LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E A TEORIA DA INCAPACIDADE: OS DESAFIOS INTERPRETATIVOS PARA A NOVA LEGISLAÇÃO CIVIL

BRAZILIAN LAW OF INCLUSION AND INCAPACITY THEORY: THE INTERPRETATIVE CHALLENGES FOR THE NEW CIVIL LEGISLATION

Rafael Lamera Giesta Cabral[1]

RESUMO: Após longa tramitação no Congresso brasileiro, em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão tornou-se realidade. Um dos grandes destaques da legislação foi estabelecer que a deficiência deixa de ser um atributo da pessoa, não mais considerada, para efeitos civis, como uma condição estática e biológica da pessoa. Assim, o impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial passou a ser compreendido como resultado da interações das barreiras existentes que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme dispõe a Lei nº 13.146/2015. O objetivo deste trabalho é identificar em quais medidas a lei de inclusão interage com a teoria da incapacidade e impõe novos desafios para construir o instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Para que o objetivo seja alcançado, a pesquisa levanta nos referenciais teóricos, jurisprudenciais e históricos os limites e possibilidades que incorporaram nas legislações civis, a inclusão de deficientes. Até o presente momento, a lei de inclusão impôs alterações que a própria interpretação jurisprudencial ainda não foi capaz de resolver, principalmente, pela ausência de diálgo legislativo entre a Lei Brasileira de Inclusão, que alterou o Código Civil brasileiro, e o Novo Código de Processo Civil, que manteve sua estrutura processual sem levar em consideração parte das inovações da lei de inclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Brasileira de Inclusão; Teoria da incapacidade civil; Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT: After a long process in the Brazilian Congress, in 2015, the Brazilian Inclusion Law became a reality. One of the great highlights of the legislation was to establish that disability ceases to be an attribute of the person. The disability is no longer considered as a static and biological condition of the person for civil effects. Thus, the long-term impediment of a physical, mental, intellectual or sensorial nature came to be understood as a result of the interactions of existing barriers that may obstruct their full and effective participation in society on an equal basis with other persons, as provided by Law Nº 13,146 / 2015. The objective of this paper is to identify in which basis the law of inclusion interacts with the theory of incapacity and imposes new challenges to build the institute of Supported Decision Making. In order to achieve the objective, the research raise the limits and possibilities that incorporate in the civil legislation, the inclusion of disabled people in theoretical, jurisprudential

[1] Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, UnB. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos, UFSCar. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS. rafaelcabral@ufersa.edu.br

and historical references. Until today, the inclusion law has imposed changes that the jurisprudential interpretation itself has not been able to solve, mainly, by the lack of legislative dialogue between the Brazilian Inclusion Law, which amended the Brazilian Civil Code, and the New Code of Procedure Civil, which maintained its procedural structure without considering part of the innovations of the law of inclusion.

KEY WORDS: Brazilian Inclusion Law; Theory of civil capacity; Decision Making Supported.

INTRODUÇÃO

Desde 2002, quando o Código Civil brasileiro entrou em vigor, a teoria da incapacidade civil era objeto de tensão que envolvia diretamente a impossibilidade de algumas pessoas exercerem pessoalmente os atos da vida civil.

Pelo regramento originário, (i) os menores de dezesseis anos, (ii) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e (iii) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade eram considerados absolutamente incapazes para o exercício pessoal dos atos da vida civil.

Em 21 de dezembro de 2006, o país recebia uma proposta legislativa que foi construída sob muitos aspectos e com ampla participação da sociedade civil.[2] Transformada em projeto de lei n.º 7.699/2006, a proposta agrupou outros projetos de lei em curso no Congresso Nacional e após longo processo de tramitação, tornou-se lei ordinária em 06 de julho de 2015 (Lei n.º 13.146), instituindo no país a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também reconhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com *vacatio legis* de seis meses, a lei entrou em vigor no início de janeiro de 2016, alterando significativamente a teoria da incapacidade civil. Em um primeiro momento, a inovação pode ser observada com a nova redação dada pela lei ao artigo 3o do Código Civil: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos".

