



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARIA MARIANA FERREIRA SOARES

**TOMADA DE DECISÃO APOIADA: OS LIMITES ENTRE A AUTONOMIA E
A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL**

SOUSA

2018

MARIA MARIANA FERREIRA SOARES

**TOMADA DE DECISÃO APOIADA: OS LIMITES ENTRE A AUTONOMIA E A
PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa-PB, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Admilson Leite de Almeida Júnior

Co-orientador: Maria dos Remédios Lima
Barbosa

SOUSA

2018

MARIA MARIANA FERREIRA SOARES

TOMADA DE DECISÃO APOIADA:
OS LIMITES ENTRE A AUTONOMIA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA MENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa-PB, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Admilson Leite de Almeida Júnior

Co-orientador: Maria dos Remédios Lima Barbosa

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Admilson Leite de Almeida Júnior

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, expresso minha gratidão a Deus, por ter me dado toda a força, inspiração e persistência não apenas para concluir este trabalho, mas durante toda a trajetória do curso. Sou grata pelos acertos, que me trouxeram alegria, assim como pelos erros, que me ensinaram sabedoria e resistência.

Minha enorme gratidão aos meus pais, que sempre foram meu porto seguro e os melhores guias e conselheiros em todas as situações, sempre celebrando minhas conquistas e me amparando em minhas dificuldades, e com isso, sempre me estimulando a seguir em frente.

Minha gratidão ao meu irmão, que trilhou comigo essa trajetória como colega de curso e amigo inseparável, sempre me incentivando a extrair o melhor de mim. Entre as raivas e risadas, eu não poderia ter tido um parceiro melhor na vida, no curso, e em um futuro próximo, na profissão.

Minha gratidão a toda a minha família, que distante ou próxima, sempre torceu por mim e pela minha formação.

Minha gratidão aos amigos, aos que já tinha quando ingressei no curso, bem como aos que fiz durante esse caminho. Essas amizades trouxeram auxílio, leveza e bom humor até nos dias mais tensos, e com isso, vou preservá-las sempre, levando-as como o presente que considero que são.

Minha gratidão aos professores, que trouxeram, conforme a peculiaridade de cada um, uma lição, seja acadêmica ou para a vida. Nesse particular, agradeço ao meu orientador, Admilson Leite de Almeida Júnior, e minha co-orientadora, Maria dos Remédios Lima Barbosa, pelos ensinamentos e atenção para que este trabalho pudesse ser concretizado.

Minha gratidão geral aos funcionários e servidores da UFCG-CCJS, Campus de Sousa, cujos serviços prestados, direta ou indiretamente, também fazem parte de minha formação ao longo desses anos.

Agradeço a todos os envolvidos que compartilharam comigo esse caminho, e sem os quais eu não poderia ter chegado onde cheguei.

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo da Tomada de Decisão Apoiada, novo instituto que foi criado a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que buscou efetivar no direito interno os preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A nova sistemática transformou a Teoria das Incapacidades civis, concedendo capacidade civil plena às pessoas com deficiência mental, a fim de que fosse ampliada sua autonomia e consequentemente, sua inclusão social. Todavia, foram levantados questionamentos quanto à proteção jurídica de tais indivíduos, que inegavelmente, estão em uma condição de vulnerabilidade. Com a restrição da curatela aos atos de natureza patrimonial, o novo instituto civil assumiu um patamar prioritário na tutela jurídica de pessoas com deficiência, que ensejou o objetivo do estudo em questão em analisar se a novidade legislativa é realmente apta para conciliar os aspectos da autonomia com a devida proteção jurídica das pessoas com deficiência mental na prática de negócios jurídicos, tendo em vista sua condição de ausência ou redução do discernimento. Para tanto, foi realizada uma análise geral do sistema de incapacidades civis e seus principais conceitos, indicando as transformações e impactos do Estatuto na legislação civil, seguido de uma abordagem sobre a evolução do tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental na lei, e por fim, a análise específica da Tomada de Decisão Apoiada, sua função e perspectivas de efetividade no contexto social brasileiro. A presente pesquisa foi realizada com respaldo nos métodos dedutivo, comparativo, bem como estudo bibliográfico de lei, jurisprudência, doutrina, periódicos e demais artigos científicos. Com base no trabalho desenvolvido, concluiu-se que o instituto representa um instrumento de amparo mais adequado a pessoas com deficiência mental que preservem ainda uma razoável compreensão de suas limitações e vulnerabilidades, a fim de que solicitem, com autonomia, o apoio de que necessitam.

Palavras-chave: Tomada de Decisão Apoiada. Pessoa com deficiência mental. Autonomia. Proteção jurídica. Teoria das Incapacidades.

ABSTRACT

The present work deals with the study of Decision Making Supported, new institute that was created from the Status of the Person with a Disability, which sought to implement in domestic law the provisions of the International Convention on the Rights of the Disabled Person. The new systematics has transformed the Theory of civil Disabilities, granting full civil capacity for people with mental disabilities, so that was magnified your autonomy and consequently, your social inclusion. However, questions were raised as to the legal protection of such individuals, which undeniably are in a condition of vulnerability. With the restriction of custodianship to acts patrimonial in nature, the new civil institute took a priority level on legal guardianship of persons with disabilities, which led to the goal of the study in question on whether new legislation is really able to reconcile aspects of autonomy with the appropriate legal protection of persons with mental disabilities in legal business practice, having the view your condition of absence or reduction of discernment. To this end, a general analysis of the system of civil disability and its main concepts, indicating the changes and impacts of the regulations on civil law, followed by an approach on the evolution of the legal treatment of the person mental deficiency in the law, and finally, the specific analysis of Decision Making Supported, your function and prospects of effectiveness in the social context. This research was conducted with support in deductive methods, comparative as well as bibliographical study of law, jurisprudence, doctrine, journals and other scientific articles. Based on the work developed, it was concluded that the institute represents an instrument best suited to support people with mental disabilities to preserve a reasonable understanding of its limitations and vulnerabilities, so that request, with autonomy, the support they need.

Keywords: Decision Making Supported. Person with mental disabilities. Autonomy. Legal protection. Theory of Disabilities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDH	Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa
CDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência
CF/88	Constituição Federal de 1988
CORDE	Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
EC	Emenda Constitucional
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
PL 757/2015	Projeto de Lei nº 757 de 2015
TDA	Tomada de Decisão Apoiada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O SISTEMA BRASILEIRO DE INCAPACIDADE CIVIL	11
1.1. Personalidade e capacidade jurídica da pessoa natural	11
1.2. A Teoria das Incapacidades	14
1.3. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência	17
1.4. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a reformulação da Teoria das Incapacidades ...	20
1.5. Reflexos na sistemática dos negócios jurídicos.....	23
2. O TRATAMENTO JURÍDICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO.....	27
2.1. A trajetória da definição da deficiência mental nos moldes da lei	27
2.2. Dignidade-vulnerabilidade e dignidade-liberdade da pessoa com deficiência mental.....	31
2.3. O Princípio da Igualdade e a pessoa com deficiência mental.....	35
2.4. O tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental no Direito Comparado	38
3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL.....	43
3.1. Funcionamento do instituto sob a ótica da lei	43
3.2. Distinção entre Tomada de Decisão Apoiada e Curatela	46
3.3. Perspectivas de efetividade da Tomada de Decisão Apoiada no contexto brasileiro e o Projeto de Lei nº 757/2015	50
3.4. Autonomia e proteção jurídica da pessoa com deficiência mental por meio do novo instituto	55
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro possui o sistema da Teoria das Incapacidades, utilizado como forma de proteção jurídica para determinados indivíduos considerados vulneráveis no que concerne à prática dos atos da vida civil, entre eles, as pessoas com deficiência mental. Tais pessoas sempre tiveram sua vulnerabilidade pautada no critério do discernimento, cuja extensão poderia ensejar incapacidade absoluta ou relativa, a depender da situação específica.

Com o advento da CDPD, que ensejou a criação do EPD (Lei nº 13.146/15), foi excluída a possibilidade de conceber pessoas com deficiência mental como incapazes, passando a figurar, portanto, com o status de capacidade plena. Referida alteração se justificou principalmente sob o argumento de proporcionar uma inclusão social mais digna e isonômica para as pessoas com deficiência através da ampliação de sua autonomia.

Para tanto, o instituto da curatela, que possuía a função de amparar os casos de deficiência que se enquadrassem nas hipóteses de incapacidade relativa ou absoluta, passou por significativas alterações, assumindo o caráter de uma medida excepcional. Portanto, como medida preferencial à curatela, foi criado um novo instituto, denominado Tomada de Decisão Apoiada.

A Tomada de Decisão Apoiada é um instituto assistencial cuja criação foi inspirada na figura do instituto italiano da *amministrazione di sostegno*. Influenciado pela experiência do Direito italiano, o Estado brasileiro depositou no novo instituto a função de tutelar as pessoas com deficiência sem limitar sua capacidade civil e com isso, preservando sua autonomia.

A nova forma de lidar com a situação jurídica das pessoas com deficiência no ordenamento pátrio foi recebida com aplausos e críticas, gerando divergências entre os civilistas brasileiros. Isso se deve ao fato de que tanto a autonomia quanto a proteção jurídica desses indivíduos se mostram como elementos fundamentais a serem devidamente observados nessa questão. Se por um lado a capacidade civil plena significa autonomia para o exercício pessoal e direto dos atos da vida civil, por outro também designa a ausência do sistema de proteção jurídica destinado às pessoas que eram consideradas incapazes na ordem civil.

É nesse ponto que entra em cena a Tomada de Decisão Apoiada, que tem o escopo de auxiliar a pessoa com deficiência na celebração de atos e negócios jurídicos, mas sempre com o mínimo de intervenção possível, a fim de que não seja comprometida a autonomia delineada pelo Estatuto. Considerando que o uso de tal instituto se tornou prioritário para a tutela jurídica

da pessoa com deficiência, mas sem ensejar a incapacidade civil desta, convém analisar como a sua configuração pretende tutelar a situação em específico de pessoas com deficiência de natureza mental, visto que estas podem sofrer de ausência ou redução da compreensão da realidade.

Desse modo, o presente trabalho questiona se a aplicação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada pela pessoa com deficiência mental realmente garante a sua autonomia com a devida proteção jurídica. Referido questionamento se faz imprescindível diante da mudança de paradigmas que se operou na Teoria das Incapacidades civis, na qual a pessoa com deficiência mental, sob os preceitos de autonomia e liberdade, deixa de ser abrangida pelo manto da proteção jurídica da incapacidade, fato que claramente reforça a necessidade de se discutir a respeito da problemática proposta.

Diante disso, a justificativa do trabalho se fundamenta na relevância de inclusão social da pessoa com deficiência mental sem discriminação, respeitando sua dignidade e isonomia, mas buscando isso de forma que se mantenha um equilíbrio entre suas condições de autonomia e proteção jurídica, ainda mais quando isso é pretendido através da introdução de um instituto cuja estrutura não guarda semelhanças com nenhum outro da legislação civil brasileira, e confere um tratamento jurídico diverso do que tradicionalmente sempre foi dado à pessoa com deficiência mental.

Neste contexto, o trabalho em questão será desenvolvido com o escopo de analisar as perspectivas de efetividade do instituto da Tomada de Decisão Apoiada em relação à pessoa com deficiência mental no contexto jurídico brasileiro, observando a conjugação dos aspectos de autonomia e proteção jurídica.

Para tanto, a estrutura será modelada em três capítulos, que delinearão os objetivos específicos deste estudo. O primeiro capítulo fará uma abordagem dos principais conceitos para a compreensão da Teoria das Incapacidades, levando em conta tanto sua configuração anterior quanto posterior ao EPD, a fim de que seja possível compreender as mudanças e impactos no sistema de proteção jurídica das pessoas com deficiência mental, especialmente no que concerne à celebração de negócios jurídicos. Também buscará analisar os fundamentos que levaram a tal mudança de paradigma através da análise dos preceitos da CDPD e do EPD.

O segundo capítulo terá como finalidade analisar o tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental no Brasil, bem como no Direito comparado, onde será dado destaque à análise da experiência do Direito italiano, principal influência para a criação do novo instituto brasileiro. Será realizada uma abordagem da evolução da definição legal atribuída à deficiência

mental, bem como dos princípios da dignidade e da igualdade na perspectiva desse tratamento jurídico.

Por fim, o terceiro capítulo tratará do instituto da Tomada de Decisão Apoiada, seu funcionamento conforme a disciplina legal e sua utilização pela pessoa com deficiência mental, no qual serão abordados os aspectos que influenciam sua efetividade para a celebração de negócios jurídicos com autonomia e proteção jurídica, analisando, assim, a problemática do tema. Também será feita uma análise dos principais aspectos constantes do PL 757/2015, em trâmite no Senado Federal, e que prevê alterações no novo instituto.

Para a realização da presente pesquisa, será utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma premissa geral para um aspecto particular, em busca da construção a respeito do conhecimento específico em questão. A pesquisa se valerá também do método bibliográfico, onde será realizada consulta à lei, especialmente ao EPD, ao vigente CC/02 e à CF/88, bem como à CDPD, fundamento de transformação da Teoria das Incapacidades. Além disso, também serão utilizadas doutrinas, principalmente de cunho civil e constitucional, periódicos, artigos científicos, dissertações e consulta jurisprudencial, a fim de fornecer fundamentos legais e teóricos sólidos a respeito da temática. Também será utilizado o método comparativo, uma vez que institutos semelhantes figuram em outros ordenamentos jurídicos.

1 O SISTEMA BRASILEIRO DE INCAPACIDADE CIVIL

A regulamentação das relações jurídicas cíveis necessariamente perpassa pelo estudo da pessoa humana na concepção jurídica, o que inclui os conceitos elementares de pessoa natural, sujeito de direito, personalidade e capacidade jurídica, até a questão da incapacidade, chegando ao ponto da Teoria das Incapacidades. Neste aspecto, para compreender as profundas alterações introduzidas no sistema brasileiro de incapacidade civil por intermédio da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), se faz essencial uma abordagem dos conceitos jurídicos basilares de tal sistemática. Com isso, será possível apontar as mudanças trazidas pelos mencionados diplomas normativos no que concerne à Teoria das Incapacidades, constituindo o objetivo do presente capítulo.

1.1. Personalidade e capacidade jurídica da pessoa natural

A disciplina dos atos civis no ordenamento jurídico brasileiro se encontra fundamentada em um sistema teórico que possui como centro o ser humano, pessoa que está inserida no meio social, cujas condutas, ao serem consideradas relevantes para o Direito, entram no âmbito das relações jurídicas.

É em razão disso que o Direito deve tomar como ponto de partida a compreensão das pessoas como sujeitos de direito, uma vez que são estas que se relacionam em sociedade (VENOSA, 2017). Esta compreensão da figura humana como sujeito de direitos parte do estudo do conceito de personalidade jurídica, atributo que remete diretamente à ideia de pessoa, ou melhor, que advém da condição de ser pessoa.

É neste contexto que se insere a definição de personalidade jurídica como “[...] uma *aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas*. Ou seja, [...] para que viesse a ser admitida como sujeito de direitos.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 179, grifo dos autores). É por isso que a personalidade não pode, sob nenhuma circunstância, ser negada ao ser humano, o que o impossibilitaria de titularizar qualquer relação jurídica na ordem civil.

Diante disso, é importante ressaltar que no âmbito jurídico a conceituação de pessoa (ou seja, de sujeito de direitos), transcende a definição do senso comum, sendo consideradas como tais, tanto o ser humano enquanto indivíduo (denominado pessoa física ou natural), quanto os chamados entes morais, que são as pessoas jurídicas. Desta forma, o significado jurídico de pessoa é mais abrangente, referindo-se, portanto, a pessoas físicas ou naturais e pessoas jurídicas (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Neste aspecto, o instituto da personalidade jurídica, em que pese ser previsto no Título I do CC/02, referente às “Pessoas Naturais”, é conferido não somente a estas, mas também às pessoas jurídicas, tendo em vista que ambas são consideradas sujeitos de direitos (STOLZE; PAPLONA, 2017). Elucidadas tais questões, aqui interessa uma abordagem voltada para a figura da pessoa física ou natural como sujeito de direitos, sendo importante atentar-se ao fato de que:

[...] a personalidade jurídica não pode mais estar represada na ideia pura e simples de aptidão para ser sujeito de direito. Muito mais do que isso, a personalidade jurídica, antenada no valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.175).

