

1. INTRODUÇÃO.

Pessoas com deficiência são mais vulneráveis que as demais pessoas ao impacto causado pela pandemia da COVID-19. Essa vulnerabilidade não necessariamente tem relação com o impedimento de longo prazo que a pessoa tem, podendo ter origem em barreiras outras as exemplo das de ordem ambiental e atitudinal. Em relação as pessoas com deficiência intelectual, algumas possuem maior vulnerabilidade em sua saúde para doenças como a COVID-19, a exemplo das pessoas com Síndrome de Down, que podem ter uma incidência maior de disfunções da imunidade, cardiopatias congênitas e doenças respiratórias, sendo consideradas grupo de risco (SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2020, p. 5). Por isso, é imprescindível que tenham a sua disposição ferramentas jurídicas para realizar seu planejamento sucessório em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com a entrada em vigor da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, posteriormente regulamentada parcialmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, na qual foi concedida capacidade plena a todas as pessoas com deficiência, várias dúvidas surgiram na comunidade jurídica, podendo-se destacar algumas delas: a pessoa com deficiência sujeita a curatela, nos termos do art. 84, § 1º do EPD, é considerada incapaz, podendo ser enquadrada na nova redação do inciso III do art. 4º do CC/02? A concessão de capacidade civil plena (capacidade legal nos termos da CDPD) a todas as pessoas com deficiência que inclui a capacidade de casar, constituir união estável, exercer a guarda, tutela, curatela, e adoção possui algum limite ou é extensível e garantida de forma plena até nos casos mais graves de deficiência intelectual? Teria a pessoa com deficiência intelectual legitimidade para testar? Poderia o curador representar a pessoa na elaboração de seu testamento e dispor sobre seus bens após a morte, já que a curatela, nos termos do art. 85 do EPD, confere poderes de representação ao curador na esfera patrimonial do curatelado?. A resposta a todas essas perguntas escapa aos objetivos e limites deste trabalho, que se limitará a responder as duas últimas perguntas.

No direito brasileiro, a legitimidade para testar nem sempre está relacionada com a capacidade civil, visto que o art. 1.860 do CC/02 dispõe que podem fazê-lo de forma plena os maiores de 16 (dezesseis) anos. Entretanto, a regra geral é que os incapazes não possuem legitimidade de testar, nos termos do *caput* do referido dispositivo, além daqueles que, mesmo capazes, não possuam discernimento necessário para tal.

Partindo da hipótese de que o modelo adotado na Convenção de Nova Iorque (CDPD) confere a pessoa com deficiência intelectual capacidade para testar, a presente pesquisa objetivou fazer uma análise geral do instituto da legitimidade de testar em face do novo paradigma do artigo 12 da CDPD. Em específico, buscou-se fazer inicialmente um apanhado geral do tratamento que a doutrina nacional tem dado ao tema, após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), depois analisar o modelo trazido pelo Convenção e por fim confrontá-lo com as disposições da legislação infraconstitucional, em especial o EPD e o CC/02.

Utilizou-se do método dedutivo, do qual se partiu de proposições teóricas ou legislativas abstratas para se chegar a soluções para o caso específico das pessoas com deficiência intelectual, em seus diferentes níveis de impedimento e barreiras. Para tanto, analisou-se a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como principal ponto de partida e de conformação da legislação infraconstitucional, em razão de seu *status* de norma constitucional, por ter sido aprovado com *quórum* de emenda a constituição, nos termos do § 3º do art. 5º, CRFB/1988.

Em relação ao objeto de estudo, a pesquisa foi exploratória, descritiva e explicativa, com aproximação deste através de análise tanto das normas positivas como de casos na jurisprudência pátria e estrangeira. Não se pretende, contudo, elaborar um trabalho de direito comparado, entretanto é vasta a pesquisa no direito estrangeiro de casos e soluções compatíveis com o direito brasileiro, tendo em vista ser a Convenção de Nova York aplicada em inúmeros países.

No que concerne à fonte de coleta de dados, a pesquisa foi bibliográfica documental, não só de obras de direito privado (consumidor, civil, etc), mas também de direitos humanos. Além dessas, foram utilizadas bibliografias selecionadas de acordo com a análise de conteúdo e observação sistemática, não só da área jurídica, como também da área médica, da fonoaudiologia, entre outras ciências.

