

CAPACIDADE E TOMADA DE DECISÃO APOIADA: IMPLICAÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO CIVIL

R: 15.05.2016; A: 26.06.2016

*Fernando Gaburri**

RESUMO: O presente artigo analisa algumas das alterações que a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), trouxe ao Código Civil de 2002. Ao reafirmar a capacidade civil da pessoa com deficiência, o Estatuto alterou profundamente o sistema de incapacidades até então existente no Brasil, além de inserir o instituto protetivo da tomada de decisão apoiada.

Palavras-chave: Capacidade civil. Pessoa com deficiência. Tomada de decisão apoiada.

INTRODUÇÃO

A pessoa é o centro de um núcleo de interesses em suas relações com as demais, sempre na busca da satisfação de necessidades das mais variadas ordens.

Para tanto, as normas jurídicas promovem a proteção legal, regulando as relações intersubjetivas, no sentido de assegurar a pacífica convivência entre as pessoas, que não vivem isoladas, mas em sociedade, sendo inafastável a recíproca cooperação para a satisfação dessas necessidades (BARASSI, 1955, p. 41).

Essa proteção legal, segundo o princípio da igualdade, estampado no art. 5º da Constituição Federal, que inaugura o título dos direitos e das garantias fundamentais, é assegurada a todos, sem distinção de qualquer natureza, pelo fato mesmo de serem pessoas naturais.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, todas as pessoas são capazes de titularizarem direitos e obrigações na ordem jurídica, muito embora o exercício dos direitos titularizados possam sofrer limitações, mais ou menos intensas, mas sempre no ensejo de proteção aos seus interesses de ordem existencial e ou patrimonial.

A impessoa que a lei reconhece como incapaz é sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica, embora não possa exercê-los pessoalmente, necessitando da intervenção de um representante ou de um assistente, conforme seja o grau da incapacidade.

*Mestre pela PUC/SP e doutor pela USP; Professor Adjunto na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – e do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-RN; Procurador do Município de Natal; Diretor Nacional do Núcleo de Estudos dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP – e Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa com Deficiência de Natal – COMUDE-Natal. E-mail: gaburri@terra.com.br.

A falta de capacidade civil pode decorrer de variadas causas taxativamente previstas em lei, nem sempre estando relacionada à deficiência da pessoa.

E, se a incapacidade estiver ligada à deficiência, o ordenamento jurídico contempla mecanismos de promoção e de proteção à pessoa por tal causa considerada incapaz.

1 NOTÍCIA HISTÓRICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Durante longo tempo a pessoa com deficiência foi simplesmente ignorada, tanto pela sociedade como pelo direito.

A história noticia o predomínio das atividades de artesanato, pecuária e agricultura na antiguidade, o que indicaria a necessidade de que a pessoa conservasse um corpo e uma mente perfeita para a sobrevivência.

Na Grécia antiga, mais especificamente em Esparta, as pessoas eram preparadas para a guerra. As crianças pertenciam ao Estado, cabendo ao Conselho de Anciãos examiná-las ao nascer: julgando-as fracas ou disformes, seriam atiradas do alto de um abismo de 2.400m de altitude, denominado *Taygetos*, para serem eliminadas (BARROS, 2008, p. 1171).

Na concepção de Aristóteles (1984, p. 54), “sobre o destino das crianças recém-nascidas, deveria haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados; não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros”.

Na Bíblia há algumas referências aos cegos, leprosos e mancos, pessoas rejeitadas pela sociedade em razão de receio de transmissão de doenças ou pela crença de serem amaldiçoados. Para os hebreus a deficiência era considerada uma impureza, conforme se pode observar do (Lv 19.14¹ e 21.17-24²).

