

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MARIA EDUARDA ARCANGELI PORCELLI

A HEGEMONIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES CIVIS ATUAL:
seus impactos na (des)proteção de pessoas com deficiência nos sistemas de apoio
previstos na Carta de Nova Iorque e implementados pelo Estatuto da Pessoa com
Deficiência, em especial a Tomada de Decisão Apoiada.

Ouro Preto
2024

Maria Eduarda Arcangeli Porcelli

A HEGEMONIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES CIVIS ATUAL:
seus impactos na (des)proteção de pessoas com deficiência nos sistemas de apoio
previstos na Carta de Nova Iorque e implementados pelo Estatuto da Pessoa com
Deficiência, em especial a Tomada de Decisão Apoiada.

Monografia apresentada ao Departamento de Direito
da Universidade Federal de Ouro Preto, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Iara Antunes de Souza.

Coorientadora: Mestranda Ana Clara das Chagas
Souza.

Área de concentração: Direito Civil.

Ouro Preto
2024



FOLHA DE APROVAÇÃO

Maria Eduarda Arcangeli Porcelli

Da hegemonia da teoria das capacidades civis atual:

seus impactos na (des)proteção de pessoas com deficiência nos sistemas de apoio previstos na Carta de Nova Iorque e implementados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial a Tomada de Decisão Apoiada

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 22 de fevereiro de 2024.

Membros da banca

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - Orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda Ana Clara das Chagas Souza - Co-orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto
Prof. Edvaldo Costa Pereira Junior - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda Marcella Barbosa Tavares - Universidade Federal de Ouro Preto

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 22/02/2024



Documento assinado eletronicamente por **Iara Antunes de Souza, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 22/02/2024, às 18:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0672232** e o código CRC **79F483D7**.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha profunda gratidão a todos que contribuíram de maneira significativa para a realização deste projeto de monografia. Este trabalho marca o fim de uma extensa caminhada que eu jamais teria completado sozinha.

Agradeço primeiramente à minha mãe, Alessandra e meu pai, Paulo Vinícius. Vocês foram meus pilares durante toda a minha vida e, mesmo longe, nunca deixaram de acreditar em mim. Sou muito grata pelo seu amor, encorajamento e compreensão. Gostaria de agradecer também às minhas tias Silvana e Camila, e ao meu tio Maurício, que contribuíram imensamente para a minha graduação. Ao Leonardo, por ter me dado tanto apoio e incentivo nos momentos mais difíceis.

À UFOP - Universidade Federal de Ouro Preto, ao EDTM - Escola de Direito, Turismo e Museologia e ao Departamento de Direito. Aos professores que contribuíram para a minha formação, expresse meu reconhecimento pela qualidade do ensino e pelo ambiente propício à aprendizagem. Um especial agradecimento ao NAJOP, por ter colaborado tanto para a minha formação profissional.

Muito obrigada à Lara Antunes de Souza e à Ana Clara das Chagas Souza, pela orientação e direcionamento.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, foram parte desta jornada, direta ou indiretamente. Cada palavra de incentivo, conselho ou colaboração deixou uma marca positiva nesta trajetória acadêmica.

A todos, meu mais sincero obrigado.

RESUMO

Esta monografia foi realizada com o objetivo de questionar se a legislação brasileira, especificamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil, ao regular as capacidades e incapacidades civis, bem como prever o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, é suficiente para oferecer proteção jurídica às pessoas com deficiência plenamente capazes, respeitando a sua autonomia. Para tanto, o estudo adotou uma abordagem teórico-dogmática, envolvendo uma análise jurídico-interpretativa e jurídico-descritiva. Esta monografia tem como marco teórico as reflexões sobre como o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a teoria das capacidades, gerando diversos reflexos para a (des)proteção jurídica das pessoas com deficiência contidas no livro *Deficiência e Direito Privado*, publicado em 2019, em especial os artigos escritos por Luíza Resende Guimarães, Maria Clara Versiani de Castro e Ludmila Junqueira Duarte Oliveira. Para a realização do estudo, foi feita uma análise crítica das disposições contidas na Convenção Internacional sobre Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência e como, em razão disso, surgiu a necessidade de modificar o ordenamento jurídico brasileiro para cumprir os compromissos assumidos pelos Estados-Parte da Convenção. Foi realizado também um estudo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as decorrentes alterações efetivadas na teoria das (in)capacidades contida no Código Civil brasileiro e como isso refletiu nos atos da vida civil das Pessoas com Deficiência. Em seguida, foram examinados os remédios legais desenvolvidos no Brasil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para garantir proteção jurídica às pessoas plenamente capazes que ficassem suscetíveis a abusos em razão das alterações na legislação, tendo como foco a Tomada de Decisão Apoiada, observando seu alcance, possíveis lacunas e falhas, podendo ocasionar em desproteção jurídica. O que se conclui do estudo é que a legislação é falha ao desconsiderar a diversidade das pessoas com deficiência, tentando encaixá-las em normas muito específicas, quando, na verdade, deveria desenvolver normas que se encaixassem nos contextos individuais de cada um, ocasionando assim, em uma possível desproteção jurídica para algumas pessoas com deficiência plenamente capazes.

Palavras-chave: Tomada de Decisão Apoiada; Teoria das (in)capacidades; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Carta de Nova Iorque; Pessoa com Deficiência; Desproteção Jurídica.

ABSTRACT

This monograph was performed with the aim of questioning whether Brazilian legislation, specifically the Statute of Persons with Disabilities and the Civil Code, by regulating civil capacities and disabilities, as well as providing for the institute of Supported Decision Making, is sufficient to offer legal protection to fully capable people with disabilities in an effective manner, respecting the person's autonomy. To this end, the study adopted a theoretical-dogmatic approach, involving a legal-interpretive and legal-descriptive analysis. This monograph has as its theoretical framework the reflections on how the Statute of Persons with Disabilities changed the theory of capabilities, generating several reflections on the legal (lack of) protection of people with disabilities contained in the book *Deficiência e Direito Privado*, published in 2019, in particular the articles written by Luíza Resende Guimarães, Maria Clara Versiani de Castro and Ludmila Junqueira Duarte Oliveira. In order, to execute the study, a critical analysis was made of the provisions contained in the International Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities, and how, as a result of this, it emerged the need to modify the Brazilian legal system to comply with the commitments assumed by the States Parties to the Convention. Also, a study was made of the Statute of Persons with Disabilities and the resulting changes made to the theory of (dis)capacities contained in the Brazilian Civil Code and how this reflected in the civil life acts of Persons with Disabilities. Then, an examination was made about the Legal remedies to guarantee legal protection to fully capable people who were susceptible to abuse due to changes in legislation, focusing on Supported Decision Making, observing its scope, possible gaps and failures, which may result in lack of legal protection. What can be concluded from the study is that the legislation is flawed in disregarding the diversity of people with disabilities, trying to fit them into very specific norms, when, in fact, it should develop norms that fit into the individual contexts of each one resulting in a possible lack of legal protection for some people with fully capable disabilities.

Keywords: Supported Decision Making; Theory of (dis)capabilities; Statute of Persons with Disabilities; Person with Disability; Legal Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CPDP	Convenção Internacional sobre Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
PcD	Pessoa com Deficiência
TDA	Tomada de Decisão Apoiada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES	12
2.1 Estudo da carta de Nova Iorque, sobretudo do seu artigo 12	12
2.2 O Estatuto da pessoa com deficiência e como ele alterou a teoria das (in)capacidades civis	19
3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA DIANTE DA NOVA TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS	28
4 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

Em pesquisa divulgada em 2023 pelo Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, constatou-se que o Brasil possui cerca de 18,6 milhões (dezoito milhões e seiscentos mil) de pessoas com deficiência. Assim, é fundamental que sejam desenvolvidas normas que considerem essa significativa parcela da população.

Ante o exposto, o Brasil foi um dos países que aderiu à Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência (CPDP), também chamada de Carta de Nova Iorque. O convencionado no documento foi incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto n. 6.949/2009, com status de emenda constitucional e, posteriormente, foi efetivado no nosso país através da Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (doravante EPD) que, em acordo com o previsto na Carta de Nova Iorque, modificou o conceito de deficiência e a teoria das capacidades civis adotada no território nacional.

Dito isto, o presente trabalho tem como objetivo analisar e questionar as mudanças a respeito da teoria das capacidades civis trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído no Brasil em 6 de julho de 2015.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência define o conceito de deficiência, em seu artigo 2º, da seguinte forma:

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).

A mudança do conceito de deficiência tem o objetivo de prezar pela igualdade, acessibilidade, dignidade e autonomia das Pessoas com Deficiência. Contudo, talvez a alteração peque pela sua excessiva generalização, tópico que será abordado posteriormente neste projeto.

Anteriormente à entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Direito Civil Brasileiro, trazia conceitos diferentes para a teoria das (in)capacidades. Conceitos estes incompatíveis com o disposto na Convenção Internacional Sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência.