Na seção “2” tratou-se do tema da capacidade/legitimidade de testar, procedendo a uma investigação do tratamento dado ao instituto, principalmente frente a capacidade/legitimidade de testar de pessoas com deficiência autores, por autores relevantes no âmbito do direito civil brasileiro. Na seção “3” fez-se uma análise do modelo adotado na Convenção de Nova Iorque de capacidade civil da pessoa com deficiência, confrontando-o com a legislação

infraconstitucional brasileira, apontando suas incoerências e inconformidades, mas também os pontos positivos. Na seção “4” enfrentou-se o tema da capacidade/legitimidade de testar frente ao novo paradigma da capacidade civil disposto na Convenção de Nova Iorque, assim como abordagens práticas de como o apoio na tomada de decisão pode viabilizar o exercício pela pessoa com deficiência intelectual, de sua legitimidade testamentária.

2. DA CAPACIDADE/LEGITIMIDADE DE TESTAR.

A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apesar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente e sem necessidade de assentimento assistencial, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito, capaz ou não, relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o de aquisição e o de contrair dívidas (MELLO, 2019, p. 76).

Todas as pessoas civilmente capazes podem emitir declaração de vontade em testamento, entretanto, para fins de legitimidade para testar, a legislação atual, seguindo a anterior, reduziu a idade para dezesseis anos. Não se trata propriamente de redução da capacidade de exercício de direito, ou de específica capacidade civil, mas de legitimidade para exercer determinado direito, outorgada por lei (LÔBO, 2020, p. 215).

Assim, a legitimidade para testar possui pressupostos próprios, que a diferem da capacidade civil para praticar atos jurídicos em sentido amplo. Veja-se que na redação do *caput* do art. 1.860 do CC/02 a norma, cuja redação não foi alterada pelo EPD, se refere aos incapazes e aqueles que não tiverem o pleno discernimento no ato de fazê-lo.

A doutrina pátria, mesmo antes do EPD, não via impedimento para testar em relação aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos que tiverem o discernimento reduzido, desde que tenham entendimento e compreensão suficientes para saber o que estão fazendo, no momento da outorga das disposições testamentárias (VELOSO, 2003, p. 30). A falta de discernimento pode ser transitória, em virtude de circunstâncias que não levam necessariamente à curatela, pois, a aferição da capacidade ou da legitimidade do testador dá-se no momento da realização do testamento (LÔBO, 2020, p. 215).

Nessa conformidade, podem testar, por exemplo, a pessoa com deficiência sensorial¹, o analfabeto, o falido, etc., embora em alguns casos a lei restrinja o direito a certas formas de testamento. O testador, por exemplo, não sabendo a língua nacional, não pode testar de forma pública, pois, para figurar nos livros públicos, é essencial que o testamento seja redigido em português. O cego só pode testar sob a forma pública (CC, art. 1.867). Ao que não sabe ou não pode ler, é defeso dispor de seus bens em testamento cerrado (CC, art. 1.872). Em suma, todas as pessoas não incluídas na proibição, podem testar (GONÇALVES, 2019, p. 239).

Em relação a legitimidade de testar de pessoa com deficiência intelectual, objeto do presente estudo, a doutrina nacional costuma enunciar que, mesmo sendo capaz, com fulcro no art. 6º e 84 do EPD, não possuirá capacidade para testar, caso esta não tenha discernimento necessário para tal. Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 245) enuncia que é nulo o testamento celebrado pelas pessoas que se enquadravam na antiga redação do art. 3º do CC/02, mesmo que agora sejam capazes em virtude das alterações promovidas pelo EPD, em razão da “ausência de discernimento”. Também entende serem proibidos de testar os relativamente incapazes (GONÇALVES, 2019, p. 246-247).

Paulo Lôbo (2020, p. 216) não tratou especificamente da capacidade de testar, enunciando apenas que com o advento da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência mental ou intelectual não mais se sujeitaria a interdição absoluta, podendo, contudo, estar sujeita a curatela em seu legítimo interesse. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 274–276), tão somente fizeram referência a necessidade de pleno discernimento para testar, nos termos do art. 1.860 do CC/02.

Para Paulo Nader (2016, p. 238) a pessoa física deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais no momento da prática do ato, ou seja, exige-se uma capacidade de fato, não necessariamente atrelada a capacidade civil. Para o autor mencionado, ainda que o testador estivesse interditado no momento do testamento, a presunção de invalidade é relativa,

¹ O autor citado referiu-se apenas ao cego, e, mais a frente em sua obra (GONÇALVES, 2019, p. 248), referiu-se que o surdo, que não seja “mudo”, poderia testar. Discorda-se do autor citado neste ponto, pois, o surdo pode ou não se comunicar pela via oral (fala), ou por intermédio de sinais (LIBRAS, língua brasileira de sinais). Ademais, não é correto afirmar que o surdo que não se comunica através da fala é mudo, salvo se isso decorrer de um impedimento nos órgãos do corpo humano responsáveis pela fala. De toda forma, pode ele testar, sendo a questão da comunicação perfeitamente possível de ser resolvida aplicando-se meios de apoio na tomada de decisão adequados, não podendo, portanto, ser-lhe negada a legitimidade de testar, inclusive, é isso que se estrai a redação do art. 1.866 do CC/02, na medida em que pode o surdo indicar, na presença de testemunhas, a pessoa responsável por ler seu testamento.

admitindo prova em contrário de que o indivíduo estava em perfeito estado de lucidez (NADER, 2016, p. 239).

