que hago cosas y no en el momento y lugar en que le conviene al personal.*”. Em tradução livre: “Experiências passadas negativas. Outras pessoas não querem que cometa erros. Me ignoram ou me excluem. Quero poder sair no momento em que desejo, comprar onde quero e tomar decisões sobre o momento no qual faço coisas e não no momento e lugar que convém às demais pessoas”. (INCLUSÃO INTERNACIONAL. **Independiente pero no solo:** Informe mundial sobre el derecho a decidir. Londres: University of East London. p. 67. Disponível em: <<http://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2014/06/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web-rvsd1.2015.pdf>>. Acesso em: 03 dez.2017).

Diante desses relatos e do propósito das medidas de apoio, convém analisar quais dimensões da liberdade e seu alcance são compatíveis com o enfoque funcional proposto pela CDPD.

O subtópico anterior tratou de seis dimensões da liberdade e, a partir delas, cogita-se “se” e “como” as preferências das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual são concretizadas pela instituição de medidas de apoio nos ordenamentos jurídicos de países signatários da Convenção.

Dentre as reformas promovidas pelo EPD no Código Civil Brasileiro, está a eliminação da hipótese de incapacidade absoluta de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Essa alteração legislativa reitera a importância de atendimento às preferências da pessoa com deficiência sem providências paternalistas autoritárias¹⁷¹ e, ainda que seja instituída a curatela, esta se restringirá à administração patrimonial.

As medidas de apoio no direito brasileiro (dentre as quais, a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada) incentivam a liberdade em dimensão individual e relacional que labora contra a sobreposição de vontade de terceiros em substituição às decisões da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. Esta é considerada em sua individualidade e em meio a rede de apoios que fortaleça suas preferências e que a ajude na construção da vida que valoriza para si.

Além da liberdade em sentido individual, também a liberdade em sentido positivo ganha realce na lógica que funda a ideia de medidas de apoio. Daniele Chaves Teixeira e Daniel Bucar ressaltam que a noção de autonomia e liberdade deve estar acompanhada da equivalente responsabilidade:

¹⁷¹ Menciona-se caso que repercutiu amplamente nos dias atuais no direito brasileiro. Um rapaz maior de idade e plenamente capaz se recusou a levar adiante tratamento de saúde que consistia em transfusões de sangue e hemodiálise semanais. Sua mãe ajuizou ação judicial visando à declaração de sua incapacidade para decidir sobre sua saúde e a necessidade de um tratamento médico compulsório. O juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Trindade, estado de Goiás, julgou procedentes os pedidos e decretou a interdição do rapaz pelo período de um ano. Observa-se deste breve relato noticiado que a decisão do Poder Judiciário se sobrepõe de forma paternalista e autoritária à vontade individual de uma pessoa plenamente capaz de decidir sobre a submissão ou não a tratamento de saúde, ainda que a ausência deste tratamento pudesse agravar o risco de morte. A liberdade individual para decidir uma questão existencial foi suprimida em nome de um “bem maior” e em substituição a uma decisão não considerada razoável pelo Judiciário. (ESTADÃO. **Justiça determina interdição de jovem que recusa hemodiálise para morrer em Goiânia**. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>>. Acesso em: 03 dez. 2017).

A importância da solidificação da autonomia é identificada com sentido de autodeterminação para as situações subjetivas existenciais. Dessa forma, a autonomia deve ter como equivalente a responsabilidade, isso porque a pessoa precisa ter discernimento para tomar as decisões autorreferentes e estar ciente das consequências de seus atos.¹⁷²

Do trecho acima, denota-se que a responsabilidade é aferida da capacidade cognitiva da pessoa e, segundo o preceituado na CDPD, as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual devem contar com medidas de apoio e salvaguardas que estimulem a sua independência e entendimento sobre efeitos de suas decisões.

O sistema de apoios permite o “direito de errar”, justamente porque a escolha amparada por apoios deve ser construída com informações referentes a seus efeitos e, ainda assim, ser opção fruto da vontade da pessoa apoiada. A liberdade positiva implica em permitir que a pessoa vivencie seus erros com o exercício de preferências e, conforme relatos da ONG Inclusão Internacional, trata-se de uma demanda que compõe a ideia de vida com liberdade.

Além disso, a liberdade positiva como “poder” é praticada pela pessoa com deficiência ao optar pela faculdade de instituir uma medida¹⁷³ que possibilite a autorregulação de suas preferências com o apoio de quem lhe convier.

A liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual ainda pode ser lida por seu perfil formal. Por esse viés, a liberdade de escolha exige o reconhecimento pelo Direito interno dos países signatários de que a exteriorização dessa vontade produza efeitos jurídicos por vir de pessoa capaz, sem estigmas vinculados à sua condição subjetiva. Esse vínculo percebido entre liberdade e capacidade é tratado por Rafael de Asís através do que denomina “dinamismo de

¹⁷² BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà.** (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 107.

¹⁷³ De acordo com a redação dada pelo EPD ao artigo 1.768, inciso IV do Código Civil, a própria pessoa com deficiência teria legitimidade para promover sua curatela em juízo. Todavia, poucos meses depois, houve revogação da redação pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), diploma este que em seu artigo 747 não inclui a pessoa com deficiência. Há quem defenda que esta revogação deve ser desconsiderada, uma vez que o Código de Processo Civil visava a alterar a redação original do Código Civil – e não o conteúdo dado ao dispositivo pelo EPD. De todo modo, a possibilidade de a própria pessoa ser legitimada para ajuizar a medida harmoniza-se à lógica da CDPD. Sobre a reconstituição de artigos alterados pelo EPD e imediatamente revogados pelo NCPC, indica-se a leitura do trabalho: ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 233. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 27 out. 2017.

liberdade”. O autor entende que o exercício de escolhas pelo ser humano encontra óbices na porosa realidade dos fatos concretos, contudo, deve ser prevista e assegurada de modo abstrato a todas as pessoas:

La libertad de elección constituye un presupuesto de cualquier reflexión moral. Se trata de la capacidad de elección propia de la condición humana, que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio social y cultural histórico en el que se desarrolla. En cualquier caso debe ser contemplada como un aspecto formal que no se refiere a elecciones concretas y que posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual, por lo que incluso hace abstracción de esse marco social y cultural.¹⁷⁴

A liberdade de escolher e tomar decisões nutridas por informações claras e proporcionais às potencialidades da pessoa apoiada é uma das garantias que a CDPD abalizou. Esse perfil da liberdade é evidente também na noção conglobante de capacidade legal, que atribui a todas as pessoas com deficiência tanto a capacidade de ter direitos, quanto de exercê-los de modo igual a qualquer outra pessoa. A liberdade abstrata desvincula a condição da pessoa com deficiência de um rótulo incapacitante e que venha a restringir o exercício de seus direitos.

Diversamente, a liberdade substancial considera as concretas barreiras e potencialidades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual exprimir suas preferências.

A ONU publicou as contribuições da ONG *World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP)*, que enfatizou o direito à autonomia e à autodeterminação das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. O documento ressalta o parâmetro funcional e sistema de apoios com a finalidade de evitar a transferência do poder de decisão sobre a vida da pessoa com deficiência a outras. O sentido de “autonomia” e do direito de decidir exposto pela ONG equivale ao poder de decisão e à efetiva disponibilidade de escolhas a que a pessoa tenha

¹⁷⁴ Em tradução livre: “A liberdade de escolha constitui um pressuposto de qualquer reflexão moral. Se trata da capacidade de escolha própria da condição humana, que encontra limitações, sobretudo no que se refere ao meio social e cultural histórico em que ele se desenvolve. Em qualquer caso, deve ser contemplada como um aspecto formal que não se refere a eleições concretas e que possui um valor que se projeta a todos os seres humanos de forma igual, pelo que inclusive faz a abstração desse marco social e cultural”. (ASÍS, Rafael de. “Derechos humanos y discapacidad” – Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 19).

acesso, o que é compatível com o perfil da liberdade substancial e da liberdade positiva:

Autonomy and self-determination are dependent on having sufficient access to resources so that economic and social coercion do not lead to decision-making that does not reflect the person's own values and feelings. An adequate standard of living, including community life and independent living, and access to all kinds of civil, social, economic, political, and cultural opportunities, are necessary in order that these rights not be treated as privileges for which people can bargain away their autonomy and self-determination. [...] Autonomy and self-determination are also dependent on the existence of meaningful alternatives related to the particular decision at issue.¹⁷⁵

A “autonomia” a que se refere o comentário é interpretada em sentido mais amplo e referente aos perfis da liberdade positiva, substancial e também à dimensão da liberdade negativa de não se sujeitar a quaisquer tipos de coerção, sejam elas físicas (como um tratamento ou intervenção médica não desejada pela pessoa com deficiência), sejam elas psicológicas (como fomentar a ideia de que a pessoa não possa tomar decisões por si, ante o risco de errar).

Quanto maior o rol capacitário da pessoa com deficiência, tanto maior será sua liberdade substancial. Em outras palavras, sendo a medida de apoio instituída com o fim de esclarecer o contexto das opções que envolvem uma escolha de índole patrimonial ou existencial, mais ampla e resguardada será a sua liberdade como efetividade.

Salienta-se que os perfis da liberdade dialogam e estão em constante movimento dinâmico envolvendo a vontade do indivíduo e coerções externas. Se a liberdade como abstração se sobrepuser à liberdade substantiva, desconsiderará as diferentes potencialidades que envolvem pessoas com deficiência psíquica ou

¹⁷⁵ Em tradução livre: “Autonomia e autodeterminação dependem de que se tenha acesso suficiente a recursos, de modo que as coerções econômicas e sociais não conduzam a uma tomada de decisão que não reflita os valores e sentimentos próprios da pessoa. Um modelo adequado de vida, incluindo a vida em comunidade e com independência, e acesso a todas as oportunidades civis, sociais, econômicas, políticas e culturais, é necessário para que esses direitos não sejam tratados como privilégios para aqueles que negociam sua autonomia e determinação. [...] Autonomia e autodeterminação também dependem da existência de alternativas significativas relacionadas à decisão específica em questão”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Contribution by World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP)**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-wnusp.htm>>. Acesso em: 25 out.2017).

intelectual que necessitam de maior ou menor apoio para viver conforme suas preferências¹⁷⁶.

Não basta, portanto, a mera enunciação das medidas de apoio na CDPD, tampouco a alteração interna dos ordenamentos jurídicos, sem que se reflita sobre sua efetividade e possíveis usos em interação com a realidade concreta¹⁷⁷.

Com essa preocupação, e levando em consideração que o regime clássico das (in)capacidades é repensado a partir do sistema de apoios da Convenção, propõe-se examinar de que modo o sistema de apoios à pessoa com deficiência legalmente capaz é instituído contemporaneamente por países que adotaram o parâmetro funcional de enfrentamento da capacidade conglobante ou ao menos trouxeram alternativas à incapacidade absoluta.

2.3. O ESTADO DA ARTE DO SISTEMA DE APOIOS SOB O MODELO FUNCIONAL EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Alguns ordenamentos jurídicos passaram por mudanças anteriores às diretrizes da CDPD, anunciando gradativamente a passagem do modelo médico da deficiência para um modelo social, voltado a um conceito funcional de capacidade.

Principia-se pela referência aos sistemas francês, alemão, austríaco e italiano, cujas alterações legislativas tiveram embrião anterior à própria CDPD e então se vislumbram os sistemas argentino e peruano que, mediante projetos de lei ou mudanças recentes em suas legislações internas buscam atender à perspectiva

¹⁷⁶ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 13-14.

¹⁷⁷ Ana Carla Harmatiuk Matos e Ligia Ziggotti de Oliveira realçam a assimetria entre a norma que abstratamente visa à proteção das pessoas com deficiência e a vivência de exclusão concretamente experimentada por estas: “A ampla recepção da Convenção de Nova York no ordenamento jurídico pátrio, coroado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sugere o **instigante descompasso entre o trato normativo e este sofrimento humano experimentado cotidianamente pelas pessoas com deficiência**. Com efeito, não é crível que, em nível abstrato, alguém resista à ideia de que, como sujeitos de direito, tenham garantidos os direitos à vida, à igualdade, ao pleno emprego, à educação, à saúde, dentre outros tantos constantes nos dispositivos positivados.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. Além da Convenção de Nova York: Além do estatuto da pessoa com deficiência - Reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. In: **Revista de derechos humanos y estudios sociales – Redhes**. Sevilha, ano VIII, n. 15, p. 15-32, jan./jun. 2016. p. 20) – grifos originais.

de capacidade legal conglobante, sistema de apoios e de salvaguardas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual¹⁷⁸.

Em 1968, o Código Civil francês passou por reforma da redação através da Lei n. 68-5, que tratou “*Du droit des incapables majeurs*”¹⁷⁹ e instituiu três regimes de proteção ao adulto: tutela, curatela e *sauegarde de justice*. Em 2007, outra grande modificação legislativa foi realizada pela Lei n. 2007/308. A recente lei manteve os referidos institutos recomendados para as hipóteses de adultos com capacidade cognitiva reduzida para emitir sua vontade medicamente comprovada, conforme redação dada ao artigo 425 do *Code Civil*:

Article 425

Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.

*S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.*¹⁸⁰

¹⁷⁸ Mencionam-se de passagem dois sistemas que também tratam da proteção do adulto com deficiência psíquica ou intelectual, sem limitação total de sua capacidade jurídica e que não foram objeto de análise aprofundada no presente trabalho. O primeiro mencionado é o sistema húngaro, de tradição da *Civil Law*. A Hungria foi o primeiro Estado a ratificar a CDPD e seu Protocolo Adicional, proibindo em seu Código Civil vigente desde 2010 a limitação da capacidade civil dessas pessoas. O referido sistema rejeita o paradigma substitutivo da vontade e institui figura “*Támogatott Döntéshozatal*”, cuja tradução livre ao português é “Apoio à tomada de decisões” e dirige-se à solidificação de uma rede de apoios com confiança entre apoiador e apoiado, que forneça subsídios às escolhas condizentes com as preferências de pessoa com deficiência sem discernimento suficiente: “A base da decisão apoiada é o princípio de autonomia interdependente, que reconhece que todo o indivíduo depende da ajuda e aconselhamento de pessoas à sua volta na tomada de decisões. Além disso, o modelo social da deficiência exige que todo o apoio possível deve ser dado às pessoas com deficiência, a fim de possibilitar ou permitir-lhes viver como membros de pleno direito da sociedade.” (DANÓ, Réka. As mudanças revolucionárias na legislação sobre capacidade jurídica na Hungria: a aplicação do artigo 12º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: **Revista do Ministério do Trabalho e da solidariedade social**. n. 39. set./dez. 2009. p. 75-76). Outro sistema a que se faz referência é o sistema inglês, inserido na tradição da *Common Law*, que por meio do *Medical Capacity Act* definiu legislativamente a “capacidade legal” e traçou parâmetros que contemplam pessoas com deficiência que demandam apoio para tomada de decisões (ALLEN, Neil. The tests for incapacity. In: LAING, Judith; MCHALE, Jean. **Principles of Medical Law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 452-483). O sistema inglês estimula a investigação da condição concreta das potencialidades da pessoa com deficiência em fazer escolhas com maior grau de compreensão, sem meramente substituir sua vontade em virtude de um juízo avaliativo externo sobre seu acerto.

¹⁷⁹ Em tradução livre: “Do direito dos incapazes maiores”. A referida lei resultou do trabalho do jurista Jean Carbonnier.

¹⁸⁰ Em tradução livre: “Toda pessoa impossibilitada de prover seus interesses sozinha em razão de uma deterioração, medicamente comprovada, de qualquer das suas faculdades mentais ou de suas faculdades corporais que venham a evitar a expressão de sua vontade, pode beneficiar-se de uma das medidas de proteção legais previstas neste Capítulo. Inexistindo disposição em contrário, a medida destina-se a proteger tanto a pessoa, quanto seus interesses patrimoniais. Ela pode,

Salienta-se de antemão que o sistema codificado francês não prevê um regramento autônomo sobre as incapacidades – tal como se constata do sistema brasileiro –, e sequer utiliza o termo “incapaz” ou equivalente quando trata do tema. Jean Carbonnier ressalta que essa é uma disciplina não limitada aos artigos do Código Civil Francês, pois está pulverizada em outras leis de viés de saúde pública¹⁸¹.

Em linhas gerais, para o direito francês, a tutela (*tutelle*) consiste em um regime de representação contínua que visa à plenitude de proteção ao adulto que passa por alterações de suas faculdades mentais, atestadas por médico psiquiatra.

A curatela (*curatelle*), por sua vez, não é uma medida de representação, mas sim de assistência ao maior protegido, o qual dependerá do consentimento do curador tanto para atos patrimoniais, quanto para atos existenciais (casar-se, por exemplo¹⁸²) e é uma medida válida por período não superior a cinco anos. A curatela seria um *minus* perante a tutela, pois é atribuída em casos menos graves, ao que a doutrina chama de “semi-incapacidade” (*demi-incapacité*)¹⁸³.

Ressalta-se que ambas as medidas podem ser compartilhadas por mais de um tutor ou curador, inclusive com divisão de designações em que um poderá auxiliar a prática de atos existenciais e outro a prática de atos de gestão patrimonial¹⁸⁴.

todavia, ser especificamente limitada a uma dessas suas hipóteses.” (FRANÇA. **Code Civil française**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3BF6C1E51DF5CBBBEC2AB46BE8A0DFF9.tplgfr28s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171205>. Acesso em: 05 dez. 2017).

¹⁸¹ CARBONNIER, Jean. **Droit civil 1/ Les personnes**: Personnalité, incapacités, personnes morales. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 141.

¹⁸² *Article 460: Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage.* Em tradução livre: “Artigo 460: O casamento de uma pessoa sob curatela é permitido apenas com a autorização do curador ou, na falta disso, do juiz. O casamento de uma pessoa sob tutela é permitido somente com a autorização do juiz ou do conselho de família, se foi constituído, e depois de ouvir os futuros cônjuges e compêndios, se houver, na opinião dos pais e da comitiva.”

¹⁸³ CARBONNIER, Jean. **Droit civil 1/ Les personnes**: Personnalité, incapacités, personnes morales. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 304-311.

¹⁸⁴ *“Article 447 Le curateur ou le tuteur est désigné par le juge. Celui-ci peut, en considération de la situation de la personne protégée, des aptitudes des intéressés et de la consistance du patrimoine à administrer, désigner plusieurs curateurs ou plusieurs tuteurs pour exercer en commun la mesure de protection. Chaque curateur ou tuteur est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu des autres le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation. Le juge peut diviser la mesure de protection entre un curateur ou un tuteur chargé de la protection de*

A terceira figura proposta pelo legislador francês é a *sauvegarde de justice*, constante dos artigos 433 a 439 do diploma civil. Trata-se de instrumento com duração de um ano, prorrogável por igual período (artigo 439), utilizado via judicial ou extrajudicial e que não destitui a capacidade da pessoa para exercer plenamente seus direitos. De acordo com Imaculada Tesón, é uma medida temporária de proteção ao maior de idade que não possua condições de capacidade cognitiva plena para tomar decisões¹⁸⁵.

A *sauvegarde de justice* pode ser usada em amplo leque de situações concretas, exemplificadas por Jean Carbonnier como em ciclos curtos e previsíveis de surtos de pessoa com deficiência psíquica, condição de coma ou então hipóteses de idosos sem suficiente lucidez¹⁸⁶. Há quem entenda que a figura tem uma função promocional da liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, pois se dedica à melhoria de sua saúde e garantia de dignidade ao enfatizar o papel de protagonismo da pessoa beneficiada¹⁸⁷.

Há duas formas de instituir a *sauvegarde de justice*: uma ordinária e outra excepcional. A primeira forma, prevista no artigo 433 do Code Civil, é a *sauvegarde de justice* por julgamento (*par jugement*), isto é, trata-se de medida provisória ordenada pelo poder judiciário em meio a processo de instituição de tutor ou curador.

A medida se encerra em hipótese: de declaração médica, que demonstrar que a condição psíquica anterior cessou; de ofício, pelo membro do Ministério Público

la personne et un curateur ou un tuteur chargé de la gestion patrimoniale. Il peut confier la gestion de certains biens à un curateur ou à un tuteur adjoint. A moins que le juge en ait décidé autrement, les personnes désignées en application de l'alinéa précédent sont indépendantes et ne sont pas responsables l'une envers l'autre. Elles s'informent toutefois des décisions qu'elles prennent. [grifou-se] **Em tradução livre:** “O curador ou o tutor é designado por um juiz. Este pode, em consideração à situação, aptidões e interesses da pessoa protegida, e da consistência do patrimônio a ser administrado, designar vários curadores ou tutores para exercer em comum a medida de proteção. Cada curador ou tutor é considerado, em relação a terceiros, ter recebido dos demais o poder de praticar sozinho os atos para os quais um tutor dispensa autorização. **O juiz pode dividir a medida de proteção entre um curador ou um tutor encarregado da proteção da pessoa e um curador ou tutor encarregado da gestão patrimonial. Ele pode confiar a gestão de certos bens a um curador ou tutor auxiliar.** A menos que o juiz tenha decidido de outro modo, as pessoas designadas na aplicação da alínea precedente são independentes e não são responsáveis umas pelas outras. No entanto, são informadas sobre as decisões tomadas.

