



As modificações no tratamento legal da pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada: inovação e contraponto à curatela

Modifications in the legal treatment of the disabled person and the decision support: innovation and counterpoint to the curator

Este artigo tem como ponto central de discussão o histórico legislativo brasileiro sobre o impacto da deficiência psíquica e/ou intelectual na capacidade civil da pessoa, assim como os novos instrumentos e adequações realizadas, no ordenamento jurídico nacional, a partir da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015. Perfaz-se um estudo especializado sobre a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) e apresenta-se as novas nuances da Curatela, a partir da integração com o Código de Processo Civil de 2015. Para a concretização deste trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, empregando-se método descritivo-analítico e desenvolvido por meio de pesquisa teórica para, ao fim, concluir que a plena capacidade civil é a regra geral a permear o Direito e que os mecanismos oferecidos pela legislação como a TDA e a Curatela buscam auxiliar a promoção da autonomia da pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Deficiência; Incapacidade; Autonomia; Tomada de Decisão Apoiada; Curatela.

Abstract

This article has as its central point of discussion the Brazilian legislative history on the impact of mental and/or intellectual disabilities on a person's civil capacity, as well as the new instruments and adjustments made in the national legal system, based on the Convention on the Rights of the Person with Disabilities of 2007 and the Statute of Persons with Disabilities of 2015. A specialized study is made on Supported Decision Making (TDA) and the new nuances of Curatela are presented, based on the integration with the Civil Procedure Code of 2015. To carry out this work, bibliographical research was used, using a descriptive-analytical method and developed through theoretical research to, in the end, conclude that full civil capacity is the general rule that permeates the Law and that the mechanisms offered by legislation such as TDA and Curatela seek to help promote the autonomy of people with disabilities.

Keywords: Disability; Incapacity; Autonomy; Decision Support; Curatela.

Introdução





No Brasil, o estudo dos direitos da pessoa com deficiência ganhou reforço com a promulgação da Constituição de 1988, a qual prevê, em seu art. 1º, os fundamentos da República entre os quais está a dignidade da pessoa humana, abaixo apenas da soberania e da cidadania, presentes nos incisos anteriores do mesmo artigo. Assevera Teixeira (2010) que é significativa a previsão do princípio da dignidade no artigo de abertura da Constituição, especialmente após período de império do patrimonialismo e do autoritarismo.

A partir de então, o estudo da pessoa passou a girar em torno dos atributos já tratados pelo Código Civil, mas orientado pela sistemática constitucional. Inaugurou-se novo período de discussões e interpretações sobre o tema, acolhendo-se, inclusive, debates que já ocorriam em outros países, como o que ficou consolidado na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) do ano de 2007, a qual ingressou no sistema jurídico nacional com força de norma constitucional. Em complemento, no ano de 2015 foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), também conhecido por Lei Brasileira de Inclusão (LBI), que trouxe diversas alterações, notadamente no Direito Civil, no sentido de ampliar a proteção, realizar a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, especialmente a partir de seu corolário da igualdade, e promover a autonomia da pessoa com diversidade funcional.

O presente estudo foi dividido em três partes. Na primeira, realiza-se um análise sobre a evolução do tratamento conferido às pessoas com deficiência, desde o Código Civil de 1916 até as alterações decorrentes da CDPD e do EPD.

Na segunda parte, discorre-se sobre a tomada de decisão apoiada (TDA) buscando estabelecer seu perfil funcional, requisitos, conteúdo e procedimento. Assim como se traça já as primeiras distinções em relação aos institutos já existentes no ordenamento jurídico.

Como objeto de análise da terceira parte deste estudo, tem-se as alterações principais e mais significativas da Curatela, desenhadas tanto pelo EPD como pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Quanto à metodologia aplicada para a realização do trabalho, adota-se o tipo de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como finalidade um estudo descritivo e exploratório, classificando, explanando e interpretando os fatos. Almeja-se, desta forma, a pura



utilização dos resultados, oferecendo conhecimento com o intuito de aprofundar as ideias relacionadas ao tema do estudo

Ao final, busca-se estabelecer as bases teóricas do sistema de apoio em favor da promoção da dignidade da pessoa com deficiência a partir de nova diretriz constitucional.

1 Evolução do tratamento da incapacidade civil e da pessoa com diversidade funcional¹ no Direito Civil Brasileiro

Ao longo do tempo, a concepção do que seja a incapacidade para as pessoas maiores no Direito Brasileiro passou por, pelo menos, três significativas alterações desde a primeira codificação de Direito Civil. Seja em decorrência da dimensão patrimonial da legislação aplicável, seja em razão da nova percepção sobre a pessoa, o Direito Civil tem tratado de modo diferenciado as pessoas que, por presunção legal, não constituam ou declarem validamente sua vontade.

A questão da incapacidade e sua superação está intrinsecamente ligada à questão da autonomia da pessoa maior de idade e traz implicações na realização dos atos da vida civil e na construção da própria personalidade jurídica de seu titular. A concretização da autonomia privada², no entanto, depende não apenas do reconhecimento da atribuição desse “poder” (PRATA, 2016) à pessoa por parte do ordenamento, mas também da possibilidade de seu exercício de modo independente.

Referido reconhecimento é feito justamente pela atribuição da plena capacidade civil às pessoas naturais, em regra, maiores de idade. Na verdade, partindo da consideração de que toda

¹ No dizer de Augustina Palácios, “*en lo personal, quien escribe prefiere utilizar el término “diversidad funcional” en remplazo del término “deficiencia”, porque de este modo se elimina la connotación negativa sobre las palabras que aluden a las características de un ser humano*”. (El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008, p. 34). No presente trabalho, adere-se ao entendimento da autora por compreender ser o mais adequado, mas opta-se pela utilização também da palavra “deficiência” por ser sob esta denominação que a legislação brasileira cuida do tema além de , em segundo plano, possibilitar a variação na terminologia empregada no texto.

² Para Pietro Perlingieri, “*(...) autonomia privada (é) o poder, reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados.*” (in O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 325.





pessoa natural ao nascer com vida já é dotada de personalidade e capacidade de direitos³, o problema gira em torno da aquisição da capacidade de fato ou de exercício em favor dessa pessoa.

