

PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O NOVO REGIME CIVIL DAS (IN)CAPACIDADES: REFLEXÕES À LUZ DA MUDANÇA PARADIGMÁTICA CONSOLIDADA COM A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

PERSONS WITH DISABILITIES AND THE NEW CIVIL REGIME OF (IN) CAPACITIES: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE PARADIGMATIC CHANGE CONSOLIDATED WITH THE BRAZILIAN LAW OF INCLUSION

Conrado Paulino da Rosa¹

Docente titular dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

Mateus Côrte Vitória²

Mestre em Direito (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito civil; direito processual civil.

RESUMO: O presente artigo apresenta reflexões acerca da mudança de paradigma do regime civil das incapaci-

dades introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, abordando alguns dos principais institutos que foram inaugurados e alterados pelo diploma legal que ficou conhecido como Lei

¹ Advogado especializado em Direito de Família e Sucessões. Pós-Doutor em Direito (UFSC). Doutor em Serviço Social (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), com a defesa realizada na Università Degli Studi di Napoli Federico II, em Nápoles, Itália. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), em Porto Alegre, onde coordena a Pós-Graduação *Lato Sensu* presencial e EAD em Direito de Família e Sucessões. Professor convidado em Pós-Graduações em diversas instituições de São Paulo, Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais e Distrito Federal. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB RS (triênio 2019/2021). Membro da Diretoria Executiva do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) - Seção Rio Grande do Sul. Professor do “Meu Curso”, em São Paulo/SP. Autor de livros sobre Direito de Família, Sucessões e Mediação Familiar. *E-mail:* contato@conradopaulinoadv.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8229158515759476>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6625-2671>.

² Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS (2021). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2012). *E-mail:* mateus_vitoria@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9509117943800969>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7648-0317>.

Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. A investigação tomará como parâmetro o paradigma que vigorava anteriormente à entrada em vigor daquela legislação, para, a partir de uma análise comparativa, apresentar as principais alterações, seja em relação às diretrizes norteadoras do regime das incapacidades previsto no Código Civil brasileiro, seja no que se refere a institutos jurídicos mais específicos que foram inaugurados ou atingidos pelas modificações. O trabalho tem como objetivos a reflexão crítica acerca da modificação paradigmática introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e, também, lançar um olhar sobre alguns dos principais institutos inaugurados ou alterados pela lei. O método de abordagem adotado será o método jurídico tradicional, enquanto o procedimento utilizado será o histórico-comparativo, já que investiga os institutos com base em sua origem no passado para o fim de compreender sua natureza e função. As conclusões serão ressaltadas ao longo do texto e resgatadas e organizadas ao final.

ABSTRACT: *This article presents reflections on the paradigm shift in the disability regime introduced in the Brazilian legal system by Law No. of Inclusion or Statute of Persons with Disabilities. The investigation will take as a parameter the paradigm that was in force prior to the entry into force of that legislation in order, from a comparative analysis, to present the main changes, either in relation to the guiding guidelines of the disability regime provided for in the Brazilian Civil Code, or with regard to legal institutes more specifics that were inaugurated or affected by the changes. The work aims to critically reflect on the paradigmatic change introduced by the Statute of Persons with Disabilities and also to take a look at some of the main institutes inaugurated or changed by the law. The method of approach adopted will be the traditional legal method, and the procedure used will be the historical-comparative, since it investigates the institutes based on their origin in the past to the end to understand its nature and function. The conclusions will be highlighted throughout the text and rescued and organized at the end.*

PALAVRAS-CHAVE: Lei Brasileira de Inclusão; pessoa com deficiência; paradigma; regime das incapacidades.

KEYWORDS: *Brazilian Law of Inclusion; disabled person; paradigm; disability regime.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da ideia de “loucos de todo o gênero” à presunção de plena capacidade: os diferentes tons de cinza das deficiências; 2 A pessoa com deficiência e os novos (e velhos) institutos jurídicos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 From the idea of “crazy people of all kinds” to the presumption of full capacity: the different shades of gray of disabilities; 2 Persons with disabilities and the new (and old) legal institutions; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O regime jurídico brasileiro das incapacidades foi profundamente alterado com a entrada em vigor da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que constituiu um verdadeiro marco normativo de mudança paradigmática em relação à temática. Esse texto legal, conhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, inspirou-se nas ideias positivadas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, também conhecida como Convenção de Nova York, cujas disposições já haviam sido aprovadas no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgadas por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, consolidando o movimento de guinada normativa que vinha sendo ensaiado no cenário jurídico nacional em relação à inclusão das pessoas com deficiência.

Até a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão, as pessoas com deficiência tinham sua capacidade civil regulada pelos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, de modo que podiam ser enquadradas tanto nas disposições relativas à incapacidade absoluta quanto naquelas atinentes à incapacidade relativa, a depender do grau de discernimento de que dispunham para a realização dos atos da vida civil. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.146, no entanto, houve a retirada dos dispositivos relacionados às pessoas com deficiência que constavam do art. 3º do Código Civil³, bem como foram alteradas as regras constantes do art. 4º do mesmo diploma legal⁴, tendo sido inserido um inciso específico nesse último dispositivo destinado a regular os casos de incapacidade relativa das pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Mais importante ainda, o *caput* do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁵ estabelece, de forma categórica, que a deficiência não afeta a

³ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.” (BRASIL, 2002)

⁴ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.” (BRASIL, 2002)

⁵ “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: [...]” (BRASIL, 2015)

plena capacidade civil da pessoa, o que representa o maior impacto decorrente das modificações inauguradas pelo novo regramento legal. A partir dessas novas disposições, a pessoa com deficiência passou a gozar de presunção de capacidade plena para a realização de todos os atos da vida civil, de modo que eventuais restrições ao exercício de sua capacidade devam ser adotadas apenas em hipóteses excepcionais. Exemplo que ilustra essa mudança paradigmática é a manutenção de uma única hipótese de incapacidade absoluta em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a dos menores de dezesseis anos, a teor da atual redação do *caput* do art. 3º do Código Civil.

Entretanto, em que pesem os grandes avanços normativos alcançados pela entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão, a modificação paradigmática não ficou imune a críticas, muitas delas bastante pertinentes. Grande parte dessas críticas é direcionada à idealização que permeia a nova legislação, ao assegurar, do ponto de vista normativo, plena capacidade às pessoas com deficiência, sem considerar os diferentes graus de discernimento que podem existir em cada uma dessas pessoas, tampouco estabelecer diretrizes ou graduações que permitam a verificação de situações de pouco ou nenhum discernimento que demandem a incidência de institutos jurídicos mais contundentes e necessários para proteger os interesses das pessoas com deficiência, a exemplo da curatela. Em outras palavras, a presunção de capacidade plena, estabelecida genericamente pela lei, pode acarretar prejuízos a determinadas pessoas que necessitam de representantes ou assistentes justamente para fazer valer seus direitos fundamentais frente ao Estado e a terceiros.