¹⁸⁵ TESÓN, Imaculada Vivas. **Más allá de la capacidad de entender y querer...** un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español. Olivença: FUTUEX, 2012. p. 41.

¹⁸⁶ CARBONNIER, Jean. **Droit civil 1/ Les personnes:** Personnalité, incapacités, personnes morales. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 288.

¹⁸⁷ STANZIONE, Gabriella Autorino. **Infermità mentale e tutela del disable negli ordenamenti francese e spagnolo.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990. p. 300-302.

por entender ser injustificada a sua manutenção; de preempção da avaliação médica, isto é, pela ausência de outro laudo que comprove a manutenção da condição inicialmente avaliada e que havia fundamentado a instauração da medida. Caso não cesse segundo um desses modos, a *sauvegarde de justice* será concluída pelo esgotamento do prazo ou dos atos a que foi instituída, ou pelo início de tutela ou curatela.

A segunda modalidade é disposta no artigo 434 do Código Civil francês e consiste na modalidade de *sauvegarde de justice* por declaração (*par déclaration*), decorrente de dois atos: declaração médica da condição da pessoa segundo o que dispõe o Código de Saúde Pública (*Code de la santé publique*) e do registro ao procurador da República (*parquet*). Ambos são atos de natureza administrativa e irrecorríveis, sendo que a declaração médica será obrigatória quando a pessoa estiver internada em hospital psiquiátrico e será facultativa em todos os demais casos¹⁸⁸.

Um dos principais efeitos da *sauvegarde de justice* é a manutenção de sua capacidade de exercer direitos, porém, haverá uma pessoa responsável pela gestão de seu patrimônio até que a condição psíquica se altere e, caso haja um mandatário especial para a prática de determinados atos, a ação praticada sem a sua participação poderá ser considerada nula por lesão do negócio jurídico¹⁸⁹.

Embora a pessoa sob a *sauvegarde de justice* preserve a capacidade de exercício de direitos, o Poder Judiciário poderá designar um mandatário para agir

¹⁸⁸ CARBONNIER, Jean. **Droit civil 1/ Les personnes**: Personnalité, incapacités, personnes morales. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 290.

¹⁸⁹ *Article 435. La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437. Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224. Em tradução livre: "A pessoa submetida à *sauvegarde de justice* conserva o exercício de seus direitos. Todavia, ela não pode, sob pena de nulidade, praticar um ato para o qual um mandatário especial tenha sido nomeado, nos termos do artigo 437. Os atos praticados e os compromissos assumidos durante a vigência da medida podem ser rescindidos pela lesão ou reduzidos em caso de excesso, ainda que possam ser anulados nos termos do artigo 414-1. Os tribunais levarão em consideração notadamente a utilidade ou inutilidade da operação, a importância ou a consistência do patrimônio da pessoa protegida e a boa ou má-fé daquelas com quem contratou. A legitimidade para a ação de nulidade, redução ou rescisão pertence apenas à pessoa protegida e, após a sua morte, aos seus herdeiros. É extinto pelo prazo de cinco anos previsto no artigo 2224."*

em seu nome em atos específicos. Nesse ponto, não há uma incompatibilidade com o sistema de apoios indicado pela Convenção, contudo, o modelo francês parece muito próximo do paradigma médico de enfrentamento da condição psíquica da pessoa que utiliza o referido instrumento.

Do exame dos perfis da liberdade sobre o exemplo francês, não se verifica a prática de sua dimensão positiva como um poder da pessoa a ser submetida à *sauvegarde de justice*. Pelo contrário, tanto em sua modalidade judicial, quanto extrajudicial, constata-se uma vinculação ao laudo médico que aponta se a referida medida temporária é mais adequada para o caso concreto do que a tutela ou curatela. Ademais, observa-se a hipótese excepcional de ser instaurada sem consultar a própria pessoa (“*par jugement*”, artigo 433)¹⁹⁰.

A liberdade individual em rede de proteção e em sentido relacional, bem como a liberdade substancial são inferidas especialmente da possibilidade de o mandatário especial, a critério da pessoa sob a *sauvegarde de justice*, apresentar informações a esta segunda sobre o contexto das opções que giram em torno de uma decisão (artigos 438 e 457-1a¹⁹¹). Desse modo, é viabilizado o apoio à pessoa tanto para atos de gestão patrimonial, quanto para os de âmbito existencial.

¹⁹⁰ Article 433. Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés. Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l'instance. Par dérogation à l'article 432, le juge peut, en cas d'urgence, statuer sans avoir procédé à l'audition de la personne. En ce cas, il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d'état d'exprimer sa volonté. **Em tradução livre:** “O juiz pode colocar sob *sauvegarde de justice* uma pessoa que, por uma das razões previstas no artigo 425, necessita de proteção legal temporária ou de ser representada para a realização de determinados atos. Essa medida também pode ser proferida pelo juiz, sujeita a um procedimento de curadoria ou tutela, enquanto durar o processo. Para derrogação ao artigo 432.º, o juiz pode, em caso de urgência, pronunciar-se sem ter ouvido a pessoa. Neste caso, ele o ouve assim que possível, a menos que, por orientação médica, a entrevista seja prejudicial à sua saúde ou se ele não for capaz de expressar sua vontade.

¹⁹¹ Article 438. Le mandataire spécial peut également se voir confier une mission de protection de la personne dans le respect des articles 457-1 à 463. [...] Article 457-1. La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part. **Em tradução livre:** “O mandatário especial pode igualmente ser encarregado da tarefa de proteger a pessoa de acordo com as seções 457-1 a 463. [...] Artigo 457-1. A pessoa protegida deve receber da pessoa encarregada da sua proteção, de forma adaptada à sua condição e sem prejuízo da informação que os terceiros são obrigados a fornecer-lhe nos termos da lei, todas as informações sobre sua situação pessoal, atos a ela concernentes, sua utilidade, seu grau de urgência, seus efeitos e as consequências da sua recusa.”.

Observa-se que o sistema francês, embora se mostre complexo e avançado ao disciplinar diferentes medidas de apoio a depender do grau das potencialidades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, não se desvincilhou totalmente da lógica de avaliação do resultado (*outcome approach*). Além de uma vinculação com o modelo médico de enfrentamento das deficiências, a *sauvegarde de justice* não parece ser instrumento de exercício pleno da liberdade positiva (“liberdade como poder”) à pessoa que tem capacidade cognitiva suficiente e que não se enquadra em regime de tutela ou curatela.

Diferente do sistema francês, que manteve a *sauvegarde de justice* como medida que compõe sistema de proteção junto à tutela e à curatela, o sistema austríaco prevê a “*Sachwalterschaft*”. A lei n. 126/1983 aboliu o tradicional instrumento da interdição e acrescentou a figura do “*Sachwalter*” à redação do *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (doravante, ABGB), seguida de significativas alterações entre 2006 e 2009.

A criação dessa medida na década de 1980 reflete reformas da psiquiatria na Áustria durante a década anterior e visava combater o rígido sistema de interdição à época vigente¹⁹². A função de *Sachwalter* compete a pessoas próximas – preferencialmente parentes – da pessoa que dela se beneficia¹⁹³. Seu estabelecimento consiste em processo de jurisdição voluntária e trata-se de apoio prestado com atribuições designadas por juiz, que levará em conta o grau de capacidade cognitiva de pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que solicita a medida.

Um dos pressupostos da *Sachwalterschaft* é a pessoa ter deficiência intelectual ou psíquica e não possa tratar de determinados assuntos com maior liberdade e segurança sem algum apoio. Sua declaração não implica na perda da capacidade de exercício de direitos pela pessoa apoiada, tampouco do poder de

¹⁹² RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 292.

¹⁹³ Geraldo Rocha Ribeiro ressalta que a reforma ocorrida nos idos dos anos 2000 é marco que deposita confiança nas estruturas familiares: “Prevê-se a possibilidade de designação de familiares, sem previsão de impedimentos legais, para tarefas de cuidado, sobretudo através da procuração antecipada, tarefas que, conforme o §21 ABGB, seriam do Estado, com o que se reforma o princípio da subsidiariedade. Cria-se o poder de representação legal de familiares próximos, aproximando aquela dimensão jurídica da realidade e da representação de facto, pois são aqueles que, em regra, tomam as decisões em assuntos médicos ou nos assuntos de dia-a-dia, sem que tenham para tal poder de representação jurídica.” (RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 294).

escolha sobre questões existenciais. A disciplina deste instituto é prevista detalhadamente entre o §268 e §284 do ABGB¹⁹⁴ e enfatiza já nos primeiros dispositivos a liberdade e preferências da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual de instituir um *Sachwalter*. As alíneas 3 e 4 do §268 apresentam uma série de diferentes graus de poderes atribuídos ao *Sachwalter*, a depender das potencialidades da pessoa que o invoca:

§268[...]

(3) *Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten ist der Sachwalter zu betrauen*

1. *mit der Besorgung einzelner Angelegenheiten, etwa der Durchsetzung oder der Abwehr eines Anspruchs oder der Eingehung und der Abwicklung eines Rechtsgeschäfts,*

2. *mit der Besorgung eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten, etwa der Verwaltung eines Teiles oder des gesamten Vermögens, oder,*

3. *soweit dies unvermeidlich ist, mit der Besorgung aller Angelegenheiten der behinderten Person.*

(4) *Sofern dadurch nicht das Wohl der behinderten Person gefährdet wird, kann das Gericht auch bestimmen, dass die Verfügung oder Verpflichtung hinsichtlich bestimmter Sachen, des Einkommens oder eines bestimmten Teiles davon vom Wirkungsbereich des Sachwalters ausgenommen ist.*¹⁹⁵

O parágrafo restringe a atuação do *Sachwalter* como apoiador cujas atribuições devem ser bem delineadas e voltadas primordialmente à gestão do patrimônio, mantendo-se como regra a vontade da pessoa com deficiência em assuntos de caráter existencial. Geraldo Rocha Ribeiro identifica no dispositivo transcrito três diferentes situações de apoio: apoio para um único assunto; apoio para um círculo de tarefas; e apoio para todos os assuntos¹⁹⁶. Todas exigem que o *Sachwalter* atue em conformidade com o melhor interesse da pessoa apoiada, principalmente em regime de representação. Sobre as características de constituição da figura e validade dos atos praticados sem a intervenção do *Sachwalter*, Imaculada Téson apresenta algumas considerações:

¹⁹⁴ ÁUSTRIA. **Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch**. Disponível em: <<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>>. Acesso em: 06dez.2017.

¹⁹⁵ Em tradução livre: “(3) A depender da extensão da deficiência e da natureza e extensão dos assuntos a serem atendidos, o administrador (*Sachwalter*) deve ser designado 1. para tratar de assuntos individuais, tais como a execução ou a defesa de um pedido ou o início e liquidação de uma transação legal; 2. para cuidar de um círculo de tarefas, como a gestão de parte ou de todo o patrimônio; ou 3. na medida em que isso seja inevitável, com o cuidado de todas as questões da pessoa com deficiência. (4) Na medida em que isso não prejudique o bem-estar da pessoa com deficiência, o tribunal também pode determinar que a disposição ou obrigação em relação a determinado patrimônio, renda ou parte dela, seja excluída da administração pelo *Sachwalter*”.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 292.

La designación de dicho curador puede ser solicitada por el propio interesado o de oficio (no por ninguna otra persona, si bien un tercero puede solicitarla al juez y éste intervenir de oficio) y la decisión judicial puede autorizar a la persona protegida a disponer, sin la intervención del curador, de determinadas cosas o parte de sus ingresos, con el fin de hacerla autorresponsable y, de este modo, facilitar su recuperación. En ausencia de la correspondiente autorización para realizar actos jurídicos, el sujeto puede disponer o contraer obligaciones sólo con el consentimiento expreso o tácito (“Einwilligung”) del curador (sin él, tales actos son anulables, si bien subsanables por una declaración posterior del “Sachwalter”). Incluso, en el ámbito de actuación del curador, la persona bajo “Sachwalterschaft” puede realizar actos que no impliquen la asunción de obligaciones, como, por ejemplo, la aceptación de una donación (siempre que ésta no sea onerosa).¹⁹⁷

Ganha relevo o viés patrimonial das atribuições do *Sachwalter*, sendo uma peculiaridade do sistema austríaco a sua remuneração anual pela tarefa desempenhada.

Em caso de morte do *Sachwalter*, a medida será transferida a pedido da pessoa que a instituiu ou de ofício pelo tribunal (§278.1). Por outro lado, se houver alguma modificação da capacidade cognitiva da pessoa com deficiência, a medida poderá redimensionar as responsabilidades do apoiador. Por fim, independentemente de alteração da situação fática, a medida será reexaminada em intervalos não superiores a cinco anos para verificar se continua a ser o mais adequado para o atendimento das necessidades da pessoa com deficiência.

Notam-se resquícios do modelo de *outcome approach* no instituto, uma vez que a validade de negócios jurídicos praticados pela pessoa beneficiada sem a sua presença leva à sua anulabilidade, com exceção de negócios jurídicos gratuitos em prol da própria pessoa com deficiência¹⁹⁸ (como em caso de doação pura e simples,

¹⁹⁷ Em tradução livre: “A designação de dito curador pode ser solicitada pelo próprio interessado ou de ofício (não por nenhuma outra pessoa, embora um terceiro possa solicitá-la ao juiz e este intervir de ofício) e a decisão judicial pode autorizar a pessoa protegida a dispor, sem a intervenção do curador, de determinadas coisas ou parte de seus lucros, com o fim de fazê-la autorresponsável e, deste modo, facilitar sua recuperação. Na ausência da correspondente autorização para realizar atos jurídicos, o sujeito pode dispor ou contrair obrigações somente com o consentimento expreso ou tácito (“*Einwilligung*”) do curador (sem ele, os atos são anuláveis, embora sanáveis por uma declaração posterior do “*Sachwalter*”). Inclusive, no âmbito da atuação do curador, a pessoa sob “*Sachwalterschaft*” pode realizar atos que não impliquem assumir obrigações, como, por exemplo, a aceitação de uma doação (sempre que essa não seja onerosa)”. (TESÓN, Imaculada Vivas. **Más allá de la capacidad de entender y querer... un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español.** Olivença: FUTUEX, 2012. p. 43).

¹⁹⁸ §280 **Geschäftsfähigkeit der behinderten Person;** (1) *Die behinderte Person kann innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten.* (2) *Schließt die behinderte*

conforme o exemplo apresentado por Tesón). Ainda que tenha traços do enfoque “do resultado”, destaca-se no exame do instituto a preocupação com o atendimento da vontade da pessoa com deficiência para atos de natureza existencial¹⁹⁹. O §281 do ABGB repisa que as preferências da pessoa com deficiência devem ser acentuadas na proporção de suas potencialidades e o *Sachwalter* tem o dever de informá-la sobre as condições que envolvem opções de escolha. É conveniente a leitura da alínea 1 do §281:

§ 281 ABGB c) Berücksichtigung des Willens und der Bedürfnisse der behinderten Person

*(1) Der Sachwalter hat danach zu trachten, dass die behinderte Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann. [...]*²⁰⁰

Ainda, há previsão de convívio da pessoa com deficiência em meio social e também com seu *Sachwalter*, devendo este contato ocorrer ao menos uma vez ao mês (§282). Nesse tocante, mais uma vez verifica-se harmonia com o modelo social de deficiência, tão caro à CDPD.

O sistema alemão, terceiro sistema ora examinado, é similar ao sistema austríaco e nele se inspirou ao ter suprimido as previsões legais sobre a curatela e tutela através de reforma legislativa no início da década de 1990. A alteração do ordenamento jurídico levou em consideração as críticas dirigidas ao sistema substitutivo da vontade da pessoa com deficiência e limitação da capacidade para exercício de direitos por pessoas com deficiência psíquica ou mental:

Criticism of this state of the incapacitation Law reached a remarkable point when a commission set up by the German parliament submitted its report on

Person im Rahmen des Wirkungskreises des Sachwalters ein Rechtsgeschäft, das eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, so wird dieses Rechtsgeschäft mit der Erfüllung der die behinderte Person treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam. Em tradução livre: “Habilidade da pessoa com deficiência para negociar; (1) A pessoa com deficiência não pode legalmente dispor ou se comprometer na esfera da atividade do administrador sem o seu consentimento expresso ou tácito. (2) Se a pessoa com deficiência entabular negócio que seja atinente à esfera de atribuição do administrador, que diga respeito a uma questão mais simples e cotidiana, então esse negócio jurídico, se condizer com as potencialidades das pessoas com deficiência, torna-se retroativamente válido.”.

¹⁹⁹ Os §§ 283 e 284 do ABGB disciplinam especificamente a respeito de tratamento médico à pessoa com deficiência. Em regra, consiste em uma decisão que não admite interferências, principalmente quando é clara a potencialidade da pessoa e a exteriorização de suas preferências.

²⁰⁰ Em tradução livre: “**§ 281 ABGB Consideração da vontade e das necessidades da pessoa com deficiência.** (1) O *Sachwalter* deve esforçar-se para garantir que a pessoa com deficiência, dentro dos limites de suas habilidades e possibilidades, possa projetar suas condições de vida de acordo com seus desejos e ideias.”.

*the state of psychiatric care in Germany in 1975. In that report, the commission advised the German legislator to undertake a major reform of the incapacitation law, not only because of the stigmatizing character of the wording of the statutes, but also because the legal provisions as such became less and less practical and less used with time.*²⁰¹

Entre 1998 e 2009, outras inovações foram necessárias nessa matéria, em razão do aumento da expectativa de vida no país e do número de pessoas de idade avançada com doenças degenerativas²⁰². Ainda assim, o BGB optou por continuar a prever a incapacidade negocial de pessoas com reduzida capacidade cognitiva por deficiência psíquica ou mental (§104, alínea 2) e a nulidade da sua declaração de vontade (§105, alínea 1):

§ 104 Geschäftsunfähigkeit

Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

§ 105 Nichtigkeit der Willenserklärung

*(1) Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig.[...].*²⁰³

Destarte, a atual redação do BGB, por mais que tenha eliminado a tutela e curatela, apresenta a figura do representante legal (“*Vertreter*”) atribuído a quem é incapaz de exprimir sua vontade de qualquer maneira e, no que concerne especificamente ao estudo ora delineado, o sistema alemão introduz o “*Rechtliche Betreuung*” no Livro “Do direito de família” (*Buch 4 - Familienrecht*), na Sessão referente à “Tutela, Tomada de decisão e Acompanhamento” (*Abschnitt 3 – Vormundschaft, Rechtliche Betreuung, Pflegschaft*). A razão exposta pelo legislador

²⁰¹ Em tradução livre: “Críticas desse estado da Lei de incapacitação alcançaram um ponto notório quando uma comissão instaurada pelo parlamento alemão submeteu o relatório sobre as condições do cuidado psiquiátrico na Alemanha em 1975. Naquele relatório, a comissão recomendou ao legislador alemão promover uma reforma mais ampla da lei de incapacitação, não apenas devido ao caráter estigmatizante dos termos dos estatutos, mas também por conta de previsões legais como tais se tornarem cada vez menos práticas e menos usadas com o tempo”. (BECKER, Ulrich. *Guardianship and Social Benefits Law*. In: ARAI, Makoto; BECKER, Ulrich; LIPP, Volker. **Adult Guardianship Law for the 21st Century**. Munique: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. p. 27).

²⁰² RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 297.

²⁰³ Em tradução livre: “§ 104 Incapacidade negocial. É incapaz: 1. Aquele que não tem sete anos completos; 2. Aquele que não tenha livre determinação da vontade em virtude de transtorno mental, a menos que o estado seja de natureza temporária. § 105 Nulidade da declaração de intenção (1) A declaração de intenção de uma pessoa incapacitada é nula. [...]”. (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG017103377>>. Acesso em: 08 dez. 2017).

foi a de trazer por meio desta previsão melhorias à condição jurídica da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual e garantir suas liberdades, o que se mostra compatível ao modelo funcional da capacidade legal.

A gama de incidência do *Betreuung* é ampla, pois pode atribuir ao *Betreuer* a função de representante legal em casos de incapacidade negocial absoluta ou de apoiador à tomada de decisões de pessoas com deficiência que tenham a capacidade legal e compreendam necessitar de amparo para algumas decisões.

De acordo com os artigos 1896 a 1980 do BGB, o *Betreuer* seria designado pela própria pessoa com deficiência (*Betreuten*) ou pelo tribunal para auxiliá-la ou representá-la, através de diálogo voltado a seus interesses ao tomar decisões da vida civil. Essa pessoa deve manter algum vínculo de confiança com a *Betreuten*, porém, a lei permite que entidade coletiva privada ou pública possa também ser designada. A instituição da medida deve ser feita com o desígnio de evitar conflitos entre os interesses do apoiado e de seu apoiador, sendo os limites e funções atribuídas ao *Betreuer* assinalados em sentença que aprecie a concretude do caso²⁰⁴.