Nesse contexto, alguns dos conceitos relacionados à verificação da capacidade civil não mudaram no decorrer do tempo. Desta forma, o que se entende como plena capacidade civil permanece como sendo o complexo decorrente da íntegra capacidade de fato (a mesma capacidade de exercício ou de ação) somada à capacidade de direito (também denominada de aquisição ou de gozo).

Desde o Código Civil de 1916, a capacidade de direito está ligada à própria existência da pessoa natural como consequência da atribuição da personalidade jurídica e indica a aptidão genérica para adquirir direitos na vida civil (PEREIRA, 1997, p. 162).

Explicando o atributo da capacidade de direito, Beviláqua (2001, p. 118) explica os dois elementos da capacidade, utilizando-se da doutrina francesa que distingue o gozo (pressuposto) e o exercício dos direitos (efeito), esclarecendo que o “gozo de um direito é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei” ao passo que o exercício “é realização efetiva do gozo”.

Desta feita, tem-se a separação entre titularidade e as vantagens práticas advindas do direito, o que marca a organização da capacidade civil até os dias atuais. Em suma, a capacidade de direito se iguala à personalidade jurídica, o que impede sua recusa ou restrição por estarem tais conceitos ligados à existência da pessoa natural. No entanto, a capacidade de fato somente será assegurada àquelas pessoas que puderem exercer seus direitos por si só (BEVILÁQUA, 2001, p. 118), ou seja, pessoalmente e em nome próprio.

Compreende-se que, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, a regra geral para as pessoas naturais que já tivessem alcançado a maioridade civil já era a capacidade sendo a incapacidade a exceção. Neste sentido, afirma Pereira que “toda pessoa tem capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e *expressamente decorrente da lei*, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato” (1997, p. 163).

³ Artigos 1o. e 2o. do Código Civil de 2002 e artigos 2o. e 4o. do Código Civil de 1916.





De modo geral, pode-se afirmar que a incapacidade para exercer os atos da vida civil está ligada à presunção de que a pessoa não tenha o necessário discernimento para alguns ou todos os atos (GOMES, 2010, p. 131) seja em razão da idade ou de saúde. A dita presunção decorre, assim, ou da idade ou do hígidez mental, de acordo com as situações previstas na legislação.

Fica, então, para a lei, notadamente para o Código Civil, a incumbência de dispor o que seria causa de restrição ou até supressão na capacidade de fato, o que implica na incapacidade civil. Neste ponto, entende-se que houve grandes mudanças sobre o assunto de 1916 para os dias atuais.

Antes de passar à análise das alterações da incapacidade civil no direito brasileiro, convém esclarecer que, em razão da temática proposta pelo presente trabalho, será feito o exame das causas da incapacidade ligadas ao estado da saúde da pessoa maior de idade deixando de tratar sobre a incapacidade em razão da menoridade ou de outra condição pessoal – por exemplo: os silvícolas, os surdos mudos e os ausentes do CC/16; e os ébrios habituais, viciados em tóxicos e pródigos do CC/02.

1.1 A incapacidade de fato pela alienação mental no Código Civil de 1916.

No Código Civil de 1916, a incapacidade para as pessoas maiores estava dividida em absoluta e relativa a depender do grau de comprometimento do discernimento. Com a análise dos artigos 5^o⁴ e 6^o⁵ de referida codificação, percebe-se que a deficiência mental servia de fundamento apenas e tão somente para a incapacidade absoluta.

A denominação “loucos de todo gênero” conjugava todo e qualquer tipo de deficiências mentais possíveis de serem diagnosticadas usualmente e que comprometiam a prática dos atos da vida civil. Para Beviláqua (1927, p. 176) a expressão não era a ideal, mas era a mais comum no direito. Para ele, a expressão mais adequada seria “alienado de qualquer espécie” uma vez

⁴ CC/16, Art. 5o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os loucos de todo o gênero; III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

⁵ CC/16, Art. 6o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos; II – os pródigos; III – os silvícolas.



que reconhecia que nem todos os casos de comprometimento do discernimento seria oriundo da loucura. O autor afirma que a alienação mental poderia ser caracterizada como uma “organização cerebral incompleta” que comprometeria a vida social do sujeito em razão de grave interferência na inteligência ou nas emoções ou na possibilidade de manifestação de vontade de modo permanente ou duradouro (1927, p. 176-177).

Deve-se registrar, então, que a expressão consagrada no CC/16 não ficava presa à literalidade. Embora não fosse a mais adequada para descrever todas as circunstâncias, na casuística contemplava uma série de situações envolvendo a deficiência mental - fosse congênita fosse adquirida ao longo da vida - que resultasse na supressão ou restrição do discernimento da pessoa, de modo continuado ou intermitente⁶, o que levava à inaptidão para os atos de gerência do próprio sujeito e de seus bens.

Em tese⁷, estabelecia-se como regra geral a plena capacidade para as pessoas com 21 anos completos⁸, para as quais a incapacidade absoluta em razão de alguma doença mental seria a exceção e desde que houvesse sério prejuízo ao exercício dos direitos. A prática, porém, não confirmava a regra. O que se percebeu foi a fixação da ideia de que a existência de algum distúrbio mental seria sinônimo de incapacidade e, portanto, hipótese autorizativa de interdição e curatela do sujeito com o escopo declarado de proteção a ele próprio e ao seu patrimônio.

A significação da incapacidade absoluta através da “loucura” estendeu-se além do campo jurídico permeando toda a vida social e contribuiu para a inversão proposta por Beviláqua, qual seja: se havia deficiência mental, havia incapacidade absoluta.

Em que pese a certeza de poder titularizar direitos, a pessoa ficava vinculada ao alcance da capacidade específica para exercê-los pessoalmente com a justificativa da proteção à própria

⁶ “Não há intermitências na incapacidade, sendo fulminados da mesma invalidadetanto os atos praticados nos momentos de crise psicopática quanto os celebrados nos intervalos de lucidez”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.I., p. 173)

⁷ Para Beviláqua, “Se a alteração das faculdades mentais não é grave, embora duradoura, e permite ao paciente reger a sua pessoa e os seus bens, não ha necessidade nem conveniencia de feri-lo com a incapacidade absoluta”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. Vol. I. p. 177).