Nessa perspectiva, há uma necessária releitura do instituto da personalidade jurídica sob a ótica civil-constitucional. Referido atributo não deixa de ser uma aptidão para titularizar relações jurídicas. Todavia, esta aptidão só é completa se realizada à luz da proteção jurídica fundamental concedida pela CF/88, pautada no princípio máximo da dignidade da pessoa humana, reconhecendo e protegendo, inclusive, os direitos personalíssimos de cada um.

Portanto, não basta apenas tutelar a conduta do indivíduo, mas sim, garantir que esta tutela seja digna, e que se estenda por toda a existência humana. Com isso, a lei fixa o início da personalidade da pessoa natural a partir do nascimento com vida, pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme disposição do art. 2º do CC/02.

Nascer com vida, adquirindo personalidade jurídica não encerra a questão de titularização das relações jurídicas, pois um recém-nascido não sai do ventre da mãe sabendo o que é certo ou errado, o que dói ou não, o que tem direito ou não, seus deveres, escolhas profissionais ou pessoais. Só com o tempo e compreensão da realidade na qual se insere é que poderá saber tais coisas, e assim, decidir sobre as mesmas. Portanto, o nascimento com vida lhe concebeu automaticamente personalidade, ou seja, está intacta sua aptidão para aquisição de direitos e deveres, mas suas condições, até certo ponto, ainda não lhe permitem o exercício dos

mesmos. É por isso que entre a aquisição e o exercício de direitos e deveres, há um importante conceito a ser considerado: o de capacidade jurídica.

A capacidade jurídica é explicada sob dois aspectos: a capacidade de direito ou de gozo e a de fato ou de exercício. A primeira é de cunho aquisitivo de direitos, identificando-se com o próprio conceito de personalidade jurídica, e que por isso, é irrecusável ao ser humano. A segunda é uma capacidade de ação, por si só, dos direitos civis adquiridos (PEREIRA, 2017).

Dessa maneira, quando o art. 1º do CC/02 prevê que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, significa dizer que ser capaz requer a conjunção da capacidade de direito com a de fato, resultando em uma capacidade civil plena, o que demonstra que para todos os efeitos jurídicos, o indivíduo está efetivamente apto para se autodeterminar na ordem civil. Essa autodeterminação sempre se pautou em critérios de racionalidade, pois se não há um razoável entendimento sobre o cotidiano, conseqüentemente as decisões tomadas também não serão razoáveis, a depender da situação na qual a pessoa se encontra.

É em razão disso que a lei considera que a certas pessoas faltam requisitos necessários para o exercício pessoal dos atos civis, o que traz à tona diversos motivos que levam em conta, por exemplo, a idade ou o estado de saúde da pessoa (VENOSA, 2017).

Uma situação que ilustra essa hipótese é trazida por Gonçalves (2017), de um recém-nascido ou de um amental, na qual ambos possuem personalidade e em decorrência disso, capacidade de direito, e por isso, adquirem perfeitamente o direito de herdar, por exemplo. Entretanto, não possuem condições fáticas de exercer pessoalmente este direito através de uma ação em defesa da herança recebida. Nesse caso, necessitam de um terceiro, seja dos pais, em relação ao bebê, ou do curador, em relação ao amental.

Com isso, é perceptível a possibilidade de se ter capacidade de direito, mas não a de exercício, e é por conta disso que esta última pode ser mitigada ou até mesmo retirada pela lei em casos extremos. Contudo, isto não denota a impossibilidade de exercício do direito adquirido, mas sim, a necessidade de intervenção de um terceiro, que se dará da forma prevista em lei. Quando isso ocorre, há a presença do instituto da incapacidade civil, regulamentado de acordo com os preceitos da Teoria das Incapacidades.

1.2. A Teoria das Incapacidades

A Teoria das Incapacidades no âmbito do Direito Civil brasileiro constitui um sistema normativo que tem por finalidade regulamentar a situação jurídica específica de determinadas pessoas, cuja realidade fática não os permite uma plenitude geral para exercitar, pessoalmente e por conta própria, os atos da vida civil, sendo, portanto, denominados incapazes civilmente. O emprego do termo “incapaz” não leva o sentido vulgar da palavra, mas trata-se da denominação técnico-jurídica que se dá à circunstância oposta à capacidade civil.

Neste contexto, “ [...] a incapacidade é o reconhecimento, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos. ” (RODRIGUES *apud* FARIAS; ROSEVALD, 2015, p. 273). Ou seja, quem não apresenta as condições de capacidade plena, é legalmente incapaz, o que requer mecanismos para que seja concretizado o exercício dos direitos de tais indivíduos. Vale ressaltar que a incapacidade só é aplicável ao plano do exercício dos direitos, e nunca da aquisição dos mesmos, pois se assim o fosse, haveria uma mitigação da própria personalidade jurídica, o que é inadmissível no ordenamento pátrio.

Com isso, a incapacidade é consubstanciada na premissa de ser uma exceção legal, que tem por base a “ [...] ideia preliminar e fundamental de que *a capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção* [...]” (FARIAS; ROSEVALD, 2017, p. 332, grifo dos autores). Desta forma, é válida a seguinte afirmação:

Toda incapacidade é *legal*, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas (PEREIRA, 2017, p. 227, grifo do autor).

Portanto, é função da lei determinar, de maneira precisa e clara, quais são as hipóteses nas quais são considerados ausentes os requisitos para que uma pessoa possa se autodeterminar no mundo civil. Fora das hipóteses legais, presume-se a plenitude de capacidade.

Quem é incapaz, é assim considerado pela lei porque não se encontra no mesmo nível de compreensão dos atos da vivência cotidiana de uma pessoa com capacidade plena (FARIAS; ROSEVALD, 2017). Neste contexto, uma pessoa que não tem condições de se autodeterminar se encontra em uma posição diferenciada, o que requer uma tutela jurídica específica, que se adeque ao seu caso concreto e não a deixe desamparada, de forma que sua existência como

sujeito de direitos não seja restrita unicamente à aquisição do direito, mas se estenda também ao seu exercício.

Para tais pessoas, naturalmente a presença de um outro indivíduo se mostrou necessária para efetivar a capacidade de exercício de quem não pode fazê-la de maneira individual. A solução que o legislador encontrou, então, foi regulamentar de que maneira se concretizaria esta intervenção de um terceiro plenamente capaz dentro das hipóteses legais de incapacidade.

Estas hipóteses legais encontram-se divididas entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa, que podem ser supridas através dos institutos da representação e da assistência, levando em conta o grau de imaturidade ou deficiência física ou mental da pessoa (GONÇALVES, 2017).

Nesse sentido, a Teoria das Incapacidades não coloca no mesmo patamar todos os incapazes, mas antes os divide em incapaz absoluto (aquele que necessita de representação), e incapaz relativo (aquele que necessita de assistência). Referida divisão do rol de incapazes busca observar a diversidade do estado de limitações da pessoa legalmente incapaz. Naturalmente, existem limitações mais acentuadas e outras mais leves, o que justifica uma mitigação maior ou menor da capacidade.

Desse modo, ser absolutamente incapaz designa a total inaptidão para agir na ordem civil, sendo a vontade do indivíduo irrelevante para o aspecto jurídico. Nesse caso, cabe o instituto da representação, onde o representante legal é o responsável por praticar todos os atos da vida civil em nome do representado (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Se assim não se proceder, o ato será considerado nulo, não produzindo efeitos jurídicos.

A incapacidade relativa consiste em uma situação que intermedia a capacidade plena e a incapacidade total. Portanto, não veda completamente a prática pessoal dos atos civis, mas apenas de forma parcial, pois se considera que as pessoas abrangidas por esta situação possuem ainda uma certa compreensão. Por isso, a prática de seus atos, em geral, deve ser feita com amparo na assistência de seus representantes, sob pena de anulabilidade do ato. Há possibilidade ainda, de que alguns atos específicos possam ser praticados individualmente, mas em caráter excepcional (GONÇALVES, 2017).

Anteriormente à vigência do EPD, assim era estruturado o rol de incapazes no CC/02, em seus arts. 3º e 4º, *in verbis*:

- Art. 3º.** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
- I – os menores de dezesseis anos;
 - II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 - III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

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

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por enfermidade ou deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos. (BRASIL, 2002).

Pela redação legal, a incapacidade absoluta, prevista no art. 3º do CC/02, decorria de três causas específicas: a idade, a enfermidade ou deficiência mental e a impossibilidade, mesmo que transitória, de expressar vontade. Já a incapacidade relativa, prevista no art. 4º do CC/02, se dava por motivos de idade (menores entre 16 e 18 anos), discernimento reduzido, excepcionais e pródigos (PEREIRA, 2017).

Diante disso, há diferenças entre as próprias pessoas que estão, em tese, abrangidas igualmente pelo mesmo manto da incapacidade, manifestada absoluta ou relativamente. Neste aspecto, ao elencar as hipóteses de incapacidade, a lei revela o que se considera fora dos padrões adequados para a concretização de uma capacidade plena, entrando em cena a situação da tutela jurídica da pessoa com deficiência mental, tradicionalmente alocada como incapaz a depender da graduação de sua deficiência. Isto porque o sistema de incapacidades sempre considerou que a perturbação das faculdades mentais gera reflexos na autonomia, havendo necessidade de proteção jurídica de tais indivíduos na condução da vida civil.

Esta concepção, no entanto, foi substancialmente alterada a partir dos preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), tratado internacional do qual o Brasil recentemente tornou-se signatário. Referido tratado traduz o preceito de que a deficiência não conduz necessariamente à incapacidade, o que seria contrário aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

A adesão à CDPD ocasionou a criação da Lei nº 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que operou uma verdadeira reconstrução jurídica, ideológica e paradigmática, retirando o status de incapaz da pessoa com deficiência (STOLZE; PAMPLONA, 2017). Em suma, tornou-se irrelevante, na legislação em vigor, o nivelamento de discernimento decorrente de uma deficiência para efeitos de sua inclusão como absolutamente ou relativamente incapaz. Em observância à CDPD e ao EPD, a regra da capacidade agora abrange o que antes era exceção: a pessoa com deficiência é plenamente capaz na ordem civil.

1.3. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

Para compreender a pessoa com deficiência inserida em um contexto de capacidade plena na ordem jurídica civil, o ponto de partida é, indubitavelmente, a CDPD, fundamento de toda a transformação que atingiu a tradicional Teoria das Incapacidades.

Referida convenção foi realizada em Nova York, no ano de 2007, tendo ingressado no ordenamento brasileiro através de sua aprovação por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com início de sua vigência a partir da promulgação do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Outro aspecto de suma importância é que a CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio dos trâmites legais descritos no art. 5º, § 3º, da CF/88, introduzido pela EC nº 45/04. Pela previsão de tal dispositivo, trata-se, portanto, de um tratado internacional sobre direitos humanos, que por ter sido aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros, adquiriu equivalência às emendas constitucionais. Logo, para todos os efeitos, a CDPD tem lugar no ápice da pirâmide legislativa nacional (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017).

Neste diapasão, esta convenção assume um caráter pioneiro, sendo o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos incorporado desta maneira, e sob seu aspecto formal, violar seus preceitos acarreta, conseqüentemente, uma violação constitucional.

Em relação ao seu aspecto material, a CDPD inaugura, em seu Artigo 1, que seu propósito consiste em “ [...] 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. ”

A redação legal deste dispositivo traz a dignidade humana da pessoa com deficiência como principal elemento motivador da mudança paradigmática trazida pela Convenção. Constituído como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme previsão do art. 1º, III, da CF/88, a dignidade da pessoa humana representa o cerne norteador da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Barroso (2015, p. 285):

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de *status* constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana é um valor tão essencial na ordem jurídica, que assume também a forma de princípio constitucional. Por conseguinte, a tutela jurídica só é efetiva se também for realizada de maneira digna. Observar a dignidade do sujeito de direitos consiste, necessariamente em respeitar seus direitos humanos, inerentes a sua condição de pessoa.

Diante disso, o principal elemento que pode ser extraído do propósito legal da CDPD é a valoração da pessoa com deficiência através de seus direitos humanos, ou seja, através de sua dignidade humana. Com isso, o foco sai da característica delineada pela deficiência e se volta para a condição de ser, antes de tudo, pessoa. Por óbvio, os direitos humanos são atribuídos a qualquer indivíduo, indistintamente, lógica que nunca foi sonegada às pessoas com deficiência, mas que por outro lado, também não estava recebendo a devida atenção.

Sendo assim, os mais diversos tratados internacionais de direitos humanos se aplicam perfeitamente à defesa também das pessoas com deficiência, mas se demonstraram insuficientes para protegê-las efetivamente, tanto que os relatórios encaminhados pelos Estados Partes à ONU retratavam pouco interesse de ação neste segmento. Tal fato levou então, à conclusão, por parte do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (incumbido de monitorar o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), de que se fazia necessário um sistema específico de proteção dos direitos humanos destes indivíduos, com leis, políticas e programas próprios (LOPES, 2009).

Neste aspecto, “[...] a expressão direitos humanos é utilizada pela doutrina a fim de definir os direitos intrínsecos à pessoa humana internacionalmente, ao passo que a expressão direitos fundamentais se reporta a ordenamentos jurídicos específicos [...]” (SIQUEIRA; PICCIRILLO *apud* SCHMIDT, 2016, p. 7). Logo, direitos fundamentais são direitos humanos positivados pela Constituição de um determinado Estado. Em virtude disso, ao internalizar a CDPD sob a forma de EC, o Brasil transpôs os direitos humanos da pessoa com deficiência para um patamar de direitos fundamentais da pessoa com deficiência, envolvendo-os no manto da segurança jurídica constitucional.

Nesta seara, a perspectiva de direitos fundamentais da pessoa com deficiência se associou ao processo de constitucionalização do Direito Civil, que designa uma metodologia interpretativa do Código Civil à luz dos valores constitucionais, onde os princípios da CF/88 e os direitos fundamentais sejam aplicados às relações interpessoais e aos interesses particulares (PEREIRA, 2017).

Esta doutrina civil-constitucionalista encontra-se necessariamente relacionada à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estabelecendo a noção de que, “[...] sendo a

sociedade brasileira marcada por profundas desigualdades, deve-se adotar, [...] uma eficácia direta e imediata dos direitos individuais na esfera privada. ” (SARMENTO *apud* LIMA; DORNELLES, 2017, p.3).

Estes entendimentos doutrinários (constitucionalização do Direito Civil e eficácia horizontal dos direitos fundamentais), trazem, em uma primeira impressão, uma remissão a uma visão que na verdade, sempre existiu, qual seja, da supremacia constitucional, concebendo a Constituição como alicerce do ordenamento jurídico. Portanto, do núcleo constitucional, emanam os diversos ramos jurídicos, cujas regras e princípios específicos, por sua vez, não podem ser contrários à principiologia constitucional que lhes deu fundamento. Isto designa que “Efetivamente, não seria crível imaginar que, nas relações privadas, as partes possam atentar contra os direitos fundamentais” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.75).

Seus fundamentos teóricos, portanto, aparentam uma mera repetição de algo que já era lição basilar do Direito. Contudo, isto não diminui sua relevância, mas pelo contrário, a acentua, uma vez que “Por mais óbvio que tal ilação possa aparecer, não é demais lembrar que, até bem pouco tempo, a doutrina civilista brasileira era firme no sentido de aprisionar os direitos fundamentais somente no âmbito publicista [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.75).