Diante desse novo contexto normativo consolidado em 2015, é oportuna, e até mesmo necessária, a reflexão acerca da modificação paradigmática deflagrada pela nova legislação, bem como dos principais institutos jurídicos envolvidos, com vistas ao estabelecimento de parâmetros doutrinários adequados para contribuir com a efetividade da tutela dos direitos e interesses daqueles que são os maiores interessados na temática: as pessoas com deficiência. Nesse sentido, o presente estudo tem relevância na medida em que o novo arcabouço normativo, tomado em toda a sua extensão, é extremamente inovador e proveitoso, mas ainda insuficiente para alcançar situações mais específicas e de maior complexidade, de modo que as investigações teóricas assumem grande relevo no que toca à temática.

1 DA IDEIA DE “LOUCOS DE TODO O GÊNERO” À PRESUNÇÃO DE PLENA CAPACIDADE: OS DIFERENTES TONS DE CINZA DAS DEFICIÊNCIAS

A antiga previsão legal constante do rol do art. 5º do Código Civil de 1916⁶ dispunha que eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os “loucos de todo o gênero” e, também, os surdos-mudos que não podiam exprimir sua vontade, além dos menores de dezesseis anos e dos ausentes. A estranheza e o estigma despertados pela utilização da expressão “loucos de todo o gênero” foram apenas alguns dos fatores que levaram, ao longo do tempo, à movimentação em direção à adoção de expressões linguísticas mais apropriadas para designar pessoas com algum tipo de déficit cognitivo, em especial no âmbito jurídico, o que acarretou o desenvolvimento do critério do discernimento para enquadrar essas pessoas na condição de relativa ou absolutamente incapazes, a teor das redações anteriores dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002.

Essa mudança de paradigma é norteadada pelo desenvolvimento da nova concepção de dignidade, qual seja, a de que todo ser humano é um sujeito moral dotado de liberdade de eleição e de liberdade moral. Com relação ao primeiro aspecto da liberdade, o significado fica restrito à garantia formal de participação nos processos decisórios. Já, no que se refere à liberdade moral, trata-se de assegurar a possibilidade de desenvolvimento e execução de seu próprio projeto de vida. Essa concepção de liberdade, associada à ideia de igualdade, permite falar, em termos contemporâneos, em vida digna⁷. Associada a essa mudança de concepção está a proposta de alguns autores no sentido de abandonar o termo “deficiência”, por conta do seu caráter discriminatório e estigmatizante, utilizando-se, por exemplo, as expressões “diversidade funcional” ou “diversidade orgânica” em seu lugar⁸.

⁶ “Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – Os menores de dezesseis anos. II – Os loucos de todo o gênero. III – Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.” (BRASIL, 1916)

⁷ MENEZES, J. B. de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 9, p. 36, jul./set. 2016.

⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 38.

A partir desses novos parâmetros, é possível associar o surgimento do novo regime das incapacidades com o incremento do sistema protetivo-emancipatório de direitos humanos, na medida em que a capacidade constituía verdadeira barreira para o acesso de pessoas com deficiência aos seus direitos fundamentais, em especial sob a perspectiva da igualdade em relação às demais pessoas. O intelecto era tomado como parâmetro distintivo e colocava algumas pessoas à margem da tutela de seus direitos fundamentais, já que eram vistas como objetos de proteção, e não como sujeitos de direitos, o que tornava possível e comum a utilização da interdição como instrumento jurídico que, extrapolando sua missão precípua de proteger, frequentemente comprometia o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa interditada.

Vigorava, portanto, o modelo de substituição da vontade da pessoa representada pela de seu representante⁹, o que configurava verdadeira morte civil para a pessoa objeto da tutela, tendo em vista que lhe era retirada a capacidade para o exercício de seus direitos personalíssimos¹⁰. A impossibilidade de autodeterminação em relação a questões existenciais e de natureza personalíssima inviabilizava o livre desenvolvimento da personalidade, de modo que, ainda que a interdição da pessoa pudesse encontrar justificativa ante questões patrimoniais e negociais, essa justificativa era mais difícil (ou mesmo impossível) quando se levasse em consideração os interesses existenciais do interditando, principalmente à luz da concepção contemporânea de dignidade da pessoa humana¹¹.

⁹ Nesse mesmo sentido, “se havia alguma vontade por parte da pessoa com deficiência e, portanto, incapaz, não possuía a mínima relevância para a ordem jurídica” (FLEISCHMANN, S. T. C.; FONTANA, A. T. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. *Civilistica.com*, v. 9, n. 2, p. 5, 2020).

¹⁰ Afirma-se, nesse sentido, que “a exclusão significava o banimento total dessas pessoas de qualquer atividade social, por serem consideradas inválidas, incapazes de trabalhar, portanto sem utilidade para a sociedade” (BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JÚNIOR, V. de A. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 13, p. 21, jul./set. 2017).

¹¹ Reforçando essa ideia, afirma-se que “os instrumentos disponíveis para protecção civil da pessoa com deficiência são múltiplos, havendo que distinguir os que traduzem respostas pontuais de defesa da esfera patrimonial, ou não patrimonial, dessa pessoa (ainda que tenham sido estruturadas para garantir o interesse da generalidade das pessoas) dos meios marcados por um propósito mais global e duradouro de proteção” (PINHEIRO, J. D. *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres*. Incapacidade e suprimento – A visão do jurista. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. p. 7. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2021).

O novo conceito de capacidade, nesse aspecto, transcendeu a concepção clássica de que seria tão somente um atributo da personalidade para vinculá-lo à ideia de direito humano, não sendo mais possível, portanto, restringi-la sem afrontar os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Diante disso, uma regra geral de incapacidade teria o condão de despersonalizar seres humanos com fundamento apenas em sua integridade psíquica, o que não condiz com as diretrizes norteadoras da Lei Brasileira de Inclusão, que parte da ideia de preservação da capacidade plena e veda o enquadramento das pessoas com deficiência no conceito de incapacidade absoluta, visto que esta última reduziria a pessoa à limitação por ela experimentada¹².