⁸ CC/16, Art. 9º: “Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.”



pessoa, mas buscando alcançar, na verdade, a estabilidade das relações sociais (PEREIRA, 2016, p. 275) garantindo a necessária segurança aos atos negociais (GOMES, 2010, p. 127).

Constatada a maioridade e a incapacidade, a solução que se apresentava era a constituição da curatela, por meio da ação de interdição. A partir de então, dava-se o exercício dos direitos do mentalmente deficiente através da substituição de sua vontade concretizada pelo curador judicialmente nomeado.

Uma vez posta sob curatela, a pessoa passava a ser representada, nos atos da vida civil, por aquele encarregado do *munus* público. Os atos descritos no CC/16 e que competiam ao curador eram principalmente patrimoniais, embora houvesse a previsão de que tal incumbência seria composta tanto da administração da vida como dos bens do incapaz. Ou seja, havia o permissivo legal de que, com inspeção do juiz, o curador passasse a exercer até os direitos relacionados à personalidade do curatelado.

A situação era agravada com a previsão legal do artigo 457, a qual recomendava que “os loucos, sempre que parecer inconveniente conservá-los em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado” (Código Civil/1916).

Ressalte-se que na vigência do Código Civil de 1916 a deficiência mental dava azo apenas à incapacidade absoluta. Não existia previsão de incapacidade relativa pelo mesmo motivo. Assim, a princípio, o deficiente mental – alienado ou fraco de espírito, segundo Beviláqua (1903, p. 418) - era inteiramente afastado da participação dos atos da vida civil relacionados à prática de seus próprios direitos, os quais eram exercidos por outrem em prol de um interesse que por vezes era mais social que individual.

Essa anomalia decorria da própria origem do Código Civil de 1916, cujo projeto foi finalizado por Beviláqua, ainda no final do século XIX, inserido num panorama social fundado na propriedade privada, nos contratos e num modelo patriarcal de família. Mesmo considerando que o fim dos trabalhos legislativos e início da vigência do Código ocorreu no início do século XX, a primeira codificação era impregnada pelos princípios, interesses e necessidades de seu tempo.

De qualquer modo, estava implantado no ordenamento civil brasileiro a relação de sentido entre incapacidade (absoluta) e deficiência mental (alienação mental), o que colaborou para a intolerância e a exclusão da pessoa com diversidade funcional (PALACIOS;



ROMAÑACH, 2006, p.32) da vida relacional em família e em sociedade. Estabeceu-se a “invisibilidade” (PIOVESAN, 2012) da pessoa uma vez que além de estar afastada do convívio social, não tinha reconhecida a autonomia na concretização de seus direitos, na construção de sua personalidade e de sua autodeterminação.

O foco de estudo sobre a pessoa humana, entretanto, ganhou maior relevância mundialmente com a passagem das grandes guerras, o que ensejou a criação e o fortalecimento de sistemas de proteção, especialmente destinados à promoção de valores e princípios próprios, como a dignidade da pessoa humana. No Brasil não foi diferente e, após período marcado pelo autoritarismo da ditadura militar, inaugurou-se nova ordem constitucional com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

1.2 A pessoa com diversidade funcional na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

A partir da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova forma de tratamento às pessoas em situações existenciais diferenciadas, numa verdadeira quebra de paradigma em relação a legislação e toda a construção doutrinária e jurisprudencial da época. Ao centralizar a proteção da pessoa no núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro, a CF/1988 estabeleceu como fundamento (artigo 1º.), e também como objetivo (artigo 3º.), da própria República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sem fazer qualquer distinção em relação à alguma circunstância especial. Assevera Teixeira (2010, p. 114-115) que “a inserção do princípio da dignidade no primeiro artigo da Constituição significa um marco relevante, principalmente quando contrastado com o ordenamento brasileiro que antecedeu, que fora criado para um Estado ditatório e patrimonialista”.

Assim, sobressai-se do próprio princípio da dignidade a busca pela concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, sendo necessária à consecução deste propósito, por vezes, regras especiais para tutela de pessoas com demandas especiais em consonância com a unidade constitucional (PERLINGIERI, 2008). De acordo com Moraes (2010, p.84), entre os diversos grupos de pessoas em situações especiais estão os vulneráveis que gozam de precedências e prerrogativas em relação a outros grupos como por exemplo crianças, idosos,



peças com deficiência, consumidores. Entenda-se, no âmbito deste trabalho, a vulnerabilidade existencial como a restrição ou supressão de um sentido ou habilidade a qual, mais que poder impor à pessoa alguma dificuldade na realização dos atos do cotidiano, segregada da participação da vida social em igualdade de condições com as demais pessoas (KONDER; TEIXEIRA, 2016).

Assim, a proteção do ser humano, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa, e em especial das pessoas no estado de vulnerabilidade, tornou-se o ponto de convergência das regras civis pertinentes à pessoa e às relações jurídicas, das quais os mesmos sujeitos fazem parte, de modo a tecer uma teia de proteção prioritária buscando o equilíbrio entre a sua vulnerabilidade - decorrente de sua categoria (KONDER; TEIXEIRA, 2016) – e a promoção do desenvolvimento de sua personalidade por meio do exercício de sua autonomia privada (MORAES, 2010).

Sob o escopo de conciliar o direito civil com as novas demandas sociais e com a ordem constitucional, foi apresentado projeto de uma nova codificação civil, no ano de 1975, o qual resultou no Código Civil aprovado em 2002. Com efeito, aguardava-se maior ajuste da lei civil à Constituição de 1988, mas, o que se observa é a máxima preservação das regras do Código de Beviláqua⁹, notadamente na parte geral da lei, a qual compreende o sistema das incapacidades. Destarte, não é exagero afirmar que as regras essenciais à aplicação do Direito Civil na atualidade encontram suas raízes no final do século XIX (nascido do CC/16), o que por si só já pode indicar a inadequação de diversos dispositivos, frente as mudanças e desenvolvimento da pessoa e de toda a sociedade.