A consequência da reafirmação desta visão é uma elucidação de que acerca de que direitos fundamentais “[...] não são direitos oponíveis apenas aos poderes públicos, [...] circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular. ” (CUNHA JÚNIOR *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.75).

Logo, ao internalizar a CDPD, o ordenamento jurídico brasileiro constitucionalizou os direitos humanos das pessoas com deficiência, fazendo-os gozar do status de direitos fundamentais. Referidos direitos, mediante a interpretação civil constitucional, devem ser observados de maneira direta nas relações privadas, e é em decorrência disso que a pessoa com deficiência, enquanto sujeito de direitos que é parte de uma relação jurídica cível, tem resguardada a proteção jurídica de seus direitos humanos, e conseqüentemente, de sua dignidade. Trazer para o âmbito do direito interno brasileiro um sistema de proteção jurídica internacional e específico deste grupo vulnerável, foi o pontapé inicial do que se considerou melhor para concretizar a dignidade da pessoa humana com deficiência no Direito Civil.

1.4.O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a reformulação da Teoria das Incapacidades

A criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) constitui medida tomada pelo Estado brasileiro para concretizar os preceitos da CDPD, tratado cujas diretrizes se obrigou a cumprir. É neste sentido que assim preceitua o art. 1º do referido diploma legal:

Art. 1º. É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional [...]. (BRASIL, 2015).

O texto legal, portanto, afirma nitidamente que o fundamento do EPD se encontra na CDPD e seu Protocolo Facultativo, sendo o objetivo central da lei assegurar à pessoa com deficiência sua inclusão social e cidadania, considerando que isso será concretizado através do exercício de seus direitos e liberdades fundamentais em condições de igualdade.

Para atingir esse objetivo, a CDPD associa a inclusão social da pessoa com deficiência à atribuição de capacidade plena a mesma, estabelecendo em seu Artigo 12 que “2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. ” Com isso, o EPD “[...] ao dispor sobre a capacidade da pessoa com deficiência, apenas regulamentou o previsto na Convenção da ONU, ajustando a legislação ordinária ao disposto em norma de hierarquia superior, de natureza constitucional. ” (FERRAZ; LEITE, 2016, p.107).

Neste diapasão, conforme explanam Donizetti e Quintella (2017), situando a vigência da referida lei, é de se afirmar que esta foi promulgada no dia 6 de julho de 2015, tendo sido publicada no Diário Oficial da União em 7 de julho de 2015, e estando sujeita a um prazo de vacância de 180 dias (art. 127), entrando em vigor, portanto, no dia 3 de janeiro de 2016, marcando o início de uma nova Teoria das Incapacidades.

Diante disso, o EPD estabeleceu, no art. 84, que “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, determinando ainda, em seu art. 6º, *in verbis*:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Com isso, foram revogadas, por intermédio do art. 114 do EPD, as disposições normativas que faziam referência a estas no rol de incapacidades, estando atualmente vigentes os arts. 3º e 4º, CC/02 da seguinte maneira, *in verbis*:

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).

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Em referência às causas de incapacidade absoluta da redação legal anterior do art. 3º do CC/02, haviam três ordens de sujeitos: menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento; os que não pudessem exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. A coerência desta previsão se justificava em virtude de dois motivos: discernimento e impossibilidade de se manifestar.

O discernimento poderia advir tanto da imaturidade na idade quanto de uma deficiência mental. Logo, não havia abrangência, pela lei, de outras formas de deficiência, como a física ou sensorial, mas apenas a de ordem mental, e ainda assim, nesta hipótese, a incapacidade não decorria automaticamente da deficiência em si, mas sim era condicionada ao fato desta afetar, em caráter absoluto, o discernimento, o que deveria ser comprovado por perícia médica em procedimento de interdição. Quanto à pessoa que não pudesse se manifestar, como uma pessoa em coma, por exemplo, não há o que discutir, pois se não há nem como emitir vontade, conseqüentemente, não há como formar o ato jurídico.

Com a atual redação legal, a única hipótese de incapacidade absoluta é a menoridade de 16 anos, que continua justificada em virtude da imaturidade intelectual geralmente apresentada nessa idade. Com isso, supondo que uma pessoa com deficiência mental tenha o discernimento semelhante ao de um menor de 16 anos, será plenamente capaz, respondendo pelos seus atos na ordem civil ainda que os tenha realizado sem a compreensão necessária, mas o menor, será ainda absolutamente incapaz, tendo ao seu favor a possibilidade de nulidade de um ato que lhe poderia ser prejudicial. Nesta perspectiva, há uma incoerência e um tratamento distinto dado a situações que, em tese, seriam semelhantes, e que por isso, estavam anteriormente reunidas no mesmo patamar de incapacidade absoluta.

Quanto aos impossibilitados de expressar vontade, a incoerência é maior, tendo em vista que ganharam o status de relativamente incapaz, amparados pelo instituto da assistência, e não mais da representação. Logo, se nesse caso a vontade é complementada através do instituto da assistência, então “[...] como explicar a incapacidade relativa dos que não podem expressar sua vontade? Como se pode pensar que quem não pode expressar sua vontade é assistido, e não representado [...]?” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p.58). Esta é outra questão que não foi devidamente observada no que se refere ao aspecto prático de aplicação da lei.

Em relação às hipóteses de incapacidade relativa previstas na anterior redação do art. 4º do CC/02, estas se baseavam no discernimento de cunho reduzido, que poderia decorrer da faixa etária (maiores de 16 e menores de 18); embriaguez habitual, vício em tóxicos, de deficiência ou enfermidade mental; excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (como as pessoas com Síndrome de Down) e prodigalidade.

Logo, o critério, mais uma vez, girava em torno do discernimento, tanto que Fiuza (2016) aponta que era redundante elencar dentro da mesma categoria de incapacidade relativa as pessoas com deficiência mental e os excepcionais, bastando reunir todas essas hipóteses em uma categoria mais ampla, ou seja, de pessoas que tivessem o discernimento reduzido, seja qual fosse sua causa determinante ou sua duração.

Na nova redação do art.4º do CC/02, foram revogadas as hipóteses de deficiência mental e dos excepcionais. Portanto, se uma pessoa tem o discernimento reduzido por conta de vício em tóxicos e outra por conta de deficiência mental, terão distintas capacidades civis, ainda que em tese, o discernimento seja reduzido, decorrendo apenas, de origens distintas.

Neste aspecto, as mudanças legais introduzidas podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) revogação das hipóteses que se referiam à deficiência (art. 3º, II; art. 4º II - em relação à deficiência mental - e III, CC/02); b) menor de 16 anos como única causa de incapacidade absoluta (art. 3º, caput, CC/02); c) deslocamento de uma anterior causa de incapacidade

absoluta para o rol de incapacidade relativa (art. 4º, III, CC/02, sobre a impossibilidade de manifestar vontade).

1.5. Reflexos na sistemática dos negócios jurídicos

A transformação da Teoria das Incapacidades não se encerra na mudança do texto legal dos arts. 3º e 4º do CC/02. Tal mudança vai muito além disso, provocando impactos em outras áreas jurídicas, a começar por institutos do Direito Civil e Processual Civil. Isto se deve ao fato de que o status de incapaz pressupõe uma vulnerabilidade, seja esta em maior ou menor grau, o que requer representação ou assistência, conforme a necessidade do caso. Conexo a isto, o legislador desenvolveu um sistema de proteção jurídica aos incapazes, consistindo em uma série de medidas protetivas aplicáveis a tais indivíduos, dentre as quais, podem ser citadas, a título de exemplo:

(i) não corre prazo de prescrição ou de decadência contra o absolutamente incapaz (CC, arts. 198, I, e 208); (ii) os pais não podem alienar ou gravar com ônus real os imóveis de filhos menores, [...] (CC, art. 1.691); (iii) ao incapaz é permitido, excepcionalmente, recobrar o valor pago, voluntariamente, a título de dívida de jogo ou aposto (CC, art. 814); (iv) o mútuo (empréstimo de coisa móvel) feito a pessoa menor, sem prévia autorização do responsável, não pode ser reavido (CC, art. 588), salvo nas hipóteses previstas em lei (CC, art. 589);⁵⁴ (v) ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (CC, art. 181); (vi) havendo interesse incapaz, a partilha no inventário tem de ser judicial, vedada a partilha amigável, juízo ou em cartório (CC, art. 2.015); (vii) quando há interesse de incapaz em um processo judicial, deverá atuar como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) o Ministério Público (CPC, art. 178). (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 333).

Estas medidas são concedidas a quem legalmente é incapaz, o que abrangia as pessoas com deficiência mental, pois assim eram consideradas. Contudo, a tais pessoas não se aplicam mais nenhuma das aludidas medidas, uma vez que agora são plenamente capazes por força do EPD.

Em conjunto com a retirada de tais medidas, a prática de negócios jurídicos por estes indivíduos também se modificou em consequência da plenitude de capacidade, refletindo no tocante à aplicação da questão da invalidade dos negócios jurídicos.

O negócio jurídico pode ser definido como um “Ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica.” (TARTUCE, 2017, p. 154). Trata-se,

portanto, de uma composição de interesses no sentido de satisfazer as necessidades pretendidas pelos indivíduos que o celebram.

A análise da estrutura do negócio jurídico é feita de acordo com a conjunção de três planos: existência, validade e eficácia, que constituem a concepção do jurista Pontes de Miranda. Nesta concepção teórica, há um esquema lógico e estruturante que interliga os três planos, onde um pressupõe o outro, sendo por isso esta teoria nomeada como “Escala ou Escada Ponteana”.

Para existir, o negócio jurídico deve reunir elementos mínimos, sendo que “Nesse plano, surgem apenas [...] *substantivos sem adjetivos*. Esses substantivos são: partes (ou agentes), vontade, objeto e forma. Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente [...]” (TARTUCE, 2017, p. 159-160, grifo do autor).

O plano da validade complementa o da existência, atribuindo as características que por lei, cada um dos elementos mínimos deve possuir para que o negócio jurídico seja válido, o que pode ser extraído do art. 104 do CC/02, que prevê que “A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei”.

Por fim, em relação à eficácia, “[...] pode-se dizer que neste último plano, ou último degrau da escada, estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas. ” (TARTUCE, 2017). Assim, envolve elementos como termo, encargo e condição.

Com isso, a ausência ou irregularidade de quaisquer dos elementos mencionados, pode ensejar, em consonância com o respectivo plano, inexistência, invalidade ou ineficácia do negócio jurídico.

Esta sucinta abordagem da estrutura do negócio jurídico se faz necessária para compreender, a partir de um panorama geral, a importância que possui o elemento volitivo, consubstanciado pela capacidade do agente, que se encontra no plano da validade. É por isso que o negócio jurídico realizado por pessoa incapaz será inválido, a menos que esteja devidamente representada (absolutamente incapaz) ou assistida (relativamente incapaz). Representação e assistência, portanto, são institutos necessários para que se consolide a validade do negócio jurídico realizado por pessoa incapaz.

O negócio jurídico, portanto, pode estar suscetível à invalidade. “Insta verificar que a invalidade pode ser *total* – quando atinge todo o negócio jurídico ou *parcial* – quando atinge parte do negócio jurídico. Ambas podem ser absolutas ou relativas. ” (TARTUCE, 2017, p. 161, grifo do autor).

Será nulo o negócio jurídico que se enquadrar em alguma das hipóteses do art. 166 do CC/02, entre elas, a incapacidade absoluta do agente. Já a anulabilidade ou nulidade relativa ocorrerá quando se fizerem presentes alguma das hipóteses do art. 171 do CC/02, entre elas, a incapacidade relativa do agente.

Desta forma, a invalidade do negócio jurídico está diretamente ligada ao sistema de incapacidades, tanto que também se procede de forma absoluta ou relativa consoante a incapacidade também seja absoluta ou relativa. Esta interligação foi assim estruturada pela lei porque a incapacidade tem por base uma gradação do discernimento, que está inevitavelmente atrelada à vontade do agente, e conseqüentemente, à validade dos negócios jurídicos. Assim, “[...] é necessário que o sujeito tenha o necessário discernimento para que a vontade que manifesta - elemento essencial do negócio – seja livre e consciente, e, por conseguinte, apta a produzir efeitos jurídicos – *vontade jurígena*” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 136, grifo dos autores).

Nesta mesma linha de pensamento, “Do ponto de vista jurídico, para a formação do negócio jurídico é necessário um ato volitivo, consciente e livre, do qual o discernimento é elemento intrínseco da manifestação de vontade” (AZEVEDO *apud* ALVES; BRUST-RENN, 2016, p.6). Em suma, vontade e discernimento estão no mesmo caminho que leva à validade do negócio jurídico.

Com isso, a proteção jurídica nos negócios jurídicos que levava em conta a invalidade de acordo com a incapacidade do agente não mais abrange, em regra, as pessoas com deficiência mental. Neste aspecto, Pereira (2017, p. 229, grifo do autor) aborda a questão:

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas *graduava a extensão da incapacidade* [...]. Embora abandonada, com a referida reforma legislativa, semelhante graduação no que tange aos enfermos mentais, o *status* da incapacidade permanece vigente para o déficit de discernimento decorrente da menoridade.

Desse modo, a realidade psíquica das pessoas com deficiência mental foi, de certa maneira, ignorada pelo EPD. Isto se deve, entre outros fatores, à releitura do instituto da incapacidade civil pela ótica constitucional, e intrinsecamente, também pela ótica dos direitos humanos, justificada sob o princípio da dignidade da pessoa humana concretizado através da autonomia. Entretanto, a dignidade também se manifesta através da proteção jurídica em caso de vulnerabilidade.

Isto leva à tona uma complexa questão que envolve os limites entre a autodeterminação e a proteção jurídica destes sujeitos na ordem civil. Em outras palavras, o Direito precisa enfrentar a questão de concessão de autonomia à pessoa com deficiência mental sem desconsiderar sua condição de vulnerabilidade.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

A concessão de capacidade civil plena às pessoas com deficiência mental busca consolidar uma nova forma de visualizar as limitações do ser humano, considerando a autonomia como a chave para abrir as portas da inclusão social. Ao lado disso, a concepção anterior, pautada na proteção jurídica de tais indivíduos por meio da incapacidade, se vê obrigada a assumir novos contornos, questionando o atual cenário jurídico implementado pela CDPD e pelo EPD, cujo desenvolvimento futuro ainda é impreciso. Neste aspecto, o presente capítulo objetiva analisar a trajetória traçada pela lei e pela sociedade sobre o tratamento jurídico dado à pessoa com deficiência mental ao longo do tempo. Para tanto, leva-se em conta o debate em torno dos aspectos da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, além da figura jurídica dos referidos sujeitos no Direito Comparado, fonte inspiradora do novo paradigma que se pretende refletir no Direito brasileiro.

2.1. A trajetória da definição da deficiência mental nos moldes da lei

O tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental varia no tempo e no espaço, refletindo o contexto histórico no qual esta se encontra inserida, uma vez que a visão que a sociedade constrói em torno da deficiência influencia o Direito e vice-versa. Logo, traçar uma trajetória a respeito disso consiste em abordar “[...] um processo gradativo, não-linear e marcado pelo multiculturalismo das civilizações [...]” (FILHO; SILVA, 2016, p. 7).

Considerando que no contexto histórico brasileiro, o Brasil foi colônia de Portugal, assevera Requião (2016) que as Ordenações Filipinas de Portugal foram, durante muito tempo, a principal referência documental do direito civil no Brasil, dispondo em seu art. 66, 3, Livro I, a possibilidade de uso de poder de polícia contra perigo que pudesse advir da divagação de loucos, embriagados, animais ferozes, ou danados, e daqueles que, correndo, ocasionassem incômodo aos habitantes. Tal previsão demonstra a visão da deficiência na época, empregando tratamentos pejorativos à pessoa com deficiência mental, o que de certa maneira “[...] não é de se espantar que assim fosse, dado o momento em que ainda se encontrava a medicina”

(REQUIÃO, 2016, p. 3). Logo, “Considerando-se que as coisas e situações desconhecidas causam temor, a falta de conhecimento sobre as deficiências veio a contribuir para que as pessoas com deficiência, devido suas diferenças, fossem marginalizadas e ignoradas” (MAZZOTTA *apud* GABURRI, 2016, p. 120).