Com a nova orientação, a lei revogou os demais dispositivos previstos anteriormente, excluindo do rol da incapacidade absoluta, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Assim, existe uma única forma de se reconhecer a incapacidade absoluta para atuar nos atos da vida civil: os menores de 16 anos.

Sem as demais possibilidades de incapacidade, aventou-se entre os estudiosos dúvidas sobre o real impacto sobre o instituto da curatela e por consequência, da interdição, com possível redução ou até mesmo extinção desta modalidade. No entanto, a curatela ainda pode ser manejada para as situações de incapacidade relativa para os atos da vida civil dos maiores de dezoito anos.

O rol dos relativamente incapazes também sofreu alterações com o advento da Lei Brasileira de Inclusão. Pelo conceito antigo, os deficientes mentais que tinham

[2] Em consulta ao histórico da proposta de lei foi possível constatar que além das audiências públicas e espaços de diálogos entre inúmeros atores, a proposta ficou disponível para consulta, opiniões e sugestões no portal *E-Democracia*, da Câmara dos Deputados, por longo período de tempo.

discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, foram excluídos deste rol de incapacidade relativa. Por outro lado, aqueles que, por causa transitória não pudessem exprimir sua vontade (antes, absolutamente incapazes), passaram a compor o rol da incapacidade relativa.

Essas alterações legislativas estão ligadas diretamente às ações de inclusão que movem as principais instituições de promoção aos direitos das pessoas com deficiência. Em 25 de agosto de 2009, o presidente Luíz Inácio Lula da Silva promulgou o decreto n. 6.949, que incluiu no ordenamento constitucional brasileiro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

No plano internacional, a convenção tinha como escopo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Com isso, a convenção reconheceu como pessoas com deficiências 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.

Assim, o destaque modificativo no direito pátrio reconhece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, e naquelas situações em que, eventualmente, por se tratar de negócios jurídicos mais complexos e de cunho patrimonial, necessitem de apoio, a legislação incluiu no instituto da tomada de decisão apoiada.

Embora a nova legislação tenha alterado o Código Civil para reconhecer que não há incapacidade absoluta em decorrência de deficiências, a forma como as alterações ocorreram trouxeram dúvidas de grande porte, principalmente pelo atropelamento de uma norma jurídica por outra em decorrência da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil.

Lançando mão de pesquisa bibliográfica em cotejo com as jurisprudências que foram elaboradas a partir do impacto da nova legislação, busca-se neste artigo identificar em quais medidas a lei de inclusão da pessoa com deficiência interage e modifica a teoria da incapacidade civil e impõe novos desafios para construir e efetivar o instituto da tomada de decisão apoiada, principalmente, a partir do atropelo jurídico ocorrido entre a vigência das leis n.º 13.146/2015 (Lei de Inclusão) e n.º 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O texto será dividido em duas seções. Na primeira, buscar-se-á demonstrar o desenvolvimento histórico no âmbito internacional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, na segunda seção, analisar-se-á o impacto da convenção a partir de sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a problematizar os limites e as possibilidades decorrentes da alteração.

1. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 13 de dezembro de 2006, em homenagem ao 58.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembleia Geral da Organização das Nações

Unidas (ONU) homologava uma norma internacional vinculante para promover, proteger e assegurar às pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo de direitos. Tratava-se da convenção internacional sobre direitos das pessoas com deficiência.

O Brasil ratificou a convenção em 20 de março de 2007 e após os trâmites constitucionais internos, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008, o texto da convenção. Em 25 de agosto de 2009, a presidência da República promulgou a convenção, incorporando seus dispositivos ao ordenamento constitucional brasileiro.