Neste novo contexto conceitual, a deficiência passou a ser vista como um fato jurídico para não mais ser sancionada pela perda da capacidade, mas a ser tutelada e graduada de acordo com uma escala que caminha da regra geral inaugurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, a da preservação da capacidade plena, passando, em um segundo momento, à deficiência qualificada pela tomada de decisão apoiada, nas hipóteses em que houver limitação da aptidão decisória, e chegando, em último caso, à deficiência qualificada pela curatela, em caráter excepcional. E mesmo nas hipóteses de curatela, deve haver uma graduação entre a pequena e a drástica redução da capacidade, a depender do grau de discernimento da pessoa tutelada e da necessidade de maior ou menor intervenção para sua proteção. Ganha corpo, assim, uma avaliação holística da pessoa para determinar, de forma mais individualizada e personalizada, o grau de sua limitação cognitiva e, também, de intervenção em sua capacidade legal¹³.

Diante dessa construção, é possível solucionar o problema da ausência de graduação e de distinção normativa entre os variados graus e tipos de deficiência cognitiva¹⁴ a partir de uma análise casuística. Partindo-se da premissa de que, na maioria dos casos de curatela, ainda existe, em maior ou menor grau, resquícios de autodeterminação, fica para trás a regra da incapacidade absoluta,

¹² ROSENVALD, N. A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 109, abr./jun. 2018.

¹³ *Id.*, *ibid.*, p. 109.

¹⁴ Nesse aspecto, “as diferenças entre as deficiências não só existem, como devem ser respeitadas, para que o deficiente seja protegido em todos os aspectos de sua vida – pessoal e patrimonial” (GOZZO, D.; MONTEIRO, J. R. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 16, 2019).

de modo que, nos casos menos graves, em que a pessoa com deficiência necessita de auxílio para a realização de alguns atos, mas permanece com ampla autonomia nos demais campos da vida civil, haverá uma curatela leve, enquanto, nos casos mais extremos, que demandem maiores poderes de representação ao curador (inclusive nos aspectos e interesses existenciais do curatelado), essa representação será mais ampla. Haverá, assim, uma modulação da curatela a ser estabelecida no caso concreto de acordo com as necessidades do curatelado, entre curatelas leves, que intercalam a assistência para certos atos com a ampla autonomia do curatelado para os demais, e curatelas de amplíssima extensão, com poderes de representação generalizados – mas, ainda assim, dentro do campo da incapacidade relativa.

Essa alternativa abandona a ideia de perpetuação de uma distinção artificial entre incapacidades absolutas e relativas e inaugura um modelo de incapacidade objetiva única que pode ser graduada de forma proporcional para cada caso específico, individualizando a intervenção para a pessoa tutelada. Trata-se de uma concepção que leva em conta o ser humano para além de sua capacidade, evitando-se a sanção do fato jurídico da deficiência com a eficácia punitiva do cerceamento da capacidade jurídica, representado pela interdição. Da mesma forma, é possível vislumbrar uma mudança paradigmática em relação à busca pela reabilitação da pessoa com deficiência, privilegiando-se, em lugar dessa ideia, a adaptação das instituições às vicissitudes inerentes à condição humana, entre as quais está situada a deficiência¹⁵.

Ainda nessa linha de raciocínio, verifica-se que a nova concepção de deficiência leva em consideração não mais apenas a limitação física ou psíquica, mas também os elementos sociais e ambientais que circundam as pessoas. Essa ideia aproxima-se das noções existentes nas sociedades que compõem o *common law*, nas quais há uma distinção entre os termos “debilitação” e “deficiência”: o primeiro designa a limitação física ou psíquica específica, não redundando, necessariamente, em deficiência. Esta somente existirá se aquela limitação impedir a pessoa de realizar determinados atos da vida civil, o que depende da existência (ou não) de barreiras para o seu exercício. Elementos de acessibilidade, por exemplo, têm o condão de superar a existência de barreiras

¹⁵ ROSENVALD, N. A curatela como a terceira margem do rio. *Op. cit.*, p. 113.

e propiciar o acesso, evitando que uma debilitação seja caracterizada como deficiência¹⁶.

Neste contexto, rompe-se com um modelo que compreendia a existência de um impedimento de longo prazo, automaticamente, como uma incapacidade, e busca-se uma nova concepção norteadada pelo entendimento de que esse impedimento é, na verdade, uma vulnerabilidade. Essa mudança de perspectiva dialoga com a dupla dimensão da dignidade humana: de um lado, uma eficácia negativa, que visa a proteger a pessoa com deficiência de sua instrumentalização por parte da sociedade – dignidade como proteção –, e, de outro, uma eficácia positiva, que viabiliza o exercício da autodeterminação e possibilita que a pessoa com deficiência seja protagonista de sua própria biografia – dignidade como promoção¹⁷.

Compreendidas essas premissas paradigmáticas, vislumbra-se com maior profundidade o material normativo que compõe o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em uma primeira leitura do texto legal, é possível interpretá-lo como uma tentativa de idealizar um mundo em que as pessoas são plenamente capazes, saltando aos olhos a contradição imposta pela realidade dos fatos. É impossível negar as vicissitudes inerentes à pessoa humana, entre as quais se situa a deficiência. Entretanto, analisando-se o aludido texto legal de forma sistemática e conforme às novas diretrizes encampadas pela Convenção de Nova York e, também, a partir das ideias contemporâneas que circundam a temática das incapacidades, é forçoso concluir que, mais importante do que qualquer pretensão idealizada pelo texto normativo, é o seu efetivo avanço no que se refere à necessidade de personalização e individualização dos projetos terapêuticos que devem estar associados a uma decisão judicial que estabeleça a curatela em um determinado caso.

A bem-intencionada e correta interpretação do Estatuto permite extrair de seus dispositivos a diretriz de uma abordagem individualizada da pessoa com deficiência dentro do campo da incapacidade relativa, de modo que a curatela seja representada por um grande “arco” que oscilará entre as medidas

¹⁶ Nesse particular, “a deficiência indica a relação entre um ambiente, entendido como um facilitador ou barreira para o desenvolvimento das capacidades humanas e o estado de saúde de uma pessoa” (CANTO, Y. E. Deficiência. Uma heurística para a condição humana. *Revista Bioética*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 208, abr./jun. 2018).