Ana Luiza Maia Nevares, Rose Melo Vencelau Meireles e Gustavo Tepedino (2020, p. 124) abordaram mais especificamente o tema, enunciando que a pessoa com deficiência possui o que eles denominaram de capacidade testamentária ativa, uma vez hígida e preservada sua cognição afetiva, tendo plena compreensão do ato de testar. Defendem ainda os referidos autores que a capacidade testamentária ativa deve ser interpretada como fora do horizonte da limitação da curatela prevista no art. 85 do EPD, pois, o discernimento para testar teria natureza dimensão diversa daquela necessária para alienar, hipotecar ou contratar, por sua diferente repercussão na vida do agente (NEVARES, MEIRELES, TEPEDINO, 2020, p. 124).

Apesar de alguns dos referidos autores mencionarem a Convenção de Nova Iorque em suas obras, em nenhuma delas houve análise aprofundada do impacto que as disposições do referido tratado internacional de direitos humanos causou no ordenamento jurídico brasileiro. O principal deles é que o sistema da Convenção não tem o discernimento como pressuposto da capacidade, o que representa uma mudança de paradigma aguda em relação ao modelo adotado no Código Civil brasileiro, que se baseia no discernimento, inclusive na legitimidade para testar. Assim, antes de abordar especificamente a legitimidade para testar, cumpre analisar detidamente o modelo de capacidade incorporado ao direito brasileiro na Convenção de Nova Iorque, que possui natureza de norma constitucional, por ter sido aprovada com *quórum* de emenda a constituição, nos termos do § 3º, do art. 5º da CRFB/1988 (DLG nº 186, 2008).

3. DA CAPACIDADE NA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE.

Durante a elaboração da Convenção de Nova Iorque, haviam duas propostas de redação para o art. 12, sendo uma em que havia a possibilidade de nomear um representante para a pessoa com deficiência, nos casos mais graves de impedimento que afetasse a capacidade da pessoa de tomar decisões. Na outra, não havia qualquer previsão nesse sentido, sendo previsto o apoio na tomada de decisão como única medida adequada aos direitos da pessoa com deficiência (BARIFFE, 2011, p. 84).

Durante o transcurso dos debates correspondentes na oitava sessão, pode-se notar uma preferência pela segunda das opções dadas. No entanto, no momento da aprovação do texto, as delegações da China, Rússia e países árabes registraram seu desacordo em relação ao significado atribuído ao termo "capacidade legal". Incapaz de chegar a um acordo sobre os

prazos para a aprovação da Convenção, o Comitê chegou a um consenso sobre a incorporação de uma nota de rodapé que restringe o significado do termo mencionado para as delegações supracitadas (PALACIOS, 2008, p. 461).

Ao fim, antes do texto ser encaminhado à assembleia geral, a União europeia apresentou uma carta dirigida ao presidente do comitê, expondo seu entendimento de que o conceito de "capacidade legal" tem o mesmo significado em todas as línguas, e, tendo isso por fundamento, estariam preparados para chegar a um consenso (ONU, 2006).

Finalmente, graças aos esforços do Presidente do Comitê, bem como ao trabalho das organizações não-governamentais e à boa vontade das Delegações, chegou-se a um consenso sobre a eliminação da nota de rodapé antes da aprovação pela Assembleia Geral (PALACIOS, 2008, p. 462). Assim, com a eliminação da nota de rodapé, que tinha por fim destacar a capacidade de agir para a Rússia, China e Países Árabes, fica clara a opção do legislador da Convenção que o termo "capacidade legal" abrange tanto a capacidade de gozo quanto a capacidade de agir.

Eis, então, a redação do artigo 12 da CDPD que foi aprovada e incorporada ao direito brasileiro como norma constitucional:

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.