Contudo, após a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, esse entendimento foi modificado para respeitar os ditames da Carta de Nova Iorque,

alterando a teoria das capacidades civis e os critérios que as determinam. Esses critérios não mais envolvem o discernimento, mas sim a expressão de vontade, para a capacidade plena e a incapacidade relativa e o critério etário para a incapacidade absoluta. Tendo isso em vista, este trabalho aborda as alterações em relação às pessoas com deficiência plenamente capazes.

A Carta de Nova Iorque, em seu artigo 12, nos itens 3 e 4¹, também incumbiu aos Estados Parte a criação de mecanismos para oferecer proteção jurídica àquelas pessoas com deficiência que ficassem suscetíveis a abusos. Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê, em seu artigo 84², os institutos da curatela e da Tomada de Decisão Apoiada (TDA).

A curatela é um instituto previsto para assistir a pessoa relativamente incapaz, cujo alcance se limita a atos jurídicos de natureza patrimonial e negocial, conforme o artigo 85³ do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Sobre a curatela, Lara Antunes de Souza e Michelle Danielle Cândida Silva afirmam:

Nos ditames do EPD, a partir de agora, a curatela é medida excepcional, extraordinária, a ser adotada apenas e na proporção das necessidades do curatelado, durando o menor tempo possível (§1º do art. 84). Em outras palavras, a instituição da curatela pressupõe a avaliação das circunstâncias incapacitantes em cada caso, afastando-se, de plano, a limitação absoluta da capacidade do sujeito (SOUZA e SILVA, 2017, p. 302).

Esta monografia, no entanto, tem o objetivo de analisar a desproteção causada pela alteração na teoria das capacidades civis em relação às pessoas capazes de

¹Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei [...] 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

²Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 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.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

³ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

expressar sua vontade, sendo assim, consideradas plenamente capazes. Dessa forma, o instituto da curatela não se aplica a este estudo, tendo em vista que a curatela só é possível diante da incapacidade relativa.

A Tomada de Decisão Apoiada, por sua vez, é prevista no artigo 1.783-A⁴ do Código Civil o qual define a legitimidade exclusiva da pessoa beneficiária da TDA para propô-la. Este tópico será mais aprofundado posteriormente nesta monografia.

Vale destacar que dados levantados pela Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2022 apontaram que “cerca de 25% da população brasileira está potencialmente à margem do sistema de Justiça e impedida de reivindicar seus próprios direitos por intermédio da Defensoria Pública”, (ESPÍNDOLA, 2022). Além disso, de acordo com Josefa Rosângela de Carvalho Mendes, a morosidade da justiça, o elevado custo das prestações jurisdicionais, a insuficiência do número de funcionários, o grande volume de processos que tendem a retardar ainda mais o judiciário, a precariedade de estruturas, aliados à falta de informação e conhecimento

⁴ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

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

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

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

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

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

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

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

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

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

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

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

da população a respeito de seus direitos e deveres tendem a dificultar o acesso à Justiça no Brasil⁵ (MENDES, 2011).

Sendo assim, é possível que os remédios propostos pelo EPD e encaixados no Código Civil, como a Tomada de Decisão Apoiada não alcancem a todos de forma satisfatória e como objetivada pelo legislador? É importante que o Estatuto seja implementado de forma mais efetiva e considerando a diversidade das pessoas com deficiência, a fim de promover sua autonomia e capacidade.

Esta monografia tem como marco teórico as reflexões sobre como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em consonância com a Carta de Nova Iorque, alterou a teoria das capacidades, gerando diversos reflexos para a (des)proteção jurídica das pessoas com deficiência. As reflexões estão presentes no livro Deficiência e Direito Privado, publicado em 2019, em especial nos artigos escritos por Luíza Resende Guimarães, Maria Clara Versiani de Castro e Ludmila Junqueira Duarte Oliveira.

O estudo adota uma abordagem teórico-dogmática, envolvendo uma análise jurídico-interpretativa e jurídico-descritiva, conforme indicado por Gustin e Dias (2020). Essa abordagem visa explorar a compreensão normativa da temática, desdobrando e examinando detalhadamente seus elementos.

Considerando todo o exposto, este trabalho tem como objetivo questionar se Pessoas com Deficiência plenamente capazes são inteiramente amparadas pelas ferramentas previstas na legislação brasileira, em especial a Tomada de Decisão Apoiada, diante de sua diversidade e pluralidade de contextos sociais, culturais e econômicos e da alteração na Teoria das Capacidades.

Para tanto, será realizada uma análise da Carta de Nova Iorque, que foi base para o EPD. Este, por sua vez, também será discutido. Haverá ainda o estudo das alterações promovida pela nova teoria das capacidades e se dela decorreu (des)proteção jurídica para Pessoas com Deficiência. Bem como, observar-se-á se as ferramentas previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência se adequam à realidade brasileira de forma plena e satisfatória, tratando também da Tomada de Decisão Apoiada.

⁵ Dentre os inúmeros fatores que restringem o acesso à justiça no Brasil podemos citar: a morosidade da decisão judicial. O alto custo da prestação jurisdicional, infundáveis números de processos, a falta de estrutura, a escassez de funcionários, de defensores públicos, de promotores, de juízes, etc. corroborados pela desinformação e desconhecimento dos próprios direitos por parte dos cidadãos.

2 ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, prevê, desde a Constituição Federal de 1988 a garantia dos direitos humanos⁶ e a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza⁷. Dessa forma, o Direito das pessoas com deficiência é um tópico relevante na legislação brasileira. Em consonância, o país é um dos Estados Parte da Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência (CDPD) que estipula diversos objetivos, preocupações e obrigações em relação aos direitos das pessoas com deficiência.

Além do CDPD, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 6.949/2015, o país promulgou o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), lei que disciplina, de forma mais específica, os direitos e garantias das pessoas com deficiência. Ambas as legislações e seus reflexos serão analisados a seguir.

2.1 Estudo da Carta de Nova Iorque, sobretudo do seu artigo 12

A Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aqui também referenciada como Carta de Nova Iorque, representa um grande avanço na luta das Pessoas com Deficiência por ter seus direitos reconhecidos e sua dignidade garantida.

A CDPD é uma convenção homologada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. O acordo realizado em dezembro de 2006 teve seu protocolo facultativo assinado em 30 de março de 2007. Assim, passou a vigorar em 3 de maio de 2008, após passar pela supervisão e colaboração de ativistas e estudiosos de diversos países. Em relação ao Brasil, salienta-se: "Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008;"⁸ e no plano interno entra em vigor com a publicação do Decreto n. 6.949/2009.

⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁸ Trecho do Artigo 1º do Decreto 6.949/2009.

A referida convenção causou um grande impacto positivo ao alterar o conceito de “Pessoa com Deficiência”, definindo-as, de acordo com o critério biopsicossocial como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”⁹. Desta forma, passa a considerar características sociais, culturais, políticas e econômicas, fugindo do conceito puramente médico anteriormente adotado. Acerca disso, expõe Lília Pinto Martins, no livro *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*:

A incapacidade que é atribuída à pessoa por conta da deficiência que possui, e passível de estigmatizá-la, é um conceito que precisa ser amplamente revisto, ao imputar à pessoa a única e exclusiva responsabilidade para ultrapassar seus limites físicos, sensoriais ou intelectuais. E não atribuindo ao meio social em que a pessoa está em relação, uma responsabilidade inequívoca, ao colocá-la numa situação de maior ou menor desvantagem, por conta de um ambiente mais ou menos favorável a seu desenvolvimento e expansão como pessoa (MARTINS, 2008, p 29).

O modelo anterior, baseava-se puramente em noções médicas e, assim, buscava ocultar as diferenças e singularidades das pessoas com deficiência na tentativa de torná-las produtivas e enquadrá-las no padrão de normalidade imposto até então. Sob este viés, temos as palavras de Taisa Maria Macena de Lima, Marcelo de Mello Vieira e Beatriz de Almeida Borges e Silva para a Revista Brasileira de Direito Civil:

De fato, o modelo médico ou reabilitador partia da visão de uma sociedade homogênea, na qual cada indivíduo deve atender certas expectativas, especialmente enquanto agente econômico, para ser considerado parte dessa sociedade. Ou seja, quando a deficiência apresentava-se como um entrave ao cumprimento dessas expectativas, o indivíduo deveria tratá-la para que então passasse a interagir em sociedade (LIMA, *et al*, 2017, p. 23).

O novo conceito de deficiência, muito mais completo do que o conceito médico anteriormente adotado, considera as barreiras sociais enfrentadas pelas Pessoas com Deficiência (PcD) de forma a responsabilizar a sociedade pela inclusão das pessoas com deficiência e, não mais estigmatizá-las, o que tornava seu o encargo da própria adaptação à realidade social do Brasil. Dito isto, não se trata de um conceito taxativo, mas um bastante abrangente e adaptável.

⁹Trecho do Decreto 6.949/2009.