Já nas primeiras linhas da então nova, percebeu-se o ajuste feito no instituto das incapacidades, no tocante às pessoas maiores e com deficiência, a começar pela previsão da incapacidade absoluta para aqueles que não tivessem discernimento para a prática dos atos da

⁹ Conforme esclarece Miguel Reale: “Como responsável pela codificação, não vacilei no sentido de preferir uma sistematização ampla, embora partindo do Código em vigor. Como já disse, foi fixado o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas. Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos”. (*Visão geral do projeto de Código Civil* in <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em 05 de dezembro de 2017.).



vida civil em razão de enfermidade ou doença mental, assim como pela descrição da incapacidade relativa das pessoas deficientes mentais com discernimento reduzido e das pessoas excepcionais sem completo desenvolvimento mental¹⁰.

Em tese, permanecia como regra geral para os maiores de dezoito anos a plena capacidade para os atos da vida civil e, apenas excepcionalmente, a incapacidade caso ocorresse a supressão ou limitação do discernimento em decorrência de alguma das hipóteses elencadas na lei - incluída a deficiência psíquica ou intelectual. De logo, verificou-se a substituição da expressão “loucos de todo gênero” por “enfermidade”, “deficiência mental” e “excepcional”. Compreende-se que, na prática, referida troca de palavras decorreu mais de um ajuste político que de um ajuste técnico com fundamento e pertinência constitucional.

A adaptação, embora tenha melhorado o texto legal, acabou por não contribuir na integração das pessoas com diversidade nos atos da vida de relação em sociedade. Na verdade, acabou por ampliar a noção leiga de que a deficiência estaria ligada à incapacidade sendo um estado quase sinônimo do outro. Ressalte-se que, nesse momento de início de vigência do CC/02, não havia menção expressa sobre pessoas com deficiência na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nem na Convenção Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (ICCPR) de 1966 e tão pouco no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais também de 1966, os três principais instrumentos da Carta Internacional de Direitos Humanos (KAYESS; FRENCH, 2008, p. 12).

Deste modo, mesmo com a ampla possibilidade interpretativa da Declaração Universal (1948) a qual dispõe em seu artigo segundo que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, somente pode-se chegar à proteção da pessoa com diversidade funcional compreendendo-a com integrante do grupo com qualquer

¹⁰ Art. 3º, CC/02: “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”.

Art. 4º, CC/02: “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.”



outra condição, nos exatos termos da norma internacional (SOUZA, 2011, p. 214/215).

Neste sentido, o art. 1.767 do Código de 2002 também previa a curatela geral para as pessoas com deficiência.

Constata-se que a questão da deficiência aparece tanto no inciso I como nos incisos III e IV sem nenhuma referência, no artigo mencionado, à uma possível modulação ou que se tratava de uma exceção à regra da plena capacidade¹¹. Apenas no artigo 1.772, CC/02 o legislador regulava, genericamente, que nos casos dos deficientes mentais, dos ébrios habituais, os viciados em tóxicos e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental o juiz deveria ditar os limites da curatela de acordo com a necessidade do interdito¹².

Mesmo com a recomendação legal, constatava-se, na prática, que o artigo 1.772 era um “dispositivo esquecido pela doutrina e pela jurisprudência, embora trouxesse a curatela parcial, ou seja, uma solução menos drástica para a vida do curatelado” (ABREU, 2016 p. 546). A necessária medida e ajuste da curatela à necessidade e especificidade de cada caso era - e é - expressão da proteção da pessoa enquanto ser único e titular de seus próprios direitos, do que era descuidado em termos substanciais não interessando o exame acurado “das vicissitudes circundantes à história de cada pessoa” (MENEZES, 2016, p. 605).

Não havia conciliação com a norma de direito civil e a cláusula geral de proteção à pessoa humana, estabelecida na Constituição Federal de 1988. Não existia realização da igualdade e promoção da autodeterminação da pessoa com deficiência. Restringia-se sua liberdade tolhendo sua autonomia existencial¹³ com o escopo, na maior parte das vezes, de controlar seus atos patrimoniais. O processo de interdição tinha como resultado final, em geral,

¹¹ Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da

vida civil;
II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade;
III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
V - os pródigos.

¹³ Para Rose Melo Vencelau Meireles “a autonomia privada é expressão positiva dessa liberdade no âmbito privado.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 104).



um decreto judicial proibitivo ao exercício dos direitos da pessoa com deficiência, sem preocupação com a realização dos valores e princípios constitucionais.

O Direito Civil nacional seguia por esse caminho controvertido até que, após iniciativa de grupos de estudos internacionais sobre a matéria notadamente a partir da década de 70, foi a promulgação pela Organização das Nações Unidas (ONU) do texto da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo no ano de 2007, responsável pela grande mudança no plano internacional na proteção das pessoas com deficiência.

1.3 A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão: novo paradigma no estudo das pessoas com diversidade funcional

A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) foi assinada em 30 de março de 2007 e se tornou o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos a integrar o ordenamento jurídico nacional com *status* de norma constitucional, em razão de sua aprovação pelo Congresso Nacional conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 6.949/09 em vigor no plano interno desde 25/8/2009.

O artigo inaugural da CDPD ressalta todo o escopo que permeia o texto legal.¹⁴

A partir desse enunciado, o texto da Convenção passa a tratar dos mais diversos aspectos dos direitos das pessoas com alguma diversidade funcional, assim como sobre algumas mudanças sociais que atendessem à finalidade da norma. Reconhece-se que a deficiência não decorre tão somente de aspectos ínsitos à pessoa, mas também do fato de que a sociedade muitas vezes não está preparada para lidar com as necessidades daqueles que fogem ao padrão da pessoa considerada “normal” (PALACIOS, 2008, p.32).

Neste contexto, o Congresso Nacional, após intensa participação popular na discussão do Projeto de Lei 7.699/2015 - inicialmente denominado “Estatuto do Portador de Deficiência”

¹⁴ Art. 1º, CDPD: “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.”



– aprovou a Lei 13.146/2015 sob a denominação de “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (EPD) ou “Lei Brasileira de Inclusão”(LBI). , a qual foi sancionada em 07 de julho de 2015 com início da vigência no começo domês de janeiro do ano de 2016.