É em razão da incompreensão da deficiência que a suposta solução se mostrava através da exclusão destes indivíduos, “Assim, a hospitalização e o asilamento do doente mental sempre visaram a atender a segurança da ordem e da moral pública, e não tutelar o indivíduo. ” (CAMPOS SILVA, 2015, p. 273). Esta forma de conduzir a situação refletiu inclusive, na codificação civil de 1916, que embora representasse um avanço em relação às Ordenações Filipinas, e já concebesse a divisão da incapacidade em absoluta e relativa, apartava completamente quem possuísse deficiência mental. Considerava, portanto, todo e qualquer caso de distúrbios mentais como incapacidade absoluta, englobando-os na mesma designação de “loucos de todo gênero”, expressão que, “[...] era criticada pela doutrina, sendo substituída ela palavra “psicopatas” no Decreto n. 24.559 de 3 de julho de 1934. ” (GONÇALVES, 2012, p. 122).

Com os avanços da ciência e da medicina, a partir do século XX, a política de institucionalização foi cedendo lugar ao chamado modelo médico ou paradigma de serviços, que começou a se desenvolver na década de 1960, construindo uma oferta de serviços por meio de escolas especiais, entidades assistenciais e centros de reabilitação (ARANHA 2005 *apud* GABURRI, 2016, p. 121). Como um objeto a ser estudado pela ciência, não é surpresa que o modelo médico definisse a deficiência como uma doença que poderia ser curada através de tratamentos específicos. Portanto, referido modelo tinha a ideia de que a pessoa “[...] deveria desincumbir-se da tarefa de envidar os esforços necessários para adequar-se à sociedade, sem que essa sociedade precisasse modificar-se para receber a pessoa com deficiência” (GABURRI, 2016, p. 121).

A aplicação desse modelo se pautava em políticas assistencialistas e de serviços sociais sob um prisma de que a adaptação deveria partir da própria pessoa com deficiência, melhorado seu grau de saúde mental através de tratamento médico. Muito embora tal modelo não considerasse a ação da sociedade neste processo, já conduzia a um campo mais aberto à participação de tais indivíduos.

“Em 1981, o Ano Internacional da Pessoa Deficiente, houveram significativas melhoras, fazendo o Brasil avançar muito no atendimento à pessoas com deficiência, no modelo de integração, vigente naquele período. ” (ARAÚJO *apud* FABIANE GONÇALVES, 2016, p.

14). Tal fato chamou mais a atenção para os direitos deste segmento social, causando reflexos positivos na CF/88 no tocante à questão de igualdade. Posteriormente foi editada a Lei nº 7853/89, que estabeleceu a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), a fim de promover uma tutela de apoio e integração social das pessoas com deficiência.

Diante disso, o Decreto 3.298/1999, ao regulamentar a Lei nº 7853/89, que instituiu o CORDE, definiu deficiência nos seguintes parâmetros:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

V – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho; (BRASIL, 1999).

Conforme o modelo médico, a definição legal da deficiência, seja de qual natureza fosse, era de uma causa geradora de incapacidade, ou seja, de uma limitação que dificultava a integração social do indivíduo, que necessitaria de recursos específicos para que pudesse desempenhar atividades no “padrão de normalidade”. Quando não passível de cura, assumia o caráter de deficiência permanente. O conceito de deficiência de natureza mental seguia a mesma lógica, ocasionando limitações referentes ao que a lei designou de “habilidades adaptativas”, interferindo, portanto, nos atos civis da ordem jurídica.

Com o avanço da visão sobre os direitos humanos, o modelo médico foi sendo superado pelo chamado modelo social. Assim, “O primeiro documento normativo a definir a pessoa com deficiência sob o modelo social foi a Convenção de Guatemala.” (GABURRI, 2016, p. 123).

Tal Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, definia a deficiência em seu Artigo I, *in verbis*:

Artigo I. Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. (BRASIL, 2001).

Pode-se perceber que, o que de fato difere a definição trazida pelo modelo social da adotada pelo modelo médico é a questão da postura da sociedade para com a pessoa com deficiência. O modelo social continua a conceber a deficiência, conforme previsto no dispositivo, como uma limitação de caráter temporário ou permanente que gera incapacidade para exercer atividades cotidianas, mas é a sociedade, que alheia a uma conduta de inclusão social, agrava ou até mesmo gera esta limitação. Em suma, o cerne da questão está no processo de adaptação: enquanto no modelo médico é o indivíduo que deve se adaptar ao meio, buscando se inserir na sociedade, no modelo social é o meio que deve se adaptar ao indivíduo, buscando incluí-lo socialmente.

Neste quadro, o CC/02 progrediu em relação ao CC/16, retirando a designação ofensiva de “loucos”, e inserindo termos mais adequados, além de flexibilizar o grau de incapacidade, com a possibilidade da incapacidade relativa, e ainda, com observância da curatela limitada aos atos realmente necessários, conforme o caso.

A prática, no entanto, esteve longe de acompanhar esta realidade delineada pela lei, mostrando atitudes ainda intolerantes, de exclusão social, e inclusive agressivas. Neste sentido, Campos Silva (2015) aponta a condenação internacional do Estado brasileiro no caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil, que tinha distúrbios mentais e foi morto em uma instituição psiquiátrica credenciada pelo governo brasileiro. A repercussão sobre o caso foi notória, fazendo-se urgente atitudes mais eficientes sobre a concretização dos direitos humanos, de maneira que “Sob outra ótica, e ainda sob os influxos daquela condenação internacional, mais do que como fruto de ações do movimento de luta antimanicomial e da reforma psiquiátrica, é que foi aprovado o Estatuto da pessoa com deficiência” (CAMPOS SILVA, 2015, p. 275).

A urgência de medidas humanistas trouxe a reafirmação do conceito de deficiência sob o modelo social, previsto no art. 2º do EPD:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Denota-se do dispositivo transcrito a mesma lógica da definição legal trazida pela Convenção de Guatemala, onde a deficiência não deixa de ser um impedimento biológico, mas que se agrava por conta das barreiras de exclusão social criadas pelo meio.

Vale esclarecer que referido conceito coexiste com a definição legal trazida pelo Decreto 3.298/1999, que regulamenta a Lei nº 7853/89, uma vez que os dispositivos que o EPD pretendeu revogar foram indicados de forma expressa no seu art. 123, que não fez menção nenhuma ao conceito previsto no referido decreto. Portanto, há de se concluir pela compatibilidade entre os diplomas legais e ausência de revogação tácita. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017).

2.2. Dignidade-vulnerabilidade e dignidade-liberdade da pessoa com deficiência mental

O princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito, constituindo um dos fundamentos da República Federativa brasileira, conforme previsão do art. 1º, III da CF/88, sendo, portanto, um meta-princípio. Com tal perspectiva, é que “Por isso mesmo, *irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais*, [...] sempre tratando cada pessoa como um fim em si mesma e nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.” (FERNANDES, 2017, p. 310, grifo do autor).

A leitura do significado de “ser um fim em si mesma” traduz a ideia de subjetividade intrínseca a cada indivíduo, ou seja, cada pessoa é responsável por guiar a própria vida em busca de alcançar o que considera ser seu ideal de felicidade. Para tanto, deve ter a garantia de desenvolver e de ter respeitadas as suas escolhas em igualdade com qualquer outro, traduzindo sua condição de viver com dignidade.

Desta maneira, “[...] falar em dignidade da pessoa humana só faz sentido se entendido como vista pelo prisma da garantia de *iguais liberdades subjetivas para a ação*” (FERNANDES, 2017, p. 409, grifo do autor). Em suma, a autonomia é o elemento-motriz da liberdade e da individualidade, e como tal, requer proteção a fim de que não seja usurpada ou violada. É neste sentido que o EPD concedeu plena capacidade civil para as pessoas com deficiência, interpretando que restringir sua autonomia civil seria equivalente a ferir sua dignidade, contrariando o paradigma anterior que se fundamentava na proteção jurídica de tais indivíduos.

Neste contexto, duas correntes se posicionaram em relação ao EPD, sendo uma contrária, baseada no preceito da dignidade-vulnerabilidade, e outra favorável, baseada na dignidade-liberdade. No contexto da norma vigente, em relação às pessoas com deficiência, “Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade” (TARTUCE, 2017, p. 71).

O pilar que fundamentava a anterior dignidade-vulnerabilidade era a proteção jurídica da pessoa com deficiência. Especificamente no que diz respeito à pessoa com deficiência mental, o parâmetro de sua definição legal, conforme explanado, era o modelo médico, que se baseava, portanto, na questão do discernimento. Sob esta ótica, a Teoria das Incapacidades assumia a seguinte função:

O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Essa era a ideia fundamental que o inspirava, e acentuá-lo ainda é de suma importância para a sua projeção na vida civil. A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial [...]. (PEREIRA, 2017, p. 228).

Logo, uma escolha livre e autônoma significa uma escolha consciente. A quem faltasse essa consciência, surgiria uma lacuna: a vulnerabilidade, que traz a necessidade de proteção jurídica através do sistema de incapacidades. É em razão disso que a corrente da dignidade-vulnerabilidade apontou críticas a respeito dessa profunda alteração legislativa.

Segundo Simão (2015), embora o EPD tenha uma intenção positiva de inclusão social, apresenta problemas graves de desproteção jurídica e falta de técnica legislativa. Com isto, na tentativa de acabar com as discriminações, não se atentou às diferenças que requerem uma tutela

jurídica específica, cuja ausência acabaria por gerar um abandono jurídico. Na mesma esteira, Kümpel e Borgarelli (2015) observam que o EPD inclui as pessoas com deficiência no âmbito da capacidade plena para depois desprotegê-las e abandoná-las a sua própria sorte, pois o que importaria mesmo para o legislador seria fazer uma lei que garantisse uma igualdade formal, mas com princípios vazios de significado.

Outra crítica ao EPD é sua falta de técnica legislativa e com a presença de nítidas incompatibilidades entre o EPD e o CPC/15, tanto que o PL 757/2015, em trâmite no Senado Federal, pretende sanar estas questões. Tais situações representariam, portanto, a falta de cuidado e zelo para com as pessoas com deficiência, ocasionando desamparo na sua proteção jurídica, e com isso, ferindo sua dignidade enquanto pessoas que fazem parte de um grupo social vulnerável.

Por outro lado, a dignidade-liberdade se apoia em um olhar inovador sobre a pessoa com deficiência, não a considerando mais como um ser que tenha sua vida guiada em função da deficiência, mas sim, como indivíduo capaz de conduzir sua própria vida e convivência social, apesar da deficiência. Neste aspecto:

Em virtude de uma limitação intelectual ou psíquica duradoura, muitas pessoas qualificadas como deficientes foram totalmente excluídas dos processos sociais e reduzidas à condição de mero objeto de proteção [...]. Compreendidas entre as pessoas sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, poderiam sofrer os efeitos da interdição, perder a capacidade civil e ver comprometido, ao cabo e ao fim, o livre desenvolvimento de sua personalidade. (MENEZES, 2016, p. 33).

Diante disso, a aludida corrente pretende oxigenar o suposto engessamento que o sistema de incapacidades propiciava a tais indivíduos, considerando que a proteção jurídica na verdade representaria um tratamento legal discriminatório, constituindo uma barreira ao processo de inclusão social. Restringir a capacidade de fato das pessoas com deficiência mental seria, portanto, uma verdadeira “morte civil” das mesmas, conforme visão dos defensores de tal corrente, e sendo assim, havia violação de seus direitos humanos, e conseqüentemente, de sua dignidade.

A dignidade-liberdade acompanha a perspectiva civil-constitucional de despatrimonialização do Direito Civil, dando lugar a uma leitura de personalização dos institutos civis. Esta mudança está centrada em uma valoração do “ser” antes do “ter”, ou seja, focando no ser humano e em suas questões existenciais, e não exclusivamente nas questões econômicas, que constituíam o destaque da legislação civil de 1916, sob uma ideologia individualista e patrimonialista, dando atenção antes ao patrimônio do que ao próprio indivíduo.

Entre as críticas e argumentos das duas correntes, é importante ressaltar que a própria dignidade se concretiza na conjunção de dois aspectos simultâneos:

[...] a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo — e principalmente — quando ausente a capacidade de autodeterminação. (SARLET, 2007, p. 376).

Isto significa que o Estado deve atuar concedendo a liberdade de autonomia ao mesmo tempo em que a protege para que esta seja exercida. É este duplo aspecto que sintetiza a dignidade. Este poder de autonomia sobre a própria existência é concedido a cada um ao nascer através da ficção da personalidade jurídica, sendo por isso que atrelada a esta, todos têm a capacidade de direito. Em verdade, ninguém nasce com capacidade de exercício, porque naturalmente não têm condições de exercitá-la até certo ponto. É em razão disso que o Direito concede desde o início a capacidade de direito, mas aos poucos é que vai concedendo a de exercício.

Dessa forma, para fins de proteção jurídica da própria pessoa e das relações jurídicas que esta venha a fazer parte, o exercício desta autonomia em caráter pessoal e direto só é concedido quando esta se mostra apta para tanto, ou seja, para usufruir dos bônus e carregar os ônus que advém da liberdade de autonomia. É dever do Estado intervir nos critérios de concessão desta capacidade de exercício porque é a partir dela que provém os atos de autonomia cuja exteriorização conduz à formação e dinâmica das relações jurídicas.

A aptidão da pessoa demonstra, portanto, a faceta inicial da proteção jurídica do sujeito de direitos. O Estado protege o exercício da autonomia, feito de forma individual por cada um, mas quando a própria pessoa apresenta limitações para tanto, a proteção jurídica do Estado deve ir um pouco mais a fundo, garantindo que mesmo impossibilitada de se autodeterminar, a pessoa receba um tratamento digno.

Diante disso, “ [...] o fato de alguém com deficiência ser considerado como absolutamente incapaz é uma lógica que fere a sua dignidade? Ou, ainda, tratar-se-ia de um dirigismo estatal exacerbado, ao ponto, de limitar demasiadamente a sua autonomia? ” (LIMA; DORNELLES, 2017, p. 6). Isto dependerá do fato de a autonomia estar sendo limitada realmente em prol da proteção jurídica do indivíduo, sendo imperativo demonstrar que este não tinha condições razoáveis de decisão em determinado aspecto.

Diante disso, assim como a restrição de autonomia só fere a dignidade se extrapolar os limites do que era realmente necessário para o caso concreto, a concessão de autonomia para além dos limites da vulnerabilidade, também a fere. Portanto, a autonomia e a proteção jurídica não são aspectos divergentes, mas antes, complementares do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo haver um equilíbrio compatível com a situação.

2.3. O Princípio da Igualdade e a pessoa com deficiência mental

A luta pela igualdade representa uma das questões mais complexas da humanidade e do Direito. Afinal, se cada ser humano é único, como o Direito pode conceber um tratamento igualitário a uma sociedade sedimentada na diversidade? Como uma variedade de pensamentos, sentimentos, condições econômicas e sociais, convicções morais, políticas, ideológicas, religiosas, e uma infinidade de tantos outros aspectos podem ser resolvidos e encerrados de maneira igualitária em uma norma jurídica? A questão da igualdade é, antes de tudo, filosófica, e sua colocação prática requer necessariamente uma constante adequação aos anseios da sociedade no tempo e no espaço.