A partir da mudança da teoria adotada, é possível transferir a responsabilidade pela inclusão das pessoas com deficiência à sociedade e não mais esperar que elas se adaptem para que se enquadrem no contexto social ao qual estão inseridas, mas esperar que o ambiente seja adaptado para permitir o seu livre desenvolvimento da personalidade. Para Luíza Resende Guimarães, a definição de deficiência não pode ser compreendida como se apartada da realidade social na qual está inserida¹⁰. (GUIMARÃES, 2019, p.11).

Assim explicam Joyceane Bezerra de Menezes, Ana Beatriz Lima Pimentel e Ana Paola de Castro e Lins: a sociedade é quem deve se adequar para garantir a inclusão da pessoa com deficiência em igualdade de condições, reconhecendo-lhe a sua personalidade jurídica, sua autonomia e sua plena capacidade jurídica. (MENEZES, *et al.* 2020, p. 320).

Nesse sentido, observa-se também o posicionamento de Taísa Lima, Marcelo de Mello Vieira e Beatriz de Almeida Borges e Silva para a Revista Brasileira de Direito Civil:

Se o modelo médico partia da ideia de uma sociedade homogênea, o modelo social entende a sociedade como heterogênea e, por isso, ao compreender as diferenças entre seus cidadãos, assegura a mesma dignidade a todos eles e promove a igualdade de oportunidades. O modelo social é, portanto, aquele que melhor se adapta a uma sociedade democrática e plural, uma vez que busca a real integração de seus membros e dá espaço para que eles desenvolvam sua autonomia e contribuam para o bem-estar comum (LIMA, *et al.*, 2017 p. 24).

Nesse sentido, a respeito da mudança de conceituação trazida pela Carta de Nova Iorque, destaca-se o pensamento de Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior:

Bastaria esta mudança de conceituação que retira da pessoa a deficiência e a remete para o meio, bem como as obrigações dos Estados Partes, para que todo o trabalho tivesse sido recompensado. Porém, a Convenção supera nossas expectativas, ao cuidar dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais dos cidadãos com deficiência (MAIOR, 2008, p 21).

A Carta de Nova Iorque foi promulgada no Brasil através do Decreto nº 6.949, publicado em 25 de agosto de 2009. O Decreto, que obteve o quórum qualificado de três quintos nas duas casas do Congresso Nacional, fez com que a Convenção possuísse status de norma constitucional no Brasil¹¹.

¹⁰ “A definição de deficiência não pode ser compreendida a partir de um pressuposto neutro, como se apartada da realidade social na qual está inserida. ”

¹¹ De acordo com o artigo 5º, §3º da Constituição da República.

Todavia, a preocupação com os direitos das pessoas com deficiência já vinha sendo tratada na legislação brasileira, o que garantiu diversos avanços na área desde a Constituição de 1988 e, posteriormente através da Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, do Decreto nº 3.298/1999 que regulamentou a lei anteriormente referida, da Lei nº 10.048/2000 que trata do atendimento prioritário às pessoas com deficiência, da Lei nº 10.098/2000 que estabelece normas para a acessibilidade das pessoas com deficiência e o Decreto nº 5.296/2004, conhecido como o decreto da acessibilidade. Contudo, apesar de haver normas voltadas para a proteção das pessoas com deficiência, estas disposições legais não garantiam a visibilidade, a liberdade, igualdade e autonomia visadas pela Carta de Nova Iorque.

Cabe frisar, no entanto, que mesmo com o compromisso assumido na Convenção e as implementações realizadas através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a efetivação dos direitos no cenário social brasileiro ainda é uma questão muito complexa a ser trabalhada, visto que a normatização é o primeiro passo num caminho muito extenso.

A seguir, traz-se uma análise de alguns artigos da Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, promulgada, no Brasil, através do Decreto n. 6.949/2009, destacando-se os pontos principais que impactaram na modificação da teoria das capacidades no Brasil e a implementação da Tomada de Decisão Apoiada.

No artigo 1º da Convenção observa-se a seguinte redação:

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

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

Pode-se dividir o artigo em duas partes; na primeira, expõe-se o propósito da convenção que tem o objetivo, em suma, de assegurar a dignidade das Pessoas com Deficiência e a busca por equidade no desfrute dos direitos humanos. Na segunda parte, há a definição de pessoas com deficiência, pontuando que as barreiras enfrentadas podem impedir ou dificultar a sua participação plena na sociedade, e é

isso que caracteriza a deficiência, não sendo uma questão individual, mas social. Em relação ao assunto, opina Geraldo Nogueira:

[...] ao desdobrar o artigo, reforça a ideia de que barreiras sociais podem impedir a participação do segmento em condições de igualdade. Portanto, podemos concluir que a conduta adotada pelo legislador internacional, para que as pessoas com deficiência usufruam dos seus direitos e liberdades, é justamente a maior condição de igualdade [...] Igualdade é um composto que pressupõe o respeito às diferenças pessoais, não significando o nivelamento de personalidades individuais. Pelo contrário, não se ganha uma efetiva e substancial igualdade sem que se tenha em conta as distintas condições das pessoas (NOGUEIRA, 2008 p. 27).

Dito isso, para aplicar o previsto no artigo, vale ressaltar a importância da discriminação positiva ao tratar da igualdade, garantindo a promoção de mecanismos jurídicos para assegurar a equiparação de condições entre as pessoas, sempre considerando a diversidade de contextos e circunstâncias as quais cada pessoa com deficiência está inserida.

Assim, para Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, em relação à igualdade, “[...] não nos contentamos com o reconhecimento apenas da ‘diferença’, entendemos que a igualdade deve implicar reconhecimento da ‘diversidade’ (BAHIA, 2014, p. 80). O autor ainda afirma que:

O reconhecimento da diversidade é essencial numa sociedade complexa e plural como a nossa: uma sociedade no qual a diversidade não é mais vista como um “mal a ser eliminado”, mas, ao contrário, é uma virtude a ser preservada (se e na medida ditadas pelos que representam tal diversidade) (BAHIA, 2014, p. 81).

A seguir, a Convenção passa a abordar suas preocupações e as medidas propostas para saná-las, a respeito dos princípios da convenção, obrigações dos Estados-Parte, da igualdade e não-discriminação, das mulheres e crianças com deficiência, da conscientização, da acessibilidade, do direito à vida, da devida abordagem em situações de risco e emergências humanitárias.

Por fim, a Carta de Nova Iorque trata, em seu artigo 12, do reconhecimento igual perante a lei. Ressalta-se a sua redação:

Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei
1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso

de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

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

5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens (BRASIL, 2009).

O artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência foi o responsável por realizar a grande mudança na teoria das capacidades. Isso porque, para incorporá-lo ao ordenamento interno, o Estatuto da Pessoa com Deficiência precisou fazer alterações na teoria das capacidades presente no Código Civil.

Destaca-se a composição de seu 2º item: “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. ” Esse trecho objetiva conferir plenos direitos civis às Pessoas com Deficiência, dando-lhes autonomia para tomar decisões e fazer escolhas.

Explicando a incompatibilidade entre a incapacidade absoluta e a garantia de liberdade e dignidade humana, apresentam-se as palavras de Nelson Rosenvald para a Revista Brasileira de Direito Civil:

O princípio da dignidade da pessoa humana não se compatibiliza com uma abstrata homogeneização de seres humanos em uma categoria despersonalizada de absolutamente incapazes, que por sua própria conformação é infensa a qualquer avaliação concreta acerca do estatuto que regulará a condução da vida da pessoa deficiente após uma ordem de “interdição” (ROSENVALD, 2018, p. 109).

O autor entende que a incapacidade limita a pessoa com deficiência à sua deficiência e desconsidera suas possíveis crenças, afetos, potencialidades e direitos fundamentais.

Dito isso, ocorre que a CDPD muda o entendimento anterior e defende que as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica de forma equiparada às demais pessoas e a dedução da capacidade civil não deve assentar-se na deficiência. Ou seja, não se deve presumir que uma pessoa é incapaz e que sua vontade deve ser anulada baseando-se exclusivamente em seu impedimento ou limitação mental ou intelectual.

Essa disposição, presente no item 2 do artigo 12 da Carta de Nova Iorque, contrariava o que era previsto no Código Civil brasileiro antes da mudança provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que seria promulgado anos mais tarde, em 2015.

Antes da referida mudança, o direito brasileiro considerava como absolutamente incapazes para exercer pessoalmente as práticas de direito civil os menores de 16 anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para prática dos atos da vida civil e os que não puderem exprimir sua vontade, mesmo por causa transitória. Considerava ainda, relativamente incapazes, aqueles maiores de 16 anos e menores de 18 anos, incluindo-se aqueles que por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido e aqueles excepcionais, sem desenvolvimento mental completo¹². A incapacidade absoluta, como anteriormente prevista, era incompatível com o artigo 12 da Carta de Nova Iorque e, em razão disso, precisou ser alterada.