Ao invés de focar no discernimento, o modelo social adotado na Convenção de Nova Iorque é melhor explicado através da “*capabilities approach*”, sob a qual se propõe denominar em português de “abordagem com foco em competências²”. Esse modelo teórico (*capabilities approach*) desenvolvido no contexto dos direitos humanos e das teorias de justiça por Amartya Sen (1980) e Martha Nussbaum (1997), advoga que as prioridades de uma sociedade justa devem ser as capacidades que os indivíduos tem de contribuir com várias funções importantes, em outras palavras, a sociedade deve à todas as pessoas um rol de competências de ser e agir (KHADER, 2008, p.3). Essas são competências funcionais, no sentido de fazer algo ou fazer que algo aconteça que seja importante para os indivíduos e para a comunidade (BACH, KERZNER, 2010, p. 21).

Segundo esse modelo teórico, a função é uma conquista, enquanto que a competência é a habilidade de conquistar. Funções, em um sentido, estão mais relacionadas com padrões de vida, pois consistem em distintas condições de vida. Competências, ao contrário, são noções de liberdade, no sentido positivo: que oportunidades reais você tem em relação à vida que você pode levar (SEN, 1987, p. 48).

Em estudo comparativo com a teoria de Rawls sobre justiça, Serene Khader (2008, p. 4) destaca que:

A abordagem com foco em competências difere da abordagem de bens primários de Rawls, enfatizando que a distribuição de bens sociais é sempre um meio de promover capacidades. Bens como “direitos e liberdades, poderes e oportunidades, renda e riqueza e as bases do auto-respeito” (RAWLS, 1972, p.62) são significativos na medida em que proporcionam às pessoas oportunidades substanciais para florescer. A capacidade de participação política, por exemplo, difere do direito de voto. O direito ao voto implica simplesmente a liberdade de não ser coagido, que impediria a pessoa de votar. A capacidade de participação política significa, na verdade, poder votar, com acesso a transporte, informações adequadas, etc. As abordagens de capacidades sustentam que a primeira é apenas realmente significativa em termos da segunda.

(...) Nesse sentido, a abordagem com foco em competências parte de uma concepção frouxamente kantiana de considerar cada pessoa como um fim e como possuidora de uma dignidade irreduzível que exige respeito. Não valorizam os bens sociais por si mesmos, mas pelo que eles fazem pelas pessoas. Isto implica a noção de a que todas

² Se optou pela tradução para a palavra “competências”, ao invés de “capacidades”, para fins de evitar confusão com o conceito jurídico de capacidade jurídica já consolidado na realidade jurídica brasileira.

as pessoas são devidas igualmente às bases sociais de certas habilidades de ser e fazer³.

Competência no sentido desenvolvido por Amartya Sen, possui um aspecto substancial (direito subjetivo) e outro processual (meios que viabilizem seu gozo e exercício), além de estar diretamente relacionada com a noção de oportunidade, em dois sentidos, (i) se uma pessoa é realmente capaz, de fato, de fazer coisas que ela valoriza, e (ii) se ela possui os meios, instrumentos ou permissões para perseguir o que ela gostaria de fazer (sua capacidade real de realizar essa busca pode depender de muitas circunstâncias contingentes) (SEN, 2005, p. 153).

A perspectiva da competência nos permite levar em conta a variabilidade paramétrica na relação entre os meios, por um lado, e as oportunidades reais, por outro. Diferenças na competência de exercer funções podem surgir mesmo com o mesmo conjunto de meios (ex. bens primários) por uma variedade de razões, tais como: (1) heterogeneidades físicas ou mentais entre pessoas (relacionadas, por exemplo, com deficiência, ou propensão à doença); (2) variações nos recursos não pessoais (tais como a natureza dos cuidados de saúde pública, ou a coesão social e a utilidade da comunidade); (3) diversidades ambientais (tais como condições climáticas, ou ameaças variadas de doenças epidêmicas ou do crime local); ou (4) posições relativamente diferentes em relação a outras (bem ilustrado pela discussão de Adam Smith, na Riqueza das Nações, do fato de que a roupa e outros recursos de que se precisa "para aparecer em público sem vergonha" dependem do que outras pessoas usam normalmente, o que, por sua vez, pode ser mais caro em sociedades ricas do que nas mais pobres) (SEN, 2005, p. 154).

Assim, na abordagem com foco nas competências, não se deve garantir apenas o direito a capacidade e ao seu exercício (substancial), mas também os meios pelos quais as pessoas possam fazê-lo (processo). De nada adianta, por exemplo, conceder capacidade de agir relativa a pessoas que não tem condições de externar vontade, se não há meios capazes delas externarem vontade (por razões evidentes).

