

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
BÁRBARA RODRIGUES DE PAULA**

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítica
sobre o regime das incapacidades e o instituto da tomada de decisão
apoiada**

**Juiz de Fora
2016**

BÁRBARA RODRIGUES DE PAULA

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítica
sobre o regime das incapacidades e o instituto da tomada de decisão
apoiada**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito sob
orientação do Prof. Dr. Denis
Franco Silva.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

BÁRBARA RODRIGUES DE PAULA

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítica sobre o regime das incapacidades e o instituto da tomada de decisão apoiada

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Denis Franco Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Tônia Aparecida Tostes do Prado
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 24 de novembro de 2016

Ao meu bom Deus, minha força e
segurança, sem o qual este trabalho jamais
seria realizado.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo proceder a uma análise crítica do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mais precisamente, no que tange ao regime das incapacidades e ao recém-criado instituto da tomada de decisão apoiada. Essa análise revela-se de fundamental importância, haja vista as consideráveis mudanças perpetradas pelo Estatuto no ordenamento civil pátrio. Para tanto, far-se-á uma breve reflexão sobre o tratamento comumente conferido à pessoa com deficiência, sob a ótica da Abordagem das Capacidades de Martha Nussbaum, e, em seguida, uma diferenciação entre os atos da vida civil de natureza existencial e os de natureza patrimonial. Para que, por fim, possa-se ponderar os trunfos e deméritos de tal Estatuto, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência; regime das incapacidades; tomada de decisão apoiada; pessoa com deficiência.

ABSTRACT

The main objective of this work is to critically analyze the Statute of the Person with Disabilities, especially, the legal regime of disabilities and the newly created institute of supported decision-making. This analysis has a fundamental importance, considering the changes that the Statute has undergone in the Brazilian civil order. Therefore, there will be a brief reflection on the treatment commonly afforded to people with disabilities, from the standpoint of Martha Nussbaum's Capabilities Approach, and, then, on the differences between the existential and the patrimonial acts of civil life. And, finally, will be considered the assets and demerits of such Statute, also known as the Brazilian Inclusion Law.

Keywords: Statute of Person with Disabilities; Disability regime; Supported Decision-making; Person with disabilities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CPC	Código de Processo Civil
LBI	Lei Brasileira de Inclusão
PNB	Produto Nacional Bruto
TDA	Tomada de Decisão Apoiada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	9
2.1 A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência	9
2.2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo Código de Processo Civil e as principais alterações legislativas	11
2.2.1 A alteração do regime jurídico das capacidades	12
2.2.2 Os institutos da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada	14
3 AS RAZÕES POR TRÁS DA DOTAÇÃO DE CAPACIDADE PLENA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	19
3.1 As teorias da justiça e o tratamento comumente conferido às pessoas com deficiência.....	19
3.2 As relações jurídicas existenciais e patrimoniais	23
4 O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA	27
4.1 As principais alterações perpetradas pelo instituto no ordenamento civil brasileiro... ..	27
4.2 As atecnias e os descompassos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência à teoria das incapacidades	29
4.3 Análise e prognóstico	33
5 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, alterou significativamente o regime de (in) capacidades do Código Civil Brasileiro, de modo a perpetrar na doutrina questionamentos e críticas à nova legislação. Esse cenário de insipiência e instabilidade viu-se ampliado com a promulgação do novo Código de Processo Civil, o qual apresenta descompassos em relação às principais mudanças trazidas pela lei em comento.

Presta-se, pois, o presente trabalho a justamente perquirir o reflexo dessas mudanças no tratamento conferido às pessoas com deficiência, em especial, no âmbito negocial privado. E, em seguida, a analisar criticamente a alteração do regime das incapacidades e a criação do instituto da tomada de decisão apoiada.

Para tanto, no primeiro capítulo desse estudo, em exame à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, inquire-se os principais objetivos que nortearam a elaboração desta, bem como, o seu processo de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. Seguidamente, examina-se o Estatuto em conjunto com as modificações alvitadas pelo novo Código de Processo Civil, detalhando com maior precisão o regime das incapacidades e os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada.

O segundo capítulo, por sua vez, analisa as razões que baseiam a nova dotação de capacidade plena às pessoas com deficiência. Para isso, pondera acerca da teoria da Abordagem das Capacidades de Martha Nussbaum e, posteriormente, acerca dos atos existenciais e patrimoniais, diferenciando-os.

Por fim, no terceiro e último capítulo, procede-se a uma análise mais detida e específica do instituto da tomada de decisão apoiada, tanto em seu aspecto puramente legal quanto em seu aspecto doutrinário. A isso se seguem as principais críticas e ponderações em relação ao instituto, a seus limites e contornos legais, bem como, a suas implicações no ambiente civil negocial.

Com isso, pretende-se, à luz de uma teoria da justiça e do regime de incapacidades, refletir criticamente sobre o referido instituto, a fim de ponderar os trunfos e deméritos que trouxe em seu bojo.

2 O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque) e de seu Protocolo Facultativo, os quais foram assinados pelo Estado brasileiro em março de 2007. Após passarem pelo processo de ratificação a que se submetem os tratados internacionais, a Convenção e o Protocolo foram aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional com o quorum qualificado determinado artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004. Tornaram-se, assim, os primeiros atos internacionais a se revestirem do status de emenda constitucional no país.

O êxito logrado deve-se em grande parte à mobilização da sociedade brasileira junto ao Congresso Nacional. Exemplo disso foi a “Campanha Assino Inclusão”, lançada, em setembro de 2007, em Brasília, através da reunião de grupos engajados na promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência. A fim de alcançar a ratificação e qualificação do processo, houve o envolvimento de membros da sociedade civil, organizações não-governamentais militantes na área dos direitos humanos e da deficiência, autoridades públicas e acadêmicas, entre outros, que auxiliaram na divulgação da ação por todo o Brasil.

Ademais, no Senado Federal, foi realizada uma audiência pública prévia em Reunião Conjunta da Comissão de Assuntos Sociais e Internacionais, em que se estendeu uma discussão bastante qualificada sobre o processo.

Graças a toda essa mobilização, no dia 2 de julho de 2008, nas duas sessões do Senado, o quorum mínimo exigido foi atingido, garantindo ao tratado equivalência constitucional. E, em 9 de julho de 2008, foi publicado o Decreto Legislativo 186/08, que trata da promulgação da Convenção e de seu Protocolo Facultativo no Brasil (LOPES, 2009).

O amplo engajamento da sociedade brasileira em prol da ratificação da Convenção justifica-se pelo caráter inovador da mesma, o qual representou um significativo avanço no tratamento até então conferido às pessoas com deficiência. Logo em seu artigo 1º, encontra-se estampado na CDPD o seu propósito, que se consubstancia em “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Visa-se, dessa maneira, conceder a essas pessoas um tratamento em iguais condições com os demais sujeitos de direitos, a fim de corrigir as desvantagens sociais existentes e de permitir sua maior participação na vida em sociedade.

O primeiro passo em direção a esse avanço julga-se ter sido a redefinição do conceito de “deficiência”. Para tanto, buscou-se uma aceção que se encaixasse na nova visão mundial sobre as pessoas com deficiência, agora, baseada nos direitos humanos e sob o prisma da inclusão social. Após intensos debates em torno da definição a ser adotada, a Convenção, em seu artigo 1º, conceituou que:

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 iguais condições com as demais pessoas.

Percebe-se, então, que, assim como expresso no preâmbulo da Convenção, a deficiência é um conceito social, e não médico, em constante evolução, resultante de uma interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras geradas por atitudes e pelo ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas em igualdade de condições com as demais. Assim sendo, nas palavras de Ricardo da Fonseca (2008), a deficiência não está nos impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, apresentados por alguns cidadãos, mas, sim, na incapacidade da sociedade em eliminar barreiras físicas, culturais e atitudinais que limitam a vivência plena e satisfatória destes.

Nesse mesmo sentido, houve a atualização da nomenclatura para a assunção do termo “pessoas com deficiência”, o qual passou a ser adotado pela legislação brasileira, em substituição às expressões antes utilizadas, como “pessoas portadoras de deficiência”, “deficientes”, “pessoas com necessidades especiais”, entre outras. A nova terminologia conforma-se com os valores de inclusão social, respeito à dignidade humana e reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes a essas pessoas; além de reiterar o entendimento de que a deficiência não está na pessoa e, sim, na sociedade, que perpetua as barreiras e agrava as limitações funcionais.