Em seguida, em seus itens 3 e 4, o artigo 12 da Convenção incumbe aos Estados Partes a criação de medidas para salvaguardar as pessoas com deficiência, tendo como objetivo prevenir possíveis abusos que elas possam vir a sofrer. Tais medidas precisam ser proporcionais às suas necessidades, respeitando sua

¹² 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.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

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.

autonomia, vontades e interesses. Entretanto, como pode ser observado através da leitura do artigo, não há qualquer especificação sobre quais medidas seriam essas. Sendo assim, diante da disposição genérica, os Estados possuem uma abertura considerável para oferecer soluções para este problema.

Assim, Luísa Resende Guimarães expõe suas preocupações:

Embora o modelo de apoio se configure como essencial à efetivação de um extenso rol de direitos previstos pelo documento internacional, ele foi positivado de forma bastante aberta, prevendo simplesmente que os Estados devem tomar as medidas apropriadas à promoção do acesso das pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. Não há, portanto, qualquer especificação acerca de como deve ser esse modelo, quais os requisitos a serem seguidos e como deve ocorrer sua implementação pelos Estados (GUIMARÃES, 2019, p.19).

Destarte, a pessoa com deficiência mental pode optar por receber apoio para a tomada de suas decisões, sem, contudo, ter a sua vontade suprimida e substituída pela de outrem. Em razão disso, o Brasil adotou, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o modelo jurídico da Tomada de Decisão Apoiada (TDA), como maneira de respeitar a vontade e salvaguardar as Pessoas com Deficiência plenamente capazes, como será aprofundado adiante.

2.2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e como ele alterou a Teoria das (in)capacidades civis

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei n. 13.146, promulgado em 6 de julho de 2015, observando as disposições da Carta de Nova Iorque, foi responsável por uma reforma geradora de grandes repercussões e impactos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no conceito das (in)capacidades civis.

Agora, para compatibilizar as normas jurídicas brasileiras com a Carta de Nova Iorque, são considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, conforme a nova redação do artigo 3º do Código Civil¹³. Além disso, em consonância com o artigo 4º do mesmo diploma legal¹⁴, são considerados relativamente incapazes

¹³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

¹⁴ 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;

os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

O capítulo II da referida lei aborda a igualdade e a não discriminação. Dessa forma, traz garantias às Pessoas com Deficiência nos artigos 4º e 6º que possuem as seguintes redações:

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.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

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, 2002).

Tendo isso em vista, ao garantir igualdade e que a deficiência não afetaria a capacidade civil, as regras que a regulavam tornaram-se incompatíveis com o compromisso de garantir igualdade e autonomia às PcD, destaca-se, especialmente a incompatibilidade com o artigo 12 da Carta de Nova Iorque.

Assim, esses artigos previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a anterior Carta de Nova Iorque, tornaram imperativo que o Código Civil brasileiro sofresse uma reforma em relação à teoria das (in)capacidades admitida até o momento. Dessa maneira, visando a compatibilidade legal e a validação da igualdade e a autonomia propostas, o artigo 114 da Lei 13.146/2015 realizou alterações nos artigos 3º e 4º do CC/2002.

Até então, o texto do artigo 3º do CC/2002 determinava as causas da incapacidade civil absoluta, abarcando as pessoas com deficiência mental que não

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

possuíssem o discernimento necessário para realizar as práticas de atos civis e aqueles que não pudessem exprimir sua vontade.

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** (BRASIL, 2022).

O artigo 4º do referido diploma legal, por sua vez, elencava as causas da incapacidade relativa; entre elas a deficiência mental que comprometesse o discernimento, bem como o desenvolvimento mental incompleto. Assim, fica demonstrado pela transcrição abaixo:

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e **os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;**
III - **os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;**
IV - os pródigos (BRASIL, 2022).

Sendo assim, para que o Brasil cumprisse com os requisitos aos quais se comprometeu ao assinar a Carta de Nova Iorque e promulgá-la através do Decreto 6.949/2009, era necessário que, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das capacidades fosse alterada radicalmente, a fim de garantir os direitos de igualdade, liberdade, dignidade e autonomia às PcD.

Atualmente, o Código Civil brasileiro estabelece como incapazes, de acordo com a redação atual do artigo 3º, apenas os menores de 16 anos: “Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” Os demais incisos da redação anterior foram revogados pelo EPD.

Em relação a essa disposição legal, temos a colocação de Nelson Rosenvald: “[...] a Lei nº 13.146/15 aceita a premissa da deficiência como um fato jurídico, ou seja, uma condição humana orgânica, completamente dissociada da incapacidade.” (ROSENVALD, 2018, p. 112).

Assim, salientam Eloá Leão Monteiro de Barros e Beatriz Schettini:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico brasileiro a segregação antes conferida aos deficientes

por meio da mitigação da capacidade civil. Após as alterações feitas pelo Estatuto a capacidade civil se tornou regra para todas as pessoas, não sendo mais utilizada a deficiência mental como forma de restringir o exercício dos direitos e deveres no âmbito civil (BARROS e SCHETTINI, 2019, p.7).

Além disso, nenhuma Pessoa com Deficiência poderia ser considerada absolutamente incapaz em razão de sua deficiência, como constata, mais uma vez, Nelson Rosenvald:

A incapacidade absoluta é incompatível com o sistema civil brasileiro pelo fato de que não se admite em um ordenamento jurídico guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência que regras de direito civil possam *a priori* estabelecer categorias de “não pessoas” (ROSENVALD, 2018, p. 110).

Sob a perspectiva do autor, entende-se que a incapacidade civil absoluta retira do indivíduo sua dignidade, liberdade e autonomia e, por conseguinte, a sua condição de pessoa.

Joyceane Bezerra de Menezes, Ana Beatriz Lima Pimentel e Ana Paola de Castro e Lin vão além. Para as autoras, nenhuma pessoa deveria ser considerada incapaz, seja absoluta ou relativamente, em sua visão “não há como considerar uma pessoa humana incapaz, sem esvaziar a sua condição de sujeito digno.” (MENEZES, *et al*, 2020, p. 311).

Prosseguindo a análise das alterações proporcionadas pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, o artigo 4º do CC/2002, por sua vez, esclarece as hipóteses da incapacidade relativa.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - **aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;**
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

Considerando o disposto no artigo, a deficiência, por si só, não é capaz de determinar a incapacidade relativa de uma pessoa, que só será determinada caso o sujeito não seja capaz de exprimir sua vontade.

Além disso, as novas atualizações na legislação brasileira tornaram relativamente incapazes aqueles que não conseguem exprimir sua vontade de forma alguma, em contrariedade com a norma anterior que os considerava absolutamente

incapazes. Dessa forma, considera-se plenamente capazes aqueles que conseguem, de alguma forma, demonstrar sua vontade.

Nesse sentido, conforme expõe Eloá Leão Monteiro de Barros, um dos pontos principais das alterações feitas na teoria das capacidades foi a transferência do critério do discernimento para o da capacidade de exprimir sua vontade¹⁵ (BARROS, 2022, p. 70).

Assim, como o discernimento não é mais critério para a capacidade após a reforma na teoria das (in)capacidades, é possível que uma pessoa com deficiência que, apesar de ser capaz de comunicar suas vontades, não possua o completo discernimento da realidade seja dotada de plena autonomia civil. Mas se a pessoa não tiver plena consciência da realidade, como poderia ter total capacidade para realizar atos da vida civil?

Sobre a capacidade plena, Pedro Bastos Lobo Martins salienta:

As situações de incapacidade relativa restantes são a dos menores de 18 anos e maiores de 16 anos, a dos ébrios habituais e viciados em tóxicos, pródigos e, finalmente, “aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Assim, uma pessoa com deficiência intelectual, maior de 18 anos, e que não se encaixe em nenhuma das situações descritas possui sua capacidade civil assegurada.

Por mais que essa escolha possa, em alguns casos, levar a uma desproteção da pessoa, não existe previsão legal para alguém ser considerado incapaz por não expressar sua vontade de forma satisfatória. Não há qualquer consideração legal do que seria essa “forma satisfatória”, nem qualificação do discernimento como antes era feito. A lei apenas considera se há ou não a expressão da vontade (MARTINS, 2019, p. 146)

A novidade legislativa em discussão não leva em conta as necessidades específicas que cada Pessoa com Deficiência possui e, mesmo ao prever remédios para a situação, esses podem não ser suficientes para gerar a proteção jurídica demandada, tendo em conta sua falta de adaptabilidade. A súbita alteração na teoria das (in)capacidades civis, tornou plenamente capazes todas as pessoas que consigam expressar a sua vontade, sem considerar que essa pessoa pode sofrer com considerável limitação de discernimento e as singularidades que este indivíduo pode ter em decorrência disto na realidade brasileira. Assim afirma Mariana Alves Lara:

¹⁵ Percebe-se, então, que as críticas em relação à nova redação da teoria das (in)capacidades perpassam por quatro pontos principais: mudança do critério de aferição da incapacidade de fato, do discernimento para a manifestação de vontade; impossibilidade de determinação da incapacidade absoluta para além do critério etário; presunção da capacidade civil para todas as pessoas com deficiência, ainda que o conceito de deficiência seja aberto e complexo; e ideia estática e posta da teoria das (in)capacidades, que desconsidera a diversidade das pessoas com deficiência.

sobre a pessoa com deficiência que “sempre que puder manifestar uma vontade, ainda que embaçada pela deficiência mental ou intelectual, será considerado plenamente capaz para os atos da vida civil.” (LARA, 2019, p. 41).