¹ “14 Não amaldiçoarás ao surdo, nem porás tropeço diante do cego; mas temerás o teu Deus. Eu sou o SENHOR.” Disponível em: <http://gbiblia.com/levitico_18:19/>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

² “17 Fala a Arão, dizendo: Ninguém da tua descendência, nas suas gerações, em que houver algum defeito, se chegará a oferecer o pão do seu Deus.” 18 Pois nenhum homem em quem houver alguma deformidade se chegará; como homem cego, ou coxo, ou de nariz chato, ou de membros demasiadamente compridos, 19 Ou homem que tiver quebrado o pé, ou a mão quebrada, 20 Ou corcunda, ou anão, ou que tiver defeito no olho, ou sarna, ou impigem, ou que tiver testículo mutilado. 21 Nenhum homem da descendência de Arão, o sacerdote, em quem houver alguma deformidade, se chegará para oferecer as ofertas queimadas do SENHOR; defeito nele há; não se chegará para oferecer o pão do seu Deus. 22 Ele comerá do pão do seu Deus, tanto do santíssimo como do santo. 23 Porém até ao véu não entrará, nem se chegará ao altar, porquanto defeito há nele, para que não profane os meus santuários; porque eu sou o SENHOR que os santifico. 24 E Moisés falou isto a Arão e a seus filhos, e a todos os filhos de Israel.” Disponível em: <http://gbiblia.com/levitico_21:5/>. Acesso em: 23 de agosto de 2014.

Considerando-se que as coisas e situações desconhecidas causam temor, a falta de conhecimento sobre as deficiências veio a contribuir para que as pessoas com deficiência, devido suas diferenças, fossem marginalizadas e ignoradas (MAZZOTTA, 2005, p. 16).

Essa situação veio a alterar-se na Idade Média, quando as pessoas com deficiência, por influência do cristianismo, passaram a ser consideradas criaturas de Deus, embora, de alguma maneira, esse cenário de exclusão e de segregação permanecesse, abandonando-se, contudo, a eliminação.

Na história brasileira, a pessoa com deficiência foi submetida a uma institucionalização oficial desde 1841, quando Dom Pedro II determinou a criação do Hospício Dom Pedro II; em 1854 criou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (que desde 1891 passou a se chamar Instituto Benjamin Constant (IBC); em 1857, Dom Pedro II criou o Instituto Imperial dos Surdos-Mudos (que desde 1957 passou a se chamar Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES); em 1874, iniciou-se o tratamento de pessoas com deficiência intelectual no hospital psiquiátrico da Bahia (atualmente hospital Juliano Moreira)) (ROMERO; SOUZA, 2014, p. 5).

Não havia nenhum apoio às demais pessoas com deficiência no Império, a exceção dos cegos e surdos. Para suprir essa lacuna, a sociedade civil, por sua vez, criou as Sociedades Pestalozzi em 1932 e as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) em 1954 (LANNA JÚNIOR, 2010, p. 22).

A história vivenciada pela Grécia ainda deixaria alguns resquícios no Brasil da primeira metade do século XX. A Educação Física era componente curricular obrigatório nas escolas brasileiras, desde o ano de 1937, cuja função era a de preparar os jovens para o combate, a luta e a guerra, por meio da ginástica, do desporto e dos jogos recreativos. Como o aluno era avaliado pelo condicionamento físico que apresentava, o Ministério da Educação, por meio da Portaria n. 13, de 01.02.1938, estabelecia “a proibição da matrícula em qualquer estabelecimento secundário de aluno cujo estado patológico o impedisse, permanentemente, das aulas de educação física (TOSCANO; SOUZA, 2009, p. 139).

A primeira vez que o Estado se manifestou pelo ingresso na educação superior da pessoa com deficiência na rede regular de ensino se deu na década de 1950, quando o Conselho Nacional de Educação autorizou que estudantes cegos ingressassem nas faculdades de Filosofia (LANNA JÚNIOR, 2010, p. 31).

De todo modo, o paradigma institucionalista foi um momento importante da história da busca pela inclusão da pessoa com deficiência, porquanto pôde oferecer sua

contribuição no campo da ciência, com a idealização e prestação de relevantes serviços de reabilitação.

2 DEFINIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: OS MODELOS MÉDICO E SOCIAL

No ordenamento jurídico brasileiro duas são as formas de se definir se uma pessoa pode ser considerada com deficiência, quais sejam, o modelo médico e o modelo social.

No século XX ficou superada aquela fase de institucionalização da pessoa com deficiência até então vivenciada pela história brasileira, que cedeu lugar ao modelo médico.