Em consonância com esse novo tratamento proposto, a CDPD abrange, em seu conteúdo, direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, perfazendo-se em um tratado completo, que constitui a moldura dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Para tanto, ostenta como princípios cardiais o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima”, os responsáveis por promover uma “reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades” (MENEZES, 2015, p. 5).

Ainda, com o fim de promover a maior integração das pessoas com deficiência, o tratado, em seu artigo 12, reafirma a capacidade legal dessas pessoas em todos os aspectos da vida civil, em iguais condições com as demais, com o intuito de permitir que conduzam a própria vida com base em seus interesses e na autonomia que lhes é própria.

Para que isso seja possível, a CDPD estabelece que os Estados devem tomar as medidas necessárias para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. Somado a isso, determina que cada Estado Parte deve adotar salvaguardas, a fim de coibir que essas medidas de apoio resultem em abusos, excessos ou ilegalidades tendentes a prejudicar os direitos das pessoas com deficiência.

Já em seus artigos 17 e seguintes, a Convenção elenca outros direitos de não menor importância, como o direito das pessoas com deficiência à integridade psicofísica; à liberdade de locomoção e à nacionalidade; à vida independente e à inclusão na sociedade; à ampla mobilidade; à liberdade de expressão e de opinião e ao acesso à informação; à privacidade; e, finalmente, o que merece especial destaque, à constituição e proteção da família.

Para promover a realização desses e de outros tantos direitos, a Convenção assumiu posição pioneira ao trazer em seu texto, mais precisamente, no artigo 33, a previsão de mecanismos de monitoramento nacionais, o mínimo garantido pelo sistema global de proteção aos direitos humanos a serem observados (LOPES, 2009). Através desses mecanismos, cada Estado Parte é encorajado a criar, em seu país, pontos focais no âmbito governamental para facilitar ações correlatas. Para tanto, estimula-se a participação e envolvimento da sociedade civil, em especial, das pessoas com deficiência, nesses processos de monitoramento. Além disso, cabe ao Estado, manter, fortalecer, designar ou estabelecer estruturas, incluindo um ou mais mecanismos independentes, de maneira apropriada, para promover, proteger e monitorar a implementação do tratado.

Por fim, em relação ao monitoramento internacional, nos termos do artigo 34 e seguintes da convenção, foi criado o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que se presta ao acompanhamento das ações dos Estados Partes, bem como, à verificação da compatibilidade entre os resultados obtidos em cada país e aqueles estabelecidos pela CDPD.

2.2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo Código de Processo Civil e as principais alterações legislativas

Buscando alinhar o ordenamento jurídico brasileiro ao novo modelo de direitos humanos introduzidos pela Convenção de Nova Iorque (2007), foi editada, em 6 de julho de 2015, a Lei n. 13.146, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – ou, como também é conhecido, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

Apesar da delonga entre a ratificação da Convenção pelo Estado brasileiro e a edição da lei em comento, as principais propostas trazidas no bojo da CDPD foram reproduzidas de

forma fidedigna pelo Estatuto. Dentre as mais significativas novidades, destacam-se a alteração do rol dos artigos 3º e 4º do CC/02, relativos à incapacidade absoluta e à relativa, respectivamente; a transformação do instituto da curatela e das técnicas da representação e da assistência; e, em especial, a incorporação do instituto da tomada de decisão apoiada, uma nova proposta ao tratamento conferido às pessoas com deficiência.

Concomitante à nova lei, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) também foi responsável por algumas mudanças na legislação brasileira. Alterou, por exemplo, o plano da curatela, restringindo-o aos limites da necessidade do interdito, o que resultou na alteração dos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil.

2.2.1 A alteração do regime jurídico das capacidades

O Estatuto da Pessoa com Deficiência altera significativamente as regras do regime das capacidades, modificando a antiga e estanque separação entre os absolutamente e os relativamente incapazes, tendo com isso revogado algumas disposições do Código Civil de 2002.

Primeiramente, ao revogar os três únicos incisos do artigo 3º do CC/02, a LBI, em seu artigo 114¹, restringe a incapacidade absoluta aos menores de 16 anos, retirando desse rol “os

¹ Art. 114. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).” (NR)

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

.....

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

.....

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (NR)

“Art. 228.

.....

II - (Revogado);

III - (Revogado);

.....

§ 1º

§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.” (NR)

“Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização.” (NR)

“Art. 1.548.

I - (Revogado);

.....” (NR)

“Art. 1.550.

.....

§ 1º

que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Já quanto aos relativamente incapazes, o Estatuto elimina a menção, no artigo 4º do CC, aos “que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, tal como, a menção, no mesmo artigo, aos “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Com isso, o artigo 114 da LBI restringe a incapacidade relativa (i) aos maiores de 16 e menores de 18 anos; (ii) aos ébrios habituais ou viciados em tóxico; (iii) aos que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e (iv) aos pródigos.

Desse modo, a incapacidade relativa passa a estar relacionada à ausência de expressão de vontade. Com isso, confere-se à pessoa com deficiência a capacidade plena, valorizando, assim, a autodeterminação desta, em consonância com a máxima “nada sobre nós, sem nós”, que também inspirou a Convenção de Nova Iorque.

Em ratificação a isso, o Estatuto, em seu artigo 6º, reafirma que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para os atos que lista em um rol exemplificativo, como: (i) casar-se e constituir união estável; (ii) exercer direitos sexuais e reprodutivos; (iii) exercer o

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.” (NR)

“Art. 1.557.

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV - (Revogado).” (NR)

“Art. 1.767.

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

II - (Revogado);

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV - (Revogado);

.....” (NR)

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

.....

IV - pela própria pessoa.” (NR)

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

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;

.....

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

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

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

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

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

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

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.

Em consonância com a nova perspectiva introduzida pela CDPD, o artigo 114 do Estatuto ainda revoga os incisos II e III do art. 228; o inciso I do art. 1.548; o inciso V do art. 1.557; os incisos II e IV do art.1.767; e os artigos 1.776 e 1.780, todos do Código Civil.

Diante dessas alterações legislativas, segundo Nelson Rosenvald (2016), torna-se clarividente a introdução de um novo paradigma social no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o de incluir na sociedade a pessoa com deficiência aceitando e respeitando suas limitações.

2.2.2 Os institutos da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada

Com a alteração do regime das capacidades do Código Civil, em que se reconhece a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, fez-se necessária a concomitante alteração dos institutos limitadores dessa capacidade. Enquanto o instituto da curatela recebeu novos contornos, o instituto da tomada de decisão apoiada foi criado, trazendo uma nova perspectiva de atuação civil às pessoas com deficiência.

A curatela de pessoa com deficiência, segundo disposto pela LBI, em seu artigo 84, parágrafo 3º, “constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”. Assim sendo, a curatela deve sempre pautar-se nas necessidades específicas do curatelado, tanto em relação aos atos da vida civil a serem limitados, quanto ao seu período de duração.

Ademais, a curatela afetará unicamente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, e não alcançará, como bem dispõe a LBI, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Segundo o entendimento Nelson Rosenvald (2016), com a exclusão dos atos de natureza existencial aos limites da curatela, superou-se a antiga confusão existente entre personalidade e capacidade. De acordo com o autor, a personalidade, por ser um valor inerente à pessoa humana, diz respeito a situações existenciais, não podendo, por isso, ser reduzida ou quantificada, nem tão pouco, serem os atos existenciais transmissíveis. Já a

capacidade, por ser a medida de um valor, relaciona-se aos atos patrimoniais e negociais, podendo, então, ser quantificada, e, em certa medida, transmitida².

O Estatuto estabelece, também, que para a designação do curador deve o magistrado levar em conta as preferências e interesses do curatelado, que, inclusive, terá poder de influência nessa escolha, se assim for possível. Esse é o teor o artigo 85, § 3º, da LBI, segundo o qual, ao nomear curador, o juiz deverá preferir a pessoa que tenha vínculo familiar, afetivo ou comunitário com o curatelado. Também, não há nenhum impedimento para que se fixe a curatela compartilhada – solução já adotada pela jurisprudência nacional.

Já em relação à instituição da curatela, a LBI dispõe que o juiz deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, responsável por entrevistar a pessoa com deficiência, para que se crie de um projeto de curatela individualizado. Ademais, com o intuito de salvaguardar os interesses da pessoa com deficiência, os curadores serão obrigados a prestar, anualmente, conta da administração dos bens do curatelado, apresentando ao juiz o balanço do respectivo ano.