Na prática, a convenção tem se tornado um marco histórico nas ações de proteção às pessoas com deficiência. Segundo dados do Censo brasileiro de 2000, cerca de 14,5% da população brasileira possui alguma limitação funcional. Desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, algumas medidas legislativas foram lançadas para instituir políticas que culminaram em leis como a n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989,[3] n.º 10.048, de 08 de novembro de 2000,[4] n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000[5] e o decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004.[6]

Em que pese o lento esforço legislativo observado no país, a condição de deficiente sempre impôs limites ao exercício pessoal de direitos e a convenção tem um bom ponto de partida ao reconhecer na alínea *f* que a deficiência é um conceito em evolução, principalmente por constatar que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A concepção de deficiência como um conceito em evolução permite uma interpretação aberta sobre a diversidade das pessoas com deficiência (inclusive daqueles que requerem maior apoio) que podem se expandir ou não frente às novas barreiras causadas em contextos específicos, pois ao vislumbrar impedimentos que dificultem a participação dessas pessoas na sociedade em igualdade, cria mecanismos e alternativas para a inclusão com autonomia, independência individual e liberdade para fazer as próprias escolhas.

A convenção, mesmo reconhecendo a condição de conceito em evolução, avançou em firmar um parâmetro conceitual ao considerar que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

De forma clara, o conceito exclui da pessoa a deficiência para remetê-la para o meio em que vive a pessoa. O deficiente não porta deficiência e impacta na forma como as

---

3 Esta lei dispôs sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a coordenadoria nacional para integração da pessoa com deficiência (CORDE) e instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, com regras para atuação do Ministério Público e definição de crimes.

4 Esta lei regulamentou o rol de pessoas que passaram a ter atendimentos prioritários em repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos.

5 Esta lei estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida.

6 O decreto instituiu normas gerais e criou critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida.

definições da pessoa com deficiência serão revisadas nos Estados Partes que ratificaram a convenção. Segundo Gaburri (2016), no Brasil, por exemplo, dois modelos eram utilizados no ordenamento jurídico para definir se uma pessoa pode ser considerada com deficiência ou não. Tratava-se do modelo médico, iniciado na década de 1960, referenciado pelo paradigma de serviços como escolas especiais, entidades assistenciais e centros de reabilitação e o modelo social, que visava a inclusão social, com esforços mútuos para a inserção social da pessoa com deficiência.

O regramento da convenção segue o modelo social, principalmente quando afirma que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar para considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

Conforme demonstra Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior, em apresentação ao livro editado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República sobre a convenção (BRASIL, 2008, p. 21):

> a ONU abriu suas portas, pela primeira vez para a sociedade civil organizada, na elaboração, em tempo recorde, da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2002 a 2006). [...] A ONU mudou antes e transformou-se ainda mais, com o êxito das negociações maduras, sensatas e progressistas da convenção [...].

Essas transformações podem ser observadas a partir dos princípios que inspiram a convenção (artigo terceiro): i) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; ii) a não-discriminação; iii) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; iv) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; v) a igualdade de oportunidades; vi) a acessibilidade; vii) a igualdade entre o homem e a mulher; viii) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Esses princípios foram incorporados nos cinquenta artigos que compõem o texto da convenção internacional e em decorrência desses princípios, os Estados Partes se comprometem a adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativa, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência.

No Brasil, desde 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Na prática, desde 2009 a convenção internacional já havia sido incorporada no ordenamento jurídico nacional. No entanto, a grande modificação legislativa ocorreu com a promulgação da lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Inspirada nos termos da convenção, a lei nacional incorporou um conjunto significativo de ações de promoção e proteção aos direitos das pessoas com deficiência, principalmente, ao estabelecer marcos, conceitos e orientações educativas para as gerações presentes e futuras.

O artigo sexto da lei n.º 13.146 destaca que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, inclusive para a constituição de família pelo casamento ou união estável, para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, exercício do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A seguir, apontar-se-á o impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência frente a teoria da incapacidade civil e os desafios do instituto tomada de decisão apoiada.