³ Tradução livre, no original: "Capabilities approaches differ from Rawls' primary goods approach by emphasizing that the distribution of social goods is always a means to promoting capabilities. Goods like "rights and liberties, powers and opportunities, income and wealth, and the bases of self-respect" (RAWLS, 1972, p.62) are meaningful in so far as they provide persons with substantive opportunities to flourish. The capability of political participation, for example, differs from the right to vote. The right to vote simply implies freedom from coercion that would prevent one from voting. The capability of political participation means actually being able to vote, with access to transportation, adequate information, etc. Capabilities approaches maintain that the former is only really significant in terms of the latter.

(...) In this sense, capabilities approaches follow from a loosely Kantian conception of each person as an end possessed of an irreducible dignity that demands respect. Capabilities approaches assert that we do not value social goods for their own sake but because of what they do for people. This entails the notion that all persons are owed equally the social bases of certain abilities to be and do."

Assim, a leitura a se fazer da capacidade, na perspectiva de que esta é uma das competências inerentes a todo o ser humano, ou seja, um direito da personalidade, leva em conta não apenas o discernimento, mas todas as habilidades que a pessoa reúne para tomar decisões e externar sua vontade, assim como as suas limitações. Além disso, essas habilidades e limitações devem ser avaliadas dentro do contexto social, ambiental e cultural em que a pessoa está envolvida e quais os recursos que ela necessita ter acesso para exercer as habilidades e mitigar as limitações.

Há, entretanto, que se reconhecer que há pessoas que não apresentam qualquer habilidade de tomar decisões de forma autônoma, ou que sequer poderão expressar a sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. Esse fato pode se dar por inúmeras circunstâncias, mas é importante que se fixe que, no modelo social, é preciso que esses impedimentos sejam intransponíveis e devem se aplicar igualmente a todas as demais pessoas, independentemente de qualquer deficiência. O modelo de análise funcional, com base apenas no critério discernimento, não é considerado adequado.

Nesse ponto, alguns autores se ocuparam de propor critérios baseados nessa nova abordagem da deficiência segundo o modelo social, não só para se estabelecer as medidas de apoio e adaptação razoável aplicáveis, mas também para identificar casos em que os impedimentos seriam considerados intransponíveis. Reitere-se, a deficiência não é nem pode ser um dos critérios.

Por todos, propõe-se a adoção da proposta de Micheal Bach e Lana Kerzner (2010, p. 65-66), para os quais a habilidade de tomada de decisão possui dois requisitos básicos, sendo o seu limite mínimo de configuração: a competência para se comunicar de forma cognoscível pelo menos à uma pessoa (geralmente o apoiador); ser capaz de dizer "quem" é, sua história de vida, valores, objetivos, necessidades e desafios, e usar essa coerência narrativa da vida para ajudar a direcionar as decisões que dão efeito às suas intenções. Em outras palavras, agir de forma que pelo menos uma outra pessoa que tenha conhecimento pessoal do indivíduo possa razoavelmente atribuir-lhe ações, vontade e / ou intenções pessoais, memória, coerência através do tempo. Não sendo atendido esse limite mínimo, seria o caso de interdição por incapacidade absoluta, entretanto, isso não é mais possível no direito brasileiro dada a revogação dos incisos do art. 3º do CC/02.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, nesse ponto, criou uma norma sem condição de possibilidade de aplicação, ao colocar as pessoas que não conseguem exprimir vontade, independente de ser ou não pessoa com deficiência, no rol de relativamente incapazes (art. 4º, inciso III, CC/02). A interpretação que deve vigorar é que essas pessoas, mesmo sendo relativamente incapazes, por determinação legal, serão representadas por seus curadores. Veja-se que a causa da incapacidade não é a deficiência, mas sim a impossibilidade de comunicação, valendo para todas as pessoas, não havendo violação ao art. 12 da CDPD que garante capacidade a pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na proposta dos referidos autores, que aqui se adota, a capacidade de agir é uma competência (no sentido de Amartya Sen) e teria então três componentes principais: a) habilidades de tomada de decisão que atendam ao limite mínimo conforme definido acima; b) suporte necessário à tomada de decisões; e c) adaptação razoável por parte de outros no processo de tomada de decisão (ou seja, nos bens e serviços) (BACH, KERZNER, 2010, p. 71).