Geraldo Rocha Ribeiro explica que o instituto garante a flexibilidade e adaptação da situação fática da pessoa a uma medida de apoio que não implique necessariamente a restrição de sua capacidade de agir. Logo, a avaliação judicial considera a possibilidade de a pessoa ser incapaz para negociar e, se essa medida vier ao encontro de sua proteção, o *Betreuer* atuará como seu representante legal e não mero apoiador²⁰⁵. Sobre essa hipótese, Dagmar Brosey esclarece que, excepcionalmente, a representação legal será a providência mais adequada ao atendimento dos interesses da pessoa com deficiência:

The adult concerned has no free will regarding the necessity of a Betreuer if she/he cannot understand the nature and consequences of her/his decisions and/or when she/he, cannot utilize or weigh the information needed for decision-making. The court is obliged to support the adult concerned and to

²⁰⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 307-309.

²⁰⁵ “A representação legal é assim entendida como um meio de garantir o cuidado quanto à pessoa do assistido. Da natureza de representação legal da assistência emerge o dever de prestar contas ao tribunal (*Betreuungsgericht*) e de o representante ser supervisionado por este; por outro lado, é dever do *Betreuer* assegurar que a vontade e o desejo do incapaz não vá contra os seus próprios interesses, bem como velar para que os poderes funcionais a si atribuídos não possam ser exonerados pelo protegido mesmo quando este seja competente.” (RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 312).

*remove barriers to the adult's protection. [...] There may be no necessity other than the appointment of a Betreuer who functions as a legal representative within a defined range of duties and powers.*²⁰⁶

Interessante notar que a atuação do *Betreuer* como representante legal o permite agir em nome da pessoa com deficiência para assuntos patrimoniais e que, no concernente a decisões extrapatrimoniais, são frisados os desejos e preferências da pessoa considerada incapaz para negociar. Um exemplo colhido do §1596, alínea 1 do BGB é o reconhecimento de paternidade feito por pessoa incapaz, condicionado à aprovação do representante legal. O dispositivo ressalta que, em contrapartida, se esse representante for um *Betreuer* e reconhecer a paternidade em nome do *Betreuten* incapaz para negociar, esse ato demandará avaliação do Poder Judiciário para surtir efeitos²⁰⁷.

Tal faceta do *Betreuung* como representação legal é compreendida como exceção no sistema alemão, o qual busca a tomada de decisões com a maior participação possível da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual para se afastar do parâmetro substitutivo da vontade.

Por outro lado, no contexto de seu uso como medida de apoio, Geraldo Rocha Ribeiro entende que o *Betreuung* limita a atuação do Estado “em particular na imposição de medidas pré-definidas no seu conteúdo e rígidas na sua composição, promovendo-se a autodeterminação e participação da pessoa incapaz”²⁰⁸, o que pode ser encarado como desdobramento de pelos três dimensões da liberdade:

²⁰⁶ Em tradução livre: “O adulto em questão não tem livre arbítrio quanto à necessidade de um *Betreuer* se não compreender a natureza e as conseqüências de suas decisões e/ou quando ele/ela não pode utilizar ou avaliar as informações necessárias para tomar decisões. O tribunal é obrigado a apoiar o adulto envolvido e a remover barreiras à sua proteção. [...] Não pode haver necessidade além da nomeação de um *Betreuer* que funcione como representante legal dentro de um alcance definido de funções e poderes.” (BROSEY, Dagmar. Supported decision-making and the German Law of BETREUUNG: A legal perspective on supported and substitute decision-making regarding Art. 12 CRPD. In: COESTER-WALTJEN, Dagmar; LIPP, Volker; WATERS, W. M. (Org.) *Liber amicorum Makoto Arai Seite*. Baden: Nomos, 2015. p. 133-134).

²⁰⁷ **§1596 Anerkennung und Zustimmung bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit (1)** *Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann nur selbst anerkennen. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist erforderlich. Für einen Geschäftsunfähigen kann der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts anerkennen; ist der gesetzliche Vertreter ein Betreuer, ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich. [...].* Em tradução livre: “**§ 1596 Reconhecimento e aprovação em caso de falta de capacidade ou de capacidade limitada para negociar.** Uma pessoa cuja capacidade negocial é limitada pode apenas reconhecer sem um representante. É necessária a aprovação do representante legal. Para uma pessoa que não tem capacidade negocial, o representante pode reconhecer, com a aprovação do tribunal de família; Se o representante legal for um *Betreuer*, é necessária a aprovação do tribunal de custódia. [...]”.

²⁰⁸ RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010 . p. 298.

negativa (não coerção ou imposição de atos pelo Estado ao sujeito), liberdade positiva (poder de autodeterminação sobre as escolhas de vida) e liberdade substantiva (garantia de participação e condições concretas de escolha livre).

Segundo o §1896, (1) e (1a) do BGB²⁰⁹, para que uma pessoa utilize a medida da *Betreuung*, deve ser adulta com deficiência psíquica, física ou ter qualquer impedimento mental que obste a tomada de decisões sem apoio, tendo a doutrina sintetizado esses e outros pressupostos:

*i) la circostanza che il soggetto interessato – non possa (kann nicht), vale a dire- sia inetto (unfähig), totalmente o parzialmente, a curare i propri interessi, a causa di una malattia o di un impedimento; ii) la necessità (Erforderlichkeit), con riguardo all'ambito di funzioni che viene in rilievo, della nomina di un assistente; iii) la circostanza che la volontà liberamente manifestata dal soggetto interessato non sia contraria, il che significa o che costui, essendo in grado di formare una volontà libera, è d'accordo, o che costui non è in grado di formare o di manifestare una volontà libera; iv) se la necessità di assistenza si fonda solo su un impedimento fisico, la formale domanda del soggetto interessato.*²¹⁰

De acordo com o §1896, o *Betreuung* será instaurado pelo tribunal a pedido da pessoa beneficiada, ou de ofício (na hipótese de representação legal). O

²⁰⁹ § 1896 Voraussetzungen (1) 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 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 werden. Em tradução livre: “§ 1896 Condições (1) Se, em razão de uma doença mental ou de uma deficiência física, mental ou emocional, um adulto com qualquer idade não puder assumir a totalidade ou parte dos seus deveres, o tribunal de supervisão deve, a seu pedido ou por sua própria iniciativa, nomear um *Betreuer* para ele. O pedido também pode ser arquivado pela pessoa com deficiência. Na medida em que o adulto não possa gerir seus negócios devido a uma deficiência física, o *Betreuer* só pode ser nomeado a seu pedido, a menos que ele não possa expressar sua vontade. (1a) designação de um dado *Betreuer* não pode colidir com a vontade livre e esclarecida do adulto sob proteção.”. (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG017103377>>. Acesso em: 08 dez. 2017.)

²¹⁰ Em tradução livre: “i) a circunstância que o sujeito interessado – não possa (*kann nicht*), vale dizer –seja inapto (*unfähig*), totalmente ou parcialmente, a cuidar dos próprios interesses, em razão de uma doença ou impedimento; ii) a necessidade (*Erforderlichkeit*), com resguardo ao âmbito das funções que vêm em relevo, da nomeação de um assistente; iii) a circunstância que a vontade livremente manifestada pelo sujeito interessado não seja contrária, o que significa dizer que ele, podendo formar uma vontade livre, concordando ou não, pode formar ou manifestar uma vontade livre; iv) se a necessidade de assistência se funda somente sobre um impedimento físico, o requerimento formal do sujeito interessado” (TESCARO, M. I confine applicative dell'amministrazione di sostegno comparati con quelli della *sachwalterschaft* austriaca e della *Betreuung* tedesca. GABRIELLI, G.; PADOVINI, F.; PATTI, S.; TROIANO, S.; WIEDEMANN, M.G. C.; ZACCARIA, A. **Parte generale e persone**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 167).

estabelecimento do apoio deve ser acompanhado de salvaguardas. Estas são previstas nos §§1903 a 1905 do BGB e consistem no controle jurisdicional de decisões que tragam grave risco à pessoa, que digam respeito a seus direitos reprodutivos, internamento ou grande parte de seu patrimônio, ainda que com o exercício do apoiador²¹¹.

Destaca-se a hipótese do §1903, alínea 1, que trata da “reserva de consentimento” (*Einwillings vorbehalt*), previsão que é compreendida por Dagmar Brosey como uma forma de limitação à capacidade de agir²¹². A “reserva de consentimento” exige pronunciamento do *Betreuer* ou de órgão jurisdicional em negócios jurídicos em casos de relevante impacto ao patrimônio da pessoa apoiada:

§1903 Einwilligungsvorbehalt

*(1) 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 bedarf (Einwilligungsvorbehalt). [...]*²¹³

Assim, até que o apoiador ou tribunal apresente seu consentimento, o negócio jurídico patrimonial, por exemplo, um contrato de compra e venda, não produzirá efeitos²¹⁴.

Ressalta-se que o *Betreuer* só será instituído a partir da necessidade da pessoa beneficiada, com primazia da consideração de seu pedido de criação, exceto em casos em que a representação seja a forma mais condizente com sua proteção.

²¹¹ RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 299.

²¹² BROSEY, Dagmar. Supported decision-making and the German Law of BETREUUNG: A legal perspective on supported and substitute decision-making regarding Art. 12 CRPD. In: COESTER-WALTJEN, Dagmar; LIPP, Volker; WATERS, W. M. (Org.) **Liber amicorum Makoto Arai Seite**. Baden: Nomos, 2015. p. 134.

²¹³ Em tradução livre: “Na medida em que isso seja necessário para evitar um perigo considerável para a pessoa ou propriedades do apoiado, o apoiador ou Juiz podem vincular a eficácia de certas decisões a autorização (declaração de intenções) suficiente para tanto.[...]”.

²¹⁴ “Until the *Betreuer* gives consent, there is only a pending contract (§§1903, 108 Civil Code). After his/her consent is given, the contract is legally effective. It has to follow the will and wishes of the person concerned, so the emphasis is that consent be given, the contract is legally effective.”. Em tradução livre: “Até que o *Betreuer* consinta, há apenas um contrato pendente (§§1903, 108 do BGB). Ele deve seguir os desejos e preferências da pessoa apoiada, por isso a necessidade do consentimento ser dado, para que o contrato seja legalmente eficaz”. (BROSEY, Dagmar. Supported decision-making and the German Law of BETREUUNG: A legal perspective on supported and substitute decision-making regarding Art. 12 CRPD. In: COESTER-WALTJEN, Dagmar; LIPP, Volker; WATERS, W. M. (Org.) **Liber amicorum Makoto Arai Seite**. Baden: Nomos, 2015. p. 134).

Na qualidade de medida de apoio, tal como ocorre no caso da *sauvegarde de justice* e da *Sachwalterschaft*, o *Betreuung* passa por revisão em período não superior a sete anos para se adequar às atuais circunstâncias dos impedimentos do sujeito concreto.

A proteção flexível do sistema alemão está em sintonia com o modelo funcional da capacidade, aliado à visão social da deficiência como condição vulnerada por barreiras. A vontade da pessoa beneficiada pela *Betreuung* é reforçada a todo o momento pelos dispositivos que dela tratam, sem deixar de salvaguardar sua especial condição vulnerável.

Em síntese, o referido sistema de apoios objetiva a ampla participação da pessoa com deficiência, em harmonia com o artigo 12 da CDPD. Mais do que isso, não deixa de salvaguardar as hipóteses de absoluta impossibilidade de tomar decisões, situação excepcional em que o *Betreuer* pode atuar como representante legal da pessoa com deficiência. Essa atuação deve levar em conta sempre que possível os desejos e preferências da pessoa representada, a fim de evitar que a medida se torne substitutiva da vontade.

O quarto ordenamento jurídico ora analisado é o italiano que, a exemplo dos anteriormente examinados, também trouxe inovações ao regime das capacidades em 2004, momento anterior à CDPD, através do instituto denominado *amministrazione di sostegno*, atualmente previsto entre os artigos 404 e 413 do Livro “Das pessoas e da família” (*Delle persone e della famiglia*), no Título “Das medidas de proteção das pessoas privadas no todo ou em parte de autonomia” (*Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia*) do Código Civil Italiano²¹⁵.

A ideia de apoio, ou de sustentação, é evidenciada já em sua denominação e, de acordo com E. Betti Ferramosche, “*si tratta di un istituto il cui compito, come rivela il nome stesso, è quello di fornire sostegno a chi, o perché fisicamente impedito e perché psichicamente svantaggiato o per entrambe le ragioni, non possa ‘facerla da solo’ ad affrontare i piccoli grandi scogli della quotidianità.*”²¹⁶. Em outras palavras, a

²¹⁵ ITÁLIA. **Codice civile italiano**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-prive-in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

²¹⁶ Em tradução livre: “trata-se de um instituto cuja tarefa, como revela o seu próprio nome, é aquela de fornecer apoio a quem ou porque fisicamente impedito e porque psiquicamente desfavorecido ou por ambas as razões, não consiga ‘enfrentar por si’ os pequenos e grandes

amministrazione di sostegno tem por escopo proteger, com a menor limitação possível da capacidade de agir²¹⁷, as pessoas que são privadas no todo ou em parte de autonomia para exercício de funções da vida cotidiana. A pessoa designada para a tarefa é preferencialmente do meio familiar da beneficiada e há a possibilidade de nomeação de mais de um *amministratore* para a execução da tarefa.

A escolha do *amministratore di sostegno* cabe exclusivamente à pessoa apoiada mediante ato público ou escritura privada autenticada (artigo 408). Quando verificar a inexistência dessa indicação ou que há graves motivos contrários à indicação do apoiador eleito, o juiz tutelar que a institui poderá atribuir a função a outra pessoa em decisão fundamentada (artigo 408).

A *amministrazione di sostegno* é determinada pelo Poder Judiciário a pedido da própria pessoa e deve ser comunicada em dez dias ao oficial de registro civil para anotação do ato em margem da certidão de nascimento do beneficiado (artigo 405).

O legislador italiano prevê a intervenção do Ministério Público (artigo 407) durante a instauração e desenvolvimento da medida e atribui ao *parquet* a legitimidade para requerer a anulação de atos praticados pelo *amministratore di sostegno* que estejam em desconformidade com a lei, em mesma condição de legitimidade do beneficiário e de terceiros prejudicados. Verifica-se, portanto, uma maior fiscalização estatal sobre a medida, com fundamento na proteção da pessoa beneficiada.

De modo similar ao sistema francês, o sistema italiano prevê a referida medida de apoio ao lado das hipóteses de tutela e curatela do adulto protegido, todavia, o artigo 404 do diploma italiano flexibiliza sua função ao viabilizar que pessoas em situação de dificuldade na gerência de seus interesses, ainda que por deficiência física, sejam suas beneficiárias²¹⁸.

desafios do cotidiano” (FERRAMOSCHE, E. Betti. La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli “atti personalissimi”. In: **Rivista critica del diritto privato**, Napoli, v. XXV, n. 1, marzo, 2007. p. 125).

²¹⁷ Art. 409. *Effetti dell'amministrazione di sostegno. Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.* Em tradução livre: “Art. 409. Efeitos da *amministrazione di sostegno*. O beneficiário conserva a capacidade de agir para todos os atos que não demandam a representação exclusiva ou a assistência necessária do administrador de apoio. O beneficiário da *amministrazione di sostegno* pode em todo caso cumprir os atos necessários para satisfazer as exigências da própria vida cotidiana”.

²¹⁸ Art. 404. *Amministrazione di sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal*

Logo, o sistema italiano abrange outras formas de deficiência, não somente a psíquica ou intelectual, sem implicar na limitação da capacidade de exercício de direitos por essas pessoas, seguindo uma definição de deficiência harmônica àquela contida no artigo 1º da CDPD²¹⁹. Do ponto de vista doutrinário anterior à noção conglobante de capacidade legal, o instituto da *amministrazione di sostegno* permitiria a gradação do mecanismo de apoio às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual na hipótese de superação da dicotomia “capacidade/incapacidade”, pois permite a valoração da concreta capacidade cognitiva²²⁰.

Essa flexibilidade não se imiscui de cimentar salvaguardas: o artigo 405 do Código Civil italiano prevê que o decreto instaurador da *Amministrazione di sostegno* deve conter detalhes sobre a duração da medida²²¹, seu objeto, os atos que poderão ser exercidos pelo *amministratore* em nome do beneficiado ou por este com a assistência daquele, além de limites e prestações de contas em juízo pelo *amministratore*. A nomeação deste pelo juiz não recai sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência beneficiada, não se confundindo com a tutela, nem com a curatela²²². Ademais, a *amministrazione di sostegno* é preferível a essas segundas,

giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio. Em tradução livre: “Art. 404. *Amministrazione di sostegno.* A pessoa que, devido a uma doença ou de uma deficiência física ou psíquica, se encontra na impossibilidade, ainda que parcial ou temporária, de prover seus próprios interesses, pode ser assistida por um administrador de apoio nomeado pelo juiz tutelar do local em que esta tem residência ou domicílio”.

²¹⁹ Artigo 1. Propósito. O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. 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.

²²⁰ FERRAMOSCHE, E. Betti. La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli “atti personalissimi”. In: **Rivista critica del diritto privato**, Napoli, v. XXV, n. 1, marzo, 2007, p. 126.

²²¹ Art. 410. **Doveri dell'amministratore di sostegno.** [...] *L'amministratore di sostegno non è tenuto a continuare nello svolgimento dei suoi compiti oltre dieci anni, ad eccezione dei casi in cui tale incarico è rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti.* Em tradução livre: “Art. 410. Deveres do administrador de apoio [...] O administrador de apoio não deve continuar no desenvolvimento de seus deveres passados dez anos, com a exceção dos casos nos quais tal encargo é revestido ao cônjuge, à pessoa estavelmente convivente, aos ascendentes ou descendentes”.

²²² “*In definitiva, per fornire un quadro complessivo delle funzioni dell'amministratore di sostegno nella comparazione con quelle del tutore e del curatore, può dirsi che, mentre al tutore è riconosciuta la rappresentanza esclusiva del tutelato, e il potere di amministrarne i beni, e il curatore ha il solo compito di assistere il soggetto nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, esprimendo il proprio assenso, ma senza mai poterlo sostituire, l'amministratore ha il potere di compiere, in rappresentanza esclusiva o in assistenza, solo quegli atti che siano indicati dal giudice tutelare nel decreto di nomina (singolamente o per tipi), conservando il beneficiario la capacità di agire in relazione a tutti gli atti non espressamente indicati.*”. Em tradução livre: “Definitivamente, para fornecer um quadro complexo das funções do administrador de apoio em comparação com aquelas do tutor e do curador, pode-se dizer que, enquanto ao tutor é reconhecida a representação

já que se revela um instrumento individualizado e atento ao cuidado demandado pela situação concreta da pessoa apoiada. Como elucida Geraldo Rocha Ribeiro, “O *amministratore* tem a função de integrar a vontade do incapaz, quer enquanto representante legal, quer como assistente, nas decisões sobre a sua esfera jurídica de interesses”²²³.

Em caso de discordância entre a vontade da pessoa beneficiada e o *amministratore*, é prevista a intervenção judicial (artigo 406), inclusive sendo possível a sua responsabilização na esfera civil. Sobre a medida de apoio italiana, Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber ressaltam:

[...] a verdade é que a *amministrazione di sostegno* foi introduzida no ordenamento italiano com o propósito de substituir progressivamente os institutos tradicionais, inaugurando uma nova abordagem de proteção da pessoa moldada à luz das suas concretas necessidades e aptidões, que se diferenciava radicalmente daquela abordagem abstrata e geral com que sempre foram tratadas a *interdizione giudiziale* e a *inabilitazione*. Tal assertiva é comprovada pelo fato de que muitos autores italianos sustentam uma espécie de vocação geral do instituto da *amministrazione di sostegno*, defendendo sua extensão a outros beneficiários desprovidos de qualquer traço de deficiência, mas que, por razões práticas, são faticamente impedidos de praticar por si mesmos os atos da vida civil.²²⁴

Por ter o objetivo de responder à situação de vulnerabilidade concreta da pessoa apoiada, a *amministrazione di sostegno* possibilita que prepondere a capacidade plena da pessoa com deficiência quando o apoiador agir para esclarecer informações, ou que aja como assistente, ou ainda que a capacidade de agir da pessoa apoiada seja redimensionada por meio de representação.

exclusiva do tutelado, e o poder de administrar os bens, e o curador tem somente o dever de assistir o sujeito no cumprimento dos atos que excedem a administração ordinária, exprimindo o próprio assentimento, mas sem nunca podendo substituí-lo, o administrador tem o poder de cumprir, em representação exclusiva ou assistência, só aqueles atos que são indicados pelo juiz tutelar no decreto que o nomeia (singularmente ou por tipos), conservando o beneficiário a capacidade de agir em relação a todos os atos não expressamente indicados.” (GIORGIO, Maria Rosaria san. L'amministrazione di sostegno: profili problematici e prospettive di riforma. In: **Giustizia civile**: Rivista mensile di Giurisprudenza, v. LVI, Supplemento al n. 12/06. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006. p. 19).