Assim como a CDPD, o EPD trouxe regras de naturezas diversas dentre as quais interessam a este trabalho as relacionadas à alteração da capacidade civil das pessoas maiores de idade e com deficiência. Neste tocante, a grande ruptura trazida pelo EPD foi, dentre outras, a alteração dos arts. 3º e 4º do CC/02, assim como o remodelamento do instituto da curatela e a inclusão da tomada de decisão apoiada.

Desde o EPD, a incapacidade absoluta passou a estar vinculada apenas e tão somente à idade e desapareceu do texto do artigo 4º a menção aos termos relacionados à deficiência ou à excepcionalidade, antes previstos como hipóteses de incapacidade relativa. Após a alteração do CC/02, a previsão da incapacidade da pessoa maior, agora somente relativa, passou a decorrer de alguma limitação ou supressão na expressão de vontade. Pôs-se fim à previsão da constatação da deficiência como causa da incapacidade civil e, deste modo, buscou-se dissociar a palavra deficiência do estado de incapacidade de fato, impondo um exercício de nova interpretação de alguns institutos jurídicos à proteção da pessoa e suas características individuais.

Aquilo que, aparentemente, pareceu ser apenas um ajuste à regra já idealizada por Clóvis Beviláqua¹⁵, foi um divisor de águas no estudo dos direitos das pessoas com alguma diversidade funcional. Marcou-se resistência da separação e necessária distinção entre incapacidade e deficiência, buscando favorecer a percepção de que o fato de a pessoa ter algum sinal diferenciador na sua formação mental, psíquica, emocional ou intelectual não pode gerar como resultado universal, na esfera de seus direitos, a supressão ou interferência no exercício dos mesmos.

Paradoxalmente, aquilo que deveria ser o marco do reconhecimento da realização da igualdade constitucional, também passou a ser o alvo de inúmeras críticas, algumas bastante

¹⁵ Conforme ressaltado anteriormente, a regra seria a plena capacidade para os maiores. A incapacidade seria exceção.



pertinentes¹⁶, reconhece-se, mas outras nem tanto, como, por exemplo, aquelas que advém do argumento da absoluta falta de segurança jurídica; ou mesmo as que propalam a impossibilidade do reconhecimento da incapacidade àquelas pessoas sem discernimento em decorrência de alguma doença mental; ou as que se apegam na proposição de que não havia necessidade de alteração do texto legal, já consolidado no ordenamento nacional, sendo a mudança do EPD apenas uma alteração falaciosa.

Em apertada síntese, visto não ser este o objetivo central deste estudo, compreende-se que as críticas apontadas são, pelo menos de início, receio quanto a segurança jurídica, como se a proposição legal fosse algo verdadeiramente novo – repise-se que a regra geral já era a plena capacidade. Tal receio, talvez, ocorra porque antes era mais fácil categorizar a pessoa como sujeito capaz ou não apenas em razão de seu “enquadramento” como pessoa normal ou com deficiência. A sociedade, de modo geral, havia se acostumado a raciocinar que a deficiência era sinônimo de incapacidade e, assim, imporia-se a substituição da vontade.

Desde o reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência e a previsão de sua participação na vida social, como expressão de sua vontade declarada de forma própria até construção do sistema de apoio, todas as contribuições da CDPD e do EPD são no sentido de forçar uma nova forma de interpretar, aplicar e realizar a cláusula geral de tutela da pessoa humana com vistas à garantir acessibilidade aos atos cotidianos. De um sistema de exclusão decorrente da alienação mental, passou-se à engenharia da proteção mais especializada para a pessoa concreta - não para o sujeito idealizado (RODOTÀ, 2014, p. 143) de outrora - na medida de sua necessidade. Dentro desse contexto, destaca-se as alterações no instituto da curatela e a inserção da tomada de decisão apoiada.

2 O instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) e a proteção à pessoa com deficiência

A CDPD estabelece como um de seus princípios o “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (CDPD, art. 3º) sendo impositivo, para tanto, que os Estados signatários adotem as

¹⁶ Entende-se que o EPD criou alguns problemas como por exemplo os relacionados ao sistema de invalidades dos atos jurídicos, aos prazos prescricionais, e a responsabilidade civil dos apoiadores – tema central do presente artigo - sem, no entanto, apresentar qualquer solução em seu texto.



medidas imprescindíveis para afastar qualquer forma de discriminação das pessoas com deficiência, assim como o ajuste da legislação de cada país com incremento e promoção do apoio necessário para o exercício dos direitos individuais e realização da autonomia de cada pessoa por meio do reconhecimento da plena capacidade, em regra, da pessoa.

No Brasil, com o ingresso do texto da CDPD no ordenamento jurídico com força constitucional e com o início da vigência do EPD no início do ano de 2016, marcou-se uma nova forma de proteção à pessoa com deficiência, através do Direito Civil. Repita-se que, diferente do que alguns alegam, entende-se que desde o Código Civil de 1916, a incapacidade fundamentada na deficiência psíquica ou intelectual é a exceção e não a regra no Direito Civil.

As distorções que existiam, depreende-se, eram fruto da interpretação/aplicação equivocada e preconceituosa por parte dos operadores do Direito em geral. Assim, o ajuste feito nos artigos terceiro e quarto do Código Civil de 2002, retirando-se os termos relacionados à diversidade funcional, não tem caráter de ineditismo, pelo menos se analisada - como deveria ser esperada - a finalidade social pretendida pela lei.¹⁷ Textualmente, então, a deficiência deixou de ser hipótese de incapacidade, o que permitiu que se lançasse o olhar para a pessoa com alguma disfunção de modo equitativo em relação a todas as demais pessoas, o que estabeleceu no senso comum a ideia de que só a partir do EPD a pessoa com deficiência maior de idade seria plenamente capaz.

De qualquer modo, louvável a mudança efetivada nos artigos da incapacidade civil com expectativa de inculcar na sociedade a concreta distinção entre incapacidade e deficiência, repita-se. Afora a reestruturação indicada, também foi alvo de alterações significativas o instituto da curatela bem como foi apresentada, pela LBI, a tomada de decisão apoiada¹⁸.

O instituto, novo no Brasil até então, passou a integrar o Código Civil, com previsão no artigo 1.783-A.