2. A INCAPACIDADE CIVIL E O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO CÓDIGO CIVIL

A partir do momento que a lei n.º 13.146/2015 estabeleceu que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, a teoria da incapacidade civil se alterou completamente e repercutiu em vários ramos do direito civil brasileiro.

A inovação privilegia a tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência em detrimento do modelo de que pessoas com deficiência deveriam ser protegidas por serem vulneráveis.

Nessa perspectiva, a alteração legislativa é um desdobramento dos comandos estabelecidos tanto na Convenção quanto no Estatuto da Pessoa com Deficiência que impõe ao Estado, sociedade e família o dever de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação litaçao, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico (artigo oitavo, da Lei n.º 13.146/2015).

Ao colocar em destaque a igualdade, o Estatuto revogou, no art. 123, os incisos I, II e III do artigo 3.º do Código Civil brasileiro, para excluir do rol da incapacidade civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Dentro desta lógica, revogou-se também o impedimento de deficientes, cegos e surdos atuarem como testemunhas. Revogou a proibição de casamento por "enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (artigo 1.548, I, Código Civil), bem como excluiu do rol de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a "ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado" (artigo 1.557, IV, Código Civil).

Segundo Ana Paula Crosara de Resende (BRASIL, 2008, p. 37), "a igualdade perante a lei serve para que as diferenças advindas da deficiência não sejam fatores e

exclusão ou de marginalização social, já que garante a participação destas pessoas como parte da população". Neste desdobramento, o instituto da curatela sobre impactos significativos.

Como se sabe, estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. No entanto, segundo as alterações promovidas pelo Estatuto, não há mais maiores absolutamente incapazes. Assim, o instituto da curatela se volta exclusivamente para atender aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (por exemplo, uma pessoa em coma induzido ou os surdos-mudos cuja deficiência decorre de uma lesão ou anormalidade mental grave), aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico e os pródigos.

Embora as modificações possam trazer avanços, ainda há muitas críticas e dúvidas sobre o manejo de situações em concreto, seja pela ausência de normas de transição, seja pelos atropelamentos legislativos causados. Segundo Madaleno (2016):

> o critério adotado pelo Código Civil para que alguém possa ser declarado incapaz de reger seus bens por deficiência mental é de caráter biológico, porquanto a deficiência mental deve ser de tal gravidade, que seja possível afirmar que o enfermo não governa sua própria conduta, constituindo-se em um estado ordinário de saúde, e não um estado acidental.

No entanto, a curatela não atinge mais os direitos pessoais.

José Fernando Simão (2016) aponta que ao colocar aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade no rol dos relativamente incapazes oferece graves consequências. Em seu exemplo, o autor cita o caso de alguém estar em como induzido por questões médicas, ficando temporariamente sem discernimento algum. Como será possível realizar atos da vida civil com assistência ou auxílio? Nesse caso, "a interdição que, por fim, declarar a pessoa relativamente incapaz será inútil em termos fáticos, pois o incapaz não poderá participar dos atos da vida civil" (SIMÃO, 2016), pois a mudança legislativa poderá prejudicar aos que necessitam de representação e não assistência para o exercício de atos da vida civil.

> Maria Berenice Dias informa:
>
> A tendência atual é dar maior liberdade ao curatelado, deixando-o praticar sozinho atos de natureza não patrimonial, cujos efeitos se limitam à esfera existencial, como o caso do reconhecimento de paternidade. A proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade. As restrições à incapacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial. Segundo Pìetro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas da vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma "morte civil". Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A real necessidade da pessoa com algum tipo de doença mental é menos a substituição na gestão patrimonial e mais, como decorrência do princípio da solidariedade e da função protetiva do curador, garantir a dignidade, a qualidade de vida, a recuperação da saúde e a inserção social do interditado. Para quem dispõe de discernimento parcial, a interdição deve ser limitada, relativa à prática de certos atos (CC 1.772 e 1.780), cabendo