Esse modelo médico, ou paradigma de serviços, iniciou-se na década de 1960 e efetivou-se em escolas especiais, entidades assistenciais e em centros de reabilitação, caracterizando-se pela oferta de serviços, que se dividia em três etapas: a) de avaliação, em que uma equipe multiprofissional identificaria o que precisaria ser modificado na vida da pessoa com deficiência, para torná-la o mais “normal” possível; b) de intervenção, em que a equipe ofereceria atendimento formal e sistematizado, de acordo com os resultados de avaliação obtidos na etapa anterior; e c) de encaminhamento (ou reencaminhamento) da pessoa com deficiência à vida em comunidade (ARANHA, 2005, p. 20-21).

No modelo médico falava-se em integração social da pessoa com deficiência, significando que a pessoa é que deveria desincumbir-se da tarefa de envidar os esforços necessários para adequar-se à sociedade, sem que essa sociedade precisasse modificar-se para receber a pessoa com deficiência.

Nesse modelo, a definição de pessoa com deficiência obedecia ao princípio da tipicidade, de modo que somente aquelas situações previamente previstas em lei poderiam levar à conclusão de que a pessoa tinha, ou não, alguma das deficiências ali previstas.

A fonte normativa era o art. 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, cuja redação foi alterada pelo Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro 2004, a saber:

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

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade

congenita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60.º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

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

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

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências (BRASIL, 1999).

Essa enumeração, contudo, nem sempre traria resultados justos, já que uma pessoa com perda auditiva de 41db pouco se diferencia daquela cuja perda fosse de 40db; o mesmo se diz em relação à pessoa cuja acuidade visual, no melhor olho e com a melhor correção, seja de 30% em relação a outra cuja acuidade visual seja de 31%. ;em ambas as hipóteses, pessoas em situações semelhantes, senão idênticas, mereceriam tratamentos distintos.

O modelo médico, pelas falhas acima apontadas, cedeu lugar ao modelo social, pelo qual, muito mais do que os serviços de avaliação e capacitação, constatou-se que as pessoas com deficiência necessitam de suporte, cabendo à sociedade se reorganizar para garantir o acesso de todo cidadão a tudo quanto constitui e caracteriza a pessoa, independentemente das peculiaridades individuais. Foi nesta busca que se desenvolveu o processo de disponibilização de suportes (instrumentos que garantam à pessoa com deficiência o acesso imediato a todo recurso da comunidade). Esses suportes podem ser sociais, econômicos, físicos e instrumentais, e tem como função favorecerem o processo de inclusão (ARANHA, 2005, p. 27).

A partir do modelo social, deixa-se de falar em integração – que consiste em um esforço unilateral da pessoa com deficiência para enquadrar-se nos padrões sociais pré-estabelecidos – para se falar em inclusão social – que pressupõe esforços mútuos para a inserção social da pessoa com deficiência.

Com base nestas ideias, observa-se que a inclusão é uma via de mão dupla, em

que, mediante conjugação de esforços da pessoa a ser incluída e da sociedade na qual ela o será, busca-se alcançar a igualdade de oportunidades nas mais diversas áreas e o equacionamento de diferenças.

A definição de pessoa com deficiência, com base no modelo social, parte de uma conjugação de fatores. Não leva em consideração apenas o comprometimento corpóreo da pessoa (elemento objetivo utilizado pelo modelo médico), mas parte do pressuposto de que o papel da sociedade é fundamental. Se a sociedade criar barreiras à inclusão da pessoa com comprometimento corpóreo, sejam elas de natureza física ou atitudinal (elemento subjetivo), então a pessoa será considerada com deficiência.

O primeiro documento normativo a definir a pessoa com deficiência sob o modelo social foi a Convenção da Guatemala, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto n. 3.956, de 08 de outubro de 2001, nos termos seguintes:

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

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

123

Essa definição foi reafirmada pela Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008 com *status* de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Posteriormente foi reproduzida pela Lei Complementar n. 142, de 08 de maio de 2013 e, finalmente, pela Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, a saber:

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

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

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação (BRASIL, 2015).

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO

SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL

Capacidade é a possibilidade de discernimento da pessoa natural, que lhe permite administrar sua pessoa e seus bens de maneira consciente, sem necessitar da intervenção de terceiros para a tomada de decisões válidas.

Em um sentido mais amplo, a capacidade pode ser bifurcada em capacidade de fato ou de exercício, e capacidade de gozo ou de direito.