¹⁷ ROSENVALD, N. A curatela como a terceira margem do rio. *Op. cit.*, p. 116.

de pequena restrição à capacidade, que preservam de forma praticamente integral a autonomia e delimitam a assistência do curador a situações específicas, e as medidas mais drásticas de limitação da capacidade, restritas aos casos considerados mais graves, os quais recomendam uma curatela de ampla extensão¹⁸. Nestes últimos casos, o curador terá grande poder de representação dos interesses da pessoa curatelada, mas ainda assim ela permanecerá, naquilo que for possível, com algum resquício de autodeterminação, tendo em vista o espaço viabilizado pelo traje da incapacidade relativa.

Nesse sentido, os diversos tons da incapacidade relativa, existentes entre os dois polos do arco, abarcam todos os tipos de assistência – das mais brandas às mais extensas –, o que será concretizado a partir da avaliação multidisciplinar realizada caso a caso, garantindo, inclusive, a observância do teste de proporcionalidade¹⁹ quando do estabelecimento da medida interventiva mais apropriada. Uma das principais críticas que se faz à Lei Brasileira de Inclusão, portanto, pode ser robustamente rechaçada a partir da compreensão do novo paradigma inaugurado pelo texto normativo, o qual abandona o entendimento dos institutos jurídicos envolvidos na tutela da pessoa com deficiência como meros instrumentos que servem apenas para operar um objeto de direitos e os enxerga como mecanismos viáveis a promover, com mais efetividade, o *status* jurídico da pessoa com deficiência como verdadeiro sujeito de direitos.

Diante disso, a criticada idealização estatuída pela Lei nº 13.146, de 2015, ao estabelecer uma presunção de capacidade plena para as pessoas com deficiência, acaba sendo superada pelos avanços trazidos a partir das novas diretrizes normativas, considerando, precipuamente, o fato de que a dissociação entre capacidade de fato e de direito não se mostra adequada, nem mesmo possível, quando se tratam de interesses existenciais da pessoa com deficiência. Nessas situações, não é razoável, ao menos sob a ótica do atual conceito de dignidade da pessoa humana, dissociar a titularidade do exercício

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 119.

¹⁹ Como bem refere Cuevas ao explicar o exercício da ponderação no teste de proporcionalidade, “*en este ejercicio de atribución de pesos que permiten comparar los principios en juego, no sólo se examina la intensidad de la injerencia en el derecho (leve a grave) versus el grado de satisfacción del principio promovido (indiferente a muy importante) sino también la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se afectará el derecho o con las que se protegerán los principios, según las condiciones del caso*” (CUEVAS, I. C. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. *Revista Ius et Praxis*, ano 24, n. 3, p. 482, 2018).

do direito²⁰, sob pena de esfacelamento da autonomia da pessoa vulnerável. Em sentido contrário, quando se tratar de interesses patrimoniais, é possível a dissociação sem que isso, necessariamente, acarrete enfraquecimento da autonomia e da dignidade humanas.

À vista dessa nova e mais adequada ótica pela qual se estabelece o novo enfoque do regime das incapacidades, chega-se ao outro extremo do caminho percorrido a partir da velha e inadequada concepção que amalgamava como absolutamente incapazes os “loucos de todo o gênero”. No meio desse trajeto, a distinção estabelecida pelo Código Civil de 2002, baseada no critério do discernimento, permitiu o amadurecimento das reflexões teóricas acerca da matéria e o surgimento das condições propícias que favoreceram sua compatibilização com as tendências internacionais a respeito do tema, assim como a chegada ao ponto culminante representado pela presunção de capacidade plena.

Esse contraponto teórico, evidentemente, torna adequadas e, inclusive, desejáveis as críticas e reflexões sobre o assunto, já que permitirão o enriquecimento das compreensões a respeito do tema. Uma das críticas que pode ser feita ao novo modelo relaciona-se à dificuldade prática que sua observância acarretará no âmbito jurisdicional, tendo em vista que passa a ser necessário um maior cuidado e aprofundamento casuístico por parte de todos os envolvidos no campo da aplicação das normas, sobretudo dos magistrados, o que poderia acarretar em maior morosidade e acúmulo de processos no já abarrotado sistema judiciário brasileiro. Entretanto, ainda que tais dificuldades possam, efetivamente, vir a existir, esse argumento de cunho utilitarista não parece suficiente para se sobrepor à conquista efetivada no âmbito normativo-protetivo da pessoa com deficiência a partir do rompimento com o paradigma anterior, de modo que eventuais dificuldades inerentes à prática jurisdicional não devem, ao menos *a priori*, constituir obstáculo à efetividade do texto normativo, devendo ser transpostas, por exemplo, a partir do aprimoramento dos mecanismos estatais postos à disposição da população.

Ainda nesse aspecto, no que se refere à insuficiência da Lei Brasileira de Inclusão para tutelar as diferentes deficiências experimentadas pelas pessoas no mundo dos fatos, há que se considerar, uma vez mais, que o

²⁰ ROSENVALD, N. A curatela como a terceira margem do rio. *Op. cit.*, p. 120.

texto normativo abre espaço bastante satisfatório, a partir das modificações operadas nos institutos jurídicos aplicáveis, para que essa modulação seja realizada no campo da aplicação da norma, a teor das considerações até o momento apresentadas. Dessa forma, uma vez mais não parece razoável a crítica relativa às dificuldades práticas que a aplicação do texto acarretará ao funcionamento do sistema judiciário, devendo servir, nesse aspecto, como mais um estímulo para o aprimoramento e a qualificação dos serviços públicos prestados pelo Estado, com vistas a albergar e promover os direitos das pessoas com deficiência, independentemente do tom de cinza de cada uma das mais diversas limitações experimentadas.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS NOVOS (E VELHOS) INSTITUTOS JURÍDICOS

2.1 TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA

O rompimento paradigmático deflagrado pela Lei Brasileira de Inclusão no que se refere ao regime das incapacidades produziu reflexos em diversos institutos jurídicos clássicos, tais como o casamento, o testamento e a curatela, mas também introduziu um instrumento até então inédito no ordenamento jurídico pátrio: a tomada de decisão apoiada. Esse instituto consiste em um processo de jurisdição voluntária por meio do qual a pessoa com deficiência elege duas ou mais pessoas idôneas, com quem mantenha vínculos de confiança e afinidade, como seus apoiadores, a fim de prestar-lhe apoio na tomada de decisões sobre atos da vida civil²¹.