Essas novas disposições acerca do instituto em apreço são fruto das alterações realizadas pela Lei n. 13.146, de 2015, que, por sua vez, encontra-se em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Contudo, a curatela passou por outras mudanças advindas da Lei n. 13.105, que institui o novo Código de Processo Civil, cuja entrada em vigor foi posterior à do Estatuto. Problema nenhum haveria nisso se não fossem algumas contradições apresentadas por ambas as leis. Enquanto o CPC, em seu artigo 1.072, inciso II³, revoga os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, o Estatuto resgata-os, sem sequer mencionar a legislação processual civil.

Destarte, segundo a máxima jurídica de que a lei posterior revoga a lei anterior⁴, as mudanças operadas pelo Estatuto nos artigos 1.768 a 1.772 foram expressamente revogadas pelo artigo 1.702 do Código Processual Civil. Contudo, ao observar-se o status constitucional conferido à CDPD, “entende-se que as alterações promovidas pela Lei n. 13.105 poderão ser contornadas pela aplicação sistemática do direito” (MENEZES, 2015, p.11).

² Tal é o entendimento do autor acerca do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando se pronunciou em palestra conferida à EMERJ. Consta, no presente trabalho, para fins de revisão literária.

³ Art. 1.072. Revogam-se:

II - os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

⁴ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, decreto-lei n. 4.657, de 1942.

Frente a essa controvérsia, ainda carente de um consenso doutrinário ou jurisprudencial, assevera Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p.11), que:

o rito humanizador da curatela que o Estatuto da Pessoa com Deficiência procura estabelecer com a alteração dos artigos 1.768 a 1.772, do Código Civil estão absolutamente de acordo com a principiologia da Convenção. Se, pelo aspecto formal, houve a revogação dos dispositivos, a construção jurisprudencial deverá se ajustar à sistemática proposta pelos valores fundamentais assentados no documento internacional e na Constituição Federal, com o que, seguirá, solução análoga à proposta pela Lei em exame. [...] Em síntese, a despeito do deslize formal que se verifica no cruzamento dessas duas leis, o aplicador deverá se guiar pelos valores constitucionais que realizam a proteção da pessoa. Direito não é a lei *stricto sensu*.

Observa-se, ainda, que o Estatuto concede um prazo de exigibilidade maior a algumas das obrigações estabelecidas, em decorrência dos ajustes que as mesmas demandam, conforme dispõem os artigos 124 e 125. Exemplo disso é a avaliação da deficiência por equipe multidisciplinar, constante do artigo 2º, parágrafo 1º, cuja obrigatoriedade foi postergada a dois anos após o início da vigência da lei.

O novo Código de Processo Civil, por sua vez, apesar do descompasso com algumas disposições constantes da LBI, é responsável por significativas alterações no tratamento conferido às pessoas com deficiência.

Segundo análise de Nelson Rosenvald, o CPC, sob o *nomen iuris* de “interdição”, estabelece três regras em torno desse instituto, a saber, a flexibilização, a funcionalização e a personalização do processo de curatela. A primeira regra revela-se nos artigos 749 e 755. A partir desses comandos legais, o autor entende que toda sentença de curatela deverá observar um projeto terapêutico individualizado, em que serão, previamente, determinados os atos em que o curatelado deverá ser representado e os atos, em que será assistido. A representação ou assistência restringir-se-á aos atos patrimoniais e negociais, sendo excepcional sua extensão à prática de atos existenciais, o que apenas será possível mediante decisão personalizada e fundamentada do magistrado.

Já a funcionalização do instituto refere-se ao papel do curador de promover a autodeterminação do curatelado, a fim de que este reconquiste a sua própria autonomia. Para tanto, o procedimento de interdição deve ser baseado em um diálogo, que propicie a melhor realização dos interesses da pessoa a ser interditada. Assim, nos termos dos artigos 755, § 1º, e 758, do CPC, o curador, além de assumir uma postura proativa, deverá ser quem melhor atenda os interesses do curatelado, sem a necessidade de observância de qualquer ordem legal para isso. A fim de contribuir com a maior realização da pessoa com deficiência, é possível,

ainda, a instituição da curatela conjunta, que deverá ser estabelecida e delineada com vistas às circunstâncias do caso concreto.

Por fim, a personalização do processo de curatela conforma-se à disposição do artigo 8º do CPC, do qual se afere que o magistrado deve promover a dignidade da pessoa humana, tratando o jurisdicionado em atenção à sua singularidade e à luz dos princípios constitucionais. O artigo 751 corrobora tal entendimento ao repetir a previsão também trazida pela LBI, segundo a qual o magistrado, no curso do processo de interdição, deverá entrevistar minuciosamente o interditando – com o auxílio de especialista, se assim for necessário. O CPC também dispõe sobre a possibilidade de levantamento da curatela a qualquer tempo, em razão da cessação da causa que a determinou, nos termos do artigo 756.

Em suma, percebe-se que todas essas disposições legais supracitadas, sejam da LBI, sejam do CPC, coadunam-se com a previsão da CDPD, em seu artigo 12, segundo o qual, cada Estado Parte deverá estabelecer salvaguardas que assegurarão:

que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Atendendo a esse e a outros comandos expressos na Convenção de Nova Iorque, o legislador brasileiro inovou ao criar, por intermédio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o regime jurídico da tomada de decisão apoiada – o *tertium genus* ao lado da curatela e da tutela, nas palavras de Rosenvald (2016).

A adoção do processo da TDA consiste em uma nova faculdade conferida à pessoa com deficiência, apta a auxiliá-la na prática de atos da vida civil. Através deste, a pessoa a ser assistida poderá eleger pelo menos duas pessoas idôneas, com quem mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, “para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” – é o que dispõe o artigo 1.783-A do Código Civil.

Seguindo o comando expresso no artigo 12.3⁵ da Convenção da ONU e em consonância com o artigo 84, *caput*,⁶ do Estatuto, através do instituto em comento, a pessoa

⁵ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁶ Artigo 12.3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

apoiada permanecerá plenamente capaz, atuando como protagonista em todos os atos dos quais participar, restando aos apoiadores a função de coadjuvária-la.

Através de um processo judicial, sob o rito de jurisdição voluntária, a tramitar nas Varas de Família, a própria pessoa a ser apoiada requererá ao juiz, conforme as mesmas regras de foro e de competência da curatela, a instituição da TDA. No pedido, indicará as pessoas que desejar para prestar-lhe o apoio na tomada de decisões acerca dos atos da vida civil. Diferentemente da curatela, o legislador não estabeleceu qualquer restrição à pessoa dos apoiadores, sendo a única exigência que estejam no pleno gozo de sua capacidade civil.

Em um termo assinado pela pessoa com deficiência e pelos respectivos apoiadores constará o compromisso prestado por estes, bem como, os limites do apoio a ser oferecido e o prazo de vigência do acordo. Tal termo, que instruirá o pedido, será submetido à análise do Ministério Público antes de ser homologado pelo juiz, o qual, mediante assistência de equipe multidisciplinar, deverá ouvir o requerente e as pessoas que esse indicar como apoiadores.

Apesar das mudanças acarretadas por este novo regime jurídico da tomada de decisão apoiada, inclusive na seara processual, o novo Código de Processo Civil nada fala sobre o assunto. De forma que a matéria apenas é regulada pelo Código Civil, que, por sua vez, foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, diante de todas as alterações promovidas pelo Estatuto, criando novos institutos e reformulando os já existentes, a pessoa com deficiência no país passou a encaixar-se em três diferentes situações, a saber: aquela em que mantém a sua capacidade plena, sem qualquer apoio ou limitação para tanto; aquela em que, apesar de manter a sua capacidade plena, é amparada pelo instituto da tomada de decisão apoiada, dependendo do aval de seus apoiadores para a prática de alguns já predeterminados atos da vida civil; e, por fim, aquela qualificada pela curatela, em que a pessoa, submetida a um projeto terapêutico individualizado, mantém-se relativamente incapaz.

Frente a isso, faz-se necessária uma análise da extensão e implicação desses institutos na prática, bem como, a adequação dos mesmos aos já consolidados institutos de Direito Civil. Proceder-se-á, então, a essa análise no decorrer do presente trabalho.