Nessa perspectiva, como ficam os casos mais graves em que os impedimentos de ordem intelectual ou psíquica levam, muitas vezes, a pôr a vida das pessoas em risco? Para responder a essa pergunta, propõe-se a adoção de três níveis de apoio na tomada de decisão que tem como uma das principais características a sua continuidade, a sua finalidade (potencializar as habilidades decisórias das pessoas apoiadas) e o fato de poderem ser aplicados simultaneamente a mesma pessoa, a depender do tipo de decisão, quais sejam (FLYNN, ARSTEIN-KERSLAKE, 2014, p. 41-42):

- Decisão independente: nesse primeiro nível, a pessoa tem a habilidade de tomar decisões por conta própria e assim é reconhecida, entretanto, necessita de adaptações razoáveis para assisti-la no processo de tomada de decisão, por exemplo, garantir que a informação relativa a decisão a ser tomada seja disponibilizada em um formato que a pessoa consiga compreender, dar a pessoa tempo de sobra para tomar a decisão e permitir o uso de apoios informais, por exemplo, que a pessoa possa consultar aqueles mais próximos a ela, antes de decidir.
- Decisão apoiada: nele o indivíduo é provido de auxílio na tomada de decisão em qualquer e todas as áreas que desejar, podendo tomar diversas formas, como por exemplo o “círculo de apoio” – um certo número de indivíduos de confiança da

pessoa, escolhidos por ela, para ajudá-la no processo. Os apoiadores devem ser pessoas que conhecem bem o(a) apoiado(a) e possam ajudar a interpretar a manifestação de vontade da pessoa e comunicá-la a terceiros. Os estados partes da CDPD devem prover diferentes modalidades de apoio, além de permitir a formalização de acordos de decisão apoiada e garantir que as decisões tomadas por meio desse mecanismo sejam respeitadas por todos.

- Decisão facilitada: deve ser aplicada em último caso, quando não há nenhum “círculo de apoio” ou nenhuma outra pessoa que possa interpretar a vontade e as preferências da pessoa. Nesse caso, será apontado um representante para tomar as decisões em nome do indivíduo, mas o faz com a vontade e as preferências da pessoa no centro do processo da tomada de decisão e de maneira tal que melhor promova o aumento da autonomia e da capacidade de decisão da pessoa apoiada. O papel do representante é projetar a vontade e as preferências da pessoa e tomar a decisão com base nisso. Isso distingue a tomada de decisão facilitada da curatela tradicional que favorece uma determinação objetiva dos "melhores interesses" da pessoa, em vez de priorizar a vontade e a preferência do indivíduo.

Adequando a proposta a realidade legislativa brasileira, temos que o apoio no nível de decisão facilitada corresponde a curatela da pessoa com deficiência, prevista nos arts. 84 a 87 do EPD, que por necessidade de estar conforme ao art. 12 da CDPD, não possui as mesmas regras da curatela tradicional, embora isso não tenha ficado suficientemente claro no EPD. Os demais níveis de apoio mencionados devem ser adequados ao negócio jurídico de tomada de decisão apoiada previstos no art. 1.783-A do CC/02.

Deficiência intelectual é caracterizada por limitações significativas no intelecto e na capacidade de adaptação da pessoa abrangendo habilidades sociais e práticas cotidianas, que se manifesta antes dos 18 (dezoito) anos de idade. É considerada uma pessoa com deficiência intelectual aquela que possui QI abaixo de 70. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a deficiência intelectual pode ser classificada em (TAGGART, COUSINS, 2014, p.8):

- Leve (QI de 50-70): se comunica de forma efetiva e tem capacidade de viver de forma relativamente independente, necessitando de apoio mínimo.

- Moderada (QI de 35-49): indivíduos que, com apoio adequado desde o início de sua vida, terão relacionamentos significativos, poderão se comunicar, lidar com dinheiro, viajar em transporte público, fazer escolhas por si mesmos e entender os horários diários.
- Grave (QI igual ou menor que 34): indivíduos que são quase totalmente dependentes das pessoas ao seu redor e precisarão de ajuda ao longo da vida com tarefas de cuidados pessoais, comunicação, acesso a edifícios e instalações e participação em serviços e atividades da comunidade⁴.

Levando em consideração a classificação da deficiência intelectual em leve, moderada e grave, *a priori*, temos que nos dois primeiros casos, via de regra, seriam necessários apoios no nível de decisão independente e decisão apoiada. Entretanto, os níveis de apoio que a pessoa necessita não dependem apenas da sua deficiência ser classificada em grau leve, moderado ou grave. Fatores sociais como acesso a educação inclusiva e meios de apoio durante toda sua vida voltados para desenvolver autonomia e uma vida independente são cruciais na análise da competência da pessoa em tomar decisões, o que por óbvio influenciam sua capacidade de testar.

4. DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E CAPACIDADE DE TESTAR.

A manutenção do sistema da curatela para a pessoa com deficiência, com regras pouco claras quanto a sua diferenciação ou não em relação a curatela aplicável as demais pessoas, a extinção dos casos de incapacidade absoluta para maiores de 16 (dezesesseis) anos, aliadas a previsão de um único modelo de apoio na tomada de decisão são alguns dos grandes problemas do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Temos assim um conflito entre um modelo baseado no discernimento (CC/02), que revolve a questão da capacidade para testar, e um modelo baseado em competências (CDPD). A solução parece ser no caminho proposto pela CDPD, de fornecer à pessoa com deficiência os meios necessários para o exercício de sua capacidade. Sendo assim, é admissível que uma pessoa com deficiência intelectual possua capacidade para testar, desde que, em uma abordagem baseada em suas competências, que leva em conta mas não se limita a gravidade de seu impedimento, se verifique que esta tem plenas condições de fazê-lo de forma autônoma ou com apoio, mas nunca assistida ou representada por um curador. Havendo

⁴ Há ainda, na literatura médica, autores que propõe uma quarta categoria de deficiência intelectual, denominando-a de profunda, relativa as pessoas com QI igual ou inferior a 20. Para os fins deste trabalho, optou-se pela classificação adotada no trabalho citado.

imposição de medida de curatela, está a pessoa com deficiência impedida de testar, caso essa esfera de decisão a respeito da destinação de seu patrimônio esteja sujeita a intervenção do curador, ainda que na modalidade de assistência.

Nunca é demais lembrar que o apoiador não poderá influenciar, de qualquer forma, na decisão da pessoa, podendo apenas ajudar na comunicação e na compreensão das consequências dessa. No caso do(s) apoiador(es) da pessoa (que geralmente é um membro da família) ser contemplada no testamento, ou tiver qualquer interesse jurídico na sucessão do apoiado, este(s) estará(ão) impedido(s) de atuar(em) como apoiador(es) da pessoa nesse ato em específico, devendo ser nomeada(s) outra(s) pessoa(s) para fazê-lo.

Há modelos de apoio na tomada de decisão, inclusive para os casos mais graves, viabilizando assim que pessoas com deficiência intelectual – que no modelo anterior não poderiam testar – tenham mais essa competência. Joanne Watson é uma fonoaudióloga australiana com mais de 25 (vinte e cinco) anos de experiência ajudando pessoas com deficiência mental grave e suas famílias a implantar métodos de apoio na tomada de decisão. Ela trabalha na Scope Victoria, organização sem fins lucrativos que tem como objetivo auxiliar as pessoas com deficiência a desenvolver uma vida independente. Em um trabalho, dentre muitos de seu PhD pela Deakin University, em parceria também com a LaTrobe University, ela descreve como implantar um “círculo de apoio”, método de apoio na tomada de decisão especialmente desenhado para os casos mais graves de deficiência mental e/ou intelectual.

Um dos métodos de Watson (2011, p. 4) consiste na técnica do “círculo de apoio”, pela qual os meios com que o indivíduo expressa suas vontades e preferências vão sendo identificados pela família e por profissionais especializados, de modo a formar um “catálogo” ou “dicionário” próprio do indivíduo e sua forma de comunicar-se. O método de Watson (2011, p. 4) é dividido em cinco fases, cada uma implementada de forma colaborativa: (a) a identificação de uma decisão a ser tomada, (b) ouvir atentamente o indivíduo e as opiniões de todos (apoiadores, familiares), (c) explorar as opções disponíveis ao indivíduo, (d) documentar as barreiras e potencialidades encontradas no processo e, finalmente, (e) a tomada de uma decisão que reflita as preferências da pessoa com deficiência intelectual apoiada.

A pessoa com deficiência que prejudique a sua habilidade de tomar decisões tem direito a exercer a capacidade de agir em igualdade de condições com as demais pessoas. O mesmo direito se aplica à legitimidade de testar. Para isso, a pessoa deve, como esclarecido na seção

anterior, ser capaz de se comunicar com pelo menos um de seus apoiadores, ter consciência de si, do mundo a sua volta e capacidade de evolução pessoal, receber o apoio necessário para preenchimento, principalmente, das necessidades de comunicação, e ter adaptação razoável que eliminem as barreiras postas.

O apoio na tomada de decisão é um dos instrumentos, aliado as adaptações razoáveis (remoção das barreiras) para que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade. É um processo complexo, que envolve não só os curadores/apoiadores e as pessoas apoiadas/curateladas, pois é dever de todos contribuir para que as circunstâncias ideais de prestação do apoio sejam atendidas.