Neste contexto, a filosofia de Aristóteles esboçou a solução para concretização deste princípio através da clássica afirmação de tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades. Para tanto, a doutrina tradicionalmente diferencia os conceitos de igualdade formal e igualdade material, sendo a primeira caracterizada por “[...] abolir privilégios ou regalias de classe, tendo em vista o tratamento isonômico entre todos.” (AFONSO DA SILVA *apud* FERNANDES, 2017, p. 462); e a segunda “[...] voltada para o atendimento de condições de “justiça social” (direitos sociais mediante uma atuação positiva para a atenuação das desigualdades).” (FERNANDES, 2017, p. 462).

Portanto, não basta apenas a afirmação constitucional de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, prevista no art. 5º, caput, da CF/88. Este é, sem dúvidas, o ponto de partida para a proteção jurídica da igualdade, mas que só será concretizada através das necessárias diferenciações. É neste sentido que se destacam as discriminações lícitas das ilícitas:

Enquanto as *diferenciações* (ou *discriminações lícitas*, não absurdas) se mostram como mecanismos necessários à proteção das minorias, excluídas da condição de participação na tomada de decisões institucionais (igualdade procedimental), as

discriminações (ilícitas) são elementos *arbitrários*, e, por isso mesmo, *lesivos* à própria igualdade. (FERNANDES, 2017, p. 463-464, grifo do autor).

Neste diapasão, colocar em prática o princípio da igualdade necessariamente perpassa pelas seguintes reflexões: a primeira é saber quem são os desiguais e porque são assim considerados; a segunda consiste em saber até que ponto deve chegar a discriminação lícita para que esta não se transforme em discriminação ilícita, e a terceira é saber implementar ações afirmativas que sejam eficientes para colocar os desiguais em patamar de igualdade para com os demais.

Trazendo as reflexões para o âmbito das pessoas com deficiência mental, pode-se dizer que estas são “tratadas desigualmente” devido a sua condição de vulnerabilidade, conforme afirma a corrente da dignidade-vulnerabilidade. Caso contrário, não haveria o que se debater a respeito das possibilidades de inserção destes indivíduos no rol de incapazes da lei civil, e principalmente, não haveriam preocupações que ensejassem a aprovação da CDPD e do próprio EPD. Com essa compreensão, assim prevê o art. 5º do EPD:

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência. (BRASIL, 2015).

Constitucionalmente, a igualdade é irradiada a todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza. Como socialmente é inegável que as diferenças persistem em larga escala para determinados grupos sociais, onde as pessoas com deficiência são um exemplo, então o referido dispositivo veio a reforçar a proteção da igualdade para tais sujeitos. Estes, em virtude da deficiência, estão mais suscetíveis a sofrer as formas de violência e discriminação elencadas no artigo. Essa condição se agrava quando a pessoa com deficiência também é criança, adolescente, mulher ou idoso, o que os enquadra como pessoas especialmente vulneráveis. Este é um dos fatores que demonstra a importância de identificar a pessoa com deficiência como vulnerável, para que assim, lhe seja direcionada a proteção jurídica necessária. Negar este caráter também implica em uma forma grave de violar sua dignidade e de lhe sonegar a necessidade do tratamento diferenciado.

Desta maneira, “A vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para

além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial. ” (MARQUES *apud* NELSON KONDER, 2015, p. 2). Portanto, esta condição diferenciadora, que o próprio EPD não deixa de reconhecer, é a motivação que enseja a discriminação lícita das pessoas com deficiência mental.

A problemática começa a se aprofundar a partir do momento em que a limitação da autonomia ultrapassa a discriminação lícita e passa a se transformar em instrumento de discriminação ilícita. Nesta perspectiva, assim prevê o EPD em seu art. 4º:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. [...]. (BRASIL, 2015).

O dispositivo legal traz clara menção à vedação da chamada discriminação ilícita ou absurda, que inclusive é definida no § 1º como aquela que prejudica, impede ou anula os direitos das pessoas com deficiência, não as igualando perante os outros, mas sim, se afastando do propósito de igualdade substancial, sendo esta a preocupação da corrente da dignidade-liberdade.

A questão da igualdade envolvendo os direitos das pessoas com deficiência mental atravessa portanto, por uma noção de saber como equilibrar os contornos da discriminação lícita, para que assim, as ações afirmativas sejam aplicadas de maneira correta e eficiente. Conhecer este equilíbrio é de extrema importância, uma vez que “o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas” (ÁVILA *apud* NELSON KONDER, 2015, p.2).

Neste aspecto, “Trata-se da decisão política sobre quais desigualdades fáticas serão reputadas injustas e sobre as quais o direito intervirá para reequilibrá-las. ” (NELSON KONDER, 2015, p. 2). Esta é a reflexão que foi desencadeada a partir da mudança de paradigma no tratamento das pessoas com deficiência mental, de maneira que a nova abordagem da lei reflete imediatamente nas ações afirmativas, com amparo de novas políticas e institutos civis.

Desta forma, a capacidade plena representa o “tratamento igual para os iguais”, enquanto que a incapacidade civil representa a ação afirmativa, no plano da lei, para o “tratamento desigual para os desiguais”, justificado pela vulnerabilidade que acomete determinadas pessoas em virtude de alguns motivos, como o alcoolismo, o vício em tóxicos, a

tenra idade, e a própria deficiência mental. A incapacidade serviria para equilibrar as relações jurídicas entre pessoas civilmente capazes e incapazes, e por isso é uma diferenciação lícita.

A ilicitude se faz presente quando por exemplo, um cadeirante em perfeitas condições psíquicas é considerado absolutamente incapaz, ou até mesmo uma pessoa com um simples déficit cognitivo leve também é totalmente interdita, desencadeando discriminação, uma vez que a incapacidade foi além do que deveria. Por outro lado, também é ilícito, sob uma forma de negligência, considerar capaz uma pessoa com mal de Alzheimer em estágio avançado, por exemplo, visto que a incapacidade não alcançou até onde deveria. Portanto, para que atinja sua função, a incapacidade deve acompanhar a natureza e extensão da deficiência, não indo além ou aquém, respeitando os princípios de igualdade e dignidade da pessoa.

2.4. O tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental no Direito Comparado

A busca por novos horizontes no tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental ocorreu por meio do estudo do Direito Comparado, que se revelou como caminho para outras alternativas de mecanismos de intervenção do Estado na condução da política de reequilíbrio para sanar as desigualdades sociais nesta questão.

Desta forma, compreendido de maneira geral o tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental no ordenamento brasileiro, se faz necessário realizar uma abordagem a respeito desta mesma situação diante de outros ordenamentos jurídicos, com foco especialmente no Direito italiano, principal fonte inspiradora da criação da tomada de decisão apoiada, novo instituto que adveio com o surgimento do EPD.

Neste diapasão, o Direito Comparado mostra alguns exemplos:

A adoção de medidas diferentes da curatela é algo que pode ser encontrado na experiência estrangeira. Apresentam-se ora através da criação de novos modelos que excluem a curatela do sistema, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*; ora com a criação de modelos alternativos que não excluem a curatela do sistema, mas esperam provocar o seu desuso, como se deu com a criação do "administrador" belga e da figura do *amministrazione di sostegno* italiana; e por vezes simplesmente como figura que conviverá com a curatela, como na *sauvegarde de justice* francesa. (VÍTOR *apud* REQUIÃO, 2016, p. 9).

O modelo implementado pela Áustria a partir da década de 1980, qual seja, a figura da *Sachwalterschaft*, é uma medida que exclui a curatela, conforme já mencionado. Tal fato se

deve em razão do objetivo de combater o rígido sistema de interdição que vigorava no ordenamento austríaco. A função atribuída ao chamado *Sachwalter* compete a pessoas próximas de quem se beneficia do instituto, sendo portanto, preferencialmente parentes. (RIBEIRO *apud* LOPES PEREIRA, 2018, p.86).

O estabelecimento do instituto consiste em processo de jurisdição voluntária, onde é o juiz que, levando em consideração o nível de capacidade cognitiva da pessoa com deficiência mental que solicita a medida, determinará as atribuições da função de apoiador a serem prestadas pelo *Sachwalter*. (LOPES PEREIRA, 2018). Todavia, “Sua declaração não implica na perda da capacidade de exercício de direitos pela pessoa apoiada, tampouco do poder de escolha sobre questões existenciais.” (LOPES PEREIRA, 2018, p. 86-87). Sob este ângulo, a *Sachwalterschaft*, embora também seja procedimento de jurisdição voluntária cujos limites são designados pelo juiz, difere da curatela adotada pelo ordenamento brasileiro anteriormente à vigência do EPD, principalmente no que se refere ao aspecto da capacidade legal.

Além disso, “[...] a medida será reexaminada em intervalos não superiores a cinco anos para verificar se continua a ser o mais adequado para o atendimento das necessidades da pessoa com deficiência.” (LOPES PEREIRA, 2018, p.88).

O modelo alemão, por sua vez, se assemelha ao sistema austríaco, pois também exclui a curatela para dar espaço ao instituto *Betreuung*. Referido instituto toma por base a ideia auxílio à pessoa com deficiência pela figura do chamado *Betreuer*, que deve sempre levar em consideração o interesse da pessoa com deficiência para que esta seja realmente beneficiada através do instituto.

A medida pode ser requerida pela própria pessoa com deficiência, chamada de *Betreuten*, ou pelo tribunal, a fim de auxiliá-la ou representá-la, sempre levando em consideração a preservação de seus interesses. O apoiador ou representante (*Betreuer*) deve manter certo vínculo de confiança com a pessoa apoiada (*Betreuten*), sendo permitido ainda, que entidade coletiva pública ou privada possa ser designada para a função de apoiador ou representante. Em qualquer situação, os limites e o papel a ser exercido pelo *Betreuer* devem ser discriminados em sentença que aprecie o caso concreto em específico (RIBEIRO *apud* LOPES PEREIRA, 2018, p.91). Vale ressaltar ainda que, assim como a *Sachwalterschaft*, adotada na Áustria, “[...] o *Betreuung* passa por revisão em período não superior a sete anos para se adequar às atuais circunstâncias dos impedimentos do sujeito concreto.” (LOPES PEREIRA, 2018, p. 95).

Na França, por sua vez, ao lado dos institutos da curatela e da tutela, há a figura da *sauvegarde de justice*. Tomando por base a legislação francesa, Lopes Pereira (2018) explana

de maneira sucinta cada um destes institutos. A começar pela tutela (*tutelle*), esta consiste em um regime de representação contínua, destinado à proteção jurídica de adultos que têm perturbações nas faculdades mentais, atestadas por médico psiquiatra. A curatela (*curatelle*) por seu turno, é uma medida de assistência, acionada em casos menos graves, de “semi-incapacidade” (*demi-incapacité*), conforme denomina a doutrina. Neste caso, o maior protegido depende do consentimento do curador tanto para atos patrimoniais quanto para atos existenciais, sendo a medida válida por período que não ultrapasse cinco anos. Por fim, a *sauvegarde de justice* pode ser estabelecida por via judicial ou extrajudicial, com duração de um ano, prorrogável por igual período, não retirando a capacidade da pessoa para exercício de seus direitos.

Nesse sentido, a utilização de tal instituto pode ser feita em situações de ciclos curtos e previsíveis de pessoas com deficiência mental, ou até mesmo casos de pessoas em coma, ou idosos sem lucidez suficiente. (CARBONNIER *apud* LOPES PEREIRA, 2018, p. 83). Desta maneira, percebe-se que a *sauvegarde de justice* é uma medida mais flexível em relação à tutela e à curatela, uma vez que não afeta a capacidade de exercício. Não obstante este fato, sua curta duração parece torná-la mais útil em casos pontuais, sendo a maior parte das situações abrangidas pelos institutos da tutela e da curatela, que já não possuem uma liberdade de atuação tão elástica.

Por fim, o Direito italiano traz a figura da *amministrazione di sostegno*. Neste ordenamento jurídico existem os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição é utilizada na situação de pessoa maior de idade ou que se encontra no último ano da menoridade, sendo em ambos os casos acometida de deficiência mental que lhe subtraia a capacidade para prover os próprios interesses. A inabilitação, por sua vez, é utilizada em casos menos graves, como cegueira, prodigalidade, surdo-mudez ou uso de álcool e tóxicos. (ALPA *apud* GABURRI, 2016, p. 130).

Sendo assim, o interdito é privado da capacidade de exercício, o que significa que não pode, por si mesmo, concluir negócios jurídicos, sendo estes praticados em seu nome e interesse por um tutor. O inabilitado, por outro lado, tem uma capacidade maior, necessitando de assistência do curador para praticar atos ordinários de administração. (GABURRI, 2016).

Como se pode perceber, o instituto italiano da interdição possui efeitos jurídicos semelhantes à representação no ordenamento brasileiro, utilizada em caso de incapacidade absoluta, enquanto que o instituto da inabilitação guarda semelhança com a assistência, utilizada em situação de incapacidade relativa. Talvez em virtude desta aproximação sistemática, é que o legislador brasileiro acompanhou o legislador italiano em relação à

introdução de um terceiro instituto, mais flexível, que é o da *amministrazione di sostegno*, apontado como influência primordial para a criação da tomada de decisão apoiada no Direito brasileiro, que como se verá adiante, se assemelha em muitos pontos ao referido instituto italiano.

Neste diapasão, a *amministrazione di sostegno* é um instituto que leva em conta a diretriz da autonomia, sendo que:

[...] tem por escopo proteger, com a menor limitação possível da capacidade de agir, as pessoas que são privadas no todo ou em parte de autonomia para exercício de funções da vida cotidiana. A pessoa designada para a tarefa é preferencialmente do meio familiar da beneficiada e há a possibilidade de nomeação de mais de um *amministratore* para a execução da tarefa. A escolha do *amministratore di sostegno* cabe exclusivamente à pessoa apoiada mediante ato público ou escritura privada autenticada. (LOPES PEREIRA, 2018, p. 96).

O objetivo, portanto, é evitar o desamparo sem restringir desnecessariamente a autonomia, e é por isso que é uma função a ser exercida preferencialmente por familiares, e ainda de modo compartilhado. O respeito à autonomia bem como uma certa compreensão são necessários para o exercício do instituto, uma vez que cabe à própria pessoa requerê-lo, o que implica reconhecer a necessidade de apoio nos atos da vida civil.

Para proporcionar uma melhor proteção jurídica, há previsão de intervenção do Ministério Público quando da instauração e desenvolvimento do instituto, sendo o parquet legítimo para requerer anulação de atos praticados pelo apoiador, desde que desconformes com a lei (LOPES PEREIRA, 2018). Esta intervenção também se faz presente no recente instituto da tomada de decisão apoiada no ordenamento brasileiro, bem como o requerimento exclusivo pela pessoa apoiada, a possibilidade de mais de um apoiador e a intenção de mais elasticidade na prática dos atos civis em prol da autonomia.

Diante de tais características, a *amministrazione di sostegno* italiana demonstra maior flexibilidade para o exercício da autonomia em relação à interdição e à inabilitação, sendo compatível com o viés humanista trazido pela CDPD. É em razão disso que a tomada de decisão apoiada recém-criada no Direito brasileiro praticamente repete muitos aspectos do funcionamento da medida italiana.

Todavia, o legislador italiano estende a proteção da *amministrazione di sostegno* a qualquer pessoa que não esteja apta a prover, por si mesma, os próprios interesses, sendo que tal aptidão pode não decorrer, necessariamente, de uma deficiência mental, ao contrário do que

ocorre com a intenção do instituto brasileiro, reservado às pessoas com deficiência capazes. (GABURRI, 2016).

Nesse sentido, “Se na realidade brasileira a tomada de decisão apoiada levará ao desuso da curatela, é algo que somente o tempo dirá” (REQUIÃO, 2016, p. 9). Para tanto, se faz necessária a compreensão das potencialidades de eficácia e adaptação deste instituto à realidade brasileira, que certamente, é distinta da realidade italiana.