Neste contexto, tem-se uma visão hegemônica das pessoas com deficiência. O termo “hegemonia” aqui também pode ser entendido como “generalização”. Ambos fazem referência ao tratamento generalizado que as Pessoas com Deficiência recebem pelas novas normas jurídicas brasileiras, sem que suas singularidades sejam consideradas para que ferramentas específicas sejam desenvolvidas de acordo com suas necessidades individuais. Dessa forma, os instrumentos previstos tendem a ser bastante genéricos.

Em todo caso, a modificação nos artigos 3º e 4º do Código Civil teve o objetivo de proporcionar igualdade e equiparação de condições em relação às Pessoas com Deficiência e às demais. Nesse sentido, observamos a opinião de Nelson Rosenvald:

O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. [...] Frequentemente, a negação da capacidade jurídica das pessoas com deficiência priva-lhes de vários direitos fundamentais, como o direito ao voto, o direito ao matrimônio e ao estabelecimento de família, os direitos reprodutivos, o direito à autoridade parental, o direito ao consentimento ao tratamento médico e o direito à liberdade (ROSEVALD, 2018, p. 108).

Entretanto, a teoria das capacidades parte da premissa de que uma pessoa só pode se enquadrar em uma de suas possibilidades. A pessoa é capaz ou incapaz de forma relativa ou absoluta. Não considera que o mesmo sujeito pode ser capaz para determinados atos e incapaz para outros, ou ainda, relativamente incapaz em alguns casos e absolutamente incapaz em outras situações. Nesse sentido, afirmam Lara Antunes de Souza e Natália de Souza Lisboa:

A ideia é a formatação estática e posta da incapacidade, de forma que não há, segundo a tradição do direito infraconstitucional brasileiro, possibilidade de verificação concreta de dita capacidade, ainda que se trabalhe com a ideia de um grau de incapacidade relativa e outro de absoluta. Explicamos: pela tradição da teoria das capacidades, a pessoa tem que se enquadrar na categoria capaz, absolutamente incapaz ou relativamente incapaz. Não é possível que, mesmo diante de uma avaliação casuística, verifique-se que ela é absolutamente incapaz para um determinado ato, mas absolutamente capaz para tanto outros (SOUZA e LISBÔA, 2020, p. 252).

Assim, mesmo que haja um grande avanço em relação aos direitos das pessoas com deficiência e sua conquista de autonomia, acesso a direitos

fundamentais e a dignidade humana, a mudança na teoria das capacidades trouxe uma nova necessidade a ser solucionada pelo Poder Legislativo, em vista de sua inflexibilidade: o desenvolvimento de ferramentas visando a proteção jurídica daqueles que pudessem ficar desamparados diante das novas modificações.

Além disso, para Fernando Gaburri, a incapacidade age também, como mecanismo de proteção para a pessoa que realiza negócios jurídicos:

A incapacidade é instituto de proteção à pessoa privada, no todo ou em parte, do discernimento, que visa a resguardar o patrimônio e demais direitos da pessoa lançada ao universo das relações jurídicas. Visa, portanto, a proteger o vulnerável que se lança no mundo dos negócios jurídicos (GABURRI, 2020, p. 89).

Assim, afastar a incapacidade de uma pessoa, ao mesmo tempo que concede autonomia e liberdade a uma pessoa, pode implicar em sua desproteção jurídica.

Em vista das reformas legais que concederam, como regra, capacidade plena às pessoas com deficiência e incapacidade relativa àqueles que não podem exprimir sua vontade, como exceção, surge a preocupação com essas pessoas que não podem manifestar suas vontades ou possuem seu discernimento reduzido.

Nesta lógica, afirma Mariana Lara:

[...]estabelecer, por lei, que elas [pessoas com deficiência mental e intelectual] são capazes e autônomas não resolve a situação real, ao contrário, pode deixar essas pessoas à mercê da própria sorte, sem uma tutela jurídica adequada. O espaço dedicado à autonomia deve ir até onde começa a necessidade de proteção (LARA, 2019, p. 53).

Sendo assim, com o intuito de oferecer proteção jurídica às Pessoas com Deficiência, foram feitas alterações no instituto legal da Curatela, bem como, foi criado o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDA), como foi incumbido aos Estados, pela Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, a criação de salvaguardas para prevenir abusos às pessoas com deficiência.

Na concepção de Nelson Rosenthal, as alterações na teoria das (in)capacidades civis, como foi executada, foram fundamentais para a garantia de direitos para as pessoas com deficiência. Para ele, não há lugar no ordenamento jurídico, para a incapacidade absoluta para maiores de 16 anos. Assim, o ordenamento confere capacidade plena às pessoas com deficiência capazes de exprimir sua vontade:

Em minha concepção particular, ao invés de perpetuar a artificialidade da dicotomia entre incapacidade absoluta e a incapacidade relativa, bastaria que houvesse apenas uma só incapacidade, conformada pelas salvaguardas determinadas pela CDPD. Uma incapacidade objetiva, baseada em uma impossibilidade de autodeterminação e que seja capaz de prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Conforme o art. 12.4 da Convenção de Nova York, “essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”. (ROSENVAND, 2017).

Temos também a opinião de Joyceane Bezerra de Menezes, Ana Beatriz Lima Pimentel e Ana Paola de Castro e Lins que defendem que “não há como considerar uma pessoa humana incapaz, sem esvaziar a sua condição de sujeito digno.” (BEZERRA, 2020, p. 311).

Em contrapartida, temos a opinião de Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli que publicaram uma série de artigos, disponível no site Migalhas, à respeito da lei n.º 13.146/2015:

O problema está na repetição de um erro cometido pelo EPD em outros tantos de seus dispositivos: o de dar autonomia excessiva a pessoas que, embora consigam manifestar alguma vontade, não o fazem de forma regular, mas necessitam de um apoio (KÜMPEL e BORGARELLI, 2018).

Os autores, assim expressam a sua preocupação em relação à nova teoria das capacidades e a desproteção a qual pessoas com deficiência podem ficar suscetíveis quando não puderem ser alcançadas pelos institutos previstos em lei para salvaguardá-las.

Considerando as novas disposições legais, quando uma pessoa necessita de amparo para realizar atos da vida civil, é possível a aplicação de duas alternativas: a primeira delas sendo a curatela, caso ela não possa exprimir sua vontade e, nesse caso, há o reconhecimento de sua incapacidade relativa, então, ela poderá ser assistida por um curador que tentará preservar ao máximo a autonomia daquela pessoa, conforme a possibilidade e a proporcionalidade a serem aplicadas naquela situação.

A segunda alternativa é a Tomada de Decisão apoiada. Esse instrumento, cujas características serão aprofundadas no próximo capítulo, visa garantir a total autonomia do indivíduo plenamente capaz que, apenas por meio de iniciativa própria

poderá escolher pelo menos duas pessoas de confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisões. A TDA, pela mesma lógica, pode ser revogada a qualquer tempo, se esta for a vontade da pessoa assistida. Considerando todos os requisitos que envolvem a Tomada de Decisão Apoiada, este instituto não é muito abrangente. A consequência disto é a excessiva generalização das pessoas que visa apoiar, desconsiderando suas características individuais que podem dificultar o seu acesso à essa ferramenta jurídica, o que pode culminar na desproteção de algumas pessoas com deficiência.

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA DIANTE DA NOVA TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS

Como exposto no capítulo anterior, a Carta de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceram garantias e preocupações a respeito das Pessoas com Deficiência.

A partir dessas disposições legais surge um dever do Estado de assegurar a autonomia, a liberdade e a dignidade de todas as pessoas com deficiência, conferindo-lhes tratamento igualitário às demais pessoas. Contudo, não se deve esquecer da necessidade de conferir ferramentas visando a defesa em relação a possíveis abusos praticados contra essas pessoas.

Como consequência, para se adequar aos compromissos firmados diante da Carta de Nova Iorque, ocorreu a alteração na teoria das (in)capacidades civis que aboliu a incapacidade absoluta para todos os maiores de 16 anos.

Além do mais, limitou a incapacidade relativa às pessoas maiores de 16 anos e menores de 18, aos ébrios habituais e os viciados em tóxico, àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e aos pródigos.

Para Eloá Leão Monteiro de Barros, a nova redação da teoria das capacidades traz quatro pontos principais:

Percebe-se, então, que as críticas em relação à nova redação da teoria das (in)capacidades perpassam por quatro pontos principais: mudança do critério de aferição da incapacidade de fato, do discernimento para a manifestação de vontade; impossibilidade de determinação da incapacidade absoluta para além do critério etário; presunção da capacidade civil para todas as pessoas com deficiência, ainda que o conceito de deficiência seja aberto e complexo; e ideia estática e posta da teoria das (in)capacidades, que desconsidera a diversidade das pessoas com deficiência (BARROS, 2022, p. 70).