3 AS RAZÕES POR TRÁS DA DOTAÇÃO DE CAPACIDADE PLENA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1 As teorias da justiça e o tratamento comumente conferido às pessoas com deficiência

O tratamento comumente conferido às pessoas com deficiência, em especial a de ordem mental, muito tem a ver com as teorias de justiça social que embasaram as construções jurídicas e políticas de cada sociedade. Infelizmente, a grande maioria destas não enfrentou de forma satisfatória o assunto, restando a essas pessoas um lugar de desprestígio e esquecimento. Fato que é facilmente perceptível com uma breve análise das principais teorias que despontaram no decorrer do século XX.

As teorias de contrato social, por exemplo, nem sequer abordam o assunto, ou, quando abordam, não o fazem de forma adequada. Semelhantemente, a teoria da justiça de John Rawls (1971), que possui viés contratualista e, também, kantiano, foi muito bem sucedida ao tratar de assuntos tradicionais, como a distribuição de recursos e a justiça enquanto equidade, mas falhou por não conferir tratamento satisfatório à situação das pessoas mentalmente incapacitadas. Essa falha, reconhecida pelo próprio autor, também se verificou na abordagem de outros assuntos, tais como justiça transnacional, justiça através das gerações e justiça em relação aos animais. Assuntos os quais apresentam um ponto de similitude, qual seja, a assimetria de poder entre as partes, o qual não é comportado pelos princípios abordados na teoria da justiça de Rawls.

Em relação aos direitos humanos, as teorias mais tradicionais pouco enfrentam a situação das pessoas com deficiência, principalmente, por relacionarem categoricamente a titularidade dos mesmos à linguagem e à racionalidade.

De igual modo, as teorias que se destinam à análise da qualidade de vida malogram no tratamento destinado às pessoas com deficiência, uma vez que se utilizam de padrões inidôneos para a mensuração do bem-estar dos cidadãos. Exemplo disso é abordagem que utiliza o indicador do PNB (Produto Nacional Bruto) *per capita* para medir a qualidade de vida em cada país, bem como, para fazer comparações entre os mesmos. Levando em conta fatores meramente econômicos, consiste em uma análise generalizada que nada diz respeito à vida das pessoas individualmente consideradas, o que, mais uma vez, prejudica qualquer consideração especial destinada às pessoas com deficiência.

As teorias utilitaristas, por sua vez, pecam em ponto semelhante. Apesar de se preocuparem com a distribuição de recursos, tendem à generalização, desconsiderando as

fronteiras que separam a vida dos indivíduos. Assim, conforme apontado por Rawls, o utilitarismo acaba por se focar em uma visão do geral, a qual é descompromissada com os indivíduos que sofrem com elevados níveis de privação, seja de recursos ou de liberdade. Errando, também, ao atribuir medidas de valor aos bens da vida, os quais, em sua maioria, não são passíveis de mensuração.

Contra essas teorias explicitamente excludentes, insurge-se Martha Nussbaum (1997), desenvolvendo sua teoria sobre a Abordagem das Capacidades, a qual se relaciona com as teorias da justiça. Aproxima-se dessas no que tange às preocupações quanto ao bem-estar e à qualidade de vida, mas, distancia-se, em relação às restrições e aos limites impostos. O questionamento central de Nussbaum, ao contrário das outras teorias, não é mais acerca do quantum de satisfação ou de recursos determinada pessoa possui, mas, sim, a respeito do que determinada pessoa é capaz de ser ou fazer com aquilo que possui.

Ademais, essa abordagem, diferentemente da análise utilitarista ou daquela baseada no PNB *per capita*, preocupa-se com a pessoa individualmente considerada e não somente com a nação como um todo homogêneo. Também, não atribui valor aos bens da vida, antes, considera-os como irreduzíveis e incomensuráveis. Finalmente, ao contrário das teorias dos recursos, esmera-se na análise da vida em si considerada e não simplesmente na análise dos recursos disponíveis.

Durante todo o desenvolvimento dessa teoria, Nussbaum revela o seu inconformismo com a omissão das demais teorias de justiça no que concerne ao tratamento destinado às pessoas com deficiência. Para tanto, supera essas limitações, em uma abordagem muito mais aprofundada do que a abordagem de recursos, buscando inquirir os obstáculos existentes, ainda quando a distribuição de recursos mostra-se satisfatória.

Dessa forma, elaborou uma teoria, que muito mais do que uma doutrina de compreensão moral, perfaz-se em uma teoria política sobre direitos básicos. Propositamente, especifica as condições necessárias para a construção de uma sociedade decente, como também, os direitos inegociáveis, aos quais todos os cidadãos devem ter acesso. Qualquer falha em assegurá-los configura uma violação à justiça básica, uma vez que esses direitos implicitamente compõem a noção de dignidade humana.

A abordagem das capacidades, de Martha Nussbaum (2002), é baseada em uma ideia de cooperação social, o que a faz divergir das abordagens contratualistas. Além de não se apoiar em uma situação hipotética inicial, presume uma cooperação entre os indivíduos, assentada no amor à justiça e em uma compaixão moral por aqueles que têm menos do que o necessário para uma vida digna e decente.

Busca-se provar que uma sociedade assim construída pode ser estável e que não apenas as situações em que as pessoas encontram-se em uma igualdade aproximada – realizando acordos de vantagem mútua – são justas. Muito além do que o interesse por lucro, existem laços que ligam pessoas umas as outras, como o amor, a compaixão, a justiça e, até mesmo, a necessidade por justiça.

Baseada na concepção aristotélica de pessoa, a teoria de Nussbaum enxerga o homem como um animal político e social, o qual busca o bem social comum. De forma que o bem do próximo não é tido como uma limitação ou ameaça a seu próprio bem, mas, sim, como parte integrante deste. Assim, o homem deixa o estado da natureza não em busca de vantagens próprias, mas por ser impossível viver uma vida não compartilhada com os demais. Essa característica da sociabilidade somada à racionalidade, própria ao homem, integra a dignidade humana, que tem como marca característica a necessidade e dependência do outro.

Tal necessidade deve ser levada em consideração para a construção política social, de forma que se tenha em vista a dependência do homem em seus diversos estágios de vida, sendo esta mais proeminente durante a infância e a velhice. Devota-se, então, maior atenção às vulnerabilidades humanas, uma vez que a racionalidade e a sociabilidade são temporais, variando com o passar do tempo.

Nessa teoria, ainda, reconhece-se a existência de sociabilidade e reciprocidade desde as relações humanas simétricas até as de maior assimetria possível. Assim, ao contrário do afirmado por teóricos como Rawls e Kant, há reciprocidade entre os homens considerados normais e aqueles com deficiência mental, o que é perceptível, principalmente, nas relações entre esses últimos e seus cuidadores.

Dessa forma, a abordagem das capacidades confere às pessoas com deficiência um lugar de consideração e igualdade no seio da sociedade. Essas pessoas que foram excluídas da comunidade racional kantiana, por não serem capazes de construir planos de vida ou concepções de bem; que não se encaixaram na situação inicial hipotética de Rawls, por não possuírem a reciprocidade social necessária e; que também falharam na liberdade rawlsiana, por não se apresentarem como fontes de reivindicações válidas. Enfim, as pessoas com deficiência foram totalmente desconsideradas dessas teorias por não corresponderem à produtividade social e por, supostamente, não compensarem os elevados custos sociais que demandam. Assim, afastando-se dessa lógica de produtividade, Nussbaum defende que a justiça é baseada na dignidade humana em si mesma e, não, na ideia de barganhas e vantagens mútuas. E, ainda, que a sociedade é composta por uma vasta gama de ligações, sendo a produtividade apenas uma delas e, não, a principal.

Diante desse entendimento, a teoria das capacidades, de Nussbaum, defende que para cada direito há um nível adequado para que o mesmo seja verdadeiramente assegurado. Assim, ao homem não deve ser assegurada apenas uma vida medíocre, mas, sim, o direito a uma vida compatível com a dignidade humana, o que significa ter a sua disposição os mais importantes bens da vida em quantidades elevadas e suficientes. Propõe-se, então, a igualdade de capacidades, de modo que liberdades, tais como, a liberdade religiosa, política e civil, sejam asseguradas igualmente a todos os indivíduos, isto é, que todos sejam igualmente capazes de exercê-las.

Para tanto, às pessoas com deficiência deve ser destinada especial atenção, o que, segundo a autora, é possível através de um tratamento diferenciado por parte do Estado. Apesar de não integrarem nenhum “grupo suspeito”⁷, os mentalmente incapacitados devem ser destinatários de tal tratamento, a fim de que lhes seja assegurada igualdade de capacidade.