> ao juiz delimitar sua extensão (CC1.772). Nesses casos, há a sugestão - mas não a imposição - de que as restrições sejam as mesmas previstas para os pródigos (CC 1.782). Como alerta Sérgio Girschkow Pereira, trata-se de curatela sem interdição. [...] A curatela não leva à incapacidade absoluta do curatelado. Cabe distinguir o grau de incapacidade. Desse modo, o curador representa o curatelado absolutamente incapaz e o assiste quando sua incapacidade é relativa (DIAS, 2015, pp. 687-688).

Pablo Stolze, em artigo lançado no ano de 2015, também observa algumas imprecisões técnicas incorporadas na modificação legislativa quando ainda permitiria a curatela (mesmo como medida de caráter excepcional) para pessoas com deficiência, que mesmo sendo capazes pela nova sistemática, poderiam ser consideradas como incapazes. Trata-se da figura dos capazes sob curatela. Qual a função do curador nessas circunstâncias? A questão é complexa. A possibilidade de por em curatela deficiente (pessoa capaz) está prevista no artigo 84, parágrafo primeiro da lei n.º 13.146/2015, que dispõe que "quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei". Trata-se das hipóteses em que a deficiência é severa, impossibilitando que o curatelado exerça atos da vida civil com autonomia da vontade.

Ao lado dessas questões, Flávio Tartuce (2016) também indica outros problemas. Senão, vejamos: segundo o autor, a lei n.º 13.146/2015 não trouxe a ideia de interdição, mas sim de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador. Por outro lado, o novo Código de Processo Civil não regulou essa ação judicial, e baseou-se apenas no processo de interdição, conforme se observa a partir dos artigos 747 a 758.

De fato, o artigo 1768 do Código Civil foi alterado em pouco mais de três meses por duas vezes. A primeira alteração efetiva ocorreu com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência em janeiro de 2016, que modificou o artigo deixando de mencionar que "a interdição será promovida" e, depois, pelo NCPC (artigo 1072, II), que revogou expressamente o artigo 1768 do Código Civil a partir de março de 2016. Ao que tudo indica, a exclusão do art. 1768 pode ter ocorrido para evitar que na legislação sobre direito material houvesse disposição sobre matéria de direito processual. No entanto, Paulo Lobo (2016) é mais assertivo ao afirmar:

> O novo CPC desconsiderou tanto o projeto de lei que se converteu no Estatuto da Pessoa com Deficiência, quanto, o que é mais grave, a Convenção promulgada em 2009, que tem força de emenda constitucional, [...], com supremacia sobre qualquer lei ordinária.

Tanto Paulo Lobo (2016) quanto Flávio Tartuce (2016) apontam que o espírito da Convenção Internacional (com força de emenda constitucional) e do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência devem prevalecer, de modo a impor ao novo CPC interpretação conforme à Constituição.

A reforma produzida também impactou na ausência de não ofertar previsão a respeito das pessoas com desenvolvimento reduzido. É o caso da sociopatia ou psicopatia, que deixam de ser considerados absolutamente incapazes. A crítica de Tartuce (2016) é relevante, pois, infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado outras situações concretas. Em referência a tais casos, Tartuce já apontava que desde 2014 havia previsão nesse sentido, conforme destacou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se transcreve a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL.RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 07/10/2011. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial publicada em 14/02/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012. 2. Recurso especial no qual se discute se pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, §2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padrasto, a mãe de criação e seu irmão de 03 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), está sujeito à curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual. 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteiriça entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. 5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa – ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais – a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. 6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo – ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, *in casu*, levaram a óbito três pessoas. 10. A solução

> da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução – se houver – da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido.