A característica mais importante do instituto da tomada de decisão apoiada é, claramente, a manutenção da plena capacidade civil da pessoa com deficiência que a ele recorre. O próprio texto do art. 1.783-A do Código Civil refere expressamente que o apoio viabilizará o exercício da capacidade da pessoa com deficiência, de modo que esse instrumento é o exemplo mais ilustrativo do novo paradigma teórico subjacente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido, a tomada de decisão apoiada tem o condão de promover o respeito à autonomia da pessoa com deficiência ao determinar

²¹ “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.” (BRASIL, 2015)

que ela mesma solicite o apoio e indique quem serão os apoiadores, partindo da premissa de que a sua capacidade civil permanece intacta.

Nesse aspecto, a natureza jurídica do instituto da tomada de decisão apoiada é de um acordo, consistente em verdadeiro negócio jurídico que exige, para se completar, um ato estatal, e cujos termos são definidos pelo próprio apoiado²². Difere-se, nesse aspecto, da curatela, que é medida mais invasiva que concede poderes de assistência ou de representação ao curador. É possível compreender-se a tomada de decisão apoiada como uma alternativa intermediária para quem está situado em uma zona entre a plena capacidade, caracterizada como a aptidão para o exercício autônomo e independente da vida civil, e a ausência do necessário discernimento para a assimilação dos fatos e das circunstâncias, quando se fará necessária a curatela para o exercício dos atos da vida civil.

Com relação ao objeto do acordo, entende-se que, como não há previsão legal específica, pode tratar de questões patrimoniais e/ou existenciais, sejam elas de maior ou menor relevância. Há entendimento doutrinário no sentido de que, embora seja um instituto previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, pode ser utilizado por qualquer pessoa que, por dificuldades diversas, contemporâneas ou não, sinta a necessidade de lançar mão do apoio para exercer sua capacidade legal, no presente ou em momento futuro, desde que o pedido esteja devidamente fundamentado e justificado²³. Em sentido contrário, há decisões jurisprudenciais que negam essa possibilidade, restringindo a utilização do instrumento às pessoas que ostentem algum tipo de deficiência²⁴.

Nessa mesma linha de entendimento acerca do instituto da tomada de decisão apoiada, verifica-se que, por se tratar de instrumento mais brando do que a curatela no que se refere ao grau de intervenção na autonomia da pessoa com deficiência, não se pode cumular os institutos, devendo o primeiro anteceder o segundo como forma de privilegiar a presunção de capacidade plena da pessoa. Assim, havendo dúvida quanto ao grau de discernimento

²² MENEZES, J. B. de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Op. cit.*, p. 45.

²³ *Id.*, *ibid.*, p. 46.

²⁴ ESTADO do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70079344834*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. DJe 12.03.2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 3 jul. 2021.

com que conta a pessoa, deve-se seguir a ordem da menor intervenção para a maior, se for o caso. Nesse aspecto, existe entendimento doutrinário que admite a fungibilidade dos institutos de acordo com a realidade do direito material posto sob a apreciação do Poder Judiciário: se o juiz verificar que a situação do pretense apoiado é mais gravosa do que o noticiado, deverá, ouvidos a equipe multidisciplinar e o Ministério Público, intimar os legitimados para promoverem a ação de curatela e, não havendo, intimar o próprio *Parquet* para tanto, extinguido-se a tomada de decisão apoiada²⁵.

No sentido inverso, entende-se que não é possível a readequação do procedimento quando for intentada a ação de curatela e se verificar que o caso não tem gravidade tal para essa opção, convertendo-o em tomada de decisão apoiada. Isso porque, tratando-se este último instituto de direito personalíssimo do interessado, não haveria como justificar a atuação de ofício do juiz. Nesse sentido, há decisões judiciais que entendem não haver essa fungibilidade, por se tratar de institutos jurídicos diversos, com diferentes objetos e efeitos jurídicos, assim como distintos legitimados ativos²⁶.

De qualquer sorte, entende-se que, em havendo alguma divergência entre o apoiado e algum dos apoiadores, caso ela se refira a algum assunto que conste do termo de acordo homologado judicialmente, o apoiador poderá, se houver fundamento para tanto, informar a questão ao juiz, que poderá até mesmo suspender negócios jurídicos que envolvam aquela questão. Tal situação hipotética é justificada pelo fato de que a decisão objeto da divergência foi incluída no acordo justamente por conta do fato de que o próprio apoiado tinha consciência da necessidade de auxílio quando tivesse de tomar alguma decisão a respeito. Em casos tais, o juiz verificará se o apoiado mantém sua plena capacidade de agir, de acordo com seu grau de discernimento, e levará em consideração, também, os requisitos preenchidos pelos apoiadores nomeados, quais sejam, a idoneidade, a confiança e o vínculo que mantêm com o apoiado, a fim de tomar sua decisão sobre a divergência.

²⁵ MENEZES, J. B. de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Op. cit.*, p. 54.

²⁶ ESTADO do Rio Grande do Sul Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70084571389*. Relatora: Vera Lucia Deboni. DJe 20.11.2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 3 jul. 2021.

Algumas das críticas que são feitas à tomada de decisão apoiada baseiam-se, justamente, no fato de não haver redução da capacidade civil do apoiado. Nesse sentido, não se transfere o poder decisório dele para outra pessoa, de modo que os negócios realizados pelo apoiado com terceiros, ainda que sem a participação do apoiador, presumem-se válidos, ante a incolumidade de sua capacidade civil. Em reforço a isso, tem-se o fato de que a sentença homologatória da tomada de decisão apoiada não precisa ser registrada no cartório de registro de pessoas naturais, como ocorre com a curatela. Assim, é possível vislumbrar alguns problemas que podem envolver casos em que se presume a capacidade civil plena de alguém que, de fato, não mais está no seu pleno juízo.

Outro aspecto que se destaca é a forte semelhança existente entre esse instituto e o instrumento de mandato, havendo decisões judiciais, inclusive, que indeferiram o pedido por entenderem se tratar de caso de mandato²⁷. Por outro lado, não se pode compreender a tomada de decisão apoiada como mera consulta ou opinião emitida pelos apoiadores acerca de determinado assunto, tendo em vista o papel dos apoiadores de suporte e de tutela dos interesses do próprio apoiado, estando eles sujeitos, inclusive, à responsabilização, em caso de prejuízos ou exercício de pressão sobre o apoiado, e ao dever de prestação de contas²⁸.