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

A mudança paradigmática introduzida pela CDPD e pelo EPD no ordenamento jurídico brasileiro trouxe o surgimento de um novo instituto civil, inspirado na sistemática italiana, denominado tomada de decisão apoiada (TDA), que possui o escopo de concretizar a autonomia das pessoas com deficiência mental na condução dos atos civis, retratando, assim, a ideia de dignidade-liberdade. Pretende-se, portanto, flexibilizar a política assistencialista de proteção jurídica pautada na dignidade-vulnerabilidade, que sempre norteou a Teoria das Incapacidades. Nesta perspectiva, o presente capítulo se propõe à realização de uma análise da TDA, levando em consideração, inclusive, o PL 757/2015, que prevê alterações destinadas a uma melhor harmonização normativa na legislação civil. Desta forma, será possível refletir sobre a eficácia do referido instituto no sentido de sua possibilidade de promover a transformação social pretendida na vida da pessoa com deficiência mental.

3.1. Funcionamento do instituto sob a ótica da lei

Ao reafirmar a igualdade das pessoas com deficiência mental sob o prisma de incluí-las no patamar de capacidade plena, a CDPD estabeleceu em seu Artigo 12, que “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”. A principal medida apropriada para tanto, assumiu a forma do instituto da TDA.

Desta maneira, o art. 116 do EPD prevê a inserção do Capítulo III no Título IV do Livro IV (Direito De Família) da Parte Especial do CC/02, que trata exclusivamente da regulamentação da TDA, estruturada nos 11 parágrafos de um único dispositivo, que é o art. 1783-A do CC/02. Vale ressaltar que o referido artigo é objeto de alteração no PL 757/2015, que será abordado mais adiante. No momento, importa analisar a redação legal vigente do novo instituto em questão.

Neste contexto, o art. 1783-A, caput, do CC/02 traz uma síntese que define a estrutura geral do procedimento de TDA, *in verbis*:

Art. 1.783-A: A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2002).

É possível perceber que o instituto propõe uma tutela jurídica mais flexível da pessoa com deficiência, valorando, em primeiro lugar, a sua manifestação de vontade, a começar pelo espaço que é dado para que a própria pessoa com deficiência realize a escolha mínima de dois apoiadores de sua confiança, o que pressupõe, logicamente, manutenção de vínculos com os mesmos.

A ideia é que a pessoa com deficiência tome as decisões sobre os atos civis de sua própria vida, como maneira de lhe fornecer maior liberdade de autonomia, mas contando com a orientação e apoio de pessoas nas quais confie, como forma de resguardar sua vulnerabilidade. Para tanto, as funções assumidas pelos apoiadores devem constar em termo apresentado pelos mesmos em conjunto com o apoiado, detalhando os limites, compromissos e prazo de vigência do apoio, bem como o respeito à vontade, direitos e interesses do apoiado, conforme previsão do art. 1783-A, § 1º, CC/02.

Como forma de reforçar a autonomia da nova sistemática, o §2º do referido dispositivo prevê que o pedido da TDA deve ser feito pela própria pessoa a ser apoiada, com indicação expressa dos apoiadores escolhidos. Isto significa que “Trata-se de um ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, por isso, deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros” (MENEZES, 2016, p. 46).

Vale observar que pela redação legal do caput do referido artigo, não há uma especificação sobre a natureza da deficiência amparada pelo instituto, o que leva a pensar no sentido de abrangência de deficiências físicas e mentais. Todavia, a maior parte da interpretação doutrinária foi no sentido de que seja mais destinada às pessoas com deficiência mental, tendo em vista que eram estas, em específico, as que se enquadravam como incapazes anteriormente, portanto, principais destinatárias deste instituto alternativo à curatela. Sob este ângulo, há a previsão do §3º do art. 1783-A, CC/02, que determina que antes de se pronunciar sobre o pedido de TDA, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, e após oitiva do Ministério Público, deve ouvir pessoalmente o requerente e os apoiadores.

A intervenção do Ministério Público possui o condão de assegurar que os interesses do apoiado realmente serão respeitados no acordo. A oitiva do requerente e dos apoiadores possui

o objetivo de verificar se é realmente de sua vontade o requerimento do instituto, a indicação dos apoiadores e conseqüentemente, se o nível de discernimento está compatível com a proposta do instituto, ou se a necessidade do caso requer medida mais rígida ou não. É em razão disso que o dispositivo faz menção à assistência de uma equipe multidisciplinar, que procederá a uma avaliação biopsicossocial, levando em consideração os elementos que constam do art. 2º, § 1º do EPD, *in verbis*:

Art. 2º. [...]

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação. (BRASIL, 2015).

Desta maneira, observando que a escolha de pessoas de confiança, e ainda, o ato de compreender as informações e elementos fornecidos por estas pessoas, pressupõe, inevitavelmente, uma noção mínima da realidade, se faz necessária a referida avaliação, que apontará, sob o prisma do modelo social, se a TDA é adequada ao caso concreto ou não.

Neste sentido, os casos de pessoas com deficiências físico-motoras, que possuem pleno conhecimento sobre suas vontades e dificuldades, se fazem perfeitamente propícios para a aplicação do instituto. Já para as deficiências de ordem psíquica e mental, a utilização da TDA, a princípio, não seria o meio protetivo mais adequado, o que justifica, portanto, a avaliação prévia determinada em lei. (FONTANA, 2018).

A TDA, portanto, se concretiza por um processo de jurisdição voluntária, cuja homologação não afeta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência. Referido instituto toma por base uma convenção, ou seja, um acordo entre apoiadores e apoiado, cuja natureza, segundo Fiuza (2016) é *sui generis*, uma vez que é um instituto único, que não se confunde nem com a representação, pois não há atuação do apoiador em nome do apoiado, e nem com um mandato sem representação, uma vez que os apoiadores também não agem por conta própria em benefício do apoiado. O que se pretende é uma ação em conjunto, sempre direcionada ao benefício da pessoa com deficiência.

O objeto do apoio pode dizer respeito tanto a questões patrimoniais quanto existenciais, ou até mesmo ambas, tendo em vista a omissão legal sobre isso. Pode incidir sobre decisões da rotina doméstica, de cuidados pessoais, e variar de acordo com o tipo de suporte que o apoiado sente necessidade, como por exemplo, facilitação de comunicação, informações, pontos favoráveis ou desfavoráveis sobre algo, entre outros. (MENEZES, 2016).

Neste contexto, a decisão tomada por pessoa amparada pela TDA é válida e produz efeitos sobre terceiros, desde que inserida nos limites do acordo acertado (art. 1783-A, §4º, CC/02). É facultado ao terceiro que mantenha relação comercial com o apoiado, a contra-assinatura dos apoiadores no contrato ou acordo, especificando, por escrito, suas funções em relação ao apoiado (art. 1783-A, §5º, CC/02), a fim de que haja uma ciência, por parte do terceiro, sobre os limites do acordo da TDA. É possível, ainda, que possam surgir eventuais divergências de opinião entre apoiado e apoiadores, sendo que neste caso, se a situação for sobre negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, a decisão caberá ao juiz, ouvido o Ministério Público (art. 1783-A, § 6º, CC/02).

Em relação à função dos apoiadores, estes assumem um compromisso de zelo e responsabilidade para com a pessoa com deficiência, inclusive com dever de prestação de contas de acordo com o que for cabível no assunto a partir das disposições referentes à curatela (art. 1783-A, § 11, CC/02). O mais importante, entretanto, é a condução do apoio, de maneira que atitudes de negligência, pressão indevida ou inadimplemento do acordo podem ser denunciados ao juiz ou ao Ministério Público, seja pelo próprio apoiado ou por qualquer outro (art. 1783-A, § 7º CC/02). Caso procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador infrator, nomeando outro, de acordo com o interesse e vontade do apoiado (art. 1783-A, § 8º, CC/02).

O término da TDA pode ocorrer, além da hipótese de destituição do apoiador, pelo seu próprio pedido de exclusão na participação do instituto, apresentado ao juiz (art.1783-A, § 10, CC/02), ou a pedido do próprio apoiado, a qualquer tempo (art. 1783-A, § 9º, CC/02). Em suma, esta é a regulamentação do novo instituto que tem a promessa de efetivar, no Brasil, os preceitos humanitários da CDPD.

3.2. Distinção entre Tomada de Decisão Apoiada e Curatela

Anteriormente à vigência do EPD, haviam dois institutos de direito assistencial previstos no CC/02: a tutela e a curatela, ambos reunidos no Título IV do Livro IV (Direito de Família) do diploma civil, cujo objetivo é a proteção jurídica dos interesses de incapazes. A tutela, conforme o art. 1728 do CC/02, é destinada à proteção de filhos menores em situações de falecimento, ausência ou decaimento do poder familiar dos pais. A curatela, por sua vez, prevista no art. 1767 do CC/02 é destinada à proteção de maiores incapazes, assim declarados por meio de processo de interdição, cuja sentença concluisse pelo enquadramento do indivíduo em uma das hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa.

Portanto, por ser a curatela o instituto que via de regra, amparava as pessoas com deficiência mental pela antiga Teoria das Incapacidades, foi esta que sofreu significativas alterações com o advento do EPD, permanecendo a tutela inalterada. Embora a curatela mantenha seu caráter de instituto assistencial, os sujeitos a que ela se destina não mais abrange propriamente as pessoas com deficiência mental, uma vez que estas passaram a ter capacidade plena, e principalmente porque a inserção da TDA veio com o intuito de ser preferencial à curatela, de maneira que esta última assume, na legislação vigente, o caráter de medida extraordinária. Desta maneira, a TDA não excluiu a curatela, coexistindo com a mesma, sendo por isso relevante compreender o papel que cada uma representa na atual ordem civil, distinguindo suas funções.

Inicialmente, deve-se lembrar que independente do EPD, o CC/02 sempre seguiu a lógica de que a capacidade é a regra, e a incapacidade a exceção, tanto que o rol desta é taxativo. Desta forma, com exceção do critério etário, ninguém pode ser considerado incapaz automaticamente, ou seja, para tanto, é imprescindível uma decisão judicial que determine se há a consunção entre o fato e a hipótese de incapacidade (verificando seu enquadramento em relativa ou absoluta), assim como determinar a extensão dos atos que podem ou não ser praticados pelo incapaz, adentrando na questão de negócios jurídicos patrimoniais e existenciais. Era através do processo de interdição que tais questões eram apuradas, daí decorrendo a curatela, com nomeação do curador e indicação das práticas a serem exercidas em caráter de representação ou assistência para com o curatelado, tudo a depender do nível de discernimento deste, onde cada sentença deveria ser modulada conforme a necessidade do caso concreto.

Como bem se observa, é uma questão tanto de direito material civil quanto processual civil, uma vez que a interdição tem previsão no CPC/15. É por isso que a legislação civil e a processual civil devem ser compatíveis, o que não ocorreu em relação ao EPD e o CPC/15. O EPD iniciou sua vigência em 3 de janeiro de 2016 e posteriormente, o CPC/15 entrou em vigor em 18 de março de 2016, prevendo a revogação dos arts. 1768 a 1773 do CC/02 (art. 1072, II, CPC/15). Como lei posterior, acabou por revogar a maior parte dos dispositivos que tratavam dos interditos, justo os que haviam sido modificados antes pelo EPD. Em suma, as alterações que haviam sido promovidas pelo EPD em relação à curatela, notadamente nos arts. 1768 a 1773 do CC/02, só vigoraram de 3 de janeiro de 2016 a 17 de março de 2016, já que foram revogadas por força do CPC/15. Esta é uma importante questão a ser sanada pelo PL 757/2015, tendo em vista que houve “ [...] um verdadeiro *cochilo do legislador* que gerou o *atropelamento* de uma norma jurídica por outra” (TARTUCE, 2017, p. 921, grifo do autor).

Tal situação é um exemplo claro de que a intenção de rompimento de paradigmas pelo EPD, muito embora com o cunho positivo de inclusão social, não foi feita com cautela e preparação adequada, desconsiderando muitas variáveis que intervêm diretamente na esfera jurídica das pessoas com deficiência. Caso contrário, não haveria uma incompatibilidade tão gritante, proporcionando uma sensação de instabilidade. Mesmo assim, a nova roupagem atribuída à curatela pelo EPD não foi alterada. Neste âmbito, se situam os parágrafos do art. 84 do EPD, *in verbis*:

Art. 84. [...]

§ 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.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. [...]. (BRASIL, 2015).

Observa-se nesse dispositivo a primeira distinção entre a atual curatela e a TDA: enquanto a primeira passa a ser aplicada apenas quando necessário, e portanto em caráter extraordinário, a segunda é uma faculdade da pessoa com deficiência. A curatela passa a ser um instituto secundário, tanto que deve durar o menor tempo possível, enquanto que a TDA durará o tempo definido no acordo, ou até o apoiado quiser, além dos casos de exclusão do apoiador por vontade própria ou por negligência. Neste contexto, a TDA só pode ser requerida pelo próprio interessado (art. 1783-A, §3º, CC/02), enquanto que a curatela pode ser promovida pelos sujeitos elencados no art. 747 do CPC/15, quais sejam: cônjuge ou companheiro; parentes ou tutores; representante da entidade em que se encontra abrigada a pessoa com deficiência e Ministério Público. Muito embora tivesse sido acrescentada também a possibilidade de autocuratela trazida pelo EPD no art. 1768 do CC/02, este foi revogado pelo CPC/15.

Vale ressaltar que a linguagem do EPD não se utiliza mais do termo “interdição”, que sugeriria impossibilidade do exercício de direitos, preferindo falar em “processo que define os termos da curatela”, conforme alteração feita pelo EPD no art. 1768 do CC/02. Todavia, em decorrência da incompatibilidade entre o EPD e o CPC/15, aqui já mencionada, tais referências de expressão foram revogadas, vigorando atualmente o processo de interdição previsto no CPC/15, o que será resolvido no PL 757/2015. De qualquer forma, a tendência para a mudança deste termo significa mais uma adequação técnico-linguística, tendo em vista que se a curatela

ainda remanesce, mesmo que restrita à atos patrimoniais, então substancialmente não houve revogação da interdição, apenas uma redefinição de seus contornos e de sua nomenclatura.

Como agora é medida excepcional, o alcance da curatela também foi restringido, afetando tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme previsão do art. 85 do EPD, *in verbis*:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. (BRASIL, 2015).

Tal restrição ainda é reforçada de acordo com a previsão do §1º do mencionado dispositivo, que determina o não alcance da curatela no que concerne aos direitos elencados no dispositivo. Logo em seguida, o § 2º reforça novamente o caráter extraordinário da curatela, e por isso, chama a atenção para as motivações de sua determinação. A TDA, por sua vez, pode se referir tanto aos atos patrimoniais quanto aos existenciais, conforme já mencionado.

Deve-se observar ainda que as pessoas sujeitas à curatela são incapazes, mais especificamente os maiores relativamente incapazes elencados no art. 4º do CC/02, referidos também no art. 1767 do CC/02. Já a TDA é destinada às pessoas com deficiência capazes, uma vez que se trata de um apoio e não de restrição de capacidade. Desse modo, não há mais curatela de pessoa absolutamente incapaz, uma vez que sua única hipótese se resume atualmente ao menor de 16 anos que se enquadra automaticamente pelo decurso do tempo.

Com tais distinções, é possível perceber que a diferença na extensão de alcance dos institutos muito provavelmente tem o condão de provocar o desuso da curatela, considerada pelo EPD como inadequada para a tutela de interesses existenciais, lançando a TDA como alternativa viável para tanto. Nesse sentido, se a curatela era o instituto responsável justamente por proteger as pessoas com deficiência, é necessário compreender em que aspectos essa proteção foi falha, a fim de que os equívocos não sejam repetidos na aplicação da TDA. Nessa esteira, é possível observar o seguinte:

Ainda que a lei permitisse a alternativa da interdição parcial, na qual o curador funcionaria como assistente do curatelado interdito, na maior parte dos casos, os juízes aplicavam a medida mais extrema consistente na interdição total, atribuindo àquele os poderes da representação que implicava na substituição de vontade do incapaz representado. (MENEZES, 2016, p. 33).