De início, constata-se que a TDA não é instrumento obrigatório, do que pode-se afirmar

¹⁸ Art. 84, EPD: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.”

¹⁷ Art. 5º. LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.



que, hoje, a pessoa com deficiência pode não fazer uso da TDA, em razão de não enfrentar nenhuma dificuldade pessoal na externalização de sua vontade e exercício de sua autodeterminação; ou pode fazer uso da TDA, no âmbito de interesse que assim determinar, a fim de ter facilitada a prática de certos atos da vida civil; ou, ainda, pode estar sob o regime da curatela, medida excepcional, em razão da ausência ou limitação da possibilidade de declaração da vontade de modo eficaz ao exercício dos atos jurídicos do cotidianos (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017, p. 342).

Pode-se dizer que a TDA decorre de um negócio jurídico¹⁹ celebrado entre a pessoa com deficiência e as duas pessoas escolhidas por ela para serem seus apoiadores. Em sendo um negócio jurídico pressupõe-se, para sua validade, a capacidade das partes²⁰, o que reforça a plena capacidade da pessoa com deficiência que opta pela TDA.

Diferente da curatela, para a qual a lei esboça uma ordem de preferência na escolha de quem exercerá a curatela, na TDA os apoiadores serão pessoas de livre escolha do beneficiado. Assim, podem ser escolhidas pessoas com laços de parentesco ou afetividade com o apoiado ou não; podem ser escolhidas pessoas que demonstrem conhecimento técnico relacionado à área delimitada para a realização da TDA; podem ser escolhidas pessoas com formação tanto diversas como contrárias entre si, o que favoreceria a um maior alargamento do apoio. Espera-se, no entanto, que também os apoiadores possam declarar sua vontade de modo válido, não apenas para a celebração do negócio mas, principalmente, para a sua participação como apoiador da pessoa com deficiência.

Compreende-se que, embora a lei preveja a TDA para a pessoa com deficiência, como a premissa é a da plena capacidade, não se vislumbra impedimento para que uma pessoa sem deficiência possa também firmar acordo de TDA, nos termos propostos pela lei.

No que diz respeito ao objeto desse negócio jurídico, a lei traça o contorno de uma obrigação de fazer, qual seja, a de prestar uma contribuição (apoio), informação e proteção nas

¹⁹ São diversos os conceitos encontrados na doutrina nacional sobre o negócio jurídico. Para este trabalho, adota-se o conceito de Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 191), para quem negócio jurídico é “*fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico*”.

²⁰ Art. 104, CC/02





escolhas a serem feitas durante os atos da vida civil. Prescreve o texto legal que o conteúdo e os limites do apoio a ser dado devem estar redigidos por termo. Sobressai-se como dever imposto aos colaboradores a necessidade de o apoiador levar a consideração do juiz a ocorrência de divergência de opinião entre apoiado e seus auxiliares quando o que estiver em debate for questão que pode ser prejudicial à pessoa apoiada²¹. Por medida de prudência, Menezes (2016, p. 622) considera que, neste caso, o juiz deve investigar se ainda persiste a higidez mental do apoiado. Entende-se, ainda, que nos casos que não resultarem perigo de lesão relevante, não haverá necessidade de intervenção judicial.

Não há qualquer referência à natureza dos atos a serem praticados com apoio, do que se entende poderem ser os mais variados possíveis, incluindo os atos existenciais. Por não se tratar de uma substituição de vontade, mas apenas de um auxílio na tomada de decisão, esta a ser realizada pela própria pessoa apoiada, não haveria nenhum conflito jurídico.

Independentemente da natureza do ato a ser praticado com apoio, reputa-se que a TDA é distinta do instituto da representação, seja a legal ou a convencional, nesta última espécie destaca-se o contrato de mandato (arts 653 – 692, CC/02). Note-se que o ato da vida civil deverá ser praticado pelo apoiado e não seu apoiador, por não ser, frise-se, hipótese de substituição de vontade, o que afasta eventual confusão com a representação.

Igualmente, não há que se confundir a TDA com a assistência, a qual também integra o sistema de proteção dos incapazes. Embora não se trate, na essência, de substituição de vontade, a assistência outorga ao seu titular o *munus* de declarar a vontade simultaneamente com o assistido – em regra, um relativamente incapaz – como se fosse uma ratificação necessária da vontade que o titular da relação jurídica declara no exercício de seus direitos.

O procedimento previsto para a formalização do termo de apoio, imposto pela lei, indica que o negócio jurídico celebrado será tanto formal como solene, assim como deverá ser temporário, apesar de que a lei não determina a duração máxima. Mesmo sendo estabelecido um prazo de duração, a qualquer momento poderá ser requerida a desconstituição do termo entre as partes perante juiz da causa.

²¹ Art. 1783-A, § 6º, CC/02: “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”.



Não há menção se o contrato de apoio será gratuito ou oneroso, não existindo vedação legal à remuneração dos apoiadores, o que leva a crer que isso poderá ser negociado entre apoiado e apoiadores, no exercício da autonomia privada.

No que se relaciona com o procedimento, o CC/02 prevê ato de jurisdição voluntária proposta pelo apoiado indicando seus dois apoiadores, o que deixa transparecer que a legitimidade ativa é apenas do interessado no apoio e não dos três participantes da dita convenção. Não parece razoável que a TDA possa ser requerida por iniciativa de outra pessoa, nem mesmo do membro do Ministério Público, do mesmo modo que não poderia ser decretada de ofício pelo juiz (MENEZES, 2016, p. 619). Note-se que no início do instituto, tem-se um acordo de vontades, o que inviabilizaria qualquer outra demanda que não decorresse da vontade do interessado.

Neste ponto, conclui-se que o legislador perdeu a oportunidade de possibilitar a via extrajudicial para a formalização da TDA, o que iria ao encontro do processo de desjudicialização que vem ocorrendo no direito brasileiro. Assim, como as partes envolvidas devem ser plenamente capazes e a TDA decorre da celebração de um negócio jurídico no exercício da autonomia dos três partícipes, não se vislumbra prejuízo na adoção da via notarial. Ademais, como nos outros atos feitos perante um notário, caso ocorra alguma dúvida sobre um dos elementos do pacto, poderá o oficial remeter o pedido à apreciação do Judiciário. A judicialização da medida pode acarretar na dificuldade de acesso ao instituto por parte das pessoas com carência de recursos financeiros (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 53) ou até o uso inadequado ou a subutilização da TDA.