Em contraposição ao novo modelo representado pela tomada de decisão apoiada – que privilegia a autonomia da pessoa com deficiência, alcançando a ela os instrumentos de suporte necessários para o exercício de sua capacidade legal plena – encontra-se a curatela, que privilegia o cuidado em detrimento da autonomia da pessoa com deficiência. Ambos os institutos permanecem válidos em nosso ordenamento jurídico, sendo possível – e mesmo desejável – a sua coexistência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não mais compreende a deficiência como uma premissa da incapacidade, dissociando esses dois elementos para inviabilizar o efeito de eficácia punitiva da curatela, qual seja, o cerceamento da capacidade jurídica.

²⁷ ESTADO do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70079344834*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. DJe 12.03.2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 3 jul. 2021.

²⁸ MENEZES, J. B. de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Op. cit.*, p. 49.

Essa virada paradigmática no tocante ao regime das incapacidades é, certamente, um dos maiores avanços trazidos pelo texto normativo e, embora possam ser encontradas dificuldades na utilização do instituto da tomada de decisão apoiada, tais como as apontadas anteriormente, a assimilação e a adequada compreensão acerca da nova concepção que envolve o tema, aliadas à reiteração da prática jurisdicional, devem servir como mecanismos de aprimoramento e concreção desse instituto, assentando, assim, as diretrizes que norteiam a mudança de paradigma em nosso ordenamento jurídico.

2.2 CASAMENTO

O casamento foi outro instituto afetado pelas modificações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão, tendo em vista se tratar de uma das variadas formas de concretização da autonomia existencial da pessoa com deficiência, a qual está vinculada à liberdade sobre o próprio corpo e à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o ponto mais delicado no que se refere ao casamento residirá na necessidade (ou não) do livre e esclarecido consentimento, a teor da antiga previsão do art. 1.548 do Código Civil, que declarava nulo o casamento celebrado por quem não tivesse o necessário discernimento para tanto. A Lei Brasileira de Inclusão revogou o inciso I daquele dispositivo, o qual tratava do casamento contraído pelo “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”, sendo mantida apenas a possibilidade de declaração de nulidade por infringência de impedimento constante do inciso II.

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inseriu o § 2^o²⁹ no art. 1.550 do diploma civil, permitindo que a pessoa com deficiência case, desde que expresse sua vontade diretamente ou através de responsável ou curador, reforçando a nova concepção de plena capacidade. Por outro lado, o art. 1.550 contém, entre os seus incisos, a hipótese de anulação do casamento contraído por quem não tenha condições de exprimir seu consentimento de forma inequívoca³⁰. Diante deste contexto normativo, pode-se questionar se não afronta o caráter personalíssimo do casamento a possibilidade de o

²⁹ “§2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.” (BRASIL, 2015)

³⁰ “Art. 1.550. É anulável o casamento: [...] IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.” (BRASIL, 2002)

incapaz contrair matrimônio por meio de consentimento manifestado por seu responsável ou curador, o que pode levantar algumas dificuldades.

A principal delas reside na ausência de qualquer critério, na Lei Brasileira de Inclusão, que permita graduar ou diferenciar as diversas deficiências e os níveis de discernimento. De fácil solução são aqueles casos que envolvem alguma debilidade física ou sensorial que não afetam a cognição, já que, havendo inteiro discernimento nesses casos, a capacidade civil se mantém plena e intacta, sendo que as medidas de suporte necessárias para a pessoa não atingirão seus interesses existenciais. No entanto, os casos em que o aspecto cognitivo se encontra, em maior ou menor grau, comprometido trazem as maiores dificuldades.

A leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos não auxilia muito na tentativa de responder à pergunta, tendo em vista que o documento internacional estabelece que o matrimônio dependerá do livre e pleno consentimento dos nubentes³¹. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, veda a celebração do casamento sem o livre e pleno consentimento dos contraentes³². Aproximando-se mais do tema, verifica-se que a própria Convenção de Nova York exige o livre e pleno consentimento dos pretendentes³³.

Nesse aspecto, a interpretação do art. 1.550, inciso IV, do Código Civil indica que, nos casos em que se verificar, claramente, que não há livre e expresso consentimento da pessoa com deficiência, fica inviabilizado o matrimônio, o que pode ser verificado, inclusive, pelos oficiais dos cartórios de registro civil no momento do ato. Essa interpretação justifica-se até mesmo para evitar prejuízos e violações aos interesses das próprias pessoas com deficiência, mas, ainda assim, não evitará que, nos casos em que a verificação do livre consentimento for mais complexa, prevaleça a presunção de capacidade civil

³¹ “Art. 16: 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.” (Organização das Nações Unidas, 1948)

³² “Art. 17: [...] 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.” (BRASIL, 1992)

³³ “Art. 23: 1. [...] a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; [...]” (BRASIL, 2009)

estabelecida no Estatuto, o que pode acarretar casos de matrimônios realizados por quem, de fato, não reunia condições cognitivas suficientes para manifestar seu livre consentimento.

Embora a antiga regra da incapacidade absoluta se destinasse a evitar justamente essas situações, não parece apropriado um retorno ao velho modelo, considerando que a regra de anulabilidade constante do art. 1.550 do Código Civil pode resolver esses casos a partir de uma verificação posterior quando houver suspeita de que o consentimento não tenha sido livremente manifestado, equiparando tais situações às demais, também previstas nesse dispositivo legal, como hipóteses de anulabilidade. Desse modo, privilegiam-se os direitos da personalidade, em especial a autonomia privada, no seu âmbito existencial, da pessoa com deficiência, sem descurar-se da sua proteção em relação a eventuais abusos e violações.

Dessa forma, é possível harmonizar a nova compreensão trazida pela Lei Brasileira de Inclusão com as regras protetivas da pessoa com deficiência no que se refere, especificamente, ao matrimônio. Privilegia-se o desenvolvimento dos direitos da personalidade da pessoa com deficiência, reconhecendo-se, juridicamente, a presunção de sua plena capacidade, e mantém-se a possibilidade de averiguação do seu livre consentimento de acordo com as circunstâncias de cada caso, o que afasta, ao menos em princípio, qualquer crítica que se possa fazer ao texto normativo quanto à proteção da pessoa com deficiência.

2.3 TESTAMENTO

Em sentido bastante semelhante à compreensão do instituto do casamento à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o testamento também foi atingido pela mudança paradigmática trazida pela Lei Brasileira de Inclusão, embora não tenha havido nenhuma inovação legal específica no tocante ao assunto. Assim, alguns questionamentos podem ser levantados sobre a capacidade de testar neste novo contexto jurídico e, ao menos em um primeiro olhar, as respostas parecem ser mais claras do que aquelas que emergem das mudanças relativas ao casamento.