Pondera Orlando Gomes (1998, p. 129), que, do princípio de que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, não se segue que os direitos adquiridos sempre possam ser exercidos pelo titular, porque a ordem jurídica priva certas pessoas do exercício, por elas mesmas, daqueles direitos, estabelecendo um sistema de incapacidades.

A incapacidade é instituto de proteção à pessoa privada, no todo ou em parte, do discernimento, que visa resguardar o patrimônio e demais direitos da pessoa lançada ao universo das relações jurídicas.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a capacidade era mensurada de acordo com o grau de discernimento da pessoa. Assim, considerava-se absolutamente incapaz aquela pessoa que não tinha o necessário discernimento; relativamente incapaz aquela cujo discernimento era existente, porém insuficiente; e plenamente capaz aquela que atingisse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Se a incapacidade liga-se à ausência, ou insuficiência, de discernimento, a pessoa com deficiência não pode ser considerada incapaz, quer relativa, quer absolutamente, se essa deficiência não lhe retira, ou diminui, o discernimento.

A incapacidade absoluta priva por completo a pessoa de exercer, por si própria, os atos da vida civil, reputando-os nulos quando assim praticados. A lei prevê a figura do representante, pessoa legalmente designada para praticar tais atos pelo absolutamente incapaz, substituindo sua vontade.

O Código Civil, em sua redação original, assim arrolava os absolutamente incapazes em seu art. 3º:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I – os menores de dezesseis anos;
II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 1916).

Esse dispositivo foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que suprimiu os incisos II e III e integrou o inciso I ao *caput*, restando a seguinte redação: “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos” (BRASIL, 2002).

Desta forma, a partir de 03 de janeiro de 2016 – data em que entrou em vigência o Estatuto da Pessoa com Deficiência – apenas os menores de 16 anos são considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como absolutamente incapazes, de modo que todas as demais hipóteses de incapacidade passam a ser consideradas como relativas, nos termos da nova redação do art. 4º do Código Civil.

A incapacidade relativa situa-se em uma zona intermédia entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena. A incapacidade relativa permite que a pessoa pratique, por si própria, alguns atos da vida civil, desde que devidamente assistida por quem de direito. Neste caso, a impossibilidade de discernimento é menor do que a dos absolutamente incapazes.

Segundo a redação original do art. 4º do Código Civil, o rol de pessoas relativamente incapazes era o seguinte:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV – os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

Após as alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 4º do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

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;
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

A norma do inciso II, a partir das alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringe seu alcance aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, deixando de fazer referência às pessoas com deficiência intelectual, antes tratadas como “excepcionais sem desenvolvimento mental completo”, deslocando sua disciplina para o inciso III (BRASIL, 2002).

O inciso III, segundo a nova redação, transfere do art. 3º (absolutamente incapazes) para o art. 4º (relativamente incapazes) as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau desse comprometimento intelectual.

O que determinava a incapacidade relativa, na redação original da norma, era a aferição de discernimento reduzido. Assim, se as pessoas referidas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo conservassem a plenitude de seu discernimento para a prática dos atos da vida civil, deveriam ser consideradas plenamente capazes.

A norma, em sua redação original, considerava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo com uma limitação gradativamente menor àquela dos que, por deficiência mental, não possuíam o necessário discernimento.

As pessoas consideradas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo, como as com síndrome de Down, guardam certa capacidade de compreensão, ainda que reduzida. A lei, por sua vez, reconhecia a relevância desse grau de compreensão, dispensando a essas pessoas tratamento menos severo em relação aos absolutamente incapazes.

Na nova sistemática, como anteriormente frisado, as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau de comprometimento intelectual, são consideradas relativamente incapazes.

Diretamente ligada à alteração dos arts. 3º e 4º do CC/02 está a norma do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo *caput* determina que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (BRASIL, 2002).

Observa Sílvio de Salvo Venosa (2016, p. 149) que o novo diploma procura atribuir os mais amplos direitos às pessoas com deficiência, que aprioristicamente, nunca serão consideradas totalmente incapazes, mas relativamente capazes, de acordo com sua respectiva avaliação.

O mesmo autor, porém, parece contradizer-se ao afirmar que “a situação, porém, a ser enfrentada pelo juiz no processo de interdição é a mesma: deverá concluir se o sujeito

possui limitação mental que o iniba parcialmente para os atos da vida civil. Se a limitação for total, o caso será de incapacidade absoluta” (VENOSA, 2016, p. 153-154).