Diante disso, a origem do problema não se encontra necessariamente no sistema de substituição de vontades em si, mas sim, em seu uso estendido a aspectos decisórios nos quais não há necessidade, sendo estes geralmente aspectos de caráter existencial. Dessa maneira, “[...] a falha não se encontrava no reconhecimento da dignidade e da necessidade de proteção, mas sim do *modus operandi* dos processos de interdição.” (LIMA; DORNELLES, 2017, p. 7).

Desta forma, é tarefa do juiz modular e delimitar a extensão de autonomia do incapaz na sentença de interdição. Portanto, a crítica deve ser dirigida a uma sentença de interdição mal lançada, e não à Teoria das Incapacidades em si, que deve ser instrumento de proteção e promoção de dignidade do incapaz (FIUZA, 2016).

Se o status de incapacidade fosse diretamente equivalente à violação de dignidade da pessoa humana, então sua aplicação seria questionável não apenas em relação à pessoa com deficiência, mas também em relação a todas as outras hipóteses de incapacidade que permanecem positivadas. Por isso, é importante atentar-se também aos rumos de aplicação que a TDA pode tomar no ordenamento brasileiro, para que não tenha sua função distorcida em seu aspecto prático como foi feito na curatela em muitos casos concretos.

3.3. Perspectivas de efetividade da Tomada de Decisão Apoiada no contexto brasileiro e o Projeto de Lei nº 757/2015

A TDA assume um espaço prioritário no que concerne à tutela de pessoas com deficiência mental. Dessa forma, convém analisar como o funcionamento do instituto pode se adequar à realidade brasileira, considerando também as possíveis modificações em andamento constantes do PL 757/2015. A proposta do referido projeto partiu dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, já tendo sido aprovada pela CDH, nos termos do substitutivo apresentado pelo relator da matéria, o Senador Telmário Mota; bem como pela CCJ, mas nos termos de outra emenda substitutiva apresentada pela Senadora Lídice da Mata. O projeto, portanto, se encontra em estado de tramitação, estando a matéria com a relatoria.

Entre as modificações feitas, pode ser ressaltada primeiramente, o fato de que o PL 757/2015, nos termos de sua 2ª emenda substitutiva, traz como obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores nos contratos ou acordos que a pessoa com deficiência celebrar, sendo que nas condições da atual vigência do instituto tal contra-assinatura é facultativa, podendo ser

solicitada ou não pelo terceiro que negocia (art. 1783-A, §5º, CC/02). Além disso, referido PL também traz a necessidade de averbação da sentença que homologa a TDA no registro de pessoas naturais, por intermédio do acréscimo do art. 756-A, caput, ao CPC/15, sendo tal averbação não mencionada na vigente regulamentação da TDA. O PL também acrescenta o art. 748-A, §2º, II, ao CPC/15, prevendo a possibilidade de constar no termo constitutivo da TDA hipóteses de participação obrigatória dos apoiadores para fim de validade de determinados atos ou atos sucessivos.

Referidas alterações são importantes para fazer da TDA um instituto de apoio mais presente nos negócios jurídicos, lhe garantindo uma melhora de sua efetividade, uma vez que nos termos nos quais vigora, sua regulamentação está mais focada na relação entre apoiador e apoiado e nos limites que esta deve ter. Disciplinar esta relação é importante, mas o apoio é solicitado com a finalidade precípua de conceder segurança em aspectos vulneráveis que se manifestam especialmente quando da relação com terceiros. Logo, é essencial que este terceiro tenha conhecimento de que a pessoa está amparada pelo instituto, o que lhe pressupõe sua vulnerabilidade, assim como deve saber até que ponto se estende esta condição, noção que lhe é fornecida através da ciência das funções dos apoiadores. Além disso, a hipótese de participação obrigatória do apoiador para validar determinado negócio jurídico que se mostre mais complexo é essencial para que sua figura não assuma um papel tão inócuo e desprovido de sentido.

Elucidadas tais questões, inicialmente é importante observar que uma vez que a curatela e a TDA não são cumulativas, é possível que “ [...] a Tomada de Decisão de Apoio poderá contribuir decisivamente para uma “avalanche” de levantamento de curatelas, por conta do seu alcance prático. ” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.355).

Isto porque como o Estatuto trata da condição da pessoa humana, sua vigência produz eficácia imediata, alcançando até as situações jurídicas consolidadas anteriormente. Todavia, no aspecto prático, e até para evitar embaraços na prática dos atos, a melhor atitude é requerer ao juiz o levantamento da curatela nos termos do art. 756 do CPC/15. (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

O levantamento da curatela, portanto, é a medida mais adequada, uma vez que a situação da pessoa interdita sob a égide da norma anterior pode ter se atenuado ou se agravado com o decurso do tempo. Além disso, se a nova norma preceitua pela aplicação dos institutos assistenciais (curatela ou TDA) conforme a necessidade do caso concreto, isso há de ser observado igualmente em todas as situações, sejam estas anteriores ou posteriores ao EPD. Os

processos de curatela em tramitação também observarão a possibilidade de aplicação do novo instituto, o que já é perceptível na jurisprudência:

Apelação Cível. Interdição e curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Conversão para tomada de decisão. Limites. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência os processos de interdição em trâmite podem ser convertidos para tomada de decisão apoiada ou ainda consignado os limites da curatela. (Apelação, Processo nº 0001370-73.2015.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Des. Alexandre Miguel, Data de julgamento: 28/04/2016)

Logo, o pedido da TDA apresenta-se útil para pessoas anteriormente interditadas, as quais, uma vez que já foi verificada sua vulnerabilidade, e caso no levantamento da interdição, a condição ainda permanece, podem optar pela conversão da curatela em TDA. Isto para quem consiga manifestar sua vontade de modo a compreender que mesmo capaz, tem necessidade de apoio.

Neste contexto, convém analisar quem possivelmente estará mais propenso a se valer da TDA. Primeiramente, mesmo tendo sido o critério do discernimento abolido pela legislação no que se refere à pessoa com deficiência mental, ele parece ainda ser necessário, mesmo que em um grau mínimo, para fins de uso da inovadora TDA, o que pode ser percebido, mesmo que implicitamente, em vários aspectos do instituto.

A começar pelo fato de que a legitimidade para o pedido é exclusiva da pessoa interessada (art. 1783-A §2º, CC/02), isto significa que ninguém mais do que ela deve perceber do que precisa ou não para ser apoiada. É com base nisso, inclusive, que os termos do acordo serão redigidos (art. 1783-A, § 1º, CC/02), pois uma vez que o instituto preza justamente pela autonomia do apoiado e pelo auxílio conforme suas necessidades, cabe a este indicar os principais aspectos nos quais se sente fragilizado. Não que tenha que detalhar com complexidade, mas deve ter percepção de limitações que o deixam vulnerável, o que requer um mínimo de compreensão sobre isso.

O uso do instituto também requer uma certa noção por parte da pessoa com deficiência para se situar minimamente no tempo e no espaço, uma vez que é também de sua expressa indicação as pessoas que irão lhe apoiar, porque nelas deposita sua confiança para tanto (art. 1783-A, caput, CC/02). Logo, uma pessoa com deficiência mental que sequer reconheça seus parentes mais próximos, não teria condições mínimas de preencher um dos requisitos mais importantes para o funcionamento da TDA. Esta lógica se aplica tanto para a instauração quanto para o término do instituto na hipótese de que este seja solicitado pela pessoa apoiada (art. 1783-

A, § 9º, CC/02). Em suma, deve ter mínima compreensão para saber quando quer começar e quando e caso queira terminar.

Além disso, deve a pessoa ter a sua disposição uma quantidade mínima de dois apoiadores que estejam aptos a assumir os compromissos e reponsabilidades da função, cuja inobservância, com pressão indevida ou negligência pode ser denunciada ao juízo (art. 1783-A, §7º, CC/02). Se a pessoa com deficiência não tiver em seu convívio pessoas dispostas a assumir tais obrigações, e ainda mais, em uma quantidade de dois, não poderá se utilizar do instituto, o que dificulta seu alcance a quem tenha poucos contatos e com uma família reduzida, por exemplo.

Desta maneira, o instituto propõe um modelo que se apresenta benéfico para pessoas com impossibilidade física ou sensorial, como tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC, entre outras enfermidades que dificultem o deslocamento para a prática de certos atos e negócios jurídicos (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Considerando tais questões, a estrutura da TDA parece ser de um instituto que se demonstre mais efetivo para pessoas com deficiência física, que tenham conhecimento de como suas limitações podem dificultar o exercício dos atos civis, sendo questionável, a princípio, sua efetividade para pessoas com deficiência mental, que são justamente as que poderiam ser consideradas incapazes anteriormente.

Talvez por conta disso é que o PL 757/2015, nos termos da 2ª emenda substitutiva, altera o art. 1783-A, caput, do CC/02 para especificar que “As pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir a sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada [...]”. A possível alteração certamente tem o objetivo de confirmar a possibilidade de uso da TDA por pessoa com deficiência mental, intelectual ou grave, sendo mais específica do que a vigente expressão utilizada neste mesmo dispositivo, que só menciona a utilização do instituto por “pessoa com deficiência”, sem referência à natureza desta.

Outro detalhe acrescentado pela referida emenda do PL 757/2015 é o destaque para o critério de manifestação de vontade, seja por qual meio for determinando a redação do art. 1783-A, § 3º, CC/02 de forma diversa da atualmente vigente: “Será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade, por qualquer meio. ” Tal previsão não existe na vigente estrutura da TDA, sendo que parece na verdade, uma disposição um tanto óbvia, pois uma pessoa que sequer consiga expressar vontade, terá prejudicada a própria legitimidade exclusiva para requerer o instituto.

O intuito, no entanto, pode ser explicado como uma maneira de reforçar a troca do critério de ausência ou insuficiência de discernimento, da anterior Teoria das Incapacidades, pelo critério de manifestação de vontade delineado pelo EPD. Representa, portanto, uma resposta às tentativas do texto original do PL e de sua 1ª emenda substitutiva de retomar o antigo critério, o que seria, na visão dos defensores do EPD, um retrocesso.

Entretanto, os parâmetros da TDA apresentam-se mais acessíveis a uma pessoa, que se tiver deficiência mental, seja esta de natureza leve podendo até chegar a ser moderada, a depender do caso. Afinal, se o critério do discernimento fosse completamente irrelevante para a determinação do apoio para a capacidade civil, não haveria em que se falar de prévia oitiva do interessado e das pessoas que prestarão o apoio, com auxílio de equipe multidisciplinar (art. 1783-A, §3º, CC/02), que ainda que proceda a uma avaliação biopsicossocial, se destina igualmente a auferir o nível de compreensão da pessoa com deficiência para o uso do instituto, utilizando-se, entretanto, de um método de modelo social. Tal passo é imprescindível para que o juiz se pronuncie a respeito da aplicação do instituto, providência prevista na lei e já aplicada na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO RELATIVO À TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PEDIDO FORMULADO LIMINARMENTE. INDEFERIMENTO. Considerando que o art. 1783-A, § 3º, do Código Civil determinada que o juiz, antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, assistido por equipe multidisciplinar e após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhes prestarão apoio, deve ser mantida a decisão que determinou a realização das providências necessárias antes de deliberar sobre o pleito. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70075756940, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 28/03/2018).

A necessidade dessa providência segue ainda mais destacada na atual conjuntura do próprio PL 757/2015, que acrescenta o art. 748-A, §1º ao CPC/15, responsável por prever que “ O pedido de tomada de decisão apoiada ou de curatela deve ser instruído com avaliação biopsicossocial, nos termos do §1º do art. 2º da Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, para fazer prova das alegações ou informada a impossibilidade de fazê-lo. ” Referido PL também acrescenta o art. 749-A ao CPC/15, que busca regulamentar de forma mais detalhada a oitiva dos interessados e especialmente da pessoa a ser apoiada, garantindo que não seja avaliada exclusivamente sob o ponto de vista médico, e que sejam observadas suas reais necessidades de apoio.

Diante disso, é plausível o questionamento a respeito da capacidade de escolha para efeitos da TDA, ou seja, não há menção na lei que disponha sobre até que grau de deficiência

a pessoa pode escolher apoiadores para lhe auxiliarem, cabendo ao juiz determinar todas as circunstâncias dessa escolha, e inclusive, observar no caso concreto, se é adequado o uso da TDA ou não (LIMA; DORNELLES, 2017).

Com isso, o juiz pode concluir por uma maior ou menor abrangência dos termos do acordo, adaptando-o à realidade que observou no momento de avaliação da pessoa com deficiência, podendo até indeferir o pedido de TDA, caso convencido de que não é a melhor medida para tutelar a realidade dos fatos. Isto é perfeitamente possível, ainda mais levando em conta que como se trata de procedimento de jurisdição voluntária, ao juiz é lícito adotar a solução que veja como mais conveniente ou oportuna, sem estar obrigado a seguir a legalidade estrita, conforme disposição do art. 723, § único do CPC/15.

3.4. Autonomia e proteção jurídica da pessoa com deficiência mental por meio do novo instituto

O centro da motivação que levou à alteração da Teoria das Incapacidades, com a criação do instituto da TDA, está na questão de como tutelar negócios jurídicos existenciais e patrimoniais para pessoas que são vulneráveis por motivos de fragilidade das faculdades mentais, que são justo o fundamento da vontade e conseqüentemente, do direcionamento da conduta humana.

Dessa forma, busca-se, através da TDA, uma prática de não intervenção na esfera de autonomia das pessoas com deficiência mental, mas apenas um apoio, especialmente no que concerne aos aspectos de cunho existencial. Como a deficiência mental pode retirar ou reduzir o discernimento, este critério foi trocado pelo da manifestação de vontade.

Ocorre que mesmo a manifestação de vontade deve vir acompanhada de um mínimo de discernimento para que seja seguro legitimá-la como um ato jurídico, e a própria estrutura da TDA corrobora com isso em muitos aspectos: no ato de solicitar a aplicação do instituto ou de seu término; no ato de escolher os apoiadores ou de destituí-los; no ato de formular o pedido indicando em que os apoiadores prestarão o auxílio; no ato da avaliação biopsicossocial ou no ato de poder denunciar o apoiador que for negligente em sua função. Isto demonstra que um status de capacidade plena baseado exclusivamente na possibilidade ou não de manifestar vontade, é insuficiente para definir a questão de aptidão para os atos civis.

Para tanto, pode-se tomar como exemplo este julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde o recorrente alega limitações apenas de locomoção e visão, lhe sendo desproporcional a aplicação da curatela provisória:

TOMADA DE DECISÃO APOIADA – Decisão que deferiu, liminarmente, curatela provisória ao requerente – Inconformismo deste – Alegação de que suas restrições limitam-se a aspectos físicos causados por males associados à diabete, não sendo ele um incapaz, de forma que a curatela lhe é medida desproporcional – Acolhimento – Atestado médico trazido pelo requerente aos autos e estudo psicossocial realizado pelos setores técnicos auxiliares do juízo indicam estar o requerente com suas faculdades cognitivas integralmente preservadas, sofrendo apenas de limitação de locomoção e de visão, além de restrições decorrentes do analfabetismo – Quadro do requerente que se afasta da incapacidade civil que enseja a interdição – Deficiência que importa apenas em limitações no exercício do autogoverno – Constatada, ademais, existência de relação de afeto e mútua confiança entre o requerente e as duas pessoas indicadas como apoiadoras, sua companheira e sua filha – Evidenciada a probabilidade do direito invocado, de forma a afastar a curatela provisória e permitir a nomeação das indicadas como apoiadoras provisoriamente, até o desfecho da demanda, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil – Contexto fático que, a princípio, compatibiliza-se com as previsões do art. 1.783-A do Código Civil - Recurso provido. (TJ-SP - AI: 20497357520178260000 SP 2049735-75.2017.8.26.0000, Relator: Rui Cascaldi, Data de Julgamento: 18/09/2017, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/09/2017)

Na verdade, a lei e a doutrina, mesmo a tradicional, sempre restringiram as funções dos pais, tutores ou curadores às questões patrimoniais, a não ser nos casos em que isso fosse impossível, como o de uma pessoa em coma ou com Alzheimer avançado, por exemplo. Se as preocupações com o patrimônio se mostram mais explícitas e detalhadas, é porque representam interesses mais fáceis de receber tutela legal, ao contrário de interesses existenciais, que não são objeto de extensiva regulamentação por não ser necessário (FIUZA, 2016). Além disso, até mesmo os interesses patrimoniais podem se funcionalizar sob o aspecto existencial, que é o que ocorre com a lógica do “mínimo existencial”, que representa um traço importante para a definição da própria dignidade.