No que se refere à capacidade para testar, destaca-se que a sucessão testamentária é mais uma forma de expressão da autonomia privada, podendo abarcar direitos patrimoniais ou existenciais, de acordo com a manifestação do testador ainda em vida. Os efeitos desse instituto, entretanto, serão verificados

apenas após a morte do testador, sendo, portanto, um negócio jurídico de eficácia diferida, mas, ainda assim, de caráter personalíssimo, como ato de disposição de última vontade, devendo obedecer a determinadas formalidades e solenidades previstas em lei.

As maiores dificuldades residem na manutenção da redação do art. 1.860 do Código Civil³⁴, que proíbe de testar os incapazes e aqueles que não tenham pleno discernimento no ato. A partir da leitura da cabeça desse dispositivo, poderiam ser levantados questionamentos acerca dos destinatários da proibição, a qual poderia englobar tanto os absolutamente incapazes quanto os relativamente incapazes e, ainda, as pessoas que tenham algum grau de diminuição em seu discernimento. Entretanto, a leitura do parágrafo único do mesmo dispositivo legal auxilia o intérprete a chegar à correta hermenêutica da regra, tendo em vista que permite, de forma expressa, que os maiores de dezesseis anos testem. Diante disso, fica clara a possibilidade de que pessoas relativamente incapazes testem de forma válida, o que desvincula a capacidade para testar da capacidade jurídica plena.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se, em um primeiro momento, que, assim como ocorre com o casamento, não paira qualquer dúvida acerca da capacidade para testar das pessoas que tenham algum grau de debilidade física ou sensorial que não afete seu discernimento³⁵. As dúvidas ficam restritas tão somente a quem tenha algum déficit cognitivo, o que pode se manifestar não apenas na forma de deficiência do ponto de vista fisiológico, mas também a partir de qualquer situação que afete o pleno discernimento da pessoa no momento do ato, tal como a ingestão de psicotrópicos ou mesmo a hipnose.

De qualquer sorte, o entendimento predominante acerca da matéria inclina-se pela presunção da capacidade testamentária, o que reforça a ideia legalmente prevista de que, atingida a idade de dezesseis anos e havendo adequado discernimento em relação ao ato, é possível testar. Nessa mesma toada, ainda que se trate de pessoa que esteja sob o pálio da tomada de decisão

³⁴ “Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.” (BRASIL, 2002)

³⁵ Nesse sentido, “a garantia da elaboração do instrumento nada mais é que a consequência do livre exercício de um direito em iguais condições com as outras pessoas” (MENEZES, J. B. de; LOPES, A. B. L. P. O direito de testar da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. *Civilistica.com*, v. 7, n. 2, p. 9, 2018).

apoiada, presume-se sua capacidade testamentária, haja vista que aquele instituto promove, e não limita, a sua capacidade jurídica. Exceção pode ser levantada no caso de haver, no termo de acordo da tomada de decisão apoiada, alguma previsão específica acerca da necessidade de apoio para a elaboração de testamento, o que, considerando que os termos do acordo são propostos e avaliados pela própria pessoa apoiada, deverá ser observado, seja em relação a questões patrimoniais ou existenciais, mas sempre nos limites do acordo. Assim, os apoiadores auxiliarão o apoiado na realização daquele ato, mas é mantido o caráter personalíssimo do testamento.

Ainda, o art. 1.861³⁶ do Código Civil esclarece que a incapacidade superveniente do testador não macula a validade do ato praticado quando ele era capaz de fazê-lo. O inverso também é verdadeiro, de modo que o testamento do incapaz não se valida com a superveniência da capacidade. Essa regra deixa claro o critério norteador da capacidade testamentária, qual seja, o adequado discernimento para a prática do ato no momento da sua elaboração, restando excluídos dessa capacidade os menores de dezesseis anos, por serem absolutamente incapazes, e aqueles sem o necessário discernimento para a prática do ato. Veja-se, a título exemplificativo, que mesmo os pródigos, que são relativamente incapazes, podem testar, tendo em vista que as restrições à sua capacidade se orientam a preservar-lhes o patrimônio em vida, não havendo qualquer restrição em relação a eventual dilapidação patrimonial cujos efeitos somente se produzam após sua morte.

Diante desse arcabouço normativo, não parece razoável defender a possibilidade de que pessoas que estejam submetidas a medidas mais drásticas de redução de sua capacidade civil, como uma curatela mais ampla, possam, pessoalmente, testar, considerando que o novo paradigma trazido pela Lei Brasileira de Inclusão não estabelece um direito absoluto à capacidade da pessoa com deficiência, mas apenas modifica o modelo até então vigente para assegurar que a deficiência, por si só, não será utilizada como critério restritivo da capacidade. Dito isso, impende-se verificar, no caso concreto, qual o grau de apoio de que necessita a pessoa com deficiência: se houver apenas a assistência em relação a determinados atos que em nada se relacionem com a capacidade testamentária, presume-se possível a realização do ato. No entanto, se houver

³⁶ “Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.” (BRASIL, 2002)

verdadeira representação por parte do apoiador, considera-se inviável que o representante elabore o testamento em nome do seu curatelado, tendo em vista que se trata de ato personalíssimo para o qual não se encontra preenchido o requisito do discernimento.

De qualquer sorte, fica resguardada a possibilidade de impugnação posterior do ato na hipótese de haver alguma suspeita ou indício de irregularidade, na mesma medida em que isso é possível para atos realizados por pessoas sem deficiência. O critério definidor será o discernimento para o ato, e as novas concepções relativas à capacidade da pessoa com deficiência orientam que, em tratando o testamento de questões existenciais, a capacidade deverá ser ainda mais alargada, a fim de se promover adequadamente os direitos da personalidade visados. Ainda, sob o prisma da curatela, a regra é a capacidade para testar, com a observância das especificidades porventura existentes na sentença que instituiu a curatela e condicionada, evidentemente, ao preenchimento do requisito do discernimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo modelo protetivo inaugurado pela Lei Brasileira de Inclusão abandonou a doutrina da representação integral, buscando limitar o âmbito de atuação do instituto da curatela para situações patrimoniais e negociais, e instituindo a tomada de decisão apoiada como mecanismo preferencial a ser utilizado como medida de suporte às pessoas com deficiência que mantenham intacta a sua capacidade. Ainda assim, é possível levantar objeção no que se refere à presunção de capacidade plena de pessoas que, por conta de déficit cognitivo, não tenham o necessário discernimento para a prática de determinados atos da vida civil, tendo em vista que o texto normativo não apresenta nenhum critério que permite diferenciar os inúmeros graus e tipos de deficiência para possibilitar o enquadramento do instituto mais adequado ao caso concreto.