²²³ RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A proteção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 331.

²²⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 51.

A medida cessa quando o beneficiário, o *amministratore*, o Ministério Público ou os sujeitos elencados no artigo 406 do Código Civil Italiano²²⁵ indicam fundamentadamente ao Poder Judiciário que os pressupostos que a embasavam se esvaíram. Também pode o juiz cessá-la de ofício quando não se mostrar adequada ao atendimento das necessidades concretas da pessoa beneficiada, devendo promover o processo de *interdizione* ou de *inabilitazione*, conforme julgar mais adequado.

O sistema italiano assegura a liberdade positiva da pessoa que deseja instituir a *amministrazione di sostegno* quando atribui a ela o poder de indicar o apoiador (*amministratore*) que entende ser adequado às suas necessidades. Outra manifestação da liberdade positiva diz respeito ao exercício da representação pelo *amministratore*, já que neste caso, diferentemente da hipótese de *interdizione*, é a própria apoiada quem confere a função.

Ao se atentar à concretude dos impedimentos que levam à pessoa com deficiência ser vulnerada, a medida de apoio apresentada pela legislação italiana condiz com o enfoque funcional da capacidade. O Código Civil Italiano harmoniza-se como o disposto no artigo 12 da CDPD, ao prever mecanismo de apoio à pessoa com deficiência, sem que esta tenha um decréscimo de sua capacidade legal.

Todavia, o mesmo sistema demonstra alguns traços do enfoque substitutivo da vontade (*outcome approach*), como ocorre no caso do artigo 409, em que o juiz poderá substituir o *amministratore* indicado por outro mais adequado a seu entender, quando houver “grave motivo” fundamentado que demonstre não ser esta pessoa a mais recomendável ao caso. Verifica-se que o sistema italiano permite a liberdade

²²⁵ *Articolo 406. Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417. Se il ricorso concerne persona interdetta o inabilitata il medesimo è presentato congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima. I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'articolo 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero. Em tradução livre: “Artigo 406. O recurso pela instituição da *amministrazione di sostegno* pode ser proposto pelo mesmo sujeito beneficiário, mesmo que menor, interditado ou inabilitado, ou por um dos sujeitos indicados no artigo 417. Se o recurso concerne a pessoa interdita ou inabilitada o mesmo é apresentado conjuntamente à instância de revogação da interdição ou da inabilitação frente ao juiz competente para esta última. Os responsáveis pelos serviços de saúde e sociais diretamente empregados na cura e assistência da pessoa, com conhecimento dos fatos tais que tornam possível a abertura do procedimento de *amministrazione di sostegno*, devem propor ao juiz tutelar o recurso do artigo 407 ou a informar o ministério público”.*

efetiva da pessoa com deficiência, cuja vontade deve ser respeitada sempre que for possível.

Em sentido inovador caminham as alterações recentes promovidas no ordenamento jurídico argentino. Com tradição civil similar à brasileira, o Código Civil argentino, vigente desde 1871, teve influência marcante do Projeto de Augusto Teixeira de Freitas²²⁶ e seu texto original pautou-se primordialmente pelo parâmetro de atribuição direta da incapacidade (*status approach*). O diploma civil passou por reformas legislativas ao longo do século XX, dentre as quais se destaca a ocorrida em 1968 através da Lei n. 17.711, que previu a figura do *inhabilitado*, cujo grau de capacidade cognitiva seria maior do que o dos *dementes* e contaria com o auxílio de um curador assistente.

Em 2010, logo após a assinatura da CDPD pelo estado argentino, foi sancionada a Lei Nacional de Saúde Mental (Lei n. 26.657), que alterou o Código Civil e incluiu o dever de o juiz estabelecer com clareza os limites dos representantes ou assistentes da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. Contudo, o referido diploma legislativo não atendeu ao conceito conglobante de capacidade legal²²⁷.

Foi em 2011 que o Poder Executivo da Nação criou uma Comissão designada a elaborar um projeto de lei para a reforma do Código Civil argentino e contou com a participação dos juristas Aída Kelemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco e Ricardo Luis Lorenzetti, os quais tinham dentre suas principais tarefas alterar o Título I (“*Persona Humana*”), Capítulo 2 do diploma para adequar as normas aos comandos da CDPD a respeito da capacidade das pessoas com deficiência. Os trabalhos da referida comissão resultaram nas modificações vigentes desde agosto de 2015, alinhadas ao parâmetro funcional e sistema de apoios:

El Código Civil y Comercial ha logrado plasmar soluciones legales adecuadas al paradigma protector que tiene una consideración a la persona según su posición vital. Se abandona el régimen decimonónico centrado

²²⁶ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das Capacidades no direito civil brasileiro**. 21 nov.2013. 241. Dissertação – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-9G8J8M>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²²⁷ FORTUNA, Sebastian Ignacio. Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. In: **Revista Jurídica UCES**. P. 223. Disponível em: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2147/Aproximaciones_Fortuna.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 nov.2017.

*principalmente en las cuestiones patrimoniales, y se pone la mirada en los aspectos personales, sociales y familiares de las personas con padecimientos mentales. Parte de la capacidad como regla, y permite al juez evaluar y determinar en cada caso el alcance de las funciones del curador o apoyos necesarios, para no invadir la esfera de autonomía más allá de lo necesario para su protección.*²²⁸

Tal parâmetro está presente de forma latente nos artigos 32 e 43 do Código Civil e Comercial da Argentina, onde se define que o magistrado pode restringir a capacidade a uma pessoa com deficiência psíquica ou intelectual de acordo com suas potencialidades.

Essa restrição deve ser feita de modo minucioso e atenta a possibilidades de apoios que permitam a exteriorização das preferências da pessoa beneficiada. O artigo 43 define o “apoio” em consonância com o espírito da CDPD ao enfatizar sua consideração em recorte relacional que visa à emancipação e desenvolvimento da pessoa apoiada:

ARTICULO 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

[...]

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten

²²⁸ Em tradução livre: “O Código Civil e Comercial logrou em traduzir soluções legais adequadas ao *paradigma protetor* que leva em consideração a pessoa segundo sua posição vital. Abandona-se o regime oitocentista centrado principalmente nas questões patrimoniais, e se observam os aspectos pessoais, sociais e familiares das pessoas com deficiência mental. Parte da capacidade como regra, e permite ao juiz valorar e determinar em cada caso o alcance das funções do curador ou apoios necessários, para não invadir a esfera de autonomia além da necessidade de sua proteção.” (GALLI FIANT, María Magdalena. *Personas con capacidad restringida y su protección*. In: **Revista Jurídica argentina La Ley**, Buenos Aires, 2016-B. p. 409).

*apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*²²⁹

Infere-se dos dispositivos que os apoios devem ser priorizados na proporção do interesse da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, sendo admitida como exceção a declaração de incapacidade e substituição da vontade para os casos de impossibilidade da pessoa exprimir suas preferências.

As características colhidas do mecanismo esmiuçado no artigo 43 são a individualização ou personalização dos atos com o apoio; a modificabilidade da instituição do apoiador a critério da pessoa apoiada; a possibilidade de construção de uma rede de apoios não limitada a uma só pessoa e, por fim, a integralidade da abordagem por um mesmo magistrado²³⁰.

A disciplina sobre as medidas de apoio presente no Código Civil Argentino revela a consonância com o enfoque funcional e preponderância da capacidade legal da pessoa com deficiência como regra insculpida no artigo 12 da CDPD.

²²⁹ Em tradução livre: “Artigo 32. Pessoa com capacidade restringida e com incapacidade. O juiz pode restringir a capacidade para determinados atos de uma pessoa maior de treze anos que sofre de um vício ou uma alteração mental permanente ou prolongada, de suficiente gravidade, sempre que estime que do exercício de sua plena capacidade possa resultar um dano a sua pessoa ou a seus bens. Em relação aos ditos atos, o juiz deve designar o ou os apoios necessários que prevê o artigo 43, especificando as funções com os ajustes razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa. O ou os apoios designados devem promover a autonomia e favorecer as decisões que respondam às preferências da pessoa protegida. Por exceção, quando a pessoa se encontra absolutamente incapaz de interagir com o seu entorno e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e o sistema de apoios resulte ineficaz, o juiz pode declarar a incapacidade e designar um curador. [...] Sistemas de apoio ao exercício da capacidade. Artigo 43 – Conceito. Função. Designação. Entende-se por apoio qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que dele necessite para tomar decisões com o fim de dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função a de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação da vontade da pessoa para o exercício de seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio. O juiz deve avaliar os alcances da designação e procurar a proteção da pessoa a respeito de eventuais conflitos de interesses ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, caso necessário, ser inscrita no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas.” (ARGENTINA. **Texto del Código Civil y Comercial de la Nación en el Boletín Oficial**. Disponível em: < <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017).

²³⁰ GALLI FIANT, María Magdalena. Personas con capacidad restringida y su protección. In: **Revista Jurídica argentina La Ley**, Buenos Aires, 2016-B. p. 411-412.

Todavia, nota-se que o legislador argentino contemplou e manteve no artigo 24 do atual diploma civil²³¹ a hipótese excepcional de incapacidade absoluta para as pessoas impossibilitadas de interagir socialmente ou expressar sua vontade de qualquer modo com o seu entorno. Ressalta-se que se trata de uma exceção à regra, uma vez que, a princípio, todas as pessoas maiores de idade são consideradas capazes no referido ordenamento jurídico e somente se declara a incapacidade absoluta de pessoa com deficiência por meio de sentença acompanhada de regime de curatela. Não obstante, exige-se a tentativa de estabelecer outras medidas de apoio que abram portas ao desenvolvimento e redução de barreiras à pessoa com deficiência, sem graduar a sua capacidade legal de exercer direitos.

Essas medidas de apoio poderão ser judiciais ou extrajudiciais e a legislação dá primazia a vínculos de confiança existentes entre a pessoa apoiada e os apoiadores por ela indicados. A proteção da liberdade da pessoa com deficiência é exposta em uma dimensão negativa, que a livra de coerções do Estado ou de terceiros que possam substituir suas decisões sem atender às suas preferências.

Também se visualiza do artigo 43 do Código Civil argentino a garantia da liberdade positiva da pessoa que deseja utilizar a medida de apoio. Ela deve propor ao Poder Judiciário a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para apoiá-la, fornecendo informações, esclarecendo o contexto de um negócio jurídico e prováveis consequências de suas escolhas, e deve o magistrado delinear os limites para essa atribuição.

A título de proteção da pessoa, o mesmo dispositivo legal reduz o alcance da dimensão positiva de liberdade, ao conferir ao Juiz a tarefa de analisar para quais atos e em que proporção o apoio deve ser praticado, bem como de acompanhar conflitos de interesse que possam existir entre beneficiado e apoiadores. Ainda com a justificativa de proteção à pessoa com deficiência e para publicizar o apoio, o

²³¹ *ARTICULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.* Em tradução livre: “Artigo 24 – Pessoas incapazes de exercício. São incapazes de exercício: a) a pessoa por nascer; b) a pessoa que não conta com a idade e grau de maturidade suficiente, com o alcance disposto na Seção 2ª deste Capítulo; c) a pessoa declarada incapaz por sentença judicial, na extensão disposta nessa decisão”. (ARGENTINA. **Texto del Código Civil y Comercial de la Nación en el Boletín Oficial.** Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>>. Acesso em: 18 nov.2017)

artigo 43 exige que haja inscrição da medida em Registro de estado civil e capacidade das pessoas.

Por outro lado, a liberdade individual em sentido relacional é preservada no sistema argentino, pois considera a pessoa com deficiência em uma rede de relações em que há vínculos de confiança prévios à sua instituição.

A dimensão formal da liberdade é reiterada pela solidificação da capacidade legal como regra, enquanto a liberdade substancial é contemplada pela indicação de possibilidades de maior ou menor apoio à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a ser instituído concretamente e de acordo com as suas potencialidades.

A experiência argentina foi pioneira no âmbito da América Latina e traz semelhanças ao sistema de apoios desenvolvido pelo legislador brasileiro na Tomada de Decisão Apoiada, conforme se aprofundará no Capítulo III.

A última ilustração trata-se de projeto de lei em trâmite no Peru para adequar seu regime de capacidades ao modelo social. O Código Civil Peruano é de 1984 e prevê em sua redação hodierna a possibilidade de tornar absoluta ou relativamente incapaz a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual através de processo de interdição.

Após a assinatura da CDPD, o Peru promulgou a Lei n. 29.973 em 24 de dezembro de 2012, conhecida como “*Ley General de la persona con discapacidad*”²³², que tem por escopo promover a igualdade das pessoas com deficiência no estado peruano em diversas frentes, como direito à moradia, à saúde e à educação.

Em seu artigo 9.1, a lei refere-se a modificações a serem realizadas no Código Civil do país para disciplinar um sistema de apoios e garantir a capacidade legal²³³. Além de promover alterações na redação de alguns dispositivos do Código Civil (especialmente atinentes ao testamento), na referida oportunidade o legislador

²³² PERU, **Ley n. 29.973.** Disponível em: <<https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Legislacion/Ley-general-de-la-Persona-con-Discapacidad-29973.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

²³³ “**Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley.** 9.1 *La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.* Em tradução livre: “**Artigo 9. Igual reconhecimento como pessoa ante a lei.** 9.1. A pessoa com deficiência tem a capacidade jurídica em todos os aspectos da vida, em igualdade de condições às demais. O Código Civil regula os sistemas de apoio e os ajustes razoáveis que requieran para a tomada de decisões.”.

peruano determinou a criação da “*Comisión Revisora del Código Civil*”²³⁴ para discutir as alterações necessárias no ordenamento jurídico quanto à capacidade legal e medidas de apoio.

A referida Comissão, conhecida pela sigla “CEDIS”, foi instaurada em 05 de dezembro de 2013²³⁵ e propôs projeto de lei publicado em abril de 2015. Por ora, são expostas de forma sucinta as propostas de alterações atinentes ao sistema de apoios à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, compreendidas especialmente nas sugestões de redação do artigo 45, e artigos 564 a 569²³⁶.

A redação atual do Código Civil peruano é nitidamente voltada aos enfoques da atribuição direta da incapacidade (*status approach*) e substitutivo da vontade (*outcome approach*) conforme é possível depreender de seus artigos 43, 44 e 45:

Artículo 43°.- Incapacidad absoluta. Son absolutamente incapaces:
 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento
Artículo 44°.- Incapacidad relativa. Son relativamente incapaces:
 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

²³⁴ COMPLEMENTARIAS FINALES [...] SEGUNDA. Creación de Comisión Revisora del Código Civil Constitúyese una comisión especial encargada de revisar el Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y formular, en un plazo no mayor a seis meses, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil que se ajuste a lo establecido en la presente Ley y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La comisión especial está compuesta por los siguientes miembros: a) Dos congresistas de la República, uno de los cuales la preside. b) un representante del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis). c) un representante del Poder Judicial. d) un representante de las universidades que tengan facultades de Derecho, el cual es designado por la Asamblea Nacional de Rectores. e) un representante de la Defensoría del Pueblo. f) un representante del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. g) Tres representantes de las organizaciones de personas con discapacidad. Em tradução livre: “DISPOSIÇÕES FINAIS [...] SEGUNDA. Criação de Comissão Revisora do Código Civil. Constitui-se uma comissão especial encarregada de revisar o Código Civil quanto ao exercício da capacidade jurídica da pessoa com deficiência e formular, em um prazo não superior a seis meses, contado a partir da entrada em vigência da presente lei, um anteprojeto de lei de reforma do Código Civil que se ajuste ao estabelecido na presente lei e na Convenção sobre os Direitos das pessoas com deficiência. A comissão especial será composta pelos seguintes membros: a) dois congressistas da República, um dos quais a preside. b) um representante do Conselho Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência (Conadis). c) um representante do Poder Judiciário. d) um representante das universidades que tenham facultades de Direito, o qual é designado pela Assembleia Nacional de Reitores. e) um representante da Defensoria do Povo. f) um representante do Registro Nacional de Identificação e Estado Civil. g) Três representantes das organizações de pessoas com deficiência.”

²³⁵ PERU. **Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad – CEDIS.** Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/cedis/index.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

²³⁶ PERU. **Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil peruano en lo referido a la persona con discapacidad.** Disponível em: <<https://issuu.com/cedis1/docs/anteproyectocedis>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrir en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

*Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.*²³⁷

Observa-se dos dispositivos que tanto a incapacidade absoluta, quanto a incapacidade relativa são tratadas como adjetivos pela legislação peruana e as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual podem ser identificadas em ambas as hipóteses: seja na qualidade de absolutamente incapazes por qualquer causa que as prive de capacidade cognitiva; seja na condição de relativamente incapazes por “retardo mental”. Ademais, o artigo 45 erige o sistema de substituição da vontade da pessoa com deficiência por representantes que exerçam os direitos civis em substituição de seus representados. São esses os paradigmas confrontados pelo atual projeto de lei peruano.

O projeto apresenta sistema de apoios em perspectiva funcional da capacidade civil, com a garantia de liberdade de escolha à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual de eleger apoiadores para suas tomadas de decisão, conforme se observa da redação proposta de redação dos artigos 45 e 564:

Artículo 45º. – Las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código y de las leyes especiales.

[...]

*Artículo 564º.- La persona con discapacidad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio.*²³⁸

²³⁷ Em tradução livre: “Artigo 43. Incapacidade absoluta. São absolutamente incapazes: 1. Os menores de dezesseis anos, salvo para aqueles atos determinados para a lei; 2. Os que por qualquer causa se encontrem privados de discernimento. Artigo 44. Incapacidade relativa. São relativamente incapazes: 1- Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade; 2. Os retardados mentais; 3. Os que adoecem de deterioração mental que os impede de expressar sua vontade livre; 4. Os pródigos; 5. Os que incorrem em má gestão; 6. Os ébrios habituais; 7. Os toxicômanos; 8. Os que sofrem pena que leva anexa a interdição civil. Artigo 45. Os representantes legais dos incapazes exercem os direitos civis destes, segundo as normas referentes ao pátrio poder, tutela e curatela.” (PERU. **Código Civil: decreto legislativo n. 295.** Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf>. Acesso em: 12 dez.2017).

²³⁸ Em tradução livre: “Artigo 45. As pessoas com deficiência podem designar representantes ou contar com apoios de sua livre e voluntária eleição segundo as disposições deste Código e das leis especiais. [...] Artigo 564. A pessoa com deficiência pode acessar de maneira livre e voluntária os apoios que considere pertinentes para possibilitar sua capacidade de exercício.” (PERU. **Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil peruano en lo referido a la persona con discapacidad.** Disponível em: <<https://issuu.com/cedis1/docs/anteproyectocedis>>. Acesso em: 19 nov. 2017).

Especial realce é dedicado à modificação do artigo 45, que não deixa de prever a via de representação da pessoa com deficiência para atos da vida civil, contudo, a redação proposta adverte que a representação é uma das opções de medidas de apoio – não a única e não como substitutiva da vontade. A previsão de que os apoios serão instituídos por “livre e voluntária eleição” da pessoa com deficiência reforça a dimensão positiva da liberdade em meio à estrutura desse novo parâmetro.

As medidas de apoio são definidas na proposta de redação do artigo 565 como formas de auxílio à pessoa com deficiência para o exercício de seus direitos, inclusive quanto à comunicação, manifestação da vontade e compreensão de atos jurídicos e suas respectivas consequências²³⁹.

Tal apoio pode ser feito por uma ou mais pessoas naturais ou por pessoas jurídicas sem fins lucrativos e sua designação será entabulada ante notário ou juiz²⁴⁰. Sobre este último, o projeto de lei prevê a hipótese excepcional de o Judiciário definir os apoios à pessoa com deficiência impossibilitada de manifestar sua vontade.

As dimensões da liberdade da pessoa com deficiência são reafirmadas a todo o tempo no texto do projeto, que enfatiza a liberdade positiva da pessoa com deficiência escolher as pessoas que desempenharão a função de apoiadores, bem como de optar pelo mecanismo de apoio que seja mais conveniente às suas potencialidades.

²³⁹ *Artículo 565°.- Los apoyos son formas de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad.* Em tradução livre: “Os apoios são formas de assistência que se prestam à pessoa com deficiência para facilitar o exercício de seus direitos, incluindo o apoio na comunicação, a compreensão dos atos jurídicos e suas consequências, e a manifestação da vontade.”. (PERU. **Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil peruano en lo referido a la persona con discapacidad.** Disponível em: <<https://issuu.com/cedis1/docs/anteproyectocedis>>. Acesso em: 19 nov.2017).