Os arts. 7.º e 8.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelecem ser dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou violação a direito da pessoa com deficiência e a assegurar-lhes a sua efetivação:

Art. 7.º É dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. Se, no exercício de suas funções, os juízes e os tribunais tiverem conhecimento de fatos que caracterizem as violações previstas nesta Lei, devem remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 8.º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Veja-se que há aqui dois deveres de acessibilidade impostos a todos (sociedade, família, Estado, etc): o dever negativo de não se opor ao direito da pessoa com deficiência ser apoiada e o positivo de colaborar para que este seja efetivado. Nesse contexto, terceiros envolvidos na relação jurídica com a pessoa com deficiência têm o dever de cooperar com o procedimento de apoio na tomada de decisão das pessoas com deficiência, fornecendo o máximo de informações da maneira o mais acessível possível, de modo a maximizar o potencial de compreensão da

pessoa com deficiência e, conseqüentemente, sua autonomia (BACH, KERZNER, 2010, p. 113).

5. CONCLUSÃO.

A legitimidade de testar sem dúvida sofreu impacto considerável no momento em que o direito brasileiro incorporou a Convenção de Nova Iorque, de modo a permitir a pessoa com deficiência intelectual pudesse testar. Apesar dos percalços e da inadequação das medidas previstas no CC/02 e no EPD para garantir a pessoa com deficiência intelectual o exercício dessa competência é possível buscar soluções no direito comparado, soluções que o direito pátrio falhou em disponibilizar.

Apesar de não ter relação necessária com a capacidade de agir, a legitimidade de testar sofreu modificações sensíveis, na medida que o modelo da Convenção não trabalha com o paradigma do discernimento, mas sim o das competências e do apoio na tomada de decisão. A Convenção privilegia a vontade e as preferências da pessoa, com preferência a se invocar conceitos jurídicos indeterminados como “superior interesse”, que muitas vezes representavam apenas aquilo que os curadores ou até mesmo o juiz do caso entendia como sendo a melhor medida a ser tomada, alienando completamente a pessoa com deficiência das decisões sobre sua vida.

Deve-se, entretanto, fazer a melhor interpretação possível com a legislação que se tem, adequando os modelos previstos no EPD, que, apesar de inadequados, devem ser observados em uma leitura conforme a CDPD. Assim, as pessoas com deficiência intelectual que demonstrarem ter competências suficientes para manifestar vontade de maneira cognoscível por pelo menos uma pessoa, e que tenham consciência de si mesma e do mundo a sua volta, devem receber o apoio que necessitarem para exercer sua vontade através do testamento.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização do testamento como ferramenta de planejamento sucessório por pessoas com deficiência intelectual, desde que estas tenham competência para tomar este tipo de decisão de forma autônoma ou apoiada, que dependerá não só da gravidade da deficiência, mas também das circunstâncias particulares de cada pessoa.

REFERÊNCIAS

AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES (AAIDD). **Definition of intellectual disability**. Washington, DC. Disponível em: <<http://www.aaidd.org/intellectual-disability/definition>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

BACH, Micheal; KERZNER, Lana. “**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**”. “Paper” preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>>. Acesso em: 29 de junho 2020.

BARIFFI, Francisco J. *et al* (coord). **Estudio teórico para la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad: Presentación ante el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Buenos Aires/Argentina: RedCDPD, 2011.

FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. **Melbourne Legal Studies Research Paper Nº. 732**. The University of Melbourne: Atralia, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 03 de julho de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. v. 7, 6ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7, 16ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". **Essays in Philosophy**: Vol. 9: Iss. 1, Article 11, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 6ed. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. v. 6, 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVARES, Ana Luíza Maia, MEIRELES, Rose Melo Vencelau, TEPEDINO, Gustavo (org). **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

NUSSBAUM, Martha C. **Capabilities and Human Rights**. 66 Fordham L. Rev. 273,1997. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>>, Acesso em: 23 de julho de 2019.

ONU, **Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Finland to the United Nations addressed to the Chairman**. New York: UN, 2006.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid/ES: CINCA, 2008.

SECRETARIA DE SAÚDE DO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **NOTA TÉCNICA COVID-19 Nº 14/2020 SESA/SSAS/GROSS/NEAE-RCPD**. Vitória/ES, 2020.

SEN, Amartya. Equality of what?. *In*: MCMURRIN, S., ed. **The Tanner Lectures on Human Values**, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.

SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development**, Vol. 6, No. 2, July 2005.

SEN, Amartya. The Standard of Living. *In*: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). **The Standard of Living**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

TAGGART, L.; COUSINS, W. **Health Promotion for People with Intellectual and Developmental Disabilities**. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014. ISBN 9780335246946. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000tw&AN=524809&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 30 jun. 2020

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das sucessões. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). v. 21, São Paulo: Saraiva, 2003.

WATSON, J. **Listening to those rarely heard through supported decision making**: A training package for informal communicators. Paper presented at the Speech Pathology Australia Conference, Darwin, 2011