Assim, o discernimento não é mais critério para aferição da capacidade civil e a capacidade é a regra. Como reflexo da alteração na teoria das (in)capacidades civis e da sua inflexibilidade que desconsidera a pluralidade e diversidade das pessoas com deficiência, surgiu uma urgência em desenvolver mecanismos de proteção jurídica àqueles que, em razão de seu discernimento comprometido, ou sua capacidade intelectual limitada se encontrassem desamparados.

Dessa forma, a partir da sanção da Lei n. 13.146/2015, definiu-se, como regra, a capacidade plena e a incapacidade, seja ela relativa ou absoluta, passa a ser a exceção. Entretanto, a Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das

Pessoas com Deficiência, apesar de prever um sistema de proteção destinado às pessoas que, atingidas pela modificação na teoria das (in)capacidades, poderiam tornar-se suscetíveis a abusos, não se preocupou em definir regras claras a respeito de quais deveriam ser as ferramentas e institutos adotados.

Nesses termos, opinam Taisa Maria Macena de Lima, Marcelo de Mello Vieira e Beatriz de Almeida Borges e Silva:

A mudança no rol dos incapazes não veio acompanhada de alterações qualitativas no tratamento dos institutos protetivos que viessem a promover os direitos desses indivíduos, o que representou a continuidade da exclusão jurídica e social da qual as pessoas com deficiência mental eram submetidos (LIMA, *et al*, 2017, p. 25).

Sendo assim, a falta de previsões qualitativas para o desenvolvimento de institutos protetivos pode acarretar em desproteção jurídica ou, ao menos, uma proteção que não alcança a todos os interessados. Como já foi comentado previamente, o compromisso assumido através da Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência exigiu que cada Estado Parte desenvolvesse suas próprias ferramentas para sanar tais preocupações. Nesse sentido, Luísa Resende Guimarães expressa, no Livro Deficiência e Direito Privado:

A despeito de possuir grande potencial abstrato no que tange à autonomia das pessoas com deficiência, a implementação de um sistema baseado no suporte conforme proposto pela Convenção encontra alguns entraves. O primeiro deles está justamente na ausência de moldes, já que a previsão legal se configura por sua abrangência, sem maiores detalhamentos ou instruções. (GUIMARÃES, 2019, p.19).

Havendo isso em mente, a situação apresentada pode ser tanto um empecilho como uma necessidade. Considerando que, diante da diversidade cultural e social de todos os Estados Partes, bem como a diversidade presente nos limites de um único país, seria bastante difícil, sem considerar as singularidades de cada circunstância, estipular um molde que abarcasse e especificasse todos os detalhes e instruções para um sistema que deveria assegurar proteção jurídica a todas as pessoas com deficiência, sem retirar-lhes a autonomia e a igualdade de direitos.

Em razão disso, coube ao sistema jurídico brasileiro formular as medidas que entendesse necessárias e adequadas como mecanismos de proteção jurídica. Dentre elas está a Tomada de Decisão Apoiada (TDA).

Tendo isso em vista, é crucial que toda e qualquer medida desenvolvida e aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro seja adaptada para suprir as necessidades observadas no contexto social e cultural do país.

Além disso, deve considerar a acessibilidade, aplicabilidade e eficácia desses mecanismos entre a população que visa proteger. Acerca dessa situação, observe o posicionamento de Luísa Resende Guimarães:

[...] frente a um fenômeno tão complexo quanto a deficiência, não haveria como fornecer orientações de um sistema de apoio homogêneo e uniforme. Afinal, as realidades dos países signatários são muito diversas: há condicionantes sociais, culturais e econômicas que influenciam diretamente qual será o sistema de apoio mais apropriado àquele contexto específico. (GUIMARÃES, 2019, p. 26).

Assim, o instituto foi previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência e, em decorrência, positivado no Código Civil brasileiro. Destarte, a Lei 13.146/2015 trata do assunto no artigo 84, § 2º, determinando que é faculdade da pessoa com deficiência optar pelo processo de tomada de decisão apoiada, conforme a transcrição do referido artigo abaixo:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.
§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.
§ 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.
§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano (BRASIL, 2015).

O Código Civil, por sua vez, regula o instituto da TDA em seu artigo 1.783-A, incluído, em 2015, pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência.

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.
§1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.
§2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

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

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

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

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

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

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

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

§11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela (BRASIL, 2015).

Analisando a redação do referido dispositivo, destacam-se algumas informações importantes. A Tomada de Decisão apoiada é um procedimento no qual a pessoa com deficiência, sendo reconhecida sua capacidade civil plena, escolhe ao menos duas pessoas idôneas, de sua confiança e com quem possua vínculos para prestar-lhe apoio na tomada de decisões para realizar atos da vida civil.

Ademais, o termo que define a Tomada de Decisão Apoiada, em acordo com a vontade e interesses da pessoa apoiada, deve estipular os limites do apoio oferecido, bem como datas para a sua vigência.

Outrossim, visando garantir a total autonomia do apoiado, o pedido para a instauração da Tomada de Decisão Apoiada deve ser realizado pela pessoa que receberá o apoio, que, além disso, deverá indicar, expressamente, quem serão os seus apoiadores.

Ainda, a respeito de sua decisão sobre a Tomada de Decisão Apoiada, o juiz, antes de seu pronunciamento, e após a oitiva a ser realizada pelo Ministério Público, deverá, com o auxílio de profissionais multidisciplinares, ouvir a pessoa com deficiência e seus apoiadores indicados.

Dando continuidade, o §4º determina que, respeitados os limites acordados entre os apoiadores e o apoiado, a Tomada de Decisão Apoiada terá seus efeitos estendidos a terceiros. Esses, por sua vez, poderão solicitar que os apoiadores

especifiquem sua função de apoiadores e contra-assinem os acordos ou contratos que vierem a ser firmados entre a pessoa beneficiada pela Tomada de Decisão Apoiada e o terceiro em questão.

Com o objetivo de resolver possíveis conflitos, quando houver divergências de opiniões entre os apoiadores e a pessoa apoiada a respeito de negócios jurídicos com potencial prejudicial ou arriscado, o juiz deverá decidir sobre a questão, após ouvir o parecer do Ministério Público.

Inclusive, na circunstância de algum dos apoiadores agir com negligência, pressionar de forma indevida ou não adimplir as obrigações assumidas na Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa apoiada ou qualquer outra, poderá oferecer denúncia ao juízo ou ao Ministério Público e, caso a denúncia seja comprovada, o apoiador será destituído pelo juiz que, além disso, se for da vontade da pessoa com deficiência, poderá substituir o referido apoiador por outra pessoa indicada pelo apoiado.

Respeitando a autonomia da pessoa com deficiência, plenamente capaz, ela poderá, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo que firmou a Tomada de Decisão Apoiada. Bem como, o apoiador pode requerer a sua desobrigação das responsabilidades assumidas. Contudo, seu desligamento do processo de Tomada de Decisão Apoiada está condicionado à manifestação do juiz.

Por fim, o § 11 do artigo 1.783-A determina a prestação de contas na forma daquelas exigidas no processo de curatela, no que couber.

Essas são as disposições legais a respeito da Tomada de Decisão Apoiada. Cumpre destacar que os legisladores brasileiros tentaram se adequar às premissas da Convenção Internacional.

A respeito da Tomada de Decisão Apoiada, Maria Clara Versiani de Castro destaca:

[...] o instituto tem como objetivo o auxílio na tomada de decisão e no exercício da capacidade legal, podendo ser sua beneficiária qualquer pessoa que sinta a necessidade desse apoio. Quanto ao seu objeto, o apoio poderá recair sobre os atos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, bem como sobre os atos da vida cotidiana e rotineira (CASTRO, 2019, p. 69).

Todavia, o instrumento pode ser falho em relação ao seu alcance e acessibilidade às pessoas com deficiência, a depender de sua realidade e condições sociais, econômicas e culturais. À vista disso, Luísa Resende Guimarães expressa: “Entretanto, apesar das comemoradas inovações, no que tange à tomada de decisão apoiada a legislação brasileira é insuficiente à completa compreensão do instituto e,

por vezes, à sua aplicabilidade e efetividade." (GUIMARÃES, 2019, p. 47). A autora ainda afirma que:

[...] como muitas pessoas com deficiência não têm condições fáticas de solicitar medidas, afirmar que apenas o próprio sujeito poderia propô-las condenaria muitas delas à marginalidade social. Por esta razão, entende-se que, a depender da situação, autoridades públicas e terceiros também poderiam solicitar o apoio (GUIMARÃES, 2019, p. 22).

Para Ludmila Junqueira Duarte Oliveira:

[...] o sistema de apoios criado no país possui lacunas normativas e de políticas públicas. É premente que legisladores, gestores públicos e intérpretes do direito se esforcem para melhorar o sistema e assegurar ambiente adequado para o exercício da autonomia com a proteção necessária para as pessoas com deficiência (OLIVEIRA, 2019, p. 93).

