

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

ILTON GARCIA DA COSTA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Ilton Garcia Da Costa; Maria Creusa De Araújo Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-249-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O estado de emergência de saúde pública de interesse internacional, declarado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, em decorrência do novo coronavírus (COVID-19), impactou na vida e na sociedade no final da segunda década do século XXI (BORGES, ABDI, 2020). Uma situação de emergência societária global que coloca novos desafios para o campo da pesquisa jurídica.

O Direito Civil, como uma área de conhecimento enraizado na sociedade e na cultura, não fica incólume a esse estado de emergência. Novas agendas de pesquisas são inauguradas. Novos problemas, abordagens, metodologias são utilizados para tratar dos imensos desafios advindos da situação de emergência. Simultaneamente, problemas e objetos de estudo tradicionais ao campo são revisitados com olhares e lentes que permitem o desencadear de soluções jurídicas transitórias. Desafios de ordem metodológica e epistemológica emergem para serem pensados pelos juristas e outros atores relevantes ao campo do Direito.

Nesse contexto, o Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II, no quadro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), reuniu pesquisadores para discutir essa nova agenda de pesquisa à luz de novas abordagens teóricas e metodológicas. O estado de emergência em decorrência da pandemia suscitou, também, a necessidade de imersão densa nas novas tecnologias, necessidade acompanhada de problemas jurídicos atinentes à Lei Geral de Proteção de Dados, matéria bastante discutida no âmbito do GT. Além disso, relações jurídicas foram discutidas tendo como cenário o estado de emergência, tais como: responsabilidade civil; relações contratuais; a questão da administração dos condomínios; a relação médico-paciente; a utilização de medicamentos; a situação prisional e a responsabilidade do Estado; a questão da proteção das pessoas com deficiência.

Resta claro que o Direito Civil passa por intensas transformações, que demanda diálogo jurisprudencial, doutrinário. Demanda, sobretudo, conhecimento das novas legislações emergenciais que impactam no campo da pesquisa do Direito Civil e as suas interações com a Constituição e o Direito Internacional.

A tarefa de coordenar este GT com textos e apresentações do mais alto nível nos honrou.

Desejamos boa leitura a todos em especial aos estudiosos do assunto.

Ilton Garcia da Costa - UENP

César Augusto de Castro Fiuza - UFMG / FUMEC

Maria Creusa de Araújo Borges - UFPB

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A NECESSÁRIA TUTELA DOS INTERESSES PESSOAIS

STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITIES AND A NECESSARY PERSONAL PROTECTION

Carolina Almeida de Paula Freitas

Resumo

O Brasil, signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, instituiu em seu ordenamento a Lei 13.146/2015. Desde a entrada da sua vigência, com profunda modificação em nosso Código Civil, as pessoas com deficiência tornaram-se civilmente capazes; a interdição transformou-se em medida extraordinária e, finalmente, institucionalizou-se a Tomada de Decisão Apoiada. Este estudo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, analisará o Estatuto da Pessoa com Deficiência brasileiro, sob a ótica constitucional e realizará sua comparação com algumas legislações estrangeiras, que não se descuidaram da proteção pessoal do deficiente.

Palavras-chave: Estatuto da pessoa com deficiência, Tomada de decisão apoiada, Proteção patrimonial, Proteção pessoal do deficiente

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil, signatory of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, instituted the Brazilian Law 13.146/2015. Since its entry into force, with a profound change in our Civil Code, people with disabilities have become civilly capable; interdiction became an extraordinary measure and, finally, Supported Decision Making was institutionalized. This study, developed by biographical research, will analyze the Brazilian Statute of Persons with Disabilities, from the constitutional point of view and it will be compared with foreign laws, which have not neglected the personal protection of the disabled.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Statute of the person with disabilities, Supported decision making, Property protection, Personal protection of the disabled

INTRODUÇÃO

Considera-se do trecho da introdução mais importante, esse primeiro, onde ressalta-se que em momento algum discute a capacidade, felizmente, positivada dos deficientes e nem contra ela se insurge. Muito menos esse trabalho constitui um estudo discriminatório. Preza-se, antes de tudo, pela garantia dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, assim como o da isonomia.

Através de um estudo que compreende parte de legislações estrangeiras, tem-se que o ideal seria a cautela não apenas patrimonial, a fim de salvaguardar os interesses dos deficientes de modo integral. Impõem-se cuidados à situação, tanto que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) assim determinou quanto às questões patrimoniais dos deficientes.