Defende-se que um tratamento diferenciado na educação, por exemplo, deve ser em prol de conceder às crianças com deficiência um suporte educacional, de forma que não tenham nenhuma desvantagem ou barreira relacionada à educação ao ingressarem na sociedade.

Já em relação aos direitos políticos, Nussbaum defende um tratamento compatível com o nível de debilidade mental ou física apresentada. Argumenta, então, em favor de arranjos a serem operados pelo Estado a fim de possibilitar às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos políticos. Assim, em favor daqueles que apresentam reduzida debilidade cognitiva ou móvel, devem ser realizadas mudanças estruturais que permitam a essas pessoas a devida participação política, como, por exemplo, a construção de rampas de acessibilidade a prédios públicos e a adequada preparação dos fiscais eleitorais para que auxiliem a quem apresentar dificuldade no momento do voto.

Entretanto, mais audaciosa é a proposta da autora em relação àqueles que possuem completa ou parcial dificuldade em expressar a própria vontade. Defende que, àqueles que conseguem comunicar suas preferências a um tutor, deve ser assegurado o direito de exercê-las por intermédio deste, bem como, ser garantida a ausência de qualquer forma de coação. Já nos casos mais graves, quando há total impedimento de expressão de vontades, Nussbaum defende que, assim como nas questões patrimoniais, a pessoa com deficiência deve ser representada por seu tutor no exercício de seus direitos políticos. Senão, os interesses das

⁷ A expressão “grupo suspeito” ou “classe suspeita” denota um grupo de pessoas que historicamente foram vítimas de discriminação e preconceito e, por isso, fazem jus a um tratamento diferenciado por parte do governo, a fim de que seja compensada a consequente desigualdade de condições e de oportunidades (NUSSBAUM, 2009).

peças com deficiência serão totalmente desconsideradas na esfera pública. Aos tutores caberia, então, representar essas pessoas no exercício de seus direitos, visando única e exclusivamente àquilo que é o melhor para as mesmas. Contra as críticas quanto a sua proposta, Nussbaum argumenta que raciocínio semelhante já é aplicado a questões patrimoniais, de forma que os problemas atinentes a isso devem ser combatidos da mesma forma.

Em suma, a abordagem das capacidades advoga que as pessoas com deficiência devem ser tratadas pelo Estado com igual respeito às demais. Por isso, cabe ao Estado assegurar-lhes direitos econômicos, à saúde e à moradia, bem como, igual acesso a uma educação qualificada, ainda que isso resulte em maiores gastos ou em mudanças no sistema de ensino. Além disso, deve também conceder a essas pessoas a garantia do exercício de direitos políticos e civis em uma base de genuína igualdade.

3.2 As relações jurídicas existenciais e patrimoniais

Frente à proposta da teoria de Nussbaum acerca da igualdade de capacidades, fazem-se necessários esclarecimentos a respeito dos atos da vida civil que comportam ou não a assistência ou a representação por terceiros. Assim, poder-se-á avançar na compreensão se o aparato jurídico proposto pela LBI revela-se apto ou não a melhor consagrar a autonomia e liberdade das pessoas com deficiência.

Primeiramente, deve-se desfazer a nuvem de confusão que paira sobre conceitos, como personalidade, autonomia e capacidade. Confusão que é, até mesmo, percebida na análise de doutrinas consagradas, o que, inevitavelmente, obsta a compreensão de assuntos como o ora debatido.

Expressa no artigo 1º do Código Civil brasileiro, a personalidade, conceito intimamente ligado à ideia de pessoa, exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção de sexo, idade, condição social ou outra; essa aptidão, ainda, é estendida a outros entes morais, aos quais o Código denomina pessoas jurídicas. Sendo que, quando reconhecida ao homem:

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável (PEREIRA, 2010, p.182).

Além desse sentido associado à qualidade de ser sujeito de direito, reconhecido tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, o conceito de personalidade também aduz outro sentido técnico. Esse segundo sentido, por sua vez, traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, objeto de proteção privilegiada por parte do Direito, a quem se atribui a dignidade humana, sendo, por isso, associado, unicamente, à pessoa natural.

Diante dessa polissemia do conceito de personalidade, surgem equívocos, porém, facilmente superáveis. Como já dito, a personalidade como valor é característico da pessoa humana, atraindo, assim, disciplina típica e diferenciada, própria das relações existenciais. Em contrapartida, a qualidade de ser sujeito de direito é conferida indistintamente a todas as pessoas, podendo fazê-lo, até mesmo, em favor dos entes despersonalizados. A fim de evitar confusão, é comum na doutrina denominar esse último sentido de subjetividade (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2007, p.4-5).

Superado o entendimento acerca do conceito de personalidade, resta clarificar as noções de autonomia e capacidade fática, por vezes, emaranhadas. A autonomia, que permeia todo o Direito Privado, revela-se como a fonte de realização humana através do exercício da liberdade de escolha. Em que pese sua proeminência e essencialidade, é, às vezes, eclipsada pela noção de capacidade de fato. Essa, por seu turno, representa a aptidão para o exercício autônomo de direitos e para a assunção de obrigações; comporta, portanto, gradações conforme o maior ou menor grau de discernimento exigido em lei para a implementação válida de determinado ato jurídico. Nesse sentido, assevera Simone Erbele (2003, p.2):

Pode-se já divisar que a autonomia e capacidade de fato aproximam-se na medida em que traduzem o poder de escolha, a potência decisional. Todavia, não há que se extrair desse eixo comum uma identidade de conteúdos. A autonomia como princípio fundante do Direito Privado, representa uma categoria muito mais vasta do que a capacidade de fato.

Ainda segundo Erbele (2003), percebe-se que capacidade de fato e autonomia distanciam-se na justa medida em que a última é conceitualmente dinâmica e concreta, enquanto, a primeira representa a estratificação genérica de habilidades e competências. Justamente por ostentar tal característica, a capacidade viabiliza e assegura o fluxo negocial, permitindo, em razão de sua abstração, que se firme a paridade entre os sujeitos intervenientes nas relações jurídicas. Assim, ao cristalizar a autonomia, a capacidade de fato dota o ordenamento jurídico de condições de operacionalidade, pois a quem é reconhecida, confere-se a aptidão para utilizar os direitos da vida civil, exercendo-os por si mesmo, sem necessidade de serem assistidos ou representados por terceiro.

Nesse mesmo sentido, há também outro conceito que merece destaque. Geralmente associada à capacidade de fato, a capacidade de direito traduz-se na faculdade abstrata de gozar de direitos. Trata-se de um critério quantitativo, que se opõe ao critério qualitativo da subjetividade. Essa última, conforme já citado, indica uma qualidade, a saber, a aptidão para ser sujeito de direito; a capacidade, ao revés, é a intensidade do seu conteúdo, sendo, por isso, considerada a medida da subjetividade. Assim sendo, negar a alguém a capacidade de direito significa negar-lhe a personalidade.

Em suma, como bem informa Caio Mário da Silva Pereira (2010), aos indivíduos, às vezes, faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Assim, embora detentores de capacidade de direito, a ordem jurídica nega-lhes a capacidade de fato, recusando-lhes a autodeterminação, impedindo-lhes de exercerem seus direitos, pessoal e diretamente, condicionando esse exercício sempre à intervenção de outra pessoa, que os represente ou assista. A essa situação em que falta a capacidade de fato atribui-se o nome de incapacidade.

Entretanto, apenas, no âmbito das questões relativas a direitos patrimoniais, pode-se considerar relevante a distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito. Isto é, distinguir aquele que é titular da relação jurídica daquele que pratica o ato jurídico pessoalmente somente justifica-se no âmbito das situações jurídicas patrimoniais. O mesmo não ocorre no tocante às relações existenciais, como no caso dos direitos de personalidade. É indubitável que, quanto aos interesses existenciais, toda e qualquer pessoa humana – dotada ou não de capacidade de exercício – pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de comprometimento de sua dignidade (ROSENVALD; FARIAS, 2011).

Ademais, o instituto das capacidades é, essencialmente, patrimonialista, visando senão a tutela dos interesses daquele que é lançado na vida das relações jurídicas e corre o risco de ter seu patrimônio desprotegido em face da complexidade da vida jurídica moderna. Assim, estender essa proteção ao âmbito das questões existenciais é, no mínimo, desmedido e injustificável, uma vez que essas questões dizem respeito ao próprio desenvolvimento humano do indivíduo, sendo impossíveis de serem vivenciadas por terceiros.