Além do mais, é possível que o sistema de Tomada de Decisão Apoiada seja insuficiente para alcançar os objetivos para o qual foi concebido, visto que ignora as singularidades e diversidades das pessoas que deveria amparar. Visualizando as pessoas com deficiência de forma genérica e por uma ótica hegemônica.

A figura da hegemonia aqui reflete uma ideia de generalização das condições das pessoas com deficiência, cujas individualidades são ignoradas, criando soluções vagas para problemas específicos e ímpares na sua concepção.

Dito isso, ao propor mecanismos para o enfrentamento dos abusos em face das pessoas com deficiência que possuam capacidade plena para os atos da vida civil, a legislação brasileira desconsidera a diversidade de condições das pessoas que visa proteger.

Diante do exposto, posicionam-se Taisa Maria Macena de Lima, Marcelo de Mello Vieira e Beatriz de Almeida Borges e Silva:

Apesar de o EPD ter trazido significativos avanços na maioria dos aspectos atinentes ao tema, uma crítica pode ser feita a esse diploma. Ao tratar a deficiência de modo amplo e geral, a lei brasileira não deu respostas mais concretas a determinadas deficiências que exigiriam um tratamento mais específico, levando em conta que as barreiras são mais ou menos problemáticas dependendo da natureza do impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial). Ao trazer previsões mais genéricas, o EPD tratou todos os deficientes de forma semelhante, não dando atenção as peculiaridades de cada impedimento, resultando em um tratamento igual aos desiguais. Com isso, a referida legislação provocou algumas dificuldades para a real inclusão das pessoas com deficiência, notadamente no que diz respeito à relação das pessoas com deficiência de natureza mental e intelectual e a higidez dos atos jurídicos por elas praticados (LIMA, *et al*, 2017, p. 25).

Um dos problemas do artigo 1.783-A se encontra, mais especificamente em seu § 2º. Nele está previsto que apenas a pessoa que receberá o apoio para a tomada de decisões possui legitimidade para propor a ação que estabelecerá o instituto da tomada de decisão apoiada. Entretanto, desconsidera-se as dificuldades do acesso à justiça que essa pessoa poderia enfrentar, ou a uma possível falta de rede de apoio familiar. Defendendo este pensamento, tem-se a opinião de Maria Clara Versiani de Castro:

[...] optar pela tese de que somente a pessoa pode solicitar as medidas de apoio poderia condenar muitas pessoas com deficiência a não se beneficiarem de ditas medidas, seja por não conhecê-las, por estarem socialmente marginalizadas, por estarem institucionalizadas, ou por não terem nenhum tipo de rede social ou familiar que lhes possa servir de apoio (CASTRO, 2019, p. 56).

A autora ainda aponta para outra problemática em relação à maneira como o Poder Legislativo redigiu as leis que regulam a tomada de decisão apoiada que pode, por consequência, gerar uma lacuna que acarretará na desproteção de um determinado grupo de pessoas.

Deve-se lembrar que a curatela é um instituto que só pode ser adotado quando o beneficiário é relativamente incapaz. Sendo assim, qual medida tomar quando a pessoa não possui limitações graves o suficiente para a imposição da incapacidade e, conseqüentemente, da curatela e a família e pessoas de confiança não possuem legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada em seu lugar? Assim, citam-se as palavras de Mariana Clara Versiani de Castro:

Ainda, é possível vislumbrar que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada e a excepcionalidade da aplicação do instituto da curatela criam uma espécie de limbo jurídico na proteção e promoção da pessoa com deficiência (CASTRO, 2019, p.56).

Além disso, a curatela, quando comparada à Tomada de Decisão Apoiada, é muito mais restritiva e limita a autonomia do curatelado, visto que está sujeito à assistência do curador para realizar atos jurídicos. Além disso, tem caráter excepcional, sendo que só pode ser instituída diante da incapacidade relativa. Nesse sentido, afirma Nelson Rosendal:

A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que somente procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade de a pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de

apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente. Todavia, e tenha-se isso como fundamental, ainda nessa hipótese, os interesses, as preferências e o bem-estar da pessoa sob curatela serão o guia para as decisões e não a mera vontade discricionária do curador (ROSENVALD, 2018, p.118).

Além disso, para o autor, “sim, a curatela mitiga o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência.” (ROSENVALD, 2018, p. 123). Dessa forma, a curatela não é uma medida adequada para oferecer proteção jurídica para aqueles capazes de exprimir sua vontade, por ser demasiado excessiva e apenas cabível frente à relativa incapacidade. Assim, caso se identifique capacidade plena, a possibilidade é a escolha da Tomada de Decisão Apoiada.

Sem ignorar as controvérsias diante da autonomia da pessoa com deficiência, uma possível solução, de acordo com Mariana Clara Versiani de Castro seria dar legitimidade ao Ministério Público e a terceiros para requerer a tomada de decisão apoiada:

Do ponto de vista da autonomia da pessoa com deficiência, a solução é controversa, mas garante um maior acesso ao sistema de apoios. Para que a autonomia seja, ao máximo, preservada, advoga-se aqui pela efetivação do procedimento apenas, e tão somente, quando e como o beneficiário quiser, especialmente no que tange à escolha dos apoiadores e aos atos sobre os quais o apoio recairá (CASTRO, 2019, p.59).

Contudo, até então, conforme expressa a legislação brasileira sobre o tema da proteção jurídica à pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência assistida por apoiadores na tomada de decisões só será alcançada se enquadrar-se precisamente nos parâmetros presumidos pelo legislador ao formular as disposições legais da Tomada de Decisão Apoiada.

Consequentemente, a igualdade garantida pelo apoio na tomada de decisão limita-se a uma igualdade formal, desprezando a realidade fática na qual deveria se inserir. A real busca pela igualdade deveria assegurar a igualdade material. O que só é possível através de medidas adaptativas à condição de cada sujeito. Assim como sugere Luísa Resende Guimarães, no livro *Deficiência e Direito Privado*:

No âmbito da Convenção (e dos direitos humanos em geral), a igualdade não pode ser enxergada de uma perspectiva estritamente formal. O contexto fático em que se inserem as pessoas possui importância crucial na delimitação do que significa igualdade, visto que as necessidades e oportunidades são bastante díspares. Garantir o mesmo tratamento a todos (igualdade formal) gera situações injustas e desiguais, haja vista a posição de vantagem ocupada naturalmente por certos grupos. Nesse contexto, cabe aos Estados, mais do que proibir a discriminação em sentido negativo, assegurar a igualdade com medidas positivas, a chamada igualdade material.

Pregar a igualdade meramente formal significa obstaculizar a proteção que o Estado deve conferir aos vulneráveis. O papel deste deve ser o oposto, em especial dentro do modelo social da deficiência, ou seja, remover as barreiras ou fornecer os meios para que os indivíduos afetados possam ultrapassá-las. Partindo desse pressuposto, não há sentido em tratar exatamente da mesma forma todas as pessoas com deficiência, dada a complexidade do fenômeno e o fato de existirem sujeitos cuja deficiência mental ou intelectual reduz em nível grave ou anula seu discernimento. No caso destes, o exercício de atos da vida civil está comprometido. O papel dos Estados deve ser justamente fornecer mecanismos aptos a fazê-los alcançar a igualdade de fato (GUIMARÃES, 2019, p.37).

Sendo assim, pode-se falar em uma visão hegemônica das Pessoas com Deficiência, coisa que não reflete a realidade. As pessoas com deficiência são diversas e, ao combater a discriminação e garantir a igualdade de direitos e promoção de sua dignidade, é preciso levar em conta essa pluralidade de realidades e contextos sociais, econômicos e culturais.

Posto isso, nas palavras de Luísa Resende Guimarães: “se a deficiência é multifacetada, o apoio também deve ser.” (GUIMARÃES, 2019, p. 27).

Dessa forma, a maneira como a teoria das capacidades e a Tomada de Decisão Apoiada foram previstas, não considera a diversidade das pessoas com deficiência. Assim, as medidas desenvolvidas não são adaptáveis a cada contexto social e, portanto, não são acessíveis e não alcançam a todos da mesma forma. Em decorrência, as pessoas com deficiência não são amplamente beneficiadas como se pretendeu ao elaborar a TDA, como disciplinada no Código Civil e no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A consequência disso é a (des)proteção jurídica de alguns sujeitos, quando não individualizados de acordo com a sua própria realidade, mas encaixados numa realidade genérica.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, considerando as noções de igualdade, diversidade e autonomia defendidas na Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, vale destacar que as discussões a respeito dos direitos das pessoas com deficiência ainda têm muito o que avançar.

Apesar de a Carta de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência não terem medido esforços para garantir os inúmeros progressos para que as pessoas com deficiência tivessem seus direitos reconhecidos, ainda assim, a luta deve se perpetuar por longa data até que esses sujeitos, que por muito tempo viveram à margem da sociedade, se encontrem, de fato, em pé de igualdade com as demais pessoas. É uma luta contínua que demanda muita atenção e comprometimento.