²⁴⁰ A possibilidade de instituir o apoio por meio de escritura pública é delineada no artigo 568-A do projeto, cuja redação é: *Toda persona mayor de edad puede designar por escritura pública el o los apoyos que considere necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para su capacidad de ejercicio. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En la escritura pública debe constar el momento en que estas directivas entran en vigor.* Em tradução livre: “Toda pessoa maior de idade pode designar por escritura pública o ou os apoios que considere necessários antecipando a necessidade de assistência futura para sua capacidade de exercício. Da mesma forma, a pessoa pode determinar em que pessoas ou instituições não deve recair tal designação, assim como a forma, alcance, duração e diretrizes de apoio a receber. Da escritura pública deve constar o momento em que essas diretrizes entram em vigor.”.

Consequentemente, instaurada uma medida que atenda às necessidades da pessoa apoiada, seu conjunto capacitório será ampliado e viabilizará escolhas que reflitam sua vontade, alicerçando sua liberdade substantiva.

O projeto de lei peruano mostra caminhos a serem trilhados pelos sistemas de tradição *Civil Law* a fim de adequar suas legislações ao modelo social e enfoque funcional proposto pela Convenção. Muito embora Argentina e Brasil já tenham promovido alterações formais em seus ordenamentos jurídicos, percebe-se que o trajeto escolhido pelo legislador peruano parece dialogar de modo mais direto às pessoas destinatárias da norma, uma vez que instaurou comissão especial para a elaboração do projeto, presidida por deputado que também é pessoa com deficiência.

Os sistemas de apoio vislumbrados brevemente neste capítulo relevam sua consonância, em maior ou menor medida, com os objetivos delineados na CDPD. Esses instrumentos se diferenciam por sua estrutura formal, já que alguns coexistem com regime de tutela e curatela (*v.g. a sauvegarde de justice e a amministrazione di sostegno*), enquanto outros buscam uma quebra do regime tradicional das incapacidades (*v.g. a Sachwalterschaft e Betreuungrecht*).

De todo modo, a função demonstrada por esses institutos jurídicos é, em linhas gerais, ampliar o protagonismo da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que demanda apoio para tomar decisões com liberdade.

Não se deve olvidar que, para que os perfis da liberdade sejam concretamente exercidos, é preciso que esses instrumentos sejam utilizados e compreendidos por seus destinatários. Trata-se de uma preocupação com a dimensão prospectiva do sistema de apoio e que encontra respostas na vivência dessas pessoas no mundo dos fatos, cuja invisibilidade ainda é constatada, especialmente em países em desenvolvimento.

Com essa inquietação em mente, parte-se para o exame da Tomada de Decisão Apoiada prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO III

A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO

O caminho percorrido no presente estudo consubstancia o impacto das mudanças propostas pela CDPD quanto à ideia de capacidade legal e ampliação da liberdade das pessoas com deficiência fazerem escolhas concretas em direção à vida que valorizam para si. Propostas de instrumentos que deixam para trás os parâmetros de atribuição direta da incapacidade (*status approach*) e substitutivo da vontade (*outcome approach*) estão na ordem do dia de discussões doutrinárias e legislativas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dentre os quais se inclui o brasileiro.

O Brasil internalizou a CDPD em 2009 com *status* formal e material de texto constitucional, trazendo como um de seus desdobramentos a leitura da legislação interna à sua luz. Alguns anos depois, houve alterações acrescidas pelo EPD (Lei n. 13.146/2015).

No que se refere à inclusão de instrumentos de apoio ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual (previsão contida no artigo 12.3 do tratado internacional) o EPD cria em seu artigo 114 a figura da Tomada de Decisão Apoiada, estruturada no artigo 1.783-A ao Código Civil.

É importante compreender essa disciplina, bem como distinguir as manifestações doutrinárias a respeito desse instituto jurídico. Porém, não só. Faz-se imperativo explorar quais os desafios que a Tomada de Decisão Apoiada impõe para a efetiva ampliação de liberdades de seus destinatários²⁴¹.

²⁴¹ Em ponto de vista da teoria crítica dos direitos humanos, Ana Carla Harmatiuk Matos e Ligia Ziggotti de Oliveira sinalizam: “Assim, se limitada a função dos juristas unicamente à busca pela incorporação de enunciados normativos ao ordenamento vigente, e à mera análise exegética de seu teor, afasta-se a imprescindível reflexão acerca das reais condições contextuais de se reproduzirem os projetos de emancipação firmados em lei na concretude sentida pelas pessoas com deficiência. Ao se propor a análise das reais condições contextuais em que se inserem os enunciados normativos, revela-se, pois, outro aspecto da chamada teoria crítica dos direitos humanos: o desapego à pretensa neutralidade jurídica, em busca de envolvimento mais comprometidos com as vivências concretas” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. Além da Convenção de Nova York: Além do estatuto da pessoa com deficiência - Reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. In: **Revista de derechos humanos y estudios sociales – Redhes**. Sevilha, ano VIII, n. 15, p. 15-32, jan./jun. 2016. p. 17).

O presente estudo, ciente deste quadro, ilustra algumas das características do mecanismo instituído, bem como questiona se ele apresenta respostas correspondentes ao desiderato da CDPD.

Por se tratar de uma novidade legislativa, empreende-se, ao lado de uma leitura doutrinária, uma análise também dogmática, que considera os sentidos e conceitos apresentados pelo ordenamento jurídico, conforme leciona Pietro Perlingieri:

A reflexão sobre conceitos é usualmente definida na ciência jurídica como 'dogmática'. 'Dogma' tem aqui um significado diferente relativamente a outros empregos do termo: não se trata de postulados evidentes por si só ou de qualquer modo subtraídos à livre discussão, mas de conceitos elaborados com base no ordenamento, legitimados exclusivamente em virtude da sua capacidade explicativa e resolutive de problemas práticos e enquanto mantiverem esta qualidade.²⁴²

Para além de um mero exame conceitual, propõe-se pensar a Tomada de Decisão Apoiada em leitura consonante ao que Luiz Edson Fachin define como as três dimensões da constitucionalização do direito civil.

O sentido formal da constitucionalização reside na norma positiva contida no ordenamento jurídico e, primordialmente, na Constituição Federal, sendo um perfil que se coaduna à ideia de estrutura ou "como" um instituto jurídico se apresenta a partir da legislação. A dimensão substancial se vincula aos princípios expressos ou implícitos ao texto constitucional e, por fim, a dimensão prospectiva exige a constante absorção de sentidos histórico-culturais e a ressignificação do direito civil em prol dos valores constitucionalmente protegidos²⁴³.

Nesse trilhar, tem-se por objeto o estudo da Tomada da Decisão Apoiada, inserida no contexto de unidade sistemática, cujo ápice é a dignidade da pessoa

²⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-60.

²⁴³ "Numa síntese apertada da tríplice acepção da constitucionalização do Direito Civil, tal como aqui apreendida e proposta, reitera-se, que formal é a instância do sentido da regra positivada (na legislação constitucional ou infraconstitucional), com seus limites e possibilidades; substancial é a expressão normativa e vinculante dos princípios, expressos ou implícitos na ordem constitucional positivada, e que compõem o ordenamento; sua previsão explícita ou não é também elemento da unidade de sua compreensão e aplicação; e prospectiva é a atuação hermenêutica da reconstrução permanente, correta e adequada, dos significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática do Direito Civil". (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 85-86).

humana²⁴⁴ voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia de desenvolvimento nacional, erradicação de desigualdades e promoção do bem de todos sem qualquer discriminação²⁴⁵.

Nesse sistema jurídico unitário, empreende-se a leitura da Tomada de Decisão Apoiada. De início, sublinha-se que ela contém aspectos similares a figuras presentes em outros ordenamentos jurídicos. Vias alternativas à incapacidade absoluta acompanhada de curatela ou tutela se desenvolveram ao decorrer das últimas décadas do século XX em ordenamentos jurídicos de tradição *Civil law* (v.g., a *Sachwalterschaft* e *Betreuungsrecht*) e, atualmente, a criação de sistemas de apoio que não destituam a capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é imperativo apresentado pela CDPD em seu artigo 12.

Atenta à necessidade de adequação de ordenamentos jurídicos a esse dispositivo, a ONU publicou documento com vistas a orientar parlamentares para a elaboração de instrumentos de apoio com estrutura condizente aos propósitos e princípios enunciados na citada Convenção.

As recomendações consistem em revisitar a legislação interna sobre o exercício da capacidade civil, estabelecer prévio diálogo com as pessoas com deficiência que desejam se beneficiar do instrumento e verificar se, concretamente, há redes de apoio comunitárias ou mesmo programas sociais que materializam em âmbito local a tomada de decisões com maior liberdade e independência por pessoas com deficiência:

Consultar con organizaciones de la sociedad civil para verificar si en su distrito electoral existe la toma de decisiones con apoyo. Examinar la legislación sobre tutoría y considerar si esas leyes y normas fomentan la toma de decisiones con apoyo y respetan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Plantear en el parlamento la cuestión de la toma de decisiones con apoyo y recomendar la elaboración de programas que promuevan la toma de decisiones con apoyo. [...] Hacer lo necesario

²⁴⁴ O artigo 1º da Constituição da República brasileira enuncia como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana: “Art. 1º 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 [...]”.

²⁴⁵ Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão dispostos no artigo 3º da Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”.

*para que las comisiones parlamentarias sobre la Convención incluyan la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo en su temario.*²⁴⁶

Depreende-se das recomendações que se pretendia extrair de experiências prévias alguma proposta de estrutura ao instituto da tomada de decisões com apoio. Isto é, aconselhou-se partir da força construtiva dos fatos sociais em direção à edificação de mecanismos que viessem a estimular a capacidade legal pessoa com deficiência psíquica ou intelectual com a participação de uma rede de apoiadores.

No âmbito da produção legislativa brasileira, o artigo 114 do EPD incluiu a Tomada de Decisão Apoiada ao Código Civil de 2002 através do artigo 1.783-A:

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 negocial 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.

²⁴⁶ Em tradução livre: “Consultar organizações da sociedade civil para verificar se em seu distrito eleitoral existe a tomada de decisões com apoio. Examinar a legislação sobre curadoria e considerar se essas leis e normas fomentam a tomada de decisão apoiada e respeitam a capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Estimular no parlamento a questão da tomada de decisões com apoio e recomendar a elaboração de programas que promovam a tomada de decisões com apoio. [...] Fazer o necessário para que as comissões parlamentares sobre a Convenção incluam a capacidade jurídica e a tomada de decisões com apoio em sua pauta.”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **De la exclusión a la igualdad:** hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad – Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. p. 97. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017).

§ 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.

Constata-se que o dispositivo atende ao comando da CDPD em conceber um instrumento de apoio coadunado ao modelo social da deficiência. A existência dessa norma é importante etapa em direção à efetividade dos direitos enunciados no tratado, especialmente por sua redação convergir à garantia de salvaguardas, vontade e preferências de seus destinatários.

Outro passo significativo para a materialização do que fora positivado é o desenvolvimento doutrinário acerca desse instituto jurídico. Atualmente, o conceito de Tomada de Decisão Apoiada oferecido pela doutrina não destoaria do que o legislador cristalizou na letra da lei.

Sem a pretensão de esgotar as fontes que tratam atualmente do tema, mencionam-se algumas elaborações científicas pertinentes ao que ora se propõe com relação à sua natureza jurídica, objeto e aos desafios postos frente aos tribunais e ao legislador para a efetividade desse instrumento.

3.1. NATUREZA JURÍDICA

O incurso à natureza jurídica da Tomada de Decisão Apoiada exige o exame concomitante de manifestações teóricas sobre o seu conceito. A primeira concepção referenciada é a articulada por Flávio Tartuce, o qual, a partir da redação do *caput* do artigo 1.783-A, assimila a Tomada de Decisão Apoiada como processo judicial:

[trata-se de] processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege 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.²⁴⁷

A referida proposta de definição atrela a Tomada de Decisão Apoiada à chancela do Estado juiz, o que não destoaria da literalidade e exigência da lei.

Por sua vez, Nelson Rosenvald expõe conceito que se aproxima da funcionalidade do instrumento, como “medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais”²⁴⁸. O autor inclusive se manifestou ocasionalmente sobre a natureza jurídica da Tomada de Decisão Apoiada como “negócio jurídico fiduciário”²⁴⁹, em razão de a lei exigir a existência de vínculo de confiança entre apoiado e apoiadores.

Outra perspectiva é a de Joyceane Bezerra de Menezes, que leva em consideração experiências de internalização de medidas de apoio em ordenamentos jurídicos estrangeiros e salienta a inovação que constitui a Tomada de Decisão Apoiada no âmbito brasileiro:

Trata-se de um instituto novo que, sem guardar identidade com qualquer outro existente na ordem jurídica brasileira, foi criado para atender a orientação geral da Convenção [...] Embora tenha alguma semelhança com a *amministrazione di sostegno* italiana e com o contrato de representação instituído pela *British Columbian* canadense, não constitui cópia de qualquer deles, razão pela qual ainda apresenta arestas e lacunas que serão aparadas e preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, com o fim de favorecer a sua aplicação e utilidade.²⁵⁰

A autora enfatiza que doutrina e jurisprudência brasileiras devem caminhar lado a lado para suprir lacunas com vistas à concretização do uso da medida de

²⁴⁷ TARTUCE, Flávio. O Estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 472-473.

²⁴⁸ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 507.

²⁴⁹ Nelson Rosenvald assim qualificou a natureza jurídica da Tomada de Decisão Apoiada em recente palestra da 11ª edição do Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões. (ROSENVALD, Nelson. **A partir da vigência da LBI – Lei Brasileira de Inclusão -, qual é a responsabilidade civil da pessoa com deficiência, curadores e apoiadores?** Belo Horizonte- MG, 27/10/2017. Palestra).

²⁵⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 43-44.

apoio. Essas noções introdutórias ilustram o esforço doutrinário em entender a complexidade que gira em torno da definição do instituto jurídico e da sua inovação.

Na linha de pensamento apontada por Menezes, a Tomada de Decisão Apoiada difere de outros institutos constantes da legislação brasileira e ora se apontam brevemente algumas de suas peculiaridades quando comparada à representação convencional, à assistência ou à curatela.

Difere-se da representação convencional, pois neste caso o mandante confere poderes ao mandatário atuar em seu nome para fins específicos²⁵¹, enquanto que na Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa que a institui atua em nome próprio, recebendo como prestação dos apoiadores as informações e o auxílio no esclarecimento do contexto das possibilidades de escolha a seu dispor²⁵².

É diferente da assistência, porque esta é atribuída a relativamente incapazes e consiste na necessidade de acompanhamento de um terceiro para a prática de atos civis²⁵³, ao passo que a Tomada de Decisão Apoiada é dirigida a pessoas capazes.

A distinção presente na comparação com a curatela é de que esta destina-se excepcionalmente a pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com mínimo de capacidade cognitiva, limitando-se a atos de cunho patrimonial (artigo 85 do EPD) e com a exigência de processo judicial para o exame de sua conveniência. Por outro lado, a Tomada de Decisão Apoiada está à disposição de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual capazes e resulta do exercício de sua liberdade positiva, exigindo homologação do Poder Judiciário.

Uma das diferenças entre curatela e Tomada de Decisão Apoiada reside no grau de liberdade de decisão dado ao final à pessoa com deficiência: no primeiro caso, o curador ou a curadora tem a prerrogativa de tomar a decisão em nome da pessoa, sempre levando em consideração as suas vontades e preferências. No segundo caso, a apoiadora apenas auxilia a pessoa com deficiência a compreender o contexto em que sua decisão se insere e que consequências poderiam advir, porém, a última palavra será da pessoa apoiada.

²⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 409.

²⁵² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016, p. 39.

²⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 313.

A função da Tomada de Decisão Apoiada amplia o raio de alcance das liberdades da pessoa apoiada. Segundo Nelson Rosenvald, o instrumento apresenta também a função de estimular a capacidade de agir da pessoa com deficiência:

Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital para o ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.²⁵⁴

O mesmo autor entende que o instrumento de apoio abrange a função anteriormente desempenhada pela curatela do enfermo, revogada pelo EPD (artigo 1.780 do Código Civil²⁵⁵) e se manifesta ainda mais elástica, em virtude de sua origem se coadunar com o disposto na CDPD²⁵⁶.

Além de se diferenciar dessas figuras, a função do apoio não se resume a uma mera consulta ou pedido informal de opinião. Nas palavras de Joyceane Bezerra de Menezes, não se trata da “institucionalização de um palpite”²⁵⁷, pois repercute na assunção de deveres de informação, cooperação e proteção a serem cumpridos pelo apoiador, do qual pode ser inclusive exigida prestação de contas ao Poder Judiciário.

Ao se destacar como mecanismo de apoio com feições singulares, a função da Tomada de Decisão Apoiada é compatível com a ideia de vida independente

²⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 506/507

²⁵⁵ “Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.”

²⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 513.

²⁵⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 49.

desejada por movimentos de pessoas com deficiência e disposta no texto da CDPD²⁵⁸.

A despeito da ideia que funda a criação da Tomada de Decisão Apoiada ser adequada à CDPD, notam-se dissonâncias sobre a sua natureza jurídica no direito brasileiro. O *caput* do artigo 1.783-A se refere expressamente a “processo” (qualificado como “judicial” no conceito de Tartuce), Nelson Rosenvald a concebe como “negócio jurídico fiduciário” e Joyceane Bezerra de Menezes a aproxima da noção de “acordo”. Da leitura do dispositivo, é possível inferir que o instituto jurídico demonstra características negociais, contudo, não é um negócio jurídico “puro”, pois depende da homologação judicial para se perfectibilizar.

A condição de o Poder Judiciário e o Ministério Público analisarem o termo de Tomada de Decisão Apoiada parece se voltar à salvaguarda da pessoa com deficiência. Ainda que esta seja dotada de capacidade legal, não se pode olvidar da sua vulnerabilidade concreta reivindicadora de especial atenção e salvaguardas.

A análise do objeto da Tomada de Decisão Apoiada evidencia sua função de proteger de modo adequado a pessoa com deficiência. Assim, feitos os aportes referentes à natureza jurídica do instrumento, empreende-se o exame de seu objeto.

3.2. OBJETO

O objeto da Tomada de Decisão Apoiada não é a decisão em si, numa perspectiva de substituição da vontade da pessoa que a institui (*outcome approach*), mas, sim, consiste na obrigação de prestação de deveres, como de diligência e de informação, a serem exercidos pelos apoiadores eleitos, os quais devem manter vínculo de confiança com a pessoa apoiada.

Pode-se dizer, em breve síntese, que o objetivo da Tomada de Decisão Apoiada é a manutenção da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou

²⁵⁸ “Para esclarecer o termo vida independente, a Convenção, de forma proposital, reafirma o princípio constitucional da igualdade como forma de não-discriminação para estabelecer o direito fundamental da autonomia e vida independente”. (DIAS, Joelson et. al. (Orgs.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014).

intelectual e conseqüente cultivo por seu protagonismo em parâmetro funcional (*functional approach*).

Assegura-se em lei a faculdade de a pessoa com deficiência elaborar termo seguindo a estrutura constante do artigo 1.783-A do Código Civil com o fito de aprimorar o exercício de sua capacidade legal e alargar a compreensão a respeito das condições concretas que envolvem uma escolha.

Por exigência legal, esse termo deve ter seu conteúdo escrito e indicar os nomes de pelo menos dois apoiadores. A princípio, por interpretação sob as lentes da liberdade negativa, tal conteúdo pode corresponder tanto a questões de âmbito patrimonial, quanto existencial²⁵⁹. Essa visão é reforçada por se tratar de uma medida de apoio que guarda raízes na CDPD, cabível em casos em que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual guarda capacidade cognitiva suficiente para ter e exercer seus direitos.

De acordo com Joyceane Bezerra de Menezes, diferentemente da limitação que o EPD confere à curatela para apenas incidir sobre atos patrimoniais²⁶⁰ (artigo

²⁵⁹ Nesse tocante, destaca-se a distinção que a doutrina civilista confere às situações subjetivas patrimoniais e existenciais. Joyceane Bezerra de Menezes entende que há diferentes níveis de compreensão para diferentes tipos de ato civil, sendo a exigência de compreensão para decisões em plano patrimonial diferente daquela para a seara existencial do ser humano. Para a autora, os atos civis patrimoniais “envolvem informações mais técnicas e jurídicas, menos subjetivas” e os atos civis existenciais “estão mais relacionados aos vínculos pessoais, às preferências individuais e às circunstâncias específicas da personalidade de cada um, enfim, ao seu próprio modo de ser”. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 516).

²⁶⁰ Ainda que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresente essa limitação, Joyceane Bezerra de Menezes entende que pode a medida de curatela possar estendida a decisões existenciais para sua proteção: “Se houver necessidade de proteger o indivíduo no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 533). A questão foi apontada em manifestação do Ministério Público Federal ao pedir a instauração de Incidência de Assunção de Competência perante o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 858.156) e o órgão indicou sua proposta de interpretação: “Nas situações em que não seja possível a adoção da tomada de decisão apoiada, e já haja curatela, entende-se que o art. 85 da Lei nº 13.146/2015 deve ser interpretado de forma a possibilitar que, excepcionalmente, ocorra a proteção de interesses do curatelado de natureza não patrimonial. Nessas hipóteses, será estabelecida certa limitação ao exercício de direitos pelos curatelados, devendo tais limites constar na sentença que instituir a curatela.” (BRASIL. Ministério Público Federal. **Incidente de Assunção de Competência no Agravo em Recurso Especial n. 856.156/RJ**. Brasília, DF, 2016. p. 16).