Ora, se após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a única hipótese de incapacidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro é a do menor de 16 anos, não se afigura consentânea com a nova realidade legislativa a consideração da pessoa com deficiência maior de 16 anos como absolutamente incapaz.

Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 189), na mesma linha de Sílvio de Salvo Venosa, parece esposar posicionamento contrário à lei vigente, ao afirmar que:

[...] uma vez requerida a interdição, a perícia médica dirá em qual condição a pessoa deficiente se encontra. Se a deficiência mental frutou o pleno desenvolvimento das habilidades intelectuais, de modo a não conseguir expressar a vontade, recomenda-se esteja o deficiente sempre acompanhado por alguém de sua confiança nos negócios jurídicos que praticar. É o caso de incapacidade relativa. Mas se o deficiente simplesmente não compreende a organização social, nem mesmo no plano das relações familiares mais próximas, não terá condições mínimas de entender o significado jurídico de seus atos. Para este caso, somente a incapacidade absoluta, será meio eficaz de proteção de interesse.

Embora a interpretação dada por Sílvio de Salvo Venosa e Fábio Ulhoa Coelho pareça ser a melhor, não encontra guarida no novo cenário legislativo, contrariando a letra dos arts. 3º e 4º do Código Civil, nas hipóteses em que discorrem sobre a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.

É importante ressaltar que a incapacidade é instituto protetivo da pessoa natural, cujo objetivo é o de evitar que se lance aos atos da vida civil em geral com o risco de ter prejudicados sua pessoa e bens. Nessa ordem de ideias, os negócios e atos jurídicos praticados por absolutamente incapazes são considerados nulos, nos termos da norma do art. 166, I, do Código Civil.

Considerar como relativamente incapaz a pessoa sem nenhum discernimento não parece ter sido uma boa opção legislativa. Os atos praticados por tais pessoas, deixam de ser nulos para serem apenas anuláveis. Isso significa que os atos praticados por pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, não mais são nulos, mas meramente anuláveis. Neste caso, o vício não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes (BRASIL, 2002).

Ainda na esteira protetiva dos interesses da pessoa absolutamente incapaz, a norma do art. 198, I, do Código Civil proclama não correr a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, que prevê a incapacidade absoluta. Como, após a mudança legislativa, o único incapaz previsto no art. 3º são os menores de 16 anos, forçoso reconhecer que contra as pessoas que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade, correrá a prescrição.

4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em ruptura com o modelo médico, partiu da palavra de ordem *nothing about us without us*, em abandono às políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com deficiência a qualidade de meros coadjuvantes nas questões que lhes concerniam diretamente.

As decisões referentes à pessoa com deficiência eram, até então, tomadas por seus pais, demais familiares, amigos e simpatizantes que, embora com boas intenções, acabavam por cometer equívocos, geralmente lastreados em cuidados meramente assistenciais.

A participação da pessoa com deficiência nesse processo decisório é assunto que está na ordem do dia, cabendo aos Estados partes a adoção de comportamento positivo, no sentido de contemplarem, em âmbito doméstico, mecanismos jurídicos para que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em condições de igualdade com as demais pessoas, conforme determina o art. 12:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

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

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

No Brasil, o mecanismo adotado foi o da tomada de decisão apoiada, trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a denominar Da Tutela, da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando-lhe o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, composto pelo novo art. 1.783-A, cujo *caput* define a tomada de decisão apoiada como sendo 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 necessários para que possa exercer sua capacidade.

No direito comparado, destaca-se o *Codice Civile* italiano, que teve seus arts. 404 a 413 alterados em 2004, para prever a figura do *amministratore de sostegno*. Na mesma linha, o *Código Civil y Comercial de la Nación* argentina, com vigência a partir de 2016, contempla o instituto denominado de *sistemas de Apoyo al ejercicio de la capacidad* em seu art. 43³.

Segundo lições de Guido Alpa (2009, p. 200-203), no direito italiano há os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição pode recair sobre a pessoa

³“ARTÍCULO 43.- 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.”

maior de idade, ou que esteja no último ano da menoridade, acometida por enfermidade mental que a torne incapaz de prover os próprios interesses. Já a situação dos sujeitos à inabilitação é menos grave, identificando-se com cegueira, prodigalidade, surdo-mudez, uso de tóxico e álcool.