É pertinente, no entanto, enaltecer todas as conquistas alcançadas através da convenção e da Lei 13.146/2015. São vitórias cujo mérito é dividido entre tantos estudiosos, ativistas, juristas e políticos.

As diferenças jamais poderão justificar a discriminação e o preconceito, o que sempre será inconcebível em um Estado Democrático de Direito, pautado na igualdade e na dignidade humana. Portanto, cabe ao governo, democraticamente eleito, garantir que todas as pessoas tenham direito ao seu livre desenvolvimento da personalidade e, sobretudo, que esse direito seja material e não apenas formal.

Como explicado anteriormente, o direito formal é aquele em que se aplicam as condições e normas da mesma maneira a todas as pessoas, sem considerar o contexto no qual estão inseridas, já o direito material é focado no objetivo que se almeja alcançar, de forma a adaptar as condições para garantir que todas as pessoas tenham acesso àquele direito e, conseqüentemente a real possibilidade de usufruir dele.

Sendo assim, o Estado tem a obrigação de assegurar mais do que a positivação do direito, mas que esse direito seja exercido e acessível a toda a população, analisando as vivências, realidades e condições de cada indivíduo isoladamente e num contexto social. Para tanto, é necessário que a legislação seja mais flexível e abrangente em pontos onde se faz necessário, assim como específica para cada caso individual.

Isso posto, a positivação do direito de forma engessada pode trazer diversos malefícios às pessoas com deficiência tratando-as com base em uma visão hegemônica desses sujeitos e de suas deficiências. Deve-se ter consciência de que, assim como as pessoas são diversas, diversas são as deficiências, diversas são as condições e

contextos sociais de cada indivíduo e, pensando por esse lado, diversas devem ser, portanto, as previsões legais para garantir proteção jurídica para aqueles que precisarem dela para garantir a igualdade de direitos materiais.

A Carta de Nova Iorque, em defesa das pessoas com deficiência, estabeleceu várias incumbências aos Estados-Partes para que se alinhassem às ideologias propostas no documento, a fim de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como a liberdade, igualdade, autonomia e dignidade a todas as pessoas com deficiência, bem como promover o combate à discriminação, garantindo todas as salvaguardas que se fizessem necessárias para que os objetivos fossem alcançados.

Contudo, para que essa proposta fosse cumprida, a teoria das (in)capacidades adotada pelo direito civil brasileiro sofreu severas alterações, causando diversos reflexos jurídicos. Apesar de a redação antiga dos artigos 3º e 4º do Código Civil serem discriminatórias e, de muitas formas, contrárias às noções de igualdade, liberdade e autonomia da Convenção Internacional sobre Direitos Humanos das pessoas com Deficiência, elas, para o bem ou para o mal, funcionavam como uma barreira ao redor das pessoas com deficiência com discernimento limitado ou completamente ausente. Elas não poderiam praticar atos da vida civil, mas, por consequência, também não poderiam ser prejudicadas em função desses, visto que não poderiam realizá-los. Após a alteração, promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, essa barreira deixa de existir em razão da incapacidade civil absoluta e, tem impacto reduzido em razão da incapacidade relativa.

Não obstante, é motivo para comemorar que as pessoas não sejam mais privadas de sua autonomia em razão de uma deficiência. Contudo, para garantir o direito material, é necessário que se criem ferramentas para assegurar proteção jurídica nas circunstâncias necessárias. Sendo assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência desenvolveu a Curatela, como é hoje, e o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

A crítica que se faz aqui em relação a esses mecanismos, sobretudo à Tomada de Decisão Apoiada, bem como à teoria das capacidades é que elas são bastante inflexíveis, o que torna a proteção jurídica, por muitas vezes, inacessível às pessoas para as quais essas ferramentas foram desenvolvidas.

Nesse sentido, espera-se que a pessoa com deficiência se encaixe nas previsões legais expressas no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código Civil, quando, na verdade, era a legislação que deveria ser adaptável ao contexto social, econômico e

cultural de cada indivíduo. Assim, a pessoa se encontra numa situação dicotômica, em que deve se encaixar necessariamente na capacidade plena ou na incapacidade relativa. Sendo que, quando reconhecida como plenamente capaz, pode não ser alcançada pela tomada de decisão apoiada, frente às falhas do instituto expostas neste trabalho, como a dificuldade do acesso à justiça e a legitimidade exclusiva do apoiado para propor a Tomada de Decisão Apoiada.

Dessa forma, entende-se que a legislação vigente, sobretudo o Estatuto da Pessoa com Deficiência e os respectivos artigos do Código Civil, são insuficientes para assegurar o acesso ao direito das pessoas com deficiência, como também garantir as proteções jurídicas, conforme os Estados Partes foram incumbidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência. Assim sendo, cabe ao Poder legislativo reformar e desenvolver normas, no que couber, para que as previsões legais se adaptem ao contexto da população que visa proteger e não o contrário, como ocorre hoje: em que as pessoas suscetíveis a abusos precisam estar enquadradas numa realidade inflexível que determina a sua capacidade ou incapacidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Eloá Leão Monteiro de Barros. SCHETTINI, Beatriz. A tomada de decisão apoiada e a sua contribuição para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos: um olhar sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 6, n. 02, e265, jul./dez. 2019. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/14844/3/ARTIGO_TomadaDecis%C3%A3oApoiada.pdf. Acesso em: 27 jan. 2024.

BARROS, Eloá Leão Monteiro de. **Aplicabilidade da tomada de decisão apoiada no tribunal de justiça de Minas Gerais**: uma nova epistemologia a partir da teoria decolonial e da teoria crítica da (re)invenção dos Direitos Humanos. / Eloá Leão Monteiro de Barros. - 2022. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/15076/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O_AplicabilidadeTomadaDecis%c3%a3o.pdf. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. **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. Brasília, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 27 jan. 2024.

CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: RT, 2014.

GABURRI, Fernando. O novo sistema de capacidade e seus reflexos no Direito Civil. **Revista de Direito e Política**. Disponível em: <https://ampid.org.br/site2020/wp-content/uploads/2020/12/O-novo-sistema-de-capacidade-e-seus-reflexos-no-direito-civil-Fernando-Gaburri.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2024.

LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/361>. Acesso em: 27 jan. 2024.

LIMA, Taisa Maria Macena de. VIEIRA, Marcelo de Mello. BORGES E SILVA, Beatriz de Almeida. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da Lei nº 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/164/159>. Acesso em: 27 jan. 2024.

MENDES, Josefa Rosangela de Carvalho. As dificuldades do acesso à Justiça. **Conteúdo Jurídico**. 2011. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27396/as-dificuldades-do-acesso-a-justica#:~:text=Dentre%20os%20in%C3%BAmeros%20fatores%20que,promotores%20s%20de%20ju%C3%ADzes%2C%20etc>. Acesso em: 09 jan. 2024.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). **Deficiência e Direito Privado**: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019, p. 34-35.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 16, p. 105-123, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233/215>. Acesso em: 09 jan. 2024.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada—primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2024.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Autonomia decolonial da pessoa com deficiência no Brasil. *In*: ROCHA, Paulo Henrique Borges da; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; OLIVEIRA, Patrícia Miranda Pereira de. (Org.). **Decolonialidade a partir do Brasil**. 1ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, v. III.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 291-310, dez. 2017. Disponível em:

https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/10226/1/ARTIGO_Capacidade_Civillnterdi%c3%a7%c3%a3o.pdf. Acesso em: 27 jan. 2024.

Sites:

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. _ Brasília: **Secretaria Especial dos Direitos Humanos**, 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-comentada.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2024.

Brasil tem 18,6 milhões de pessoas com deficiência, indica pesquisa divulgada pelo IBGE e MDHC. **Gov.br**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/brasil-tem-18-6-milhoes-de-pessoas-com-deficiencia-indica-pesquisa-divulgada-pelo-ibge-e-mdhc>. Acesso em: 09 jan. 2024.

ESPÍNDOLA, Drysanna. Quase 25% da população brasileira está impedida de reivindicar seus direitos, aponta Pesquisa Nacional da Defensoria Pública. **Defensoria Pública Estado do Rio Grande do Sul**. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>. Acesso em: 09 jan. 2024.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Tomada de decisão apoiada: novos rumos, velhos erros. **Migalhas**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/284289/tomada-de-decisao-apoiada--novos-rumos--velhos-erros%29>. Acesso em: 27 jan. 2024.

ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. **IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1225/A+%E2%80%9Ccaixa+de+Pandora%E2%80%9D+da+incapacidade+absoluta>. Acesso em: 27 jan. 2024.

ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência qualificada pelo Apoio e de seus Apoiadores. **IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1264/A+Responsabilidade+Civil+da+Pessoa+com+Defic+i%C3%Aancia+qualificada+pelo+Apoio+e+de+seus+Apoiadores>. Acesso em: 27 jan. 2024.