Assim, a TDA chama a atenção para uma flexibilização que na verdade, já deveria ser posta em prática quando da definição dos limites da antiga curatela, evitando interdições absolutas para casos onde esta medida não seria razoável. Portanto, é fato que o discernimento é imprescindível para se tomar qualquer decisão, mas tem peso diferente quando a escolha é de cunho existencial (mais relacionada à esfera íntima e sentimental) ou patrimonial (maior peso da capacidade intelectual), o que não extingue, todavia, sua necessidade em qualquer aspecto.

É preciso atentar-se ainda ao fato de que, nos moldes delineados pelo novo instituto, ele é passível de amparar pessoas com deficiência que antes poderiam se encaixar na definição de incapacidade relativa, e mesmo assim, só será útil se a própria pessoa optar pelo seu uso. Com isso, o instituto não alcançará uma pessoa com deficiência que, mesmo apresentando vulnerabilidade, não queira se valer da TDA.

Outra questão a ser observada é que o instituto parece desprovido de efeito prático, uma vez que, mesmo celebrando o negócio jurídico sem a orientação do apoiador definida no acordo, tal negócio será válido, pois para todos os efeitos, a pessoa apoiada goza de capacidade plena.

Fora estas situações, se o maior problema era a incapacidade como empecilho da autonomia para decisões existenciais, nas quais o critério do discernimento pesa menos do que em relação às decisões patrimoniais, então mostra-se mais prático para a pessoa com deficiência, que já tem capacidade plena, se utilizar de instrumentos mais ágeis para resolver seus negócios patrimoniais, como um mandato, por exemplo, deixando o restante por seu livre arbítrio. Nesses casos, pode ter informalmente o apoio de uma ou mais pessoas de sua confiança, não tendo de se submeter à exigência legal da quantidade mínima prevista em lei.

Essa é, sem dúvidas, uma alternativa mais simples do que se submeter a todo o trâmite da TDA, que a depender dos quadros da Justiça brasileira, pode se mostrar como um processo moroso e caro, especialmente para pessoas com deficiência carentes de recursos.

Neste contexto, para ser um instituto que assumiu a posição principal de tutela jurídica das pessoas com deficiência, também não resolve a situação de pessoas que na definição anterior seriam absolutamente incapazes em virtude da ausência total de compreensão. É inegável que há hipóteses nas quais uma pessoa que mesmo conseguindo se expressar, não tem a mínima condição de ter sua vontade levada em consideração, nem para fins de decisões existenciais. Para tais pessoas, nem a TDA se mostra plenamente apta para tutelar a situação, e nem curatela, visto que na sua configuração atual, se restringe a atos patrimoniais.

Nesse ponto, recorrendo a uma futura solução através do PL 757/2015, este acrescenta o §2º, I ao art. 4º do CC/02, só esclarecendo que o uso da curatela de pessoas com deficiência requer que estas se enquadrem nas hipóteses de incapacidade relativa, onde também há a disposição do §3º no mesmo dispositivo, prevendo que a condição de não poder expressar vontade continua figurando como incapacidade relativa, mas com um curador com poderes de representação. Ou seja, será necessário um esforço por parte da doutrina e da jurisprudência para sanar tais situações.

Ponderando os elementos do modelo inserido pelo EPD, é perceptível que ainda existem vários pontos a serem devidamente organizados na lei para que haja a conjugação de autonomia e proteção jurídica para os atos civis de pessoas com deficiência mental. Este equilíbrio, portanto, assim como na antiga sistemática, depende muito da proporcionalidade e razoabilidade do juízo para o uso adequado do instituto ao caso concreto. Todavia, os preceitos da nova sistemática chamam a atenção para que esta adequação leve em conta uma análise da

pessoa como um todo e não apenas de sua deficiência em si, o que representa um ponto essencial para a promoção da dignidade.

Mais do que a intervenção legislativa ou jurisprudencial, a solidariedade da sociedade como um todo é indispensável para inclusão e valorização das pessoas com deficiência mental, respeitando-se os limites de suas condições para o fim de real efetivação de harmonização nas relações sociais e jurídicas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, foi verificada a extensão que o instituto da Tomada de Decisão Apoiada assumiu na nova sistemática da Teoria das Incapacidades delineada pelo EPD, bem como a importância de sua regulamentação de forma clara e precisa, a fim de atender aos interesses da pessoa com deficiência.

Com a abordagem geral do sistema brasileiro de incapacidade civil, foi verificado que a incapacidade intervém no plano do exercício de direitos, e não de sua aquisição, bem como que todas as hipóteses de incapacidade previstas nos arts. 3º e 4º do CC/02, tinham por fundamento o discernimento, que poderia ser comprometido por causas diversas e entre elas, pela deficiência mental.

Logo, foi observado que mesmo na antiga sistemática, a causa de incapacidade não era a deficiência mental em si, mas sim, a ausência ou redução de compreensão que esta pudesse ocasionar. Nesse aspecto, embora a incapacidade fosse baseada no mesmo critério em todas as hipóteses, este só foi desconsiderado no que se refere aos motivos de deficiência mental, haja vista que o Estatuto é destinado às pessoas com deficiência.

Foram analisados que os fundamentos da mudança tiveram como respaldo a CDPD, internalizada no direito pátrio como EC, bem como a perspectiva civil-constitucional e de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como forma de melhor assegurar a observância dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Foi observada ainda a ênfase específica que o EPD demonstrou em relação à capacidade plena no que se refere à negócios jurídicos de cunho existencial, nos quais a autonomia se mostra de grande relevância.

Com a análise comparativa entre a antiga e a vigente Teoria das Incapacidades, foi possível observar o que foi alterado, bem como os impactos que estas alterações tiveram no aspecto da proteção jurídica, onde foram constatados certos problemas de técnica legislativa e incompatibilidade com o CPC/15, bem como o fato de que o status de capacidade para pessoas com deficiência mental realmente implica na impossibilidade de se utilizar das medidas protetivas anteriores, uma vez que estas decorriam da incapacidade. Foi verificado também que a manifestação de vontade consciente ainda é relevante para a formação do negócio jurídico, o que acentuou ainda mais a função da Tomada de Decisão Apoiada nestes casos.

Continuamente, a pesquisa demonstrou que a deficiência, antes definida na lei sob o prisma do modelo médico, passou a ser definida conforme o modelo social, levando em conta todo o contexto social e cultural no qual a pessoa com deficiência está inserida. Observou-se

que o modelo social, assim como o modelo médico, não desconsidera as limitações biológicas da deficiência, mas propõe que a sociedade é que deve adaptar-se para promover a inclusão social da mesma, e não o contrário, o que representa um importante avanço.

Através da análise do princípio da dignidade, observou-se que a antiga sistemática, que tinha por base o fundamento da dignidade-vulnerabilidade, foi substituída pela vigente teoria sob o fundamento da dignidade-liberdade. Foi constatado que não se deve haver uma substituição de um preceito por outro, mas sim, uma harmonização dos mesmos, uma vez que ambos convergem para a concretização da dignidade humana. Essa visão também é corroborada pelo princípio da igualdade, que garante um tratamento específico para quem tem condições específicas, como a vulnerabilidade das pessoas com deficiência mental.

Com a análise do tratamento jurídico da pessoa com deficiência mental na perspectiva do Direito comparado, verificou-se a proximidade que a Tomada de Decisão Apoiada tem em relação ao Direito italiano, confirmando a grande influência deste, mais do que qualquer outro dos ordenamentos apontados, na criação da novidade legislativa no Brasil.

Observou-se que a questão do problema da restrição de autonomia para fins de decisões de cunho existencial, se enraizava não necessariamente na lei que determinava a incapacidade civil, mas na aplicação dessa lei quando das sentenças de interdição, que muitas vezes, não acompanhavam a real extensão da deficiência para fins de determinar, de acordo com a necessidade do caso concreto, a extensão da curatela. Relacionado a isso, constatou-se que o discernimento é relevante para qualquer manifestação de vontade que se destine à realização de um negócio jurídico, mas que possui peso diferente quando se trata de aspectos existenciais ou patrimoniais. Em razão disso é que desde a antiga sistemática, questões existenciais deveriam ser deixadas, sempre que possível, ao arbítrio do incapaz.

Diante disso, através da análise do funcionamento da Tomada de Decisão Apoiada, verificou-se que sua estrutura não extirpa completamente a questão do discernimento. Aliás, é necessário que haja um mínimo de discernimento que se mostre adequado para o uso do instituto, ainda que a lei não preveja isso explicitamente. Além disso, pela forma como se encontra regulado na lei vigente, o instituto ainda carece de uma regulamentação mais bem trabalhada, ainda mais considerando o fato de que não há referência nenhuma ao procedimento deste no CPC/15, que inclusive se encontra incompatível com os preceitos do EPD ao prever ainda o procedimento de interdição.

Nesse ponto, ao analisar o PL 757/2017, foi possível perceber que as alterações propostas detalham mais a disciplina do novo instituto, inclusive no CPC/15, além de prever

algumas mudanças que podem tornar a Tomada de Decisão Apoiada mais efetiva e significativa. Mesmo assim, a estrutura ainda mostra necessidade de um certo discernimento.

Neste diapasão, de acordo com a problemática proposta, concluiu-se que a Tomada de Decisão Apoiada, tanto nos termos vigentes, quanto nos que se propõe o PL 757/2015, é apta a conjugar a autonomia e proteção jurídica da pessoa com deficiência mental que possua, todavia, uma razoável compreensão de suas limitações e atos para indicar a função do apoio que sente necessidade. E uma pessoa dentro de tais condições provavelmente opte por instrumentos mais práticos para a solução de questões pontuais, especialmente de cunho patrimonial, o que pode impactar na efetividade do novo instituto. Quanto às pessoas com deficiência mental grave, o referido instituto não se mostra adequado, ensejando caso de curatela, que provavelmente possa ter de se estender a aspectos de cunho existencial em casos extremos e excepcionais.

Portanto, a Tomada de Decisão Apoiada assume um papel de destaque na tutela jurídica de pessoas com deficiência, podendo não ser apta a englobar em seu manto jurídico os diversos casos de deficiência mental, mas com certeza é um instrumento modelado com o objetivo de chamar a atenção para a independência que as pessoas com deficiência podem assumir frente às suas próprias vidas.

O presente trabalho não possuiu o condão de esgotar o tema, uma vez que se trata de uma inovação recente no ordenamento brasileiro, mas sim, de ensejar reflexões e questionamentos, observando as perspectivas de aplicabilidade do instituto de uma maneira mais próxima possível da realidade das pessoas com deficiência mental. Por isso, a presente pesquisa se propôs a analisar os pontos fortes e fracos do instituto, bem como a função que este assumirá na realidade social, o que é imprescindível para entender a melhor forma de proceder à concretização da inclusão, igualdade e principalmente, da solidariedade.

Um status de capacidade plena, bem como um status de incapacidade civil não é o que necessariamente levará à solução da questão, mas principalmente o senso de que mesmo a independência do ser humano inclui uma interdependência entre este e os seus semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; BRUST-RENCK, Priscila Goergen. O Discernimento no Direito Civil Brasileiro e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação do UniRitter, 12., 2016, Porto Alegre. **X Comunicações de Pós-Graduação**. Porto Alegre: UniRitter, 2016. Disponível em: <<https://www.uniritter.edu.br/xii-sepesq>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 de set. 2018.

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 4 out. 2018.

_____. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 757, de 2015 (do Senado Federal, Emenda nº 2 – CCJ substitutivo)**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que

necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia (TJ-RO). Apelação: APL 0001370-73.2015.822.0010 RO 0001370-73.2015.822.0010. Relator: Desembargador Alexandre Miguel. DJ: 04/05/2016. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: < <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/389121858/apelacao-apl-13707320158220010-ro-0001370-7320158220010?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). Agravo de Instrumento: AI 2049735-75.2017.8.26.0000 SP 2049735-75.2017.8.26.0000. Relator: Rui Cascaldi. DJ: 18/09/2017. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502568127/agravo-de-instrumento-ai-20497357520178260000-sp-2049735-7520178260000>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Agravo de Instrumento: AI 70075756940 RS. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. DJ: 28/03/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561374618/agravo-de-instrumento-ai-70075756940-rs?ref=serp>>. Acesso em: 29 out. 2018.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. Da distonia do regime de incapacidade civil. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. **Direito Civil Contemporâneo II...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 269-285. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oylux21y/60pi88V6sac4fcNI.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

FABIANE GONÇALVES, Mirien . **Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas mudanças no Direito Civil**. 2016. 44 f. Monografia (Bacharel em Direito)- Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: < <http://tcconline.utp.br/?tag=mirien-fabiane-goncalves> >. Acesso em: 29 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na Lei Brasileira de Inclusão. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 99-117, jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/303>>. Acesso em: 20 set. 2018.

FILHO, Roberto Alves de Oliveira; SILVA, Marcelo Rodrigues da. A capacidade das pessoas com deficiência mental: (in)constitucionalidade?. In: XXV Congresso do CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Direito Civil Contemporâneo I...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 4-24. v. 1. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/r310g1en>>. Acesso em: 07 set. 2018.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 2 ed. em e-book baseada na 18 ed. impressa, rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

FONTANA, Andressa Tonetto. A aplicabilidade da tomada de decisão apoiada no direito brasileiro. **Migalhas**, [S.l.]. abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279201,41046-A+aplicabilidade+da+tomada+de+decisao+apoiada+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 08 set. 2018.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, jan. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/304>>. Acesso em: 07 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. **Migalhas**, [S.l.]. ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 08 set. 2018.

LIMA, Andrei Ferreira de Araújo; DORNELLES, Daniélle. Dignidade-vulnerabilidade versus dignidade-liberdade: um estudo crítico do estatuto da pessoa com deficiência a partir do conceito de dignidade da pessoa humana. In: Semana Interamericana sobre Derechos

Fundamentales, 2017, Lima. **Derechos Sociales y Grupos Vulnerables...** [S.l.: s.n.], 2017. p. 1-14. Disponível em: <<http://themis.pe/wp-content/uploads/2017/10/DIGNIDADE-VULNERABILIDADE-VERSUS-DIGNIDADE-LIBERDADE.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2018.

LOPES PEREIRA, Jacqueline. **Tomada de decisão apoiada e a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual**. 2018. 154 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/55369>>. Acesso em: 29 set. 2018.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8653>>. Acesso em: 30 set. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S.l.], v. 9, p. 31-57, jul. 2016. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

NELSON KONDER, Carlos. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.l.], v. 99, p. 101-123, jun. 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/citations?user=4_AIrPoAAAAJ&hl=pt-BR>. Acesso em: 29 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. 1**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 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**, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 37-54, jan/mar. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rtdoc_16-3-24_8_39_pm.pdf_awsaccesskeyidakiawowygz2y53ul3aexpires1504641192signaturev6dobdovjkoldqpqkdmhkeqjbgresponse-content-dispositioninline_filenameas_mudancas_na_capacidade_e_a_inclusao_d.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [S.l.], v. 9, p. 361-388, jan/jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 08 out. 2018.

SCHMIDT, Bárbara Diettrich. **A Lei n.º 13.146/2015 e a (des)proteção civil da pessoa com deficiência.** 2016, 65 p. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, 05 dez. 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/1528>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade#_ftnref1>. Acesso em: 14. fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.