85)²⁶¹, não há vedação para a utilização da Tomada de Decisão Apoiada a atos de natureza existencial:

Ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio.²⁶²

Todavia, esse entendimento não é pacífico. Convém registrar a visão doutrinária de Luciana Berlim, para quem o instituto deva se restringir a negócios jurídicos mais complexos, pois o seu uso a atos mais simples ou mesmo a atos existenciais poderia afetar o dinamismo que estes exigem. A autora afirma que há burocracia e falta de praticidade para a formalização da Tomada de Decisão Apoiada, o que engendraria um obstáculo à sua efetividade²⁶³.

Logo, diante da inexistência de vedação quanto ao conteúdo da esfera de decisões a que se valerá a Tomada de Decisão Apoiada – se patrimonial ou existencial –, conclui-se que seu conteúdo possa contornar tanto atos patrimoniais, quanto existenciais²⁶⁴.

Ressalta-se que, de modo excepcional, a medida de curatela deve ser instituída para a administração do patrimônio das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que de modo algum conseguem exprimir sua vontade, a espelho do

²⁶¹ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

²⁶² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 47.

²⁶³ BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 180.

²⁶⁴ Este entendimento também é partilhado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela**: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: CNMP, 2016. p. 8-9).

que se observou das experiências da *Sauvegarde de justice, Amministrazione di sostegno* e do *Apoio al ejercicio de la capacidad* presente no Código Civil argentino.

Há quem questione se seria possível a concomitância das duas medidas de apoio – curatela e Tomada de Decisão Apoiada – a depender do ato a ser praticado. Em parecer a acerca do PLS n. 757/2015 (texto substitutivo), Joyceane Bezerra de Menezes apresenta alguns questionamentos, dentre os quais estão: “[...] o que ocorrerá se a pessoa estiver sob tomada de decisão apoiada e pleitearem-se a sua curatela, relativamente a outros atos que não sejam objeto do apoio pela TDA?” e a pessoa com deficiência “sob curatela relativamente a certos atos, preservando sua capacidade quanto aos demais, poderia, relativamente a esses, requerer a tomada de decisão apoiada?”²⁶⁵.

Ao concluir pela viabilidade do uso simultâneo dos dois instrumentos, a autora sugere o acréscimo de um dispositivo ao projeto, qual seja, o §15 ao artigo 1.783-A, com a seguinte redação: “A tomada de decisão apoiada e a curatela poderão coexistir, relativamente à mesma pessoa, quando o objeto de cada uma vier a incidir sobre atos distintos.”. Saliencia-se que essa é uma proposta doutrinária que até o momento não foi incorporada ao texto do projeto de lei.

Ora, a partir da leitura de que não há vedação a esse uso paralelo, uma conclusão que parta do perfil negativo da liberdade é de que não haveria óbice para sua utilização em atos de natureza diversa. Em outras palavras, e no mesmo sentido de Menezes, seria plausível cogitar instauração de curatela para administração do patrimônio da pessoa com deficiência e da Tomada de Decisão Apoiada para decisões extrapatrimoniais.

Observadas as nuances que são extraídas das decisões abrangidas pelo apoio, examinam-se outros aspectos estruturantes do instituto jurídico a partir de desafios situados no terreno de sua aplicação perante os tribunais e também em propostas de alterações legislativas atualmente em trâmite no Senado Federal.

²⁶⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017. p. 153-154.

3.3 DESAFIOS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVOS À SUA EFETIVIDADE

Da análise quanto à natureza jurídica e ao objeto da Tomada de Decisão Apoiada, percebe-se que não são poucas as dissonâncias que envolvem o estudo do tema pela doutrina. Esses e outros desafios também são enfrentados por tribunais e mesmo pelo Poder Legislativo, que tentam aproximar a previsão abstrata da realidade concreta.

Um primeiro desafio refere-se à interpretação quanto aos sujeitos destinatários da norma. O presente trabalho realiza recorte que vincula a Tomada de Decisão Apoiada ao uso de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual para assegurar a sua capacidade legal²⁶⁶, desatrelando-se de um modelo substitutivo da vontade (*outcome approach*) ou mesmo de um modelo de atribuição direta de incapacidade (*status approach*).

A pesquisa, portanto, opta por explorar a utilização da Tomada de Decisão Apoiada por pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que tenham capacidade cognitiva suficiente para instituir o instrumento. Todavia, não se pode deixar de indicar que há outras interpretações acerca do rol de destinatários do instrumento.

De outro norte, Cíntia Muniz de Souza Konder questiona a concreta efetividade da Tomada de Decisão Apoiada, em razão da condição de desamparo a que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual considerada capaz poderia ser submetida:

Possivelmente, somente as pessoas que tiverem o discernimento reduzido poderão se valer do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, isso se tiverem discernimento suficiente para tal, pois de um lado está o legislador a dizer que as pessoas sem discernimento ou com discernimento reduzido são capazes, mas de outro, na prática, será que uma pessoa sem cognição

²⁶⁶ Há quem compreenda que a Tomada de Decisão Apoiada deva ser utilizada por pessoas com deficiência declaradas relativamente incapazes. Não é esse o ponto de vista partilhado neste trabalho, ao se partir da lógica da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que estimula a criação de instrumentos de apoio para o efetivo exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Em palestra, Simoni Tassinari Cardoso concluiu que se houver Tomada de Decisão Apoiada e a pessoa agir *per se* quanto a ato que demanda apoio previsto no instrumento, é possível tomar o ato como existente, porém, inválido por incapacidade relativa do agente, com a incidência do artigo 171, inciso I do Código Civil, em avaliação *a posteriori*. (CARDOSO, Simone Tassinari. **Sistema de proteção TDAp e Curatela**. Palestra no Encontro de Núcleo de Pesquisas em Direito Civil, Curitiba, 2016).

ou com baixa cognição terá a capacidade, o tino para realizar esse requerimento? Certamente quem não tem discernimento algum jamais irá se valer dela, pois não saberá, não entenderá as suas opções. Por esse instituto a pessoa sem discernimento, mas considerada capaz, fica totalmente desprotegida, patrimonial e existencialmente.²⁶⁷

Esse ponto de vista contrasta com posicionamentos que concedem maior amplitude para quem possa usar este instrumento. Por essa perspectiva, outros grupos vulneráveis, inclusive com outras deficiências, poderiam recorrer-se dessa via a fim de fazer escolhas com apoio, na medida em que entendessem necessário. Alguns exemplos colhidos da doutrina são de pessoas com deficiência física ou sensorial, pessoas idosas, pessoas com dependência química e pessoas obesas mórbidas²⁶⁸.

Não obstante os posicionamentos mais restritivos ou mais ampliativos, a atual redação do artigo 1.783-A, especialmente de seus parágrafos 1º e 2º, é clara ao estipular que o pedido de Tomada de Decisão Apoiada será formulado pela própria pessoa com deficiência, com a devida representação de advogado, e será direcionado ao Poder Judiciário²⁶⁹.

Sobre a legitimidade para o pedido em juízo, também se notam discordâncias na interpretação doutrinária e aqui se localiza um segundo desafio à aplicação da Tomada de Decisão Apoiada. Nelson Rosenvald compreende que, em lógica de “quem pode o mais, pode o menos”, seria admissível deferir a legitimidade de familiar, do Ministério Público ou do curador para requerer a substituição da curatela pela Tomada de Decisão Apoiada como pedido alternativo ao levantamento da

²⁶⁷ KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei nº 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doenças mentais: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 177.

²⁶⁸ Esses e outros exemplos são encontrados em: ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 760. E também em: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./ set. 2016. p. 46.

²⁶⁹ Há quem entenda que a competência para exame e homologação do pedido será das varas de família do juízo do domicílio do requerente. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./ set. 2016. p. 46).

curatela. Por sua ótica, essa extensão proporcionaria mais proteção à pessoa com deficiência²⁷⁰.

Em que pese a justificativa apresentada pelo autor, não parece ser a mais condizente com a estrutura da Tomada de Decisão Apoiada proposta pela CDPD e construída pelo EPD. Para Joyceane Bezerra de Menezes, a legitimidade para o pedido é exclusiva da pessoa com deficiência que a solicita, por consistir em ato personalíssimo:

Trata-se de um ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, por isso, deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros. Assim, o próprio juiz, *ex officio* ou mediante provocação do Ministério Público, não poderá designar a decisão apoiada em favor do jurisdicionado tampouco indicar novos apoiadores em substituição àqueles indicados pelo apoiado.²⁷¹

Nos casos em que a pessoa for declarada incapaz em razão de processo de curatela anterior às alterações legislativas e esta manifestar seu interesse na composição de Tomada de Decisão Apoiada, ela deve ser devidamente ouvida, ainda que formalmente representada, em processo de curatela. Sobre esse ponto, apresentam-se duas decisões recentes de tribunais de justiça de estados brasileiros que enfatizaram a imprescindibilidade de a iniciativa para a instauração do instrumento partir da própria pessoa com deficiência.

Em acórdão de 09/03/2017, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento por unanimidade a recurso de Apelação interposto em face de sentença de “Ação de interdição”²⁷². O juízo de primeiro grau

²⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 510. e ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 756.

²⁷¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016, p. 46.

²⁷² Reitera-se o inadequado uso do termo “interdição” por afrontar a norma constitucional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mesmo que tenha sido empregado na redação do atual Código de Processo Civil. Sobre as críticas a esse termo: a) LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. In: **Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 08 jan. 2018; b) MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun.

julgou improcedente o pedido da autora em declarar a incapacidade absoluta de seu filho ou de ofertar a este a via da Tomada de Decisão Apoiada. No caso concreto, a mãe pretendia que o Poder Judiciário propusesse a alternativa do instrumento de apoio durante entrevista a seu filho em audiência. Os desembargadores acompanharam o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, concluindo que o requerimento para a Tomada de Decisão Apoiada deve partir exclusivamente da pessoa com deficiência²⁷³.

Outra ilustração de decisão ora resumidamente exposta é do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em Agravo de Instrumento interposto em face de decisão liminar que nomeou curadora provisória em “Ação de Tomada de Decisão Apoiada”.

Neste segundo caso, o autor sustentou no recurso que a decisão de primeiro grau extrapolou os limites do pedido da ação, pois é pessoa com deficiência visual decorrente de doença de diabetes e é analfabeto, sem ter decréscimo de sua capacidade cognitiva. O autor nomeou sua companheira e sua filha como apoiadoras e pediu a homologação do termo, ao que o julgador decretou a sua curatela provisória. Em decisão julgada em 18/09/2017, os desembargadores da 1ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP deram provimento ao recurso por unanimidade e afastaram a curatela provisória, nomeando de imediato as apoiadoras indicadas pelo autor²⁷⁴.

Verifica-se dessa segunda narrativa que a legitimidade ativa para o pedido foi estendida para pessoa com deficiência que não se caracterizava como psíquica ou intelectual, sequer tendo sido objeto de questionamento a capacidade legal.

Apesar das dissonâncias doutrinárias e ausência de jurisprudência consolidada sobre o tema²⁷⁵, a legitimidade para propor a Tomada de Decisão Apoiada tende a ser compreendida como exclusiva da pessoa com deficiência.

2017, p. 165-167; c) SILVA, Alexandre Barbosa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o regime das incapacidades. In: EHRHARDT, Marcos. (Coord.) **Impactos do Novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 250.

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 0425884-97.2016.8.21.7000**, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, julgado em 09/03/2017.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2049735-75.2017.8.26.0000**, Relator: Des. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/03/2017.

²⁷⁵ Luiz Edson Fachin esclarece o sentido do significante “jurisprudência” e em que se diferencia de “precedente”: “Jurisprudência é método. A palavra jurisprudência deve corresponder ao resultado de compreensão dos sentidos sobre determinado campo jurídico, propostos pela doutrina e explicitados nos julgamentos por meio de entendimentos consolidados que, emergindo nos tribunais,

No que diz respeito ao outro polo da relação jurídica que constitui a Tomada de Decisão Apoiada, ao contrário do que se constata de instrumentos de apoio vislumbrados na experiência estrangeira, a legislação brasileira exige que a pessoa apoiada deve escolher não uma, mas no mínimo duas pessoas para assumirem a tarefa²⁷⁶. Essa previsão traduz o terceiro desafio do instituto jurídico e perfaz uma limitação à liberdade positiva, já que condiciona a existência do instrumento ao número mínimo de dois apoiadores.

Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber criticam essa restrição, pois inferem que não serve para evitar abusos e tampouco estimula a participação de apoiadores para o desempenho de uma atividade conjunta:

É difícil compreender a opção do legislador brasileiro pela indicação de “pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas” para o exercício da função de apoiador. [...] A exigência de que os apoiadores sejam “pelo menos 2 (duas) pessoas” configura duplo mal: não contribui para evitar os abusos, ao mesmo tempo em que dificulta em muito a vida do apoiado, desestimulando a participação de apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o deficiente, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto com outra pessoa, que não conhecem tão bem ou com quem não mantém o mesmo tipo de relação.²⁷⁷

Por outro viés, há quem interprete essa exigência como uma possível pretensão de o legislador instituir o compartilhamento do apoio à pessoa com deficiência²⁷⁸. Em interpretação constitucionalizada, essa lacuna deve ser lida à luz

se projeta na cultura jurídica no país. [...] Não se pode focar apenas o papel do juiz, pois precedente não se confunde com jurisprudência. O que existe entre nós é um conjunto de precedentes elevados ao patamar de teses, ou colocados, em certos assuntos, no âmbito de um recurso especial repetitivo ou até mesmo de uma eventual súmula, mas isso não tem dado estabilidade e segurança jurídica que se espera de uma verdadeira jurisprudência.” (FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. **Revista IBDFAM**, n. 11, mai. 2014. p. 5-7. Entrevista. p. 5).

²⁷⁶ Previsão diversa é a encontrada no sistema argentino que, como visto, prevê no artigo 43 do Código Civil que “*El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo*”. Em tradução livre: “O interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem o apoio”.

²⁷⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 53.

²⁷⁸ “O suporte conjunto compartilhado implicaria no exercício e na responsabilidade por todo o apoio igualmente atribuído a ambos os apoiadores, sem distinção de funções ou periodicidade. Já o suporte conjunto fracionado permitiria a que cada um fosse chamado a prestar seu apoio em áreas específicas, conforme suas próprias aptidões e habilidades, em relação às quais manteriam responsabilidade exclusiva. Justificada a solução mais adequada ao interesse do requerente, não se vê óbice à sua homologação.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./ set. 2016. p. 48).

da CDPD, dando relevância às preferências da apoiada e possibilitando que o dever seja prestado de modo alternado ou compartilhado, a critério da própria pessoa que o institui.

Joyceane Bezerra de Menezes identifica na legislação brasileira três pressupostos expressos para a nomeação dos apoiadores: “idoneidade”, “confiança” e “vínculo com o pretense apoiado”. Segundo a autora, o “vínculo” a que o artigo 1.783-A faz referência não precisa ser jurídico²⁷⁹. Nesse tocante, resgata-se o propósito da Convenção e das recomendações da ONU em enfatizar as redes de apoio existentes na vivência da pessoa com deficiência.

Ainda que se devam considerar esses vínculos fáticos, a legislação que criou a Tomada de Decisão Apoiada exige sua formalização, o que consubstancia um quarto desafio à efetividade. De acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 1.783-A do Código Civil, o instrumento de apoio deve ser documento de que constem os dados do apoiado e seus apoiadores (ressalta-se, o mínimo de dois), os limites deste apoio e o tempo de sua duração.

Sobre a sua vigência, não há previsão de um prazo, mínimo, máximo ou mesmo para sua revisão, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos. A decisão sobre a duração da medida e sua eventual prorrogação estará, portanto, sob poder da pessoa que se vale do instrumento.

Conforme o parágrafo 3º do artigo 1.783-A, o termo deverá ser submetido ao crivo do Poder Judiciário a fim de ser homologado. Por essa razão, há quem entenda que se trata de processo de jurisdição voluntária²⁸⁰, a qual não se caracteriza pela existência de partes, mas, sim, de interessados, e pela incidência da jurisdição, sendo aplicáveis quando compatíveis os artigos 747 a 763 do Código de Processo Civil²⁸¹.

Guardadas as devidas diferenças, o caso se assemelha ao de alteração de regime de bens do casamento, pois não se trata de negócio jurídico puro. De acordo

²⁷⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 48.

²⁸⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 45.

²⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 798 e 833.

com o artigo 1.639, § 2º do Código Civil²⁸², é autorizada a mudança do regime de bens adotado inicialmente pelo casal (exceto se consistir em regime de separação obrigatória de bens, artigo 1.641 do Código Civil), porém, seus efeitos serão condicionados à homologação judicial. Paulo Lôbo sublinha que, além da autorização do Poder Judiciário, são requisitos para essa modificação a “motivação relevante” e “ressalva do direito de terceiros”²⁸³. Tanto nesta hipótese, quanto na da Tomada de Decisão Apoiada, percebe-se que a liberdade positiva é restringida pelo Estado-juiz quando este examina o conteúdo e as justificativas dos requerentes para cancelar o pedido.

Outro desafio e restrição ao poder negocial puro da Tomada de Decisão Apoiada é a exigência de manifestação do Ministério Público e presença de equipe multidisciplinar durante a análise do conteúdo do apoio e da idoneidade dos apoiadores apontados no termo.

A participação do Ministério Público é questionada por autores que veem nesse requisito uma contradição ao reconhecimento da capacidade legal da pessoa com deficiência e, ao presente estudo, trata-se de mais um desafio à Tomada de Decisão Apoiada. Cíntia Muniz de Souza Konder reflete que o dever institucional do Ministério Público como fiscal da lei, previsto no artigo 178, inciso II do Código de Processo Civil, se volta à proteção de vulneráveis incapazes²⁸⁴ e, portanto, não seria coerente a sua intervenção em um processo de jurisdição voluntária ajuizado por pessoa reconhecidamente capaz²⁸⁵.

²⁸² Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

²⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322-323.

²⁸⁴ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] II - interesse de incapaz; [...].

²⁸⁵ “O primeiro ponto que nos causa estranhamento é a razão do Ministério Público, apresentado pelo Promotor de Justiça, ter que dar a sua oitiva nesse processo. Como defensor dos incapazes, é determinado por lei que o *Parquet* officie nos processos nos quais figurem pessoas com essa qualificação. Contudo, em se tratando de pessoa capaz, não nos parece necessária a intervenção do Ministério Público. Afinal, as pessoas com deficiência são consideradas capazes pelo novo diploma legal.” (KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei nº 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doenças mentais: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 176).

Por outro lado, há opiniões que consideram indispensável a participação do *parquet* diante da vulnerabilidade da pessoa com deficiência e do resguardo de seus interesses, mesmo que reconhecida sua capacidade legal²⁸⁶, como uma salvaguarda contra abusos, seguindo a inteligência do artigo 12, alínea 4 da CDPD.

O acompanhamento de equipe multidisciplinar é interpretado de igual modo como uma salvaguarda oportuna à proteção da vulnerabilidade da pessoa com deficiência. A oitiva da pessoa apoiada e de seus apoiadores por profissionais não adstritos à medicina coaduna-se à reafirmação do modelo social da deficiência. Ao analisarem similar previsão no contexto do processo de curatela, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo trazem contributo aplicável também à atuação do julgador na Tomada de Decisão Apoiada:

[...] a lei, quando exige a equipe multidisciplinar, tem a função de facilitar o trabalho do juiz, repartindo as responsabilidades que, diante do texto da Convenção, são inúmeras para o magistrado. A entrevista, agora com a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar, tem o condão de repartir responsabilidades, tirando do juiz a tarefa de, sozinho e de forma isolada, detectar possíveis problemas que serão posteriormente corroborados por perícia. [...] É necessário entender o tema à luz das barreiras, do ambiente da pessoa, tudo diante da análise das várias facetas do problema. E, por isso, a equipe multidisciplinar. O assistente social, o médico, o terapeuta ocupacional. Todos esses devem estar presentes quando da entrevista.²⁸⁷

A avaliação do conteúdo do termo, bem como a entrevista da pessoa apoiada e dos apoiadores pelo juiz contando com equipe profissional multidisciplinar favorece uma melhor compreensão das potencialidades da pessoa com deficiência e dos benefícios trazidos pela instauração da medida no caso concreto.

Após o exame do Poder Judiciário ter transcorrido com a manifestação do Ministério Público e assistência de profissionais multidisciplinares, é possível que a decisão seja favorável à homologação da Tomada de Decisão Apoiada. Segundo a leitura da lei, a partir deste momento, o instituto jurídico se aperfeiçoa e passa a surtir efeitos, não sendo exigido expressamente que se leve a órgão de registro de

²⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 758.

²⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 233. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 27 out. 2017.

pessoas naturais, tal como ocorre, por exemplo, nos mecanismos de apoio francês, italiano e argentino.

Nelson Rosenvald sustenta que essa omissão legislativa não impede a remessa do termo homologado ao Registro Civil de Pessoas Naturais para averbação na margem da certidão de nascimento ou casamento para maior publicidade e segurança jurídica a terceiros contratantes²⁸⁸. Revela-se mais um desafio à efetividade da Tomada de Decisão Apoiada.

Anota-se que o EPD previu que o instrumento terá validade e efeitos perante terceiros (artigo 1.783-A, §4º) e que estes podem solicitar a contra-assinatura dos apoiadores em contrato ou acordo entabulado, com a especificação das funções relativas ao apoiado (artigo 1.783-A, §5º). Todavia, ao ver de Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares, trata-se de uma faculdade “inútil”:

[...] por um lado, porque o próprio dispositivo não reserva qualquer consequência jurídica diferenciada na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores. Ainda assim, a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio celebrado.²⁸⁹

Esses autores entendem que a providência poderia tornar a Tomada de Decisão Apoiada uma espécie de assistência e, além do mais, que poderia acarretar óbices ao efetivo exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência.

Indicada a referida visão crítica, afirma-se que, de acordo com a atual redação legislativa, o terceiro contratante tem a faculdade de exigir o registro da homologação da Tomada de Decisão Apoiada, especialmente por temer questionamentos quanto à validade de negócio jurídico celebrado sem a participação dos apoiadores.

Ciente dessa lacuna, causadora de tamanha insegurança, o PLS n. 757 em sua redação substitutiva pretende inserir dispositivo esclarecendo que: “a tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas

²⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 512.

²⁸⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 53.

Naturais” (§14, artigo 1.783-A). Trata-se de norma inclusiva que dirime o receio – fundado – de terceiros firmarem negócio jurídico com pessoa com deficiência psíquica ou intelectual favorecida de Tomada de Decisão Apoiada.

Como a medida de apoio não limita a capacidade legal, uma possível interpretação dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.783-A é a de reforçar as salvaguardas, já que o terceiro contratante pode também contribuir para assegurar o pleno exercício dos direitos da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, exigindo que os apoiadores demonstrem sua ciência sobre a obrigação.

Se mantida a redação atual, não há norma específica que estipule sanção ou vício ao negócio jurídico constituído, pois, reforça-se, trata-se de pessoa plenamente capaz. A redação do PLS n. 757/2015 não resolve a questão, conquanto o legislador pretende repisar a validade dos negócios praticados pela pessoa com deficiência apoiada, mesmo que sem a participação dos apoiadores: “§ 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo”²⁹⁰.

Em mesma lógica protetiva e ampliativa de liberdades da pessoa apoiada, o artigo 1.783-A, §6º trata da hipótese de divergência das opiniões da pessoa apoiada e seus apoiadores quando se tratar de “negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante”. Extrai-se da norma que, nesse caso, apoiador e apoiado devem requerer a manifestação do Poder Judiciário com a oitiva do Ministério Público para determinar qual vontade deve prevalecer.

Nesse tocante, constata-se outro desafio e uma incongruência do sistema de apoio com uma ideia de liberdade positiva da pessoa com deficiência, já que a palavra final sobre qual manifestação de vontade deverá prevalecer constituirá uma decisão heterônoma, sendo que as preferências principais a serem levadas em consideração deveriam ser as da pessoa apoiada. Percebe-se que há traços de uma perspectiva de avaliação do resultado da escolha em um raciocínio que se aproxima do parâmetro de substituição da vontade (*outcome approach*), não adotado pela CDPD.

²⁹⁰BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei nº 757, de 2015. Autores: Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Paulo Paim (PT/RS). **Senado Federal**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 12 jan.2018.

Outra salvaguarda revelada na legislação brasileira visa à proteção da pessoa com deficiência contra atos de negligência, pressão indevida ou inadimplemento de obrigações por parte dos apoiadores. Concretizando-se uma dessas hipóteses, qualquer pessoa poderá noticiá-la ao Ministério Público ou ao juiz e, apurando-se a sua procedência, o Poder Judiciário destituirá o apoiador denunciado, nomeando outra pessoa para o dever, se for de interesse da pessoa apoiada, cujos desejos e preferências serão devidamente ouvidos (art. 1.783-A, §8º, Código Civil).

Há quem entenda que esse dever do juiz possa ser dilatado a outras ocasiões, que não essas três enunciadas no § 7º do artigo 1.783-A, caso ofereça benefícios à pessoa apoiada. Nelson Rosenvald adota essa leitura e afirma que o magistrado pode, de ofício ou por iniciativa do Ministério Público, nomear outra pessoa como apoiadora, sempre com o fundamento de resguardar os interesses da pessoa com deficiência:

[...] sendo a escolha dos apoiadores uma deliberação que objetiva resguardar os interesses da pessoa apoiada, inclusive com a designação partindo do próprio beneficiário da medida, poderá o magistrado – de ofício ou por iniciativa do Ministério Público – justificadamente designar um ou ambos os apoiadores em substituição àqueles indicados pela pessoa com deficiência? Tendemos a responder afirmativamente, principalmente a luz do princípio da cooperação, que ilumina o art. 6º do CPC/15. A Lei 13.146/15 não concebeu um papel meramente homologatório a juiz, deve haver uma colaboração de sua parte para com os requerentes da medida, na busca da organização de um processo justo.²⁹¹

O referido autor considera também viável a circunstância de o juiz substituir uma ou ambas as pessoas indicadas no termo por outras que mantenham vínculo de confiança com a pessoa com deficiência, se concluir não ser aconselhável a nomeação em vista de inidoneidade do apoiador.

Permanecendo a indicação feita pela pessoa apoiada, Rosenvald compreende que o juiz poderia gerenciar os limites do apoio até chegar a um cenário de maior proteção à pessoa com deficiência²⁹², agindo com ingerência tal como a que ocorre no sistema italiano. A perspectiva do autor confere interpretação

²⁹¹ ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 508-509.

²⁹² ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 508-509.

ampliativa dos poderes do magistrado à Tomada de Decisão Apoiada, levantando a questão do impasse entre liberdade e proteção em nível de interferência ao termo formado por pessoa legalmente capaz.

Por outro vértice, há doutrina que infere ser aplicável a responsabilidade civil subjetiva nos casos em que a idoneidade do apoiador for colocada à prova e – por este ou então por outro motivo expresso no § 7º do artigo 1.783-A – causar danos à pessoa apoiada. Nesse caso, incidiria o dever de reparação extraído da leitura conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil²⁹³.

Esses posicionamentos teóricos seguem leitura que reforça a proteção jurídica de efeitos da má prestação de dever de diligência a ser cumprido pelos apoiadores.

De modo complementar, impende considerar que as disposições dos parágrafos 7º e 8º do artigo 1.783-A conduzem à reflexão de que o legislador, no afã de laborar em prol da liberdade da pessoa com deficiência, produziu normas que se desdobram em interpretações com traços paternalistas, como a leitura de que o próprio juiz poderia nomear novo apoiador, especialmente quando constatada inidoneidade. Essa opinião não é partilhada por Joyceane Bezerra de Menezes, segundo a qual o juiz não poderia atuar de ofício para designar novo apoiador, em razão de se tratar de ato de natureza personalíssima:

É certo que, independentemente da previsão legal, o juiz deverá perscrutar sobre eventual conflito entre a pessoa indicada para apoiar e a que pretende o apoio. Poderá não homologar determinado apoiador, fundamentando a sua decisão no conflito de interesse, na inidoneidade do indicado ou em eventual pressão que este exerça sobre o beneficiário. Sendo a escolha do apoiador um ato personalíssimo, não poderá impor qualquer outro nome ao apoiado. Ressalta-se, por indispensável, dada a natureza do instituto da TDA, que o apoiador deve estar no exercício pleno de sua capacidade civil.²⁹⁴

Sob uma linha de raciocínio que alia o sentido de liberdade positiva ao lado da capacidade legal em perspectiva funcional, o segundo ponto de vista acima

²⁹³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 50.

²⁹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 49.

exposto afigura-se mais harmônico à CDPD. Ao enfatizar que o poder de escolha dos apoiadores é da pessoa com deficiência e não do Poder Judiciário (mesmo que excepcionalmente) garante-se o exercício da liberdade positiva em meio à estruturação da medida de apoio.

A garantia da liberdade é visualizada de igual maneira nas disposições normativas concernentes à extinção da Tomada de Decisão Apoiada. Ela pode ser encerrada a qualquer tempo por solicitação da pessoa com deficiência no bojo do processo que a homologou (artigo 1.783-A, §9º, Código Civil), mesmo que o prazo de vigência, por ela mesma determinado, ainda não tenha se esgotado.

Para Nelson Rosenvald, trata-se de resilição unilateral levada ao exame do Poder Judiciário, o qual deve acatar o pedido, por se caracterizar direito potestativo da pessoa apoiada²⁹⁵. Maurício Requião partilha desse ponto de vista e acrescenta que também ocorrerá “extinção da situação” nos casos de destituição de um dos apoiadores quando materializada uma das hipóteses do artigo 1.783-A, §7º²⁹⁶. Essa perspectiva alimenta um traço de fragilidade da medida de apoio por destituição de um dos apoiadores. Sem embargo, ressalta-se que a função da Tomada de Decisão Apoiada e de toda a lógica que gira em torno da perspectiva funcional da capacidade legal são reforçadas pela oitiva da pessoa com deficiência apoiada, cujos desejos e preferências deverão ser levados em consideração antes da extinção, já que é possível substituir o apoiador destituído por outra pessoa de sua confiança.

O § 10º do artigo 1.783-A vislumbra ainda o cenário de o apoiador desejar sua exclusão da tarefa. De acordo com a norma, ele deverá formular o pedido em juízo e, ao contrário do direito potestativo exercido pelo apoiado para a extinção da medida, o apoiador deve aguardar manifestação do Poder Judiciário para confirmar a liberação do encargo.

²⁹⁵ “Independentemente do prazo estipulado no §9º do art. 1.783-A faculta uma espécie de resilição unilateral submetida ao magistrado, no qual ‘A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.’ Apesar do emprego do verbo solicitar, cremos que o beneficiário exercerá verdadeiro direito potestativo, cabendo ao magistrado apenas respeitar a sua deliberação unilateral.” (ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 509).

²⁹⁶ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Revista de direito civil contemporâneo**. Ano 3. v. 6, n. 3, jan-mar, 2016. p. 51.

Um questionamento desafiador que surge dessa hipótese é que a lei não versa sobre a probabilidade de o Poder Judiciário discordar do apoiador e esse parágrafo poderia ser objeto de dúvida por transmitir uma ideia de regulação do acordo e da própria liberdade de o apoiador manter sua posição como tal no negócio jurídico. Aqui, verifica-se uma restrição à liberdade positiva do apoiador, que fica condicionado à manifestação do juiz para a liberação da tarefa.

Nota-se que esse tratamento diverso se revela legítimo e condizente com um cenário de igualdade material, ao se pensar na existência de maiores barreiras e necessidade de apoio que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual demanda. Assim, a pessoa apoiadora tem assegurada a sua liberdade de não desejar mais continuar desempenhando a tarefa, contudo, a chancela dessa escolha passará por exame judiciário em virtude da importância que seu apoio desempenha na construção do exercício da capacidade legal do apoiado. Não obstante, registra-se que permanece o questionamento se seria legítimo ao Poder Judiciário negar o pedido de exoneração do apoiador em prol das preferências da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

O décimo primeiro e último parágrafo do artigo 1.783-A prevê que as normas referentes à prestação de contas no processo de curatela são aplicadas à Tomada de Decisão Apoiada. Destarte, os artigos 1.755 a 1.762 do Código Civil (referentes à tutela) e artigo 84, §4º²⁹⁷ do EPD incidirão na medida de apoio, se houver compatibilidade. Em síntese, disciplinam o dever de o tutor ou, no caso, o “apoiador”, apresentar ao juízo um relatório detalhando do balanço do exercício de sua função em benefício da pessoa apoiada no respectivo ano, sendo que os gastos para a elaboração das contas serão arcados pelo apoiado (artigo 1.761 do Código Civil²⁹⁸). Extrai-se dessa regra a preocupação do legislador em examinar o desempenho da tarefa dos apoiadores em efetivamente contribuir para o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

Através do PLS n. 757/2015 (redação substitutiva), o legislador pretende também estender à Tomada de Decisão Apoiada as demais normas incidentes

²⁹⁷ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. [...] § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

²⁹⁸ Art. 1.761. As despesas com a prestação das contas serão pagas pelo tutelado.

sobre o processo de curatela, conforme a redação sugerida ao artigo 763-A do Código de Processo Civil:

Art. 763-A. Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada previsto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, e se houver pedido expresso do requerente, definir a curatela.²⁹⁹

Segundo os pareceres jurídicos sobre o projeto, esse acréscimo não seria de todo proveitoso, já que os processos de curatela e Tomada de Decisão Apoiada se diferenciam substancialmente e, de revés, tal norma poderia enfraquecer a efetividade do novo mecanismo. Joyceane Bezerra de Menezes alerta que essa norma “trará muito mais confusão do que vantagens, pois contribuirá para ampliar a confusão que se faz entre esse tipo de apoio e a curatela, em desfavor da autonomia da pessoa”³⁰⁰.

Flávio Tartuce, por seu turno, afirma que a redação atual, sugerida pelo Senador Telmário Mota, é mais adequada do que aquela originalmente proposta³⁰¹, pois se coaduna à aplicação de normas de direito material à Tomada de Decisão Apoiada.

A preocupação dos pareceristas é pertinente para a dimensão prospectiva da Tomada de Decisão Apoiada. Construir os sentidos da medida de apoio e concretizá-la como instrumento de efetiva ampliação das liberdades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é uma tarefa que exige constante reflexão.

A “confusão” anunciada por Joyceane Bezerra de Menezes é reflexo dos desafios de atrelar a perspectiva funcional (*functional approach*) da capacidade legal

²⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei nº 757, de 2015. Autores: Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Paulo Paim (PT/RS). **Senado Federal**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³⁰⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017. p. 168.

³⁰¹ “Art. 763-A. Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada.

Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela.” (TARTUCE, Flávio. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil**, p. 05 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 28 out. 2017.)

à Tomada de Decisão Apoiada. A superação do ponto de vista de substituição da vontade (*outcome approach*) da pessoa com deficiência no regime das capacidades é instigante trabalho atribuído à teoria e à prática do direito civil contemporâneo.

Em que pese despertar críticas ponderadas, a norma que cria a Tomada de Decisão Apoiada no direito brasileiro oferece uma abertura para a quebra do sentido clássico de capacidade civil. Deve-se, portanto, evitar confundi-la com a antiga curatela ou criar espaços que possam causar interpretações não harmônicas à lógica funcional do tratado internacional.

Deste estudo, afigura-se latente a função da Tomada de Decisão Apoiada como instrumento para exercício da liberdade positiva, no sentido de “poder juridicamente reconhecido”, apontado por Mary e Oscar Handlin³⁰².

Nesse sentido, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual detém o poder de criar normas válidas visando o apoio ao exercício de sua capacidade legal, com o auxílio das pessoas que eleger de sua rede de confiança. Observa-se que o complemento resultante da homologação judicial é importante salvaguarda, e não puramente uma restrição, que respeita os termos do artigo 12 da CDPD.

Tendo como ponto de partida a perspectiva que considera as recomendações da comunidade internacional à materialização da capacidade legal, a Tomada de Decisão Apoiada deve ser amplamente garantida, com baixo custo e facilidade de acesso, pois se trata de mecanismo que visa à concretude da liberdade da pessoa com deficiência.

Tanto a construção, quanto a extinção do instrumento jurídico precisam refletir as preferências da pessoa apoiada. O reconhecimento de sua revogação como direito potestativo e o acompanhamento de salvaguardas enfatizam esse postulado³⁰³.

Não se descartam as pertinentes críticas dirigidas à forma como foi redigida a sua disciplina no artigo 1.783-A. Uma delas é a observação tecida por Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares, que veem no processo judicial para

³⁰² HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p. 17-18.

³⁰³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. p. 40-41.

homologação da Tomada de Decisão Apoiada um óbice à dinâmica desejável da tomada de decisões:

[...] a tomada de decisão apoiada somente guardaria utilidade nesse novo contexto se representasse uma via mais simples para o beneficiário, mas não é o que ocorre no Estatuto: trata-se de processo que é necessariamente judicial, o que já ameaça por definição sua agilidade. Para piorar: o § 3º do novo art. 1.783-A que o Estatuto faz inserir na codificação civil determina que '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'. Burocratiza-se, a mais não poder, a tomada de decisão apoiada.³⁰⁴

A observação dos autores realça a dificuldade de acesso à justiça no contexto brasileiro. O custo e a morosidade dos processos judiciais são barreiras que se tornam mais relevantes aos grupos vulneráveis. O custo pode ser atenuado pelo benefício da Gratuidade de Justiça, a partir de análise pelo Poder Judiciário com base nos artigos 99 a 102 do Código de Processo Civil³⁰⁵. Por outro lado, no que se refere ao tempo de duração do trâmite judicial, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça estimou que os processos de conhecimento em 1º grau da justiça comum estadual (competente para homologar a Tomada de Decisão Apoiada) levavam, em média, 2 anos e 9 meses para serem sentenciados³⁰⁶.

Essas e outras barreiras³⁰⁷ podem obstar a efetividade da Tomada de Decisão Apoiada, contudo, não podem justificar seu afastamento de plano. A configuração do instituto jurídico em aspecto prospectivo exige o esforço da doutrina e dos juristas na elaboração de sentidos que visem à sua concretização.

³⁰⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 52.

³⁰⁵ A gratuidade de justiça será deferida a quem comprovar a impossibilidade de arcar com as custas processuais sem o comprometimento de sua própria subsistência.

³⁰⁶ BRASIL. **Justiça em números 2016** - Infográficos: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016, p. 17. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.

³⁰⁷ Ao final de 2009, o Conselho Nacional de Justiça apresentou a Recomendação n. 27 aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a fim de eliminar barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais que pudessem impedir ou dificultar o acesso de pessoas com deficiência em suas instalações. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 27 de 16 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_27_16122009_13032014184318.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018).

É imprescindível perquirir os sentidos desse mecanismo de apoio levando em consideração os desafios para sua efetividade e os diferentes pontos de vista sobre sua estrutura e função. Outrossim, é imprescindível buscar os sentidos da Tomada de Decisão Apoiada tendo como ponto partida a CDPD, cuja redação é resultado de intensos debates entre Estados e entidades representativas desse grupo vulnerável.

No entanto, os sentidos desse instituto jurídico não podem exclusivamente vir numa direção vertical de imposição ao que se compreenda ser o mais adequado racionalmente às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. A Tomada de Decisão Apoiada é fruto de um pensamento inclusivo e a noção conglobante de capacidade legal repisa a insuficiência de um regime clássico e patrimonial de capacidade civil produtor de espaços de “não direito” às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

Seguramente, há arestas a serem aparadas e há perguntas que exigem respostas mais apropriadas na disciplina legal da Tomada de Decisão Apoiada, porém, a sua previsão constitui importante início para abalizar a perspectiva funcional da capacidade legal.

A ênfase no aspecto relacional da pessoa com deficiência e a valorização dos vínculos de confiança para a indicação de apoiadores ligam-se a uma lógica de alteridade³⁰⁸ que se compatibiliza não apenas com a liberdade positiva, mas também com a liberdade individual e liberdade substancial.

Ao se retomar a metáfora de Norbert Elias³⁰⁹ a respeito da construção da sociedade por “redes”, infere-se que, apesar de haver determinismos construídos pelas relações sociais, a liberdade individual é exercida em espaço de intencionalidade. Por esse olhar, a pessoa com deficiência terá liberdade sobre suas vontades e preferências em constante interação com o meio social, sem que sua individualidade seja anulada.

³⁰⁸ Sobre a acepção do ser humano como ser em relação, a sagaz lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (*rectiuis*, coexistir). A concepção outrora dominante teve, por longo tempo, o homem como um ser hermeneuticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe em relação com outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo.” (MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 240).

³⁰⁹ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 35.

A Tomada de Decisão Apoiada se alicerça na manifestação da vontade da pessoa com deficiência e, muito embora as salvaguardas do sistema impliquem em acompanhamento do Poder Judiciário e outros agentes, é uma via de emancipação³¹⁰ que objetiva a atenuação das vulnerabilidades da pessoa apoiada e desenvolvimento de suas potencialidades.

O instrumento de apoio caminha ao lado da liberdade individual vivida em diálogo, oportunizando que os apoiadores informem à pessoa apoiada quais os efeitos advindos de uma escolha, a fim de assegurar, inclusive, o direito de errar.