Afora a participação da equipe multidisciplinar e as considerações do *Parquet*, será necessária uma audiência para ouvir as partes envolvidas. Entende-se a preocupação do legislador em inserir no sistema de proteção da pessoa um instituto novo e sem precedentes no ordenamento brasileiro, mas acabou por impor um custo de tempo para o qual só a prática poderá fornecer um diagnóstico sobre a viabilidade real ou não da TDA, dentro do modelo idealizado.

Outro ponto relevante diz respeito aos efeitos da TDA perante terceiros. Conforme afirmado anteriormente, o acordo é firmado entre o apoiado e os apoiadores escolhidos, mas a decisão tomada com a participação efetiva ou não dos apoiadores produz efeitos perante



terceiros uma vez que se trata de ato jurídico praticado entre capazes e não dependente, *a priori*, da concretização do apoio para ter validade (MENEZES, 2016, p. 623). Mesmo nos atos praticados sem auxílio dos apoiadores, que versem sobre matéria constante do termo de apoio, entende-se que não padeceria de invalidade por não atentar contra norma imperativa e, repita-se, é praticado por pessoa plenamente capaz para a qual não se impõe representação ou assistência como instrumentos obrigatórios à prática dos atos da vida civil.

O que a legislação prevê é a possibilidade de o terceiro solicitar a assinatura dos apoiadores no contrato ou acordo firmado com a identificação de suas funções em prol do apoiado. Desta forma, inverteu-se a regra geral dos negócios jurídicos que é a informalidade para criar a expectativa de celebração de ato formal e, ao que aparece, reduzido a termo refutando a oralidade que é a forma mais comum de declaração de vontade nesses casos. Ademais, conforme observa Schreiber (2016) não há qualquer sanção prevista em caso de recusa dos apoiadores em subscrever o contrato além de aproximar a TDA a uma forma “disfarçada” de assistência. Para finalizar a análise da TDA, pondera-se sobre as situações que podem levar à exclusão dos apoiadores. Nos termos exatos dos §7º e 8º do artigo 1783-A, CC/02.

Nessa toada, em atenção à prioridade de proteção à pessoa, poderá ser o apoiador destituído judicialmente, a partir de denúncia formulada pelo próprio apoiado ou por qualquer pessoa perante o Órgão Ministerial. Na ocorrência de julgamento procedente, o juiz fará nova nomeação de outro apoiador, se for do interesse da pessoa beneficiada. Disso decorre algumas reflexões. A uma, se a denúncia for apresentada pelo apoiado, mas for improcedente, deduz-se que não haveria mais pertinência na continuidade dessa colaboração, uma vez que estaria rompida a confiança depositada no termo de apoio. A duas, se, por lei, na TDA deve existir dois apoiadores na circunstância de destituição ou saída de um deles e não houver interesse do apoiado em substituí-lo, crê-se que seria causa de extinção da tomada de decisão apoiada de acordo com modelo ofertado legalmente (REQUIÃO, 2016, p. 9).

Acredita-se que algumas questões, como já afirmado, deverão passar pela fase de amadurecimento do instituto e serão, espera-se, superadas a fim de que não ocorra a inviabilidade ou o desvio funcional desse instrumento de apoio. A solução passa pela adequada interpretação vinculada à universalidade constitucional e construída mediante argumentação





séria e comprometida com os critérios estabelecidos pelo EDP, com as nuances do caso concreto (KONDER, 2016, p. 48).

3 Novos contornos da curatela na atualidade

Conforme realçado anteriormente, a CDPD e o EPD trouxeram para o direito protetivo brasileiro a promoção da igualdade entre as pessoas, buscando afastar a relação entre deficiência e incapacidade. Tal intento foi realizado tanto com a adição de novas possibilidades de proteção e promoção da pessoa, como pela readequação de antigos institutos como a curatela.

Se desde o Código de Beviláqua a constituição da curatela era um dos objetos da ação de interdição, com a nova estrutura legal a curatela passou a ser a ação judicial por excelência e excepcional nos casos de incapacidade²². Nesse contexto, o artigo 1.767 do CC/02 passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
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);
V - os pródigos.

Como comparativo, a redação anterior prescrevia:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
V - os pródigos.

Denota-se que, da mesma forma que a alteração dos artigos sobre incapacidade na parte geral do CC/02, a mudança vai além que a simples substituição de palavras. O alcance pretendido é bem maior que o conteúdo semântico da linguagem.

Acima de atuar como um substituto ou um acompanhante da vontade da pessoa, o

²² Cumpre ressaltar que, a despeito do CPC/15 ter mencionado expressamente a ação de interdição, considera-se que o *status* de norma constitucional da CDPD, a qual inspirou o EPD, não pode ficar submetida à norma infraconstitucional.



curador deve ser um cuidador (ROSENVOLD, 2016, p. 801). Nesse sentido, foi exitosa a previsão do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 755, parágrafo primeiro, o qual estabelece que o exercício da curatela deve ser “atribuído a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado”. Rompeu-se com a ordem legal, prioritária, tradicional e nem sempre favorável de nomeação do curador com base nos vínculos familiares. A proteção passa a estar centralizada no seu principal interesse: a pessoa real do curatelado.

No mesmo sentido, abriu-se a possibilidade para a curatela compartilhada a mais de uma pessoa, se for em prol do interesse da pessoa com deficiência. Vislumbra-se aqui a possível configuração de um princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência, semelhante ao princípio do melhor interesse do menor, ambos – menor e deficiente – integrantes do rol de vulneráveis protegidos constitucionalmente.

Outra mudança festejada como novidade foi a previsão da autocuratela pelo EDP. A regra prevista a partir de então, no artigo 1768, CC/02, foi suprimida pela redação do CPC/15, o que abriu intenso debate doutrinário sobre a revogação tácita ou não de citado dispositivo. Em que pese opiniões contrárias, entende-se que a autocuratela permanece e decorre da interpretação constitucional²³. Perceba-se que a autocuratela não pode ser confundida com a TDA. Enquanto a primeira pressupõe a incapacidade, a segunda, ao contrário, supõe a capacidade.