Essas situações estão sendo refletidas em inúmeras decisões judiciais e não necessariamente nas instâncias legislativas. Há situações em que a extensão da incapacidade, quando existente, deve ser avaliada em sua plenitude, pois um deficiente psíquico pode não ser totalmente incapaz para as amplas situações em que atos da vida civil podem ser praticados. Como esclarece Madaleno (2016) ao citar María Victória Famá, Marisa Herrera e Luiz María Pagano:

> toda limitação à capacidade supõe uma limitação à liberdade pessoal, e a inclusão do sujeito entre os que detêm personalidade psicótica só deve ser admitida quando o desequilíbrio psíquico – não mórbido – for acentuado, grave e acarrete fundado perigo para sua subsistência, com capacidade da pessoa produzir dano a si e ao seu patrimônio.

A seguir, passa-se a analisar o instituto da tomada de decisão apoiada.

No Brasil, a tomada de decisão apoiada é um instituto que possui desdobramento imediato da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Com a inclusão do instituto no Código Civil, sua disciplina flui a partir do art. 1.783-A.

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

Como se pode observar, o procedimento visa criar alternativas para que as pessoas com deficiência possam exercer pessoalmente atos da vida civil com maior autonomia, na proporção de suas necessidades. No artigo 12 da Convenção Internacional há o pleno reconhecimento da igualdade perante a lei e, assim, o modelo de tomada de decisão assistida é uma forma de evitar que a vontade da pessoa interdidata seja substituída pela vontade do curador.

O Brasil não é pioneiro ao adotar essas medidas de inclusão após considerar pessoas com deficiência plenamente capazes para atuar nos atos da vida civil. Cleide Ramos, em comentário ao artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aponta que:

> Na Suécia já se adota um modelo altamente capacitante, tendo a pessoa do curador a incumbência de auxiliar a pessoa com deficiência a fazer escolhas e tomar decisões de forma independente. Essa figura, chamada de *ombudsperson*, não é indicada num processo judicial de interdição, fazendo parte dos quadros da Administração Pública, com a incumbência de se aproximar da pessoa com deficiência, conquistar sua confiança, o que pode levar dias, meses ou anos, e por fim auxiliá-la a manifestar a sua vontade sobre aspectos da sua vida, ou tão somente prestar apoio em momentos difíceis (BRASIL, 2008, p. 55).

No direito italiano, registra Gaburri (2016), desde 2004, também há a figura do *amministrazione di sostegno* (administrador de apoio, em tradução livre). O artigo 404 do Código Civil italiano dispõe:

> a pessoa que, devido uma doença ou uma deficiência física ou mental, se torna impossibilitado, ainda que parcial ou temporário, para atender seus interesses, pode ser assistido por um administrador de apoio, designando o magistrado o local em que tenha residência ou domicílio. [tradução livre].

Madaleno (2016) e Gaburri (2016) fazem referência ainda à Argentina, que em 2016, contemplou o *Sistemas de Apoyo al Ejercício de la Capacidad*. No artigo 43 do Código Ciivl argentino dispõe:

> Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No direito argentino e português, noticia Rolf Madaleno que há uma:

> [...] diferença entre **incapacidade** e **inabilitação**, ocorrendo esta última quando não é a razão ou o discernimento da pessoa que se encontram afetados, mas sua vontade é que se encontra comprometida, como no exemplo do pródigo, do surdo-mudo, do cego, ou daquele que abusa de bebidas alcóolicas ou de estupefacientes, e estas circunstâncias os tornam incapazes de reger convenientemente o seu patrimônio, sendo promovida a declaração judicial de sua inabilitação em processo similar ao de interdição por incapacidade, sendo distintos os efeitos jurídicos da sentença já que a ingerência da curatela é eminentemente patrimonial (MADALENO, 2016). (grifo do autor)

No caso brasileiro, o foco da tomada de decisão apoiada é reconhecer que muitas vezes o pessoa com deficiência não precisa de um substituto, mas sim de um apoio qualificado frente suas capacidades e na eliminação dos obstáculos do meio para promover o exercício de direitos pessoalmente com inclusão.