Nesse sentido, verifica-se que o novo paradigma normativo trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, baseado nas diretrizes da Convenção de Nova York, privilegia o poder de autodeterminação da pessoa com deficiência que guarde algum grau de discernimento, o que permite sua efetiva inclusão na maior medida possível e inviabiliza sua exclusão com base, unicamente, no critério intelectual. Assim, rompe-se com a ideia de substituição da vontade da pessoa com deficiência, que era juridicamente irrelevante até então, para

valorizá-la na maior extensão possível, abandonando-se por completo os resquícios normativos estigmatizantes que permeavam o assunto desde a utilização da inadequada expressão “loucos de todo o gênero”.

No entanto, se no modelo anterior havia uma certa inflexibilidade quanto à imposição da incapacidade absoluta de toda pessoa com deficiência mental, o modelo atual também apresenta uma certa rigidez, dessa vez no que toca à presunção de capacidade plena das pessoas com deficiência, de forma indiferenciada, – o que pode acarretar, em última análise, uma maior vulnerabilidade dessas pessoas em determinadas situações que demandem medidas mais interventivas. De qualquer forma, o novo paradigma buscou consolidar a extirpação da interdição do ordenamento jurídico pátrio, substituindo aquele instituto por uma curatela mais individualizada, constituída por um projeto terapêutico individualizado elaborado e avaliado por uma equipe multidisciplinar, o que, ao menos do ponto de vista normativo, constitui um fenomenal avanço no que se refere à efetiva inclusão e promoção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, abrindo um espaço bastante satisfatório para que essa modulação da capacidade seja realizada no campo da aplicação da norma.

Essa nova arquitetura normativa, que coloca à disposição da pessoa com deficiência novos instrumentos e aperfeiçoa institutos até então consolidados, modificando suas diretrizes para adequá-las às novas concepções e ao novo paradigma inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no que toca, mais especificamente, ao regime das incapacidades, é de substancial importância para indicar e nortear o movimento jurídico e social em direção ao pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade das pessoas albergadas pelas disposições desta lei, enquadrando-as, presumidamente, como pessoas plenamente capazes, o que propicia o maior e mais amplo desenvolvimento de sua autodeterminação, na maior medida possível.

Nesse sentido, a virada conceitual empurra o obstáculo da incapacidade para o extremo oposto, a ser visto em caráter subsidiário e excepcional, sem, no entanto, extirpar do ordenamento jurídico os instrumentos necessários para a tutela de pessoas que não tenham o discernimento necessário para exercer, pessoalmente, sua capacidade. Além disso, as inovações normativas, além de introduzirem a tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico pátrio,

colocando esse instrumento inovador à disposição das pessoas com deficiência, tiveram o propósito de possibilitar uma interpretação de institutos jurídicos antigos, como o casamento, o testamento e a curatela, mais modernizada e adequada às suas diretrizes, em especial no que se refere à promoção dos direitos das pessoas com deficiência, o que ilustra o avanço normativo desse paradigmático texto legal. Trata-se de um movimento bastante significativo em direção à superação do estigma despertado pela incapacidade, privilegiando-se, na maior medida possível, a presunção da plena capacidade como ponto de partida de qualquer avaliação jurídica.

Ademais, o novo arcabouço normativo, com todos os instrumentos jurídicos colocados à disposição da pessoa com deficiência, aliados à mudança do paradigma relativo ao regime das incapacidades, é de substancial importância para indicar e nortear o movimento jurídico e social em direção ao pleno desenvolvimento dos direitos da personalidade das pessoas albergadas pelas disposições desta lei, enquadrando-as, presumidamente, como pessoas plenamente capazes, o que propicia o maior e mais amplo desenvolvimento de sua autodeterminação, na maior medida possível, deixando para trás, também, o estigma despertado pela incapacidade jurídica.

Em síntese, os novos instrumentos colocados à disposição da pessoa com deficiência pela Lei Brasileira de Inclusão, bem como o aperfeiçoamento de diversos institutos que a mudança paradigmática trazida por esse texto legal propiciou, indicam um novo norte dogmático a ser seguido pela cena jurídica e social brasileira, rompendo com o paradigma anterior e partindo-se do pressuposto de que as pessoas com deficiência são plenamente capazes, de modo a se disseminar a ideia de que a redução dessa capacidade se dará apenas em caráter excepcional e individualizado, de acordo com a necessidade indicada pelo projeto terapêutico adequado ao caso concreto. Fica possibilitada, assim, a coexistência das medidas de promoção da autodeterminação e de proteção das pessoas mais vulneráveis albergadas pelo Estatuto, o que enfraquece o argumento de que as dificuldades jurisdicionais de ordem prática teriam o condão de inviabilizar o novo sistema protetivo-emancipatório da pessoa com deficiência e fortalecer a promoção dos direitos das pessoas com deficiência de acordo com a tonalidade apropriada para cada uma das diversas limitações experimentadas.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JÚNIOR, V. de A. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 13, p. 17-37, jul./set. 2017.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

CANTO, Y. E. Deficiência. Uma heurística para a condição humana. *Revista Bioética*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 207-216, abr./jun. 2018.

CUEVAS, I. C. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. *Revista Ius et Praxis*, ano 24, n. 3, p. 477-524, 2018.

ESTADO do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70084571389*. Relatora: Vera Lucia Deboni. DJe 20.11.2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 3 jul. 2021.

ESTADO do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70079344834*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. DJe 12.03.2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 3 jul. 2021.

GOZZO, D.; MONTEIRO, J. R. A concretização da autonomia existencial e a Lei nº 13.146/2015: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 1-23, 2019.

FLEISCHMANN, S. T. C.; FONTANA, A. T.. A capacidade civil e o modelo de proteção das pessoas com deficiência mental e cognitiva: estágio atual da discussão. *Civilistica.com*, v. 9, n. 2, p. 1-22, 2020.

MENEZES, J. B. de; LOPES, A. B. L. P. O direito de testar da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. *Civilistica.com*, v. 7, n. 2, p. 1-23, 2018.

MENEZES, J. B. de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 3 jul. 2021.

PINHEIRO, J. D. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidade e suprimento – A visão do jurista. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2021.

ROSENVALD, N. A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.16, p. 105-123, abr./jun. 2018.

Submissão em: 04.04.2022

Avaliado em: 10.04.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.04.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 28.05.2023