A maior e mais significativa mudança, no entanto, foi menos de procedimento que de substância. Alterou-se a participação do curador nos atos da vida do curatelado, em face a natureza do direito em exercício. Em regra, os atos que versem sobre direitos existenciais devem ser realizados pela própria pessoa com deficiência ou com sua participação, mais ampla possível, a fim de legitimar o ato através de seu consentimento.

A curatela deixou de ser medida *standart* e passou a ser meio excepcional, temporário e personalizado de proteção à pessoa com deficiência. Os poderes conferidos ao curador pelo juiz devem ser na exata proporção da necessidade do incapaz. A depender do grau de comprometimento do discernimento do incapaz, o juiz poderá modular a curatela a maior ou a

²³ Nesse sentido: Paula Greco Bandeira; Thais Câmara Maia Fernandes, Heloisa Helena Barbosa, Vitor Almeida, Ana Carolina Brochado Teixeira, Joyceane Bezerra de Menezes.



menor, de acordo com as circunstâncias que ilustram o caso concreto. Assim, entende-se que o curador poderá assistir ou representar²⁴ o incapaz – relativamente incapaz, diga-se – nos atos de disposição patrimonial.

Em sentido contrário, o juiz não poderia outorgar poderes ao curador ao exercício de ato personalíssimo do incapaz, nem mesmo em caso de supressão do discernimento. Neste caso, o máximo que poderia ocorrer seria, após o devido processo de curatela com a investigação das aptidões do curatelado, a declaração de não haver condições pessoais à declaração de vontade para a prática de certos atos da vida civil.

Ocorreu a mudança de eixo e de sentido da curatela, a fim de conformá-la com o novo panorama internacional de proteção à pessoa com deficiência por meio de sua promoção do desenvolvimento da autonomia e reconhecimento da autodeterminação.

Conclusão

I – A deficiência mental foi tratada por muito tempo como sinônimo de incapacidade, a despeito de não ter sido esta a intenção de Beviláqua, quando da elaboração do projeto do primeiro Código Civil.

II – Com a repercussão social da sinonímia, a deficiência impunha a exclusão da pessoa da vida social e do exercício dos atos ínsitos ao exercício de sua autonomia. A curatela era a solução padrão para os casos de incapacidade, sem que se verificasse a real necessidade e estipulassem limites seguros ao exercício da curatela sem que ocorresse o isolamento da pessoa.

III – Muito embora a Constituição Federal de 1988 seja destacada como norma de conteúdo voltado à proteção da pessoa, não ocorreu a observância necessária na elaboração e aprovação do Código Civil de 2002 no que pertine a matéria, o que perpetuou a vinculação da deficiência com a incapacidade e a extensão do modelo anterior da curatela.

IV – No ano de 2007, foi promulgada pela Organização da Nações Unidas (ONU) a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual foi ratificada no Brasil no ano de 2009, com força de norma constitucional. Na esteira da CDPD, em 2015 foi aprovado o Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD).

²⁴ Considera-se que não há óbice legal à representação dos relativamente incapazes na hipótese de ausência de discernimento, em que pese opiniões divergentes.



V – A primeira alteração percebida foi a retirada da denominação referente à deficiência mental, enfermidade ou excepcionalidade como circunstâncias que revelaria a incapacidade absoluta ou relativa. Restringiu-se a incapacidade absoluta apenas ao critério etário e a incapacidade relativa passou a decorrer da ausência ou limitação da declaração da vontade a ser investigada no caso concreto.

VI – Além da alteração no sistema das incapacidades, foi trazido novo instituto destinado ao auxílio da pessoa com deficiência, a tomada de decisão apoiada. Na verdade, entende-se que a TDA, sendo medida genérica decorrente de acordo de vontade entre apoiado e dois apoiadores, pode ser convencionada por pessoa não deficiente caso lhe seja favorável.

VII - Ressalte-se, no entanto, que referido instituto carece de maior amadurecimento da sua interpretação e aplicação, a fim de afastar a excessiva formalidade e alto custo previsto pelo texto legal, o que pode causar desestímulo à realização da pactuação.

VIII – As novidades no âmbito da curatela buscam alcançar uma maior adequação dessa medida protetiva com o contexto legal da deficiência. Assim, entende-se ser uma medida excepcional, temporária, personalizada às necessidades reais da pessoa e restrita, em regra, aos atos patrimoniais. Defende-se a tese de que o curador pode atuar como representante ou assistente do incapaz a depender de outorga judicial desses poderes.

IX – Compreende-se que a própria pessoa pode requer sua curatela, como meio de exercer a autonomia sobre os atos de sua própria vida.

Referências

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estudo da pessoa com deficiência e o novo CPC. 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.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, v. I.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1903.





BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. Projeto de Lei 7.699/2006.. **Câmara Federal**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentada artigo por artigo**. Salvador: JusPodvim, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. rev. e atual. Por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1–34, 2008.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70-93, jan./abr. 2016.

KONDER, Carlos. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos (coords.). **Direito Civil - Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2016.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). 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.

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

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 – Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (Coords.) – Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: Uma análise da

PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madri: Cinca, 2007.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad: La Bioética y los derechos**





Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Diversitas- AIES, 2006.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madri: Cinca, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil** in <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>, acesso em 05 de dezembro de 2017.).

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 6/2016 | p. 37 - 54 | Jan - Mar / 2016 DTR\2016\436. Acesso em 07 dez. 2017.

RODOTÀ, Stéfano. *El Derecho a tener derecho*. Madrid: Trota, 2014.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2016.

ROSENVALD, Nelson. Novas Reflexões sobre a Tomada de Decisão Apoiada: Como conciliar autonomia, cuidado e confiança. In *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, v. 20, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 57-80

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em 02 dez. 2017.

SOUZA, Rafael Barreto. Nada Sobre Nós, Sem Nós: Uma Análise da Legitimidade Jurídica da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 11, n. 15, p.213-234, jan./dez. 2011

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