Para formular o pedido, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio oferecido e os compromissos dos apoiadores. A indicação de prazo de vigência do acordo e respeito à vontade, aos direitos

e interesses da pessoa que devem apoiar também devem ser apresentados, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 1.783-A, do Código Civil.

A legitimidade do pedido se conforma com a própria ação do beneficiário do apoio que pode solicitar ao juiz o pedido. Os demais dispositivos do artigo 1.783-A dispõe que: Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (§ 3.º); A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (§ 4.º); 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 (§ 5.º); 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 (§ 6.º); 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. (§ 7.º); 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 (§ 8.º); A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada (§ 9.º); 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 (§ 10) e aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes a prestação de contas na curatela (§ 11).

Na prática, o instituto permite a inclusão de inúmeras pessoas com deficiência para amplos exercícios de atos da vida civil. Alinha-se com a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência e estabelece um novo marco para o exercício de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações da Organização das Nações Unidas (ONU) para promover, proteger e assegurar em igualdade de condições o exercício pessoal de direitos para as pessoas com deficiência, em 2006, vieram em boa hora. Apenas em 2015, com a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, houveram alterações significativas na legislação infraconstitucional brasileira para colocar em vigor medidas que pudessem oportunizar às pessoas com deficiência o exercício de direitos.

Ao modificarem a teoria da incapacidade absoluta, com exclusão dos deficientes desta modalidade, a lei modificou os institutos da curatela e proporcionou o exercício inédito de direitos a partir do instituto da tomada de decisão apoiada.

Nesse processo, um dos grandes destaques é que a legislação estabeleceu que a deficiência não deve ser um atributo da pessoa, como uma condição estática e biológica da pessoa. Ao compreender que o conceito de deficiência está em constante evolução, a lei põe em destaque o impedimento, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial como resultado de interações das barreiras existentes que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na primeira parte do trabalho, buscou-se demonstrar como a lei de inclusão da pessoa com deficiência reflete uma política internacional de inclusão. Na segunda parte, destacou-se os desafios criados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com a teoria da incapacidade civil para construir o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Em sede de considerações finais, constatou-se que a ausência de normas de transição entre as legislações materiais e processuais podem causar uma série de problemas para o manejo de direitos das pessoas com deficiência, pois modificam institutos sem resguardá-los ou integra-los a situações inéditas.

Em relação a curatela, a possibilidade de coexistir com pessoas capazes (deficientes) pode transparecer uma atecnia desnecessária, mas que devem ser tratadas na perspectiva da lei nº 13.146/2015. Com as alterações, as pessoas com deficiência que estivessem sob curatela após a vigência da lei de inclusão, tem como alternativa suscitarem o pedido de levantamento da curatela, de modo a compatibilizar a nova condição de capacidade.

A pessoa com deficiência deve ser apoiada para exercer sua capacidade civil. Como pontua Cleide Ramos, "a incapacidade depende do meio em que vive a pessoa, seja por influência de seus condicionantes sociais, econômicos ou ambientais ou mesmo pelos seus condicionantes culturais, dos quais se destaca o estigma e o preconceito incapacitante" (BRASIL, 2008, p. 57). Cabe à sociedade, ao lado do Estado, um papel essencial neste processo: evitar a que invisibilidade social continue a naturalizar a exclusão das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Cuidad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

BRASIL. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada**. RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

____. Decreto n.º 6.949/2009. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 06 dez. 2016.

____. Lei n.º 13.146/2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso em: 06 .dez. 2016.

____. Lei n.º 10.406/2002. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 dez. 2016.

____. Projeto de Lei n.º 7.699/2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>. Acesso em: 06 dez. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2015.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13. pp. 118-135, 2016.

LOBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Conjur, 16 ago. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). Conjur, 7 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 13 dez. 2016.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. JusNavigandi, julho.2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 10 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5

RECEBIDO EM: 01/01/2017
APROVADO EM: 16/04/2017