Desse modo, os atos patrimoniais – assim entendidos como aqueles que envolvem relações de conteúdo negocial, disponível ou pecuniário – comportam a representação ou assistência, isto é, a atuação jurídica de um indivíduo em nome de outrem, tendo em vista os interesses daquele que representa. Em contrapartida, os atos existenciais, atinentes à tutela da dignidade e integridade humana e, por isso, relacionados ao uso do corpo, imagem, aparência

ou qualquer outro traço distintivo da identidade, são impossíveis de serem praticados pela via da representação ou assistência, visto que são intransmissíveis.

Logo, mais do que reconhecer capacidade de fato às pessoas com deficiência, como o faz a LBI, urge-se a necessidade de ampliar a autonomia e liberdade dessas pessoas, sem, contudo, retirar-lhes a proteção jurídica, especialmente no âmbito patrimonial. Deve-se, então, reconhecer-lhes a autonomia, conceito muito mais amplo e dinâmico do que a capacidade fática.

Como bem assevera Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p.14), a “autonomia não se baseia no bem-estar do sujeito, ou seja, na correlação necessária e inexorável entre a sua decisão e a preservação dos interesses fundamentais da pessoa”. Pelo contrário, a autonomia corresponde ao controle que a pessoa tem de sua própria vida, ainda que isso resulte em um comportamento incompatível com esses interesses. Assim, cabe à autonomia assegurar o respeito à capacidade geral de agir, de modo a possibilitar à pessoa conduzir sua existência de modo íntegro e autêntico, em conformidade com a percepção que tem sobre si e sobre o que entende importante para si no momento.

Em função disso, redefiniu-se a sistemática de proteção conferida às pessoas com deficiência, em especial, as que importam diminuição de discernimento. Reconhecendo-se, então, a correlação necessária entre autonomia e integridade e, também, a indissociável conexão entre titularidade e exercício no âmbito dos direitos existenciais, percebeu-se a inadequação dos mecanismos de representação e assistência para o exercício de certos atos da vida civil. Com isso, restringiu-se a aplicação desses mecanismos, relegando-os a hipóteses específicas, em que se revelem necessários ao auxílio daqueles que apresentam completa ou parcial redução em seu discernimento.

Em reconhecimento a isto e em respeito, portanto, à autonomia destas pessoas, estabelece-se, ao lado da representação e da assistência, o mecanismo de tomada de decisão apoiada, analisado em seguida.

4 O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

4.1 As principais alterações perpetradas pelo instituto no ordenamento civil brasileiro

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, inspirado pelo espírito de inclusão trazido pela Convenção de Nova Iorque, foi responsável por significativas alterações no regime das incapacidades até então consagrado no ordenamento brasileiro. Como principal mudança, cria o instituto de tomada de decisão apoiada, visando a retirar as pessoas com deficiência de uma proteção ampla e inflexível, responsável por isolá-las do protagonismo de suas próprias vidas.

Assim, superando a estanque divisão entre capacidade e incapacidade, o instituto da TDA surge como uma nova e preferível alternativa ao lado da curatela e da tutela, agora, restritas a uma incidência residual. Isso porque, baseado na disposição do artigo 12.2⁸ da Convenção, o Estatuto estabelece como regra a presunção de capacidade plena a toda pessoa, desassociando-a de qualquer menção à deficiência, mesmo quando acompanhada de ausência ou redução de discernimento.

Com isso, o legislador optou por assumir nova postura. Segundo este⁹, ao contrário do regime antes vigente, a deficiência não mais seria reconhecida como causa suficientemente determinante da incapacidade civil. O discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade assumiriam esse lugar, tornando-se, então, os elementos relevantes para a possível limitação da capacidade.

Diante dessas peculiaridades, o processo de tomada de decisão apoiada destina-se principalmente às pessoas cuja deficiência não importa em redução de discernimento – como os cegos, tetraplégicos, surdos mudos e outros –, bem como, àqueles que, mesmo diante de alguma limitação de discernimento, ainda detêm capacidade de entendimento e de decisão – como os portadores de grau leve de Síndrome de Down ou os pacientes no estágio inicial de Mal de Alzheimer. Contudo, revela-se inaplicável a todos os que, deficientes ou não, inserem-se na categoria dos relativamente incapazes que não possuam condições de exprimir vontade.

⁸ “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”.

⁹ Segundo relatório do Senador Romário FARIA (2015, p. 8, grifo do autor), “para facilitar a compreensão, optamos por fazer uma análise conjunta dos dispositivos constantes dos arts. 6º e 84, além de algumas das alterações contidas no art. 114, uma vez que dispõem sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência. Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade”.

A estes é aplicável o instituto da curatela, que, embora também revisado e aprimorado, comporta a limitação da capacidade, sendo, por isso, mais grave em seus efeitos (FIUZA, 2016).

Inserido pelo Estatuto, o artigo 1.783-A do Código Civil, em seus onze parágrafos, regula o instituto da tomada de decisão apoiada. Inicialmente, estabelece que à pessoa com deficiência caberá a escolha de 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 os atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessárias para que possa exercer a sua capacidade. Assim, logo no *caput* do artigo, resta demonstrada a plasticidade do instituto, a ser construído sob medida, em respeito às mais diferentes necessidades das pessoas que dele se utilizarão.

Os primeiros parágrafos trazem outra particularidade do instituto em relação à curatela. O processo da TDA, que também é judicial e voluntário, será iniciado, exclusivamente, pela própria pessoa a ser apoiada, a quem também caberá estabelecer os limites do apoio a ser oferecido e o prazo de vigência do acordo. Ao apoiado, ainda, será facultado terminar a relação de apoio a qualquer tempo, conforme disposição do §9º.

Seguindo recomendação do artigo 12.4¹⁰ da CDPD, foram estabelecidas, no artigo do Código Civil, salvaguardas para coibir abusos e privilegiar a vontade e preferência das pessoas com deficiência. Nos termos do parágrafo 3º, por exemplo, o juiz, antes mesmo de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, ouvirá o Ministério Público, e, assistido por equipe multidisciplinar, ouvirá pessoalmente o requerente e os apoiadores. Não bastasse isso, os apoiadores, em semelhança ao instituto da curatela, deverão prestar contas a respeito do apoio concedido. Esses, se agirem com negligência, exercerem pressão indevida ou inadimplirem as obrigações assumidas, poderão ser denunciados por qualquer pessoa ao juiz ou ao Ministério Público. Sendo a denúncia procedente, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e, se for de seu interesse, outra pessoa para figurar como apoiadora. Além dessa hipótese, poderá o próprio apoiador requerer a sua exclusão do processo da TDA, a qual será condicionada à manifestação do juiz sobre a matéria. Por fim, o parágrafo 6º dispõe que, em caso de negócios jurídicos que possam trazer risco ou prejuízo

¹⁰ “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”.

relevante, em que houver divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, o juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá sobre a questão.

Já em relação à eficácia jurídica do instituto, o parágrafo 4º estabelece que a decisão tomada pela pessoa apoiada, dentro dos limites do acordo, terá validade e efeito sobre terceiros, sem restrições. Em seguida, o §5º permite ao terceiro com quem negociar a pessoa apoiada solicitar aos apoiadores que contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Diante de tais previsões, a princípio, parece ter sido o Estatuto bem sucedido ao construir um aparato de proteção à pessoa com deficiência. Sem restringir a capacidade jurídica dessas pessoas, permitiu que atuassem na vida civil, conferindo, para tanto, auxílio proporcional a suas necessidades.

Entretanto, a boa intenção do EPD não foi suficiente para compensar as sérias atecnias que trouxe em seu bojo. Grande parte da nova disciplina jurídica relativa ao regime das incapacidades, em muito, destoou-se das regras já existentes, culminando, assim, em situações que dividem opiniões na doutrina, as quais merecem ser analisadas.

4.2 As atecnias e os descompassos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência à teoria das incapacidades

Conforme já dito, é inegável a boa intenção do Estatuto ao alterar as principais regras do regime das incapacidades. Visando prestigiar a autonomia das pessoas com deficiência, garantiu-lhes a capacidade plena, assegurou-lhes o livre exercício dos atos da vida civil e cercou-lhes de um aparato jurídico protetivo. Contudo, enquanto protegeu de um lado, pelo outro, desregulou uma série de situações que já garantiam a proteção dos portadores de diminuição em seu discernimento. Assim, restaram-se esvaziadas regras atinentes à responsabilidade civil, à prescrição e à decadência, dentre outras.