O interdito é privado da capacidade de exercício, não podendo concluir negócios jurídicos, os quais são praticados em seu nome e em seu interesse por um tutor. Já o inabilitado tem uma capacidade de exercício superior à do interdito, podendo praticar os atos ordinários de administração, devendo ser assistido por um curador.

A interdição e a inabilitação são meios que atingem mais profundamente a liberdade de autodeterminação da pessoa, só aplicável em casos graves. Para atenuar esse sistema demasiadamente rígido, o legislador italiano, após anos de discussão, introduziu um novo instituto denominado de *amministrazione di sostegno*.

O instituto contemplado pelo Direito Civil da Argentina não substitui, mas reforça a tomada de decisão pela pessoa com deficiência. Diferentemente do que se passa com a *amministrazione di sostegno* do direito italiano, o *sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad* do direito argentino pressupõe e reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência e destaca sua autonomia para a tomada de decisões.

Conforme leciona Claudio Marcelo Alberete (2015) sobre os *apoyos*, “*el objetivo es promover y consolidar la autonomía de las personas con discapacidad, a partir de ello su participación plena e inclusión en la vida social, en todos sus aspectos*”.

No Brasil, o objeto do novo instituto não se confunde com o da tutela e da curatela, que se destinam à regência de pessoas incapazes.

A incapacidade de que cuida a tutela decorre da tenra idade da pessoa, menor de 16 anos e que não esteja sob o poder familiar dos pais; já a curatela cuida da incapacidade de quem, sendo maior, está impossibilitado de reger, por si mesmo, assuntos existenciais e ou patrimoniais (GOMES, 1981, p. 436).

Diversamente da tutela e da curatela, que são medidas voltadas à proteção da pessoa incapaz, a tomada de decisão apoiada guarda nítidos traços tanto de proteção a direitos existenciais como patrimoniais da pessoa capaz que apresente alguma deficiência.

Se a tutela e a curatela pressupõem a incapacidade de fato da pessoa vulnerável, seja em razão da tenra idade ou devido ao pouco ou nenhum discernimento, a tomada de decisão apoiada, por seu turno, pressupõe a capacidade de fato da pessoa a ser apoiada, pois é ela, pessoalmente, quem terá legitimidade processual para requerer tal medida. Assim, a

pessoa deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.

Trata-se de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, em que o interesse da pessoa com deficiência apoiado e dos dois ou mais apoiadores convergem para um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.

Porém, o escopo do legislador italiano é um pouco diverso do brasileiro, pois visa proteger a pessoa que não está apta para prover, por si mesma, os próprios interesses. Não se trata de pessoa inexperiente, mas de pessoa com dificuldade na execução das funções da vida cotidiana, em caráter permanente ou temporário, ou seja, que não pode gerir a si mesma, necessitando de auxílio, devido a alguma enfermidade, deficiência física ou psíquica. Portanto, a pessoa beneficiada pela *amministrazione di sostegno* é incapaz, não necessariamente com alguma deficiência, ao contrário do Brasil, que reservou a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência capazes.

O termo de compromisso dos apoiadores em relação à pessoa apoiada deve ser tomado no bojo de um processo judicial de jurisdição voluntária, com intervenção obrigatória do Ministério Público como *custos legis*, cuja iniciativa é personalíssima da pessoa apoiada.

131

A pessoa com deficiência e os apoiadores peticionarão conjuntamente ao juízo competente, apresentando termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (§ 1º).

Após ouvido o Ministério Público, constitui etapa obrigatória do procedimento de tomada de decisão apoiada a oitiva da pessoa apoiada e dos apoiadores pelo juiz, que deverá estar assistido por equipe multidisciplinar (§ 3º).

Constatando que o termo de apoio atende aos interesses da pessoa com deficiência, o juiz proferirá decisão homologatória. Daí em diante, a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (§ 4º).

O termo de apoio poderá contemplar atos da vida civil tanto de natureza existencial (envolvendo direitos da personalidade) como patrimonial.