A Tomada de Decisão Apoiada é harmônica ao sentido substancial de liberdade por possibilitar que a pessoa com deficiência exercite sua capacidade legal e tenha meios para realizar escolhas concretas com o apoio de apoiadores com os quais mantenha vínculo de confiança e que prestem deveres de informação e diligência. Conforme Amartya Sen, o perfil da liberdade como efetividade se verifica com as reais oportunidades que as pessoas possuem para tomar decisões construtivas de seu desenvolvimento humano e expansão de capacidades, e isso é identificado na disciplina legal do instituto jurídico ora trabalhado³¹¹.

A Tomada de Decisão Apoiada abre horizontes aos perfis de liberdade, os quais promovem os valores constitucionalmente protegidos em prol da construção de uma sociedade mais justa e igualitária, sem discriminação de qualquer natureza. Trata-se de uma chave que retira antigas barreiras ao exercício da liberdade e capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual e desperta um novo olhar do direito a essas realidades.

³¹⁰ RÚBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

³¹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 32.

CONCLUSÃO

As mudanças legislativas em âmbito internacional e local sobre os direitos das pessoas com deficiência afirmam a necessidade de se considerar suas vontades e preferências. Isso demanda a releitura de institutos jurídicos e criação de novos caminhos para o exercício da capacidade legal. A CDPD teve o mérito de abalizar o sentido conglobante de capacidade legal e de lançar desafios aos Estados signatários em revisitar a noção de capacidade civil.

Considerando este contexto, a presente dissertação examinou a figura da Tomada de Decisão Apoiada como mecanismo de apoio e conformação a esse parâmetro. O caminho percorrido conduziu a reflexões sobre as funções dos sistemas de apoio em prol das liberdades das pessoas com deficiência e ora são apresentadas as principais conclusões inferidas ao longo da pesquisa.

A construção do conceito de capacidade civil para os ordenamentos jurídicos de tradição *Civil Law* é herança de uma racionalidade moderna constante do movimento das codificações oitocentistas, primordialmente do Código Civil Francês e do BGB. Notou-se que o direito privado brasileiro reflete elementos de estrutura e conteúdo similares a estes diplomas, como o da noção de relação jurídica e seus elementos.

A consideração de uma pessoa como absolutamente incapaz para o exercício de atos civis tinha como consequência após processo de “interdição” a atribuição do papel de curador a terceiro que deveria tomar decisões em seu nome, tanto de âmbito patrimonial, quanto existencial.

Esse modo de pensar reside no contexto do modelo médico, que pretendia eliminar possíveis riscos à sociedade e à própria pessoa com deficiência. Tal ponto de vista contrasta com o modelo social, adotado pela CDPD e que concebe a deficiência como o resultado de uma interação entre o ser humano dotado de particulares vulnerabilidades e os elementos que o circundam. O sentido de capacidade civil que albergava a divisão entre capacidade de direito e capacidade de exercício confronta, portanto, o contido no artigo 12 da Convenção por impossibilitar o reconhecimento igualitário da capacidade legal contextualizada no modelo social.

A referida ideia de capacidade jurídica e as gradações da capacidade de exercício com substituição da vontade regeram o Código Civil de 1916 e não foi diferente com a redação original do Código Civil de 2002. Observou-se que o modo de tratamento legislativo da capacidade jurídica define-se por três perspectivas: pelo modelo de atribuição direta da incapacidade (*status approach*), pelo modelo substitutivo da vontade ou de avaliação do resultado (*outcome approach*) ou pelo modelo funcional (*functional approach*).

Este último considera a interação entre elementos sociais e barreiras para a constituição de uma deficiência. Assim, desloca a incapacidade da “pessoa” para o “meio” que a circunda, justificando a elaboração de mecanismos de apoio que auxiliem as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual a decidirem de acordo com suas potencialidades e superando barreiras.

O modelo funcional aliado a medidas de apoio imantou o debate sobre a noção de capacidade legal durante a redação da CDPD. À luz dos princípios *in dubio pro capax*, beneficência e intervenção mínima, adotou-se um texto que congloba tanto a ideia de capacidade de direito, quanto de capacidade de exercício acompanhada de salvaguardas.

A Convenção é norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, pois obedeceu ao trâmite de Emenda à Constituição (art. 5º, §3º da CF) e exigiu alterações da legislação interna. O EPD buscou materializar suas determinações através de reformas legislativas que atingiram o Código Civil de 2002, porém, pendem modificações pretendidas pelo PLS n. 757/2015 (redação substitutiva), em trâmite no Senado Federal. A dissertação referenciou dois pareceres jurídicos acerca da proposta legislativa: o de Flávio Tartuce e de Joyceane Bezerra de Menezes, que divergem quanto à previsão de retorno da categoria de incapacidade absoluta para pessoas com deficiência, contudo, convergem no sentido de serem necessárias reformas à legislação atual.

Esse quadro recebe contributo da análise das dimensões da liberdade para uma compreensão mais robusta dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e de sua capacidade legal. Desse modo, erigiu-se ponte entre as possibilidades apresentadas pelos sistemas de apoio e seis perfis da liberdade, quais seja: positiva, negativa, individual, coletiva, formal e substancial.

Tal digressão conduz à conclusão de que esse sistema fortalece a fruição do direito de escolha da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, segundo as

próprias preferências, inclusive com a possibilidade de errar. Essa afirmação é complementada pelo exame de mecanismos construídos nas últimas décadas em ordenamentos jurídicos que já vinham questionando a insuficiência do regime das capacidades às pessoas com deficiência (sistemas francês, alemão, austríaco e italiano) e de demais adequações legislativas de países signatários da CDPD (sistemas argentino e peruano).

As medidas de apoio colocadas em prática nos dias atuais se harmonizam com os objetivos perseguidos pela CDPD de materializar instrumentos de apoio que viabilizem as potencialidades das pessoas com deficiência sem restringir a sua capacidade legal. Em alguns deles, como nos sistemas francês e italiano, as medidas de apoio da *sauvegarde de justice* e *amministrazione di sostegno* coexistem com outros mecanismos (tutela, curatela, inabilitação ou interdição) que limitam a capacidade de exercício e revelam traços da perspectiva de substituição da vontade (*outcome approach*). Em outros, como no sistema argentino, facultam-se à pessoa com deficiência valer-se de mecanismo de apoio que garanta a participação de pessoas de sua confiança para realizar atos da vida civil.

Essas aproximações foram necessárias para, no último capítulo, observar o instituto jurídico constante do artigo 1.783-A do Código Civil Brasileiro. Apresentaram-se as características relativas à natureza jurídica e objeto da Tomada de Decisão Apoiada, assim como foram evidenciados os desafios aos legisladores e aos julgadores para sua efetividade.

A Tomada de Decisão Apoiada atende formalmente à exigência da CDPD quanto à criação de um sistema de apoios fundado no modelo social que facilite o exercício pela pessoa com deficiência psíquica ou intelectual de sua capacidade legal, sem quaisquer restrições. Contudo, constitui um caminho não finalizado, especialmente por sua redação legislativa apresentar incongruências, apontadas ao longo do Capítulo III.

Observou-se que o objeto da Tomada de Decisão Apoiada não é a decisão em si, tampouco a formalização dos negócios jurídicos entabulados pela pessoa com deficiência, mas, sim, a efetiva possibilidade de se fazer escolhas concretas, numa perspectiva de liberdade substancial.

Interessante notar que há interpretações que admitem o conteúdo da Tomada de Decisão Apoiada ser tanto de índole patrimonial, quanto existencial, desde que isso resulte de ponderação da própria pessoa apoiada.

A apreensão da Tomada de Decisão Apoiada pela doutrina e juristas brasileiros está em processo de formação que se enriquece pelo diálogo de posicionamentos diversos, que convergem em notar suas insuficiências. Dentre estas, ressalta-se o amplo poder do julgador em intervir em hipótese de divergência entre apoiadores, quando se trata de uma medida de iniciativa de pessoa plenamente capaz e revogável a qualquer momento; ou a lacuna legislativa quanto à necessidade de registro do instrumento para sua maior efetividade.

Em exame das dimensões formal, substancial e prospectiva da Tomada de Decisão Apoiada, tem-se que sua instância formal é constatada a partir do texto positivado no artigo 1.783-A do Código Civil, bem como do que consta da CDPD e da lei ordinária que institui o EPD.

Sob o viés substancial, a Tomada de Decisão Apoiada demanda esforço interpretativo que enfatize os princípios expressos ou implícitos no ordenamento jurídico, dentre os quais se ressaltam os princípios *in dubio pro capacitas*, intervenção mínima e da beneficência.

Por fim, o sentido prospectivo da Tomada de Decisão Apoiada alberga o desenvolvimento de interpretações que se apliquem à sua teorização e prática, o que se pretendeu seguir ao longo do trabalho.

Conquanto essa construção mereça retoques para enfrentamento dos desafios colocados frente à sua efetividade, é preciso reafirmar o rompimento de parâmetros reforçado pela Tomada de Decisão Apoiada à luz dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Os pontos de vista desenvolvidos pela doutrina contemporânea, a resolução de casos concretos perante tribunais e mesmo o trâmite de Projeto de Lei que pretende modificar em parte a redação do artigo 1.783-A do Código Civil sinalizam que a Tomada de Decisão Apoiada tem longo caminho a ser percorrido para sua efetividade.

É seu desígnio atender ao desiderato de atenção às vontades e preferências de pessoas cujas vozes não foram adequadamente valorizadas por modelos pré-ordenados de capacidade jurídica no direito civil clássico. É imperativo cimentar as vias efetivas para essa expressiva mudança, conformando os pilares formais, substanciais e prospectivos da Tomada de Decisão Apoiada, em prol das pessoas com deficiência que enfrentam árduas barreiras para o exercício de suas liberdades.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil**. Curitiba: CRV, 2015.
- ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG017103377>>. Acesso em: 08 dez. 2017.
- ALLEN, Neil. The tests for incapacity. In: LAING, Judith; MCHALE, Jean. **Principles of Medical Law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 452-483.
- ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; BARBOZA, Heloisa Helena. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 249-274.
- _____. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 13, jul./set. 2017, p. 25.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 233. Disponível em: <<http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/viewFile/867/330>>. Acesso em: 27 out. 2017.
- ARBEX, Daniele. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARGENTINA. **Texto del Código Civil y Comercial de la Nación en el Boletín Oficial**. Disponível em: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- ASÍS, Rafael de. “Derechos humanos y discapacidad” – Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 3-30.
- ÁUSTRIA. **Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch**. Disponível em: <<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>>. Acesso em: 06 dez. 2017.
- BARBOSA, Lívia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **Sur Revista Internacional de direitos humanos**. V.

6. N. 11. Dez. 2009, p. 66. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8216>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 67-90.

BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: Instituto em renovação. In: **Direito Civil**. MONTEIRO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELLES, Rose Vencelau. (Orgs). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 433-451.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 1-30.

BECKER, Ulrich. Guardianship and Social Benefits Law. In: ARAI, Makoto; BECKER, Ulrich; LIPP, Volker. **Adult Guardianship Law for the 21st Century**. Munique: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. p. 25-37.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 161-184.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 27 de 16 de dezembro de 2009**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_27_16122009_13032014184318.pdf>. Acesso em: 23 jan.2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília: CNMP, 2016.

_____. **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Decreto n. 6.949/2009:** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. **Justiça em números 2016** - Infográficos: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016, p. 17. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.

_____. **Lei n. 3.071/1916:** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Lei n. 13.146/2015:** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. Ministério Público Federal. **Incidente de Assunção de Competência no Agravo em Recurso Especial n. 856.156/RJ.** Brasília, DF, 2016.

_____. **Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ProgAcMundPessDef.html>>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de lei nº 757, de 2015. Autores: Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Paulo Paim (PT/RS). **Senado Federal,** Brasília, DF. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 856156 - RJ.** Agravante: C.R.; Agravada: J.C.R. Brasília, DF, 14 nov. 2016. DJe 18 nov. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=66788339&num_registro=201600282825&data=20161118&formato=PDF>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP,** Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03 dez. 2008, DJe-104 em: 04/06/2009.

_____. Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 0425884-97.2016.8.21.7000,** Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, julgado em 09/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2049735-75.2017.8.26.0000,** Relator: Des. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/03/2017.

BROSEY, Dagmar. Supported decision-making and the German Law of BETREUUNG: A legal perspective on supported and substitute decision-making regarding Art. 12 CRPD. In: COESTER-WALTJEN, Dagmar; LIPP, Volker; WATERS, W. M. (Org.) **Liber amicorum Makoto Arai Seite**. Baden: Nomos, 2015. p. 125-141.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e Solidariedade. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 97-112.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil 1/ Les personnes: Personnalité, incapacités, personnes morales**. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das Capacidades no direito civil brasileiro**. 21 nov. 2013. 241. Dissertação – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-9G8J8M>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

CHARLTON, James I. **Nothing about us without us: disability, oppression and empowerment**. Los Angeles: University of California Press, 2000. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=L_WZaVAoS4EC&oi=fnd&pg=PP1&dq=nothing+about+us+without+us&ots=5kwI0f_z3J&sig=MpO-CG1D75TZa1wsQ9Yfjc8vGIY#v=onepage&q=nothing%20about%20us%20without%20us&f=false>. Acesso em: 24 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regional: discapacidad**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tI2Oz2h70tg>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CONCIL OF EUROPE. **Who gets to decide?: Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities**, p. 13. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1908555&direct=true>>. Acesso em: 15 out. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados de ns. 138 a 271**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45, n. 0, p. 99-102,

2006. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

DANÓ, Réka. As mudanças revolucionárias na legislação sobre capacidade jurídica na Hungria: a aplicação do artigo 12º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: **Revista do Ministério do Trabalho e da solidariedade social**. n. 39. set./dez. 2009. p. 71-77.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: aulas proferidas a Faculdade Nacional de Direito [1942-1945] Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1964.

DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? In: **Syracuse Journal of International Law & Commerce**, 2007, v. 34. p. 429-462.

DIAS, Joelson et. al. (Orgs.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Envelhecimento e Deficiência. In: **Muito além dos 60**: os novos idosos brasileiros. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 107-120.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

ESTADÃO. **Justiça determina interdição de jovem que recusa hemodiálise para morrer em Goiânia**. Disponível em:

<<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil. **Revista Raízes Jurídicas**, Curitiba, n. 1, v. 3, jan./jun, 2007. p. 53-60.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. **Revista IBDFAM**, n. 11, mai. 2014. p. 5-7. Entrevista.

FERRAMOSCHE, E. Betti. La nuova disciplina della capacità di agire. Il problema degli "atti personalissimi". In: **Rivista critica del diritto privato**, Napoli, v. XXV, n. 1, marzo, 2007. p. 121-142.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. In: **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957. p. 129-200.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. DIAS, Jefferson Aparecido; GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

FONSECA, R. T. M. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 72-I, 2009. , p. 263-270.

FORTUNA, Sebastián Ignacio. Aproximaciones al régimen de la capacidad en el Proyecto de Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. *In: Revista Jurídica UCES*. Disponível em: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2147/Aproximaciones_Fortuna.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 ago. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

FRANÇA. **Code Civil française**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3BF6C1E51DF5CBBBEC2AB46BE8A0DFF9.tplgfr28s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171205>. Acesso em: 05 dez. 2017.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. v. I. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GALLI FIANT, María Magdalena. Personas con capacidad restringida y su protección. *In: Revista Jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, 2016-B. p. 404-412.

GIORGIO, Maria Rosaria san. L'amministrazione di sostegno: profili problematici e prospettive di riforma. *In: Giustizia civile: Rivista mensile di Giurisprudenza*, v. LVI, Supplemento al n. 12/06. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la Modernidad**. (Trad. Manuel Martínez Neira). Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2007.

HANDLIN, Mary; HANDLIN, Oscar. **As dimensões da liberdade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HESPAÑA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

INCLUSÃO INTERNACIONAL. **Independiente pero no solo**: Informe mundial sobre el derecho a decidir. Londres: University of East London. p. 54-55. Disponível em: <<http://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2014/06/INDEPENDIENTE-PERO-NO-SOLO-web-rvds1.2015.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saúde 2013**: ciclos de vida, vol. 3. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

ITÁLIA. **Codice civile italiano**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/18/delle-misure-di-protezione-delle-persone-privie-in-tutto-od-in-parte-di-autonomia>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

KEYS, Mary. Article 12 [Equal recognition before the law]. *In: CERA, Rachele; DELLA FINA, Valentina; PALMISANO, Giuseppe. The United Nations Convention*

on the rights of persons with disabilities: a commentary. Cham: Springer, 2017. p. 263-280.

KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei nº 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doenças mentais: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 167-184.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. LAMEGO, José. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LIPP, Volker. Guardianship and Autonomy: Foes of Friends? In: ARAI, Makoto; BECKER, Ulrich; LIPP, Volker. **Adult Guardianship Law for the 21st Century: Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law 2010**. Munique: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013. p. 103-110.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Teresa C. de N.; MELO, Hildete Pereira de. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962 ou como são feitas as leis. In: **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 16 (2), Maio/Agosto, 2008. p. 463-488.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade**. São Paulo: Forense, 2009. p. 299-345.

MARX, Karl. **A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas, 1845-1846**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. Além da Convenção de Nova York: Além do estatuto da pessoa com deficiência - Reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. In: **Revista de derechos humanos y estudios sociales – Redhes**. Sevilha, ano VIII, n. 15 jan./jun. 2016. p. 15-32.

McRUER, Robert. **Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability**. New York University Press, 2006.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 713-731.

_____. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição curatela. In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 31-66.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: _____. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 509-544.

_____. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, abr./ jun. 2017. p. 137-171.

_____. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, jul./ set. 2016. p. 31-57.

MIRANDA, Pontes de. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

NABERGOI, Mariela; BOTINELLI, María Marcela. **Discapacidad, pobreza y sus abordajes: Revisión de la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad (RBC)**. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-16862007000100015&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 04 fev. 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 39-56.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention: Initial reports of States parties due in 2010 Brazil**, p. 32. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRPD/C/BRA/1&TYPE>

=&referer=http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16348&Lang=E>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. **Contribution by World Network of Users and Survivors of Psychiatry (WNUSP)**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-wnusp.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **De la exclusión a la igualdad: hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad – Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo**. p. 97. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. **Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones**. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **The invisibility of disability**. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/documents/sdgs/infographic_statistics_2016.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.

PALACÍOS, Agustina; ROMANACH, Javier. El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). In: **Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico**, v. 2, (2), 2008. Disponível em: <<http://www.intersticios.es/article/view/2712/2122>>. Acesso em: 28 out. 2017.

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

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERU. **Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil peruano en lo referido a la persona con discapacidad**. Disponível em: <<https://issuu.com/cedis1/docs/anteproyectocedis>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Código Civil: decreto legislativo n. 295**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_civil.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Comisión Especial Revisora del Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad – CEDIS**. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/cedis/index.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Ley n. 29.973**. Disponível em: <<https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursos-violencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Legislacion/Ley-general-de-la-Persona-con-Discapacidad-29973.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n.19 – jan./jun. 2012. p. 67-93.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In: Revista de direito civil contemporâneo*. Ano 3. v. 6, n. 3, jan-mar, 2016. p. 37-54.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A protecção do incapaz adulto no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. *In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.)*. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 731-800.

_____. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.)*. **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 505-514.

RÚBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. V. 2. Torino: Unione Tipografico, 1888.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.)*. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 131-160.

SCHIOCCHET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/acesso-as-informacoes-geneticas/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SCHRAMM, Fermin Roland. **Bioética, vulnerabilidade de pessoas portadoras de deficiências e políticas de proteção**. Apresentação no Fórum Social Mundial, Seminário Bioética e vulnerabilidades, Porto Alegre, 2005.

SCHWEIK, Susan M. **The ugly laws: disability in public**. Nova Iorque: New York University Press, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade. Parte I. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SILVA, Alexandre Barbosa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o regime das incapacidades. In: EHRHARDT, Marcos. (Coord.) **Impactos do Novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241-256.

STANZIONE, Gabriella Autorino. **Infermità mentale e tutela del disable negli ordenamenti francese e spagnolo**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 463-492.

_____. **Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil**, p. 05 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 28 out. 2017.

TAVARES, Regina Beatriz. **Certezas e incertezas após o primeiro ano de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Estadão. 20 abr. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/certezas-e-incertezas-apos-o-primeiro-ano-de-vigencia-do-epd-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 28 out. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O direito civil: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. (Coord.) ALMEIDA, Vítor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 17-35.

TESCARO, M. I confine applicative dell'amministrazione di sostegno comparati con quelli della *sachwalterschaft* austriaca e della *betreuung* tedesca. In: GABRIELLI, G.; PADOVINI, F.; PATTI, S.; TROIANO, S.; WIEDEMANN, M.G. C.; ZACCARIA, A. **Parte generale e persone**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 157-171.

TESÓN, Imaculada Vivas. **Más allá de la capacidad de entender y querer...** un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español. Olivença: FUTUEX, 2012.

TROMBETTA, Angela. **Savigny e il sistema: alla ricerca dell'ordine giuridico**. Bari: Cacucci Editore, 2008.