Inicialmente, julga-se que os principais erros alvitados pelo EPD foram frutos de um equívoco do legislador. Sob o argumento de que a deficiência era, *a priori*, a causadora de limitações à capacidade civil, o legislador optou por desfazer a intrínseca associação entre deficiência e incapacidade, ignorando o fato de que isso já era feito pelo regime originário das incapacidades.

A deficiência nunca foi por si só causa determinante da incapacidade civil. Pelo contrário, a incapacidade sempre foi determinada pela qualidade da expressão de vontade do sujeito de direito, ou seja, pela ausência ou redução de discernimento apresentada. Tanto é, que à incapacidade absoluta relacionavam-se as situações de ausência de discernimento e à

incapacidade relativa, as situações de redução de discernimento – em razão da idade ou de condições de saúde psíquica do indivíduo. De forma que apenas as deficiências comprometedoras da cognição ou expressão de vontade levavam à vedação ou à limitação da prática de atos da vida civil (STANCIOLI; PEREIRA, 2016). As deficiências de ordem física, por exemplo, *a priori*, não importavam limitação à capacidade civil. Aos cegos, tetraplégicos e, até mesmo, aos surdos-mudos, reconhecia-se a capacidade plena.

Com a recente alteração legislativa, enquanto a incapacidade absoluta encontra-se restrita os menores de 16 anos (art.3º, CC), a incapacidade relativa estende-se àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, III, CC). Nessa última situação, passam a se encaixar as pessoas em coma ou aquelas que, por uma debilidade mental ou intelectual, não apresentam possibilidade de comunicação com seus interlocutores, como, por exemplo, alguém que possui severa paralisia cerebral.

Essas novidades resultaram em situações, no mínimo, estranhas. A incapacidade relativa, por exemplo, sempre esteve associada ao mecanismo da assistência, o qual permite ao indivíduo assistido, em conjunto com seu assistente, realizar os atos da vida civil. Contudo, na conjuntura atual, aqueles que não possuem qualquer condição de expressar sua vontade, nem mesmo quando assistidos por terceiro, são considerados relativamente incapazes. Assim, mesmo a assistência não se mostrando apta a auxiliá-los na vida civil, o mecanismo da representação, a princípio o mais adequado a situações como essa, encontra-se associado aos menores de 16 anos, os únicos considerados absolutamente incapazes. Resta, pois, a dúvida acerca de qual mecanismo será aplicável a esse contexto – o que não foi nem de longe analisado pelo legislador.

Outra questão igualmente intrigante diz respeito à prescrição e à decadência, matérias de fundamental importância para o mundo negocial privado. Com vistas à proteção das pessoas acometidas por redução ou ausência de discernimento, o art. 198 do Código Civil dispõe que não corre prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º. Ainda no mesmo diploma legal, o art. 208 estende semelhante regra à decadência. Todavia, frente às mudanças propostas pelo EPD, essas previsões ficam restritas aos menores de 16 anos. Com isso, a interpretação literal desses dispositivos legais leva à conclusão de que os prazos prescricionais e decadenciais passarão a correr contra as pessoas com deficiência mental ou intelectual – resultando, assim, em uma situação totalmente contrária aos princípios inspiradores da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Em sentido semelhante, a alteração do regime das incapacidades desprotegeu as pessoas com deficiência no tocante à validade dos negócios jurídicos. Segundo o Código

Civil, é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I) e anulável, o celebrado por relativamente incapaz (art. 171, I). Porém, a mera anulabilidade, agora aplicada às pessoas com deficiência, além de convalescer com o tempo (art. 178, *caput*), não pode ser reconhecida de ofício (art. 177) – o que, mais uma vez, contraria o objetivo de salvaguardar as pessoas com deficiência na realização dos negócios da vida civil.

Esses são apenas alguns dos exemplos apontados pela doutrina dos descompasso resultantes das alterações do regime das incapacidades. Segundo Carvalho (2016, p.28, grifo do autor), “ao alterar as *hipóteses* de incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência esvaziou o referencial teórico por trás do esquema do Código, que passou a não fazer mais sentido”.

Assim, percebe-se, claramente, a falha do legislador em não esgotar a disciplina jurídica que abarca o regime das incapacidades. Ao se ater unicamente às principais regras desse regime, formou um verdadeiro rombo legislativo em relação a uma infinidade de outras regras, responsáveis por conferir unicidade e coesão ao ordenamento civil.

Entretanto, essa lacuna legislativa não se estendeu exclusivamente às pessoas com deficiência. Mais especificamente, no âmbito do instituto da tomada de decisão apoiada – um mecanismo totalmente novo e objeto de análise do presente estudo –, aos apoiadores restou uma situação de desproteção e insegurança, uma vez que não foram prestigiados por nenhum tratamento específico pelo ordenamento ora vigente.

O instituto da tomada de decisão apoiada desafia a doutrina, primeiramente, por se tratar de um instituto de natureza *sui generis*, que muito se distancia dos já consagrados mecanismos de assistência e de representação (FIUZA, 2016). Apresenta-se como uma espécie de convenção, firmada entre a pessoa com deficiência e, pelo menos, outras duas pessoas, que figurarão como suas apoiadoras, devendo, para tanto, serem idôneas e de sua confiança.

Tendo como principal objetivo a concessão de maior autonomia às pessoas com deficiência, o instituto diferencia-se por conservar a capacidade plena das pessoas apoiadas, sem, contudo, negligenciar o auxílio que lhes é necessário. Assim, submete a eficácia de alguns atos por estas praticados ao aval de seus apoiadores.

Conforme estabelecido pelo artigo 1.783-A do Código Civil, o termo em que se firmar o instituto conterà o compromisso prestado pelos apoiadores, bem como, os limites do apoio oferecido (§ 1º), porquanto, apenas terá eficácia perante terceiros a decisão tomada nos limites pré-estabelecidos (§ 4º). Aos terceiros com quem a pessoa apoiada negociar, ainda será facultado solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando,

por escrito, a função que exercem em relação ao apoiado (§ 5º). Por fim, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre um dos apoiadores e a pessoa apoiada, caberá ao juiz decidir a questão (§ 6º).

Nessa breve análise do referido artigo, torna-se perceptível a criação de um aparato protetivo ao redor das pessoas a serem apoiadas e, até mesmo, em menor grau, ao redor dos terceiros com quem venham negociar. Entretanto, o mesmo não se percebe em relação aos apoiadores, a despeito da imprescindibilidade do papel que exercem.

Sem um aparato jurídico apto a disciplinar e a limitar a responsabilidade dos apoiadores, torna-se arriscado assumir essa posição. Somada ao esvaziamento teórico das regras atinentes a prescrição, decadência e validade dos negócios jurídicos, essa situação acarretará, em futuro próximo, graves consequências ao ambiente negocial, que sequer foram reguladas ou mesmo imaginadas pelo legislador.

Ao prestar o apoio, será exigida uma tarefa hercúlea dos apoiadores: prestigiar a autonomia das pessoas com deficiência e evitar que as mesmas realizem maus negócios. Caso os maus negócios aconteçam e prejuízos se reproduzam na esfera jurídica do apoiado, resta saber como se dará a responsabilização dos apoiadores, em especial, nas situações em que o terceiro não agir diligentemente como possibilita o art. 1.783-A, em seu parágrafo 5º. Aliás, o referido dispositivo legal parece ter como objetivo principal prestigiar e proteger os terceiros. Em contrapartida, tem o potencial de ser utilizado contra os apoiadores que, por escrito, declararem responsabilidade quanto aos negócios jurídicos realizados por quem apóiam. Questiona-se, por isso, se tal dispositivo não teria o condão de servir como constituição prévia de prova em relação aos apoiadores, que, na eventualidade da celebração de maus negócios, teriam o risco de verem recaídos sobre si os prejuízos ora percebidos.

Já em relação à previsão do parágrafo 6º do referido artigo, a regra ali positivada parece não responder satisfatoriamente as situações que pretendeu regular. O artigo não delimita precisamente sua hipótese de incidência, uma vez que utiliza expressão genérica, dando margem a uma interpretação irrestrita. Riscos ou prejuízos relevantes podem ser fruto de uma vasta gama de negócios jurídicos, em especial, quando estão em jogo interesses de pessoas acometidas por redução em seu discernimento. Assim, no final das contas, delegar-se-á ao juiz a tarefa de decidir a maior parte dos negócios celebrados, bastando, para tanto, que haja divergência de opinião entre um dos apoiadores e a pessoa apoiada. Percebe-se, com isso, que o principal objetivo do instituto da tomada de decisão apoiada, qual seja, o de prestigiar a autonomia das pessoas com deficiência, por fim, será corrompido.