Uma outra diferença é que no direito italiano o administrador de apoio também pode ser nomeado para o interdito, para o inabilitado e para o menor. O decreto de nomeação do administrador de apoio estabelece a duração do encargo e os atos que o beneficiário só

pode praticar com a assistência do administrador, bem como os limites de despesas. Diferentemente do interdito e do inabilitado, o beneficiário da administração de apoio conserva a capacidade de agir para todos os atos que não requerem a representação exclusiva ou a assistência necessária do administrador de apoio, sob pena de anulabilidade.

Já no direito brasileiro, esse processo tem por pressuposto a capacidade civil da pessoa com deficiência, pois a pessoa apoiada é quem tem legitimidade processual exclusiva para deflagrá-lo, bem como para requerer em juízo, a qualquer tempo, a substituição dos apoiadores ou mesmo sua extinção (§§ 7º a 9º).

Se a pessoa com deficiência perder a capacidade durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada deverá ser extinta e concomitantemente ser requerida a curatela do incapaz.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, com prazo de *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigência em 03 de janeiro de 2016, alterando profundamente o sistema de incapacidades do Código Civil.

Esse prazo de *vacatio legis* talvez tenha sido insuficiente, já que a interpretação dada aos arts. 3º e 4º relativamente à capacidade civil da pessoa com deficiência tem tido algumas variações de um autor para outro.

Ao procurar afirmar aquilo que já estava afirmado, ou seja, que deficiência não implica, necessariamente, em incapacidade, o novo cenário legislativo simplesmente transportou “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” do rol de absolutamente incapazes para o de relativamente incapazes, sem contudo mensurar as consequências jurídicas daí advindas.

Os atos praticados pelas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, deixam de ser nulos para serem meramente anuláveis, não mais podendo o juiz, de ofício, decretar a invalidade de atos e negócios jurídicos praticados em prejuízo a tais pessoas.

Os absolutamente incapazes gozam da proteção contra os efeitos deletérios da prescrição, que não corre contra si enquanto durar a situação de incapacidade absoluta. No entanto, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, como agora são consideradas relativamente incapazes, perderam essa proteção.

Não se pode olvidar, contudo, os avanços trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que, com base na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, cuidou de reafirmar o modelo social.

Outro ponto digno de encômios foi a contemplação no ordenamento brasileiro do instituto da tomada de decisão apoiada, já conhecido pelo direito comparado, a exemplo do direito italiano e argentino.

CAPACITY AND SUPPORTED DECISION MAKING: IMPLICATIONS OF THE STATUTE ON PERSONS WITH DISABILITIES IN CIVIL LAW

ABSTRACT: This paper examines some of the changes that the Law No. 13.146, from July 06, 2015, (Statute on Persons with Disabilities) brought to the Civil Code of 2002. By reasserting the civil capacity of the person with disabilities, the Statute profoundly changed the hitherto existing system of disabilities in Brazil, in addition to insert the protective institute of supported decision making.

Keywords: Civil capacity. Persons with disabilities. Supported decision making.

REFERÊNCIAS

ALDERETE, C. M. **El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad**. Propuestas y comentarios. Disponível em: <www.saij.gov.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em: 30 maio. 2016.

ALPA, G. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

ARANHA, M. S. F. **Projeto Escola Viva: garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola: necessidades educacionais especiais dos alunos**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

BARASSI, L. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. por Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: JMB, 1955. v. 1.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1999. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

_____. Decreto n. 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 08 de outubro de 2001. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

_____. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1999. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União**. Rio de Janeiro, RJ, 5 de janeiro de 1916. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 30 maio. 2016.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 189.

GOMES, O. **Direito de família**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZOTTA, M. J. S. **Educação especial no Brasil: história e políticas públicas**. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ROMERO, R. A. S.; SOUZA, S. B. de. Educação inclusiva: alguns marcos históricos que produziram a educação inclusiva. **Anais...Paraná**: PUC, 2014. p. 5. Disponível em: <www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/447_408.pdf> Acesso em 07 de julho de 2013.

LANNA JÚNIOR, M. C. M. [Comp.]. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 22. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2012.

TOSCANO, C. V. A.; SOUZA, R. de C. S. Representações conceituais na prática educativa especial e inclusiva do professor de educação física. In: DIAS, F.; BORDAS, M.; GALVÃO, N.; MIRANDA, T. [Orgs.]. **Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas**. Salvador: EDUFBA, 2009. p. 139.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1. p. 149.