O objetivo presente é, sem qualquer adoção de interpretação ou medida restritiva, através do método dedutivo-indutivo, refletir sobre a possibilidade benéfica de que esse cuidado se expanda também para o campo pessoal, igualmente por meio da Tomada de Decisão Apoiada (T.D.A), reservada a curatela às hipóteses extraordinárias.

Como informado, foram analisadas legislações brasileiras e algumas estrangeiras que divergem das primeiras, justamente pela preocupação focada às situações pessoais do deficiente.

1 PROTEÇÃO DO HOMEM. EIXO CENTRAL DO DIREITO BRASILEIRO.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUHU), pós Segunda Guerra Mundial, mas atual em qualquer época, fez constar das suas considerações “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.(ONU, 1948)”

Através do seu artigo 1º revela o embasamento dos seus fundamentos e finalidade:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (ONU, 1948)

Destaca-se, de início, os conceitos de dignidade e fraternidade, extraídos do dicionário *on line* Michaelis, por se considerar essas duas palavras como a chave de

acesso a proteção de todos, e no caso do presente artigo, especificamente, dos portadores de deficiências.

Dignidade (dig-ni-da-de), sf

1 Modo de proceder que transmite respeito; autoridade, honra, nobreza.

2 Qualidade do que é nobre; elevação ou grandeza moral.

3 Autoridade moral; honestidade, honra, autoridade, gravidade.

4 ECLES, DESUS Série de benefícios vinculados a cargo importante no clero.

5 Título ou cargo de graduação elevada; honraria.

6 Respeito a seus valores ou sentimentos; amor-próprio.

Fraternidade (fra-ter-ni-da-de), sf

1 Parentesco entre irmãos; irmandade.

2 Solidariedade de irmãos.

3 União ou convivência como de irmãos.

4 Amor ao próximo; fraternização.

5 Harmonia entre as pessoas da mesma comunidade e que lutam por um mesmo ideal; fraternização. (MICHAELIS, 2020)

Ainda, em seu artigo 2º, inciso I, a D.U.D.H estabelece que:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

A Constituição Federal Brasileira cuidou de positivizar normas, em algumas vezes por reprodução da redação da D.U.D.H. e com *status* de garantias e direitos fundamentais, tendo como eixo a dignidade da pessoa humana.

Flávia Piovesan, em seu artigo intitulado “A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos”, esclarece:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato do legislador nacional buscar orientação e inspiração neste instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Neste caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional (PIOVESAM, 1996).

Pelo Decreto nº 6.949/2009, promulgou-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e, por outro Decreto Legislativo, o de nº 186/2008, instituiu no ordenamento a Lei 13.146/2015

Passa o Brasil, portanto, a contar com esses instrumentos - balizadores de alcance e aplicação mundial - referências para tantas outras legislações infraconstitucionais. Compactua, portanto, das preocupações e cuidados existentes no cenário internacional.

Ademais, derivaram da Declaração Universal de Direitos Humanos, tantos outros tratados internacionais, também, de Direitos Humanos, que, por força do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, apresentam natureza de norma constitucional e com aplicação imediata.

Conta o ordenamento jurídico brasileiro, com diversas legislações federais protecionistas da pessoa humana, como, estatuto do idoso, estatuto da pessoa com deficiência (tema de nosso estudo), estatuto da criança e do adolescente. Todas elas sempre, reafirma-se, balizam-se na D.U.D.H, Constituição Federal (e o seu tão aclamado artigo 5º, o qual garantia a igualdade entre os homens, assim como a liberdade) e no Código Civil Brasileiro.

Antes, no entanto, de adentrar-se à questão como prevista no Estatuto da Pessoa com deficiência, necessário esclarecer que a incapacidade não suprime os direitos da personalidade, como leciona Fábio Ulhoa Coelho:

A incapacidade não é restrição à personalidade. O incapaz continua genericamente autorizado a praticar os atos e negócios jurídicos para os quais não esteja expressamente proibido. Em princípio, o incapaz pode praticar os mesmos atos ou negócios jurídicos que a pessoa capaz. Afinal, a titularidade de direitos e obrigações e a autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos decorrem, o primeiro, da condição de sujeito de direito, e o segundo, da personalidade. (COELHO. 2020)

Feitas essas considerações, passa-se à análise da questão à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI 13.146/2015. ANÁLISE DOS DIREITOS TUTELADOS COM ENFOQUE À CURATELA

Pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, deixou o legislador expressamente clara a sua preocupação e finalidade de normatização de regras para reafirmar os princípios constitucionais da igualdade, das liberdades fundamentais, visando a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência.

Pablo Stolze Gagliano, ao tratar da Lei 13.146/2015, destaca com nobreza que: “Mais do que leis, precisamos mudar mentes e corações”.

Não diferente poderia ser, ainda mais no momento de constitucionalização dos ramos do direito (como se a legislação brasileira precisasse da reprodução do texto

constitucional para assegurar-lhe comando). Como conhecimento mínimo, tem-se que, a princípio, toda lei é constitucional e não serão as reproduções de itens do texto constitucional que lhes assegurarão essa qualidade.

O artigo 2º da referida legislação, define “pessoa com deficiência” como sendo aquela portadora de algum impedimento de longo prazo, físico, mental, intelectual ou sensorial, capaz de “obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

De extrema relevância o disposto pelo artigo 5º da Lei 13.146/2015 que dispõe:

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. (Grifos da autora) (BRASIL, 2015)

Isto porque, neste estudo abordar-se-á justamente a respeito da preocupação do legislador brasileiro, muito mais evidenciada à questão patrimonial do deficiente, do que com a proteção pessoal no que é pertinente ao instituto da curatela. Poder-se-á, assim, considerar esse aspecto como sendo uma forma de “negligência” legislativa?

O Estatuto da Pessoa com Deficiência destina-se ao protecionismo dos seus tutelados, por meio de uma legislação inclusiva. O seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro importou na revogação dos incisos do artigo 6º e em nova redação ao seu *caput* do Código Civil.

Esse protecionismo não confunde com vulnerabilidade, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

Incapacidade também não se confunde com vulnerabilidade. Tanto o capaz como o incapaz podem, em determinadas relações jurídicas, encontrar-se em situação de desigualdade diante de outra pessoa economicamente mais forte. Nos casos em que a vulnerabilidade é reconhecida pela lei, eles titularizarão direitos subtraídos do economicamente mais forte, com vistas a compensar juridicamente a desigualdade econômica. (COELHO, 2020).

Stolze Gagliano pondera:

Considerando-se o sistema jurídico tradicional, vigente por décadas, no Brasil, que sempre tratou a incapacidade como um consectário quase inafastável da deficiência, pode parecer complicado, em uma leitura superficial, a compreensão da recente alteração legislativa. Mas uma reflexão mais detida é esclarecedora. Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil. De acordo com este novo diploma,

a curatela, restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, caput), passa a ser uma medida extraordinária:(GAGLIANO, 2015)

Não subtraíram dos portadores de deficiência a plena capacidade civil para:

“I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” (BRASIL, 2015)

O artigo 8º do Estatuto reproduz trechos da redação do artigo 6º e acrescenta outros direitos que assistem aos deficientes, à igualdade com todas as outras pessoas - como não poderia ser diferente, já que o próprio diploma repele a discriminação.

As condições que revelam ser uma pessoa deficiente não lhe podem retirar nenhuma garantia constitucional fundamental ou protetiva. Em tópico próprio, o Estatuto confirma o reconhecimento igual perante a lei, tendo recebido o seu artigo 84, *caput*, a seguinte redação: “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência transformou a curatela em medida excepcional e como bem acentua Stolze Gagliano, “desaparece, a partir do Estatuto, a figura do curador com “superpoderes”, na medida em que a sua atuação é limitada à atividade negocial do curatelado” (2019, p.767).

Além do caráter extraordinário da curatela, introduziu a mencionada Lei no ordenamento jurídico brasileiro a “adoção do processo de tomada de decisão” por meio do § 2º do artigo 84, assim como alterou o Código Civil para discipliná-la através do artigo 1.783-A e seguintes.

Analisando os §§§ 1º, 2º e 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência depreende-se que, somente em caso de necessidade e quando o próprio deficiente físico não elege a T.D.A. (tomada de decisão apoiada), será processada judicialmente a curatela, observando além do menor tempo possível de duração da medida, que a sentença fixará, de forma expressa, os seus contornos e limites, observando-se as singularidades de cada caso. Deixaram, portanto, de existir - no plano dos estudos, porque na prática nem sempre isso é observado, infelizmente, pelos julgadores - decisões generalizadas nomeando os curadores e conferindo-lhes amplos poderes de gerência patrimoniais e pessoais do deficiente.

Quando se afirma que compete ao deficiente a escolha pela T.D.A, é claro que se considera, assim como ressaltado por Pablo Stolze Gagliano, que “por óbvio, este instituto pressupõe um grau de discernimento necessário que permita o exercício do livre direito de escolha e da capacidade de autodeterminação da pessoa apoiada”(2019,p. 773).

O artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência constitui o núcleo deste estudo, que será estudado de forma parametrizada com outras legislações estrangeiras.

Por isso, far-se-á a transcrição integral do artigo:

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

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (BRASIL, 2015).

3 DA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA (T.D.A.). CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PROTEÇÃO PATRIMONIAL PREDOMINANTE.

O festejado Estatuto da Pessoa com Deficiência completou 5 (cinco) anos de vigência e proporcionou aos seus tutelados enormes benefícios, concretizando o primado constitucional da igualdade das pessoas perante a Lei e, por certo, faticamente.

Por ele, além de inovar o Direito brasileiro com inserção da T.D.A., alterou-se profundamente o instituto da capacidade, disciplinada pelo Código Civil, que estabeleceu em seu artigo 3º serem absolutamente incapazes tão somente os menores de 16 (dezesseis) anos.

Antes da legislação especial, o Código Civil, pelo mesmo artigo 3º conceituava como incapazes absolutos os enfermos ou deficiência mental, que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II) e mesmo que por causa transitória assim não tivessem aqueles que não tinham como exprimir sua vontade (inciso III). Eram ainda, tidos como relativamente incapazes os deficientes mentais com o discernimento reduzido (inciso II) e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (inciso III).

Indiscutível a conquista e a repercussão positiva pelos deficientes nos campos jurídico e pessoal.

A curatela (que poderá ser compartilhada¹), antes se estendia àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental não tivesse o necessário discernimento para os atos da vida civil; àqueles que por outra causa duradoura, não pudesse exprimir a sua vontade; aos deficientes mentais e aos excepcionais sem o completo desenvolvimento mental (antigos incisos I ao IV do art. 1.767 do CC). Todavia, desde a entrada em vigor da Lei 13.146/2.015, tal instituto constitui medida extraordinária e cabível somente – no que é pertinente aos deficientes – “àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2015).

A T.D.A. (tomada de decisão apoiada), consistente na eleição, pelo deficiente, de pelo menos 2 (duas) pessoas de sua confiança, com quem ele mantenha vínculo e que lhe auxiliarão sobre decisões negociais atos da vida civil, visando o exercício da capacidade (GAGLIANO, 2015), submeter-se-á, segundo o alvitre do tutelado, ao Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público.

Ensina César Fiuza que:

O instituto da tomada de decisão apoiada baseia-se, portanto, numa convenção, cuja natureza é *sui generis*. Não se trata de representação, uma vez que os apoiadores não atuam em nome do apoiado, representando-o perante terceiros; não se trata de mandato sem representação, porque os apoiadores não agem por sua própria conta, em benefício do apoiado. É instituto único, em que apoiado e apoiadores agem em conjunto, em benefício daquele. (FIUZA, 2020, p.1343).

Igualmente ao regime mais rígido e em casos extremos da curatela, os apoiadores deverão se ater aos limites consignados no termo respectivo, que contará, ainda, com prazo de vigência.

Como o próprio nome induz, não haverá substituição da vontade, mas apenas um apoio para as tomadas de decisões dos deficientes e limitado ao âmbito patrimonial. Tanto é verdade que, em “havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão” (BRASIL, 2015)

Resta incontroverso, que os deficientes possuem capacidade civil plena, podendo, a depender da necessidade, elegerem a T.D.A. para o exercício da vida civil negocial. Quanto aos aspectos pessoais, através do Estatuto que lhes conferiu capacidade plena, estão aptos e não podem sofrer interferência quanto às suas decisões ainda que com reflexos patrimoniais, como nas hipóteses da escolha do regime de bens nos casamentos e dos efeitos de igual natureza, quando se trata de união estável.

¹ Conf. Art. 1.775-A do Código Civil Brasileiro, 2002.

Válida se mostra a reflexão de César Fiuza:

Na verdade, a tomada de decisão sempre existiu e continuará existindo informalmente, dela podendo valer-se qualquer pessoa, seja deficiente ou