Posto isso, conclui-se que a criação do instituto da tomada de decisão apoiada não foi acompanhada de uma adequada disciplina jurídica acerca de seus contornos e implicações, gerando questionamentos e incertezas que parecem ameaçar a finalidade para a qual foi idealizado.

4.3 Análise e prognóstico

Frente a todas as elucidações supracitadas, é imperioso questionar se o instituto da tomada de decisão apoiada, incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, apresenta mais trunfos ou deméritos.

Sob a ótica da teoria de Martha Nussbaum, acerca da Abordagem das Capacidades, o reconhecimento da dignidade das pessoas com deficiência somente pode julgar-se alcançado quando a essas pessoas for conferido um aparato jurídico que as dedique a mesma consideração dispensada aos demais cidadãos. Assim, cabe ao Estado garantir-lhes o gozo e exercício de direitos de que já desfrutam as pessoas com completo discernimento. Desse modo, ser-lhes-á garantido não só participação na sociedade civil e poder de influência sobre as decisões políticas, mas, também e principalmente, a autonomia necessária para determinar os rumos da própria vida.

Justamente esse parece ter sido o maior trunfo do novo regime de incapacidades instaurado pelo Estatuto. Uma vez que a capacidade de direito, intrinsecamente associada ao atributo da personalidade, já era reconhecida a todas as pessoas, independentemente da existência ou não de debilidade mental ou intelectual, faltava conferir às pessoas com deficiência a plena capacidade de fato. Assim, ao definir a capacidade plena como regra, estendendo-a inclusive às pessoas com redução em seu discernimento ou dificuldade em expressar vontade, o novo regime garantiu a todos o livre exercício dos atos da vida civil.

Ademais, consagrou a imprescindível dissociação entre os atos patrimoniais e os atos existenciais. Ao reconhecer a incompatibilidade dos mecanismos da representação e da assistência com os direitos em que há correlação entre titularidade e exercício, às pessoas com deficiência concedeu autonomia em relação aos atos que unicamente lhe dizem respeito. A liberdade em exercer direitos sexuais e reprodutivos, em conservar a própria fertilidade, bem como, em exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária foram apenas alguns dos direitos expressamente reconhecidos a essas pessoas (artigo 6º, Lei n. 13.146/2015).

Com vistas a ratificar essas principais mudanças, foi pensado o instituto da tomada de decisão apoiada. Sob a promessa de conservar a capacidade plena das pessoas com

deficiência e, ao mesmo tempo, garantir-lhes apoio proporcional a suas necessidades, o processo da TDA permite que seja construído um instituto único e personalizado em cada caso concreto. Soma-se a isso o fato de que, nesse processo judicial, conta-se com a presença de equipe multidisciplinar a auxiliar o magistrado, o que favorece ainda mais tal individualização.

O sucesso de tal instituto não seria questionado se o mesmo não apresentasse tantas incertezas e descompassos como o faz. Regulado em um único artigo do Código, o instituto carece de um aparato jurídico que propicie sua adequada incorporação ao ordenamento brasileiro. Como resultado, em médio prazo, essas incertezas culminarão em situações que não foram previstas pelo legislador, as quais demandarão construções jurisprudenciais e doutrinárias que as solucionem.

Em que pese seu objetivo de consagrar os princípios da Convenção das Pessoas com Deficiência, especialmente no que concerne ao instituto da tomada de decisão apoiada, o Estatuto parece não ter sido bem sucedido. Assim como um cobertor curto, que ao cobrir a cabeça deixa descobertos os pés, o Estatuto, ao ampliar a autonomia das pessoas com deficiência, desprotegeu as mesmas de uma série de situações antes reguladas e, também, relegou os apoiadores a uma situação de risco e insegurança.

5 CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar o assunto ora debatido ou de apresentar resposta irrefutável e definitiva, com o presente trabalho, pôde-se perceber que as mudanças perpetradas pela Lei n. 13.146/2015, além de consideráveis avanços, acarretaram uma série de imprecisões ao ordenamento civil brasileiro.

A Lei Brasileira de Inclusão trouxe luz à questão das pessoas com deficiência, a qual, outrora, era minimamente debatida ou problematizada. Com o diferencial de se basear na primeira Convenção Internacional a ser incorporada com status constitucional ao ordenamento pátrio, a LBI conferiu autonomia às pessoas com redução em seu discernimento e objetivou protegê-las dos eventuais riscos da vida civil. Contudo, não o fez adequadamente. Ao modificar as principais regras atinentes ao regime das incapacidades, promoveu o esvaziamento teórico de tantas outras regras que já cumpriam essa função.

Em relação ao principal instituto que consagra, a saber, o da tomada de decisão apoiada, a referida lei cria situações contrárias ao seu objetivo de conceder maior autonomia às pessoas com deficiência. Tal contradição revela-se na previsão de que, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um de seus apoiadores, caberá ao juiz decidir a questão (art. 1.783-A, § 6º, CC). Apesar de restrita aos negócios jurídicos que possam trazer riscos ou prejuízos relevantes, essa previsão fere o poder de decisão das pessoas apoiadas, em especial, quando essas não apresentam redução em seu discernimento, como é o caso dos cegos ou tetraplégicos. A despeito da deficiência física que as acomete, essas pessoas possuem plena capacidade de exprimir a própria vontade e de fazer escolhas em conformidade com seus interesses. De modo que retirar-lhes o poder de escolha nos negócios de sua própria vida, quando em oposição às pessoas que elegeram como apoiadoras, significa retirar-lhes a capacidade plena e submeter-lhes a vontade de terceiros.

Ademais, a mesma lei gera inseguranças e questionamentos acerca da devida responsabilização dos apoiadores. De forma que apenas os laços de afeto e carinho nutridos em relação à pessoa a ser apoiada mostram-se aptos a fazer alguém submeter-se a tal posição de incertezas.

Autonomia, proteção e segurança são valores complementares e não contrapostos e, portanto, demandam regulação proporcional e harmônica. De modo que a concessão de maior autonomia às pessoas com deficiência não justifica preterir a segurança do ambiente comercial privado nem a proteção conferida aos sujeitos de direito. Ao conceder capacidade

plena às pessoas com deficiência e esvaziar regras quanto à prescrição, decadência e validade dos negócios jurídicos, o legislador deu um passo para frente e dois para trás.

Reputa-se, pois, como ideal, uma atitude proativa do legislador em preencher as lacunas legais que deixou em branco, a fim de conferir operacionalidade à legislação vigente e de precisar as questões controversas. Entretanto, essa solução pode-se mostrar inviável, visto o despreparo e desconhecimento jurídico deste na elaboração do estatuto em comento. Assim, a análise das experiências internacionais, bem como, as construções jurisprudenciais e doutrinárias serão essenciais à árdua tarefa de consagrar o real objetivo da CDPD, qual seja, o de promoção da pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. cap. 1.

EBERLE, Simone. *Mais capacidade, menos autonomia*. O estatuto da Menoridade no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.sadireito.com/index.asp?Ir=area.asp&area=5&Pagina=textosT.asp&texto=62&categoria=4>. Acesso em: 10 out. 2016.

FARIA, Romário. *Relatório ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/167218.pdf>>. Acesso em 30 nov 2016.

FIUZA, César. Tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. cap. 6.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência*. Disponível em: < <http://www.ampid.org.br/v1/?p=365>>. Acesso em: 22 set. 2016.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 2009. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: < <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

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. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 15 de abr. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and Disabilities: Justice for Mentally Disabled Citizens. *Philosophical Topics*, v. 30, nº 2, 2002, p. 133- 165. Disponível em: <

https://www.jstor.org/stable/43154398?seq=1#page_scan_tab_contents >. Acesso em 27 set 2016.

_____. Capabilities and Human Rights. *Fordham Review*, v. 66, nº 273, 1997, p. 273-300. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>>. Acesso em 27 set 2016.

_____. The Capabilities of people with cognitive disabilities. *Metaphilosophy*, v. 40, nº 3 e 4, 2009. Disponível em: < <https://ethicslab.georgetown.edu/phil553/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/Nussbaum-Capabilities-of-People-with-Cog.-Disabilities.pdf> >. Acesso em 27 set 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. cap. 4.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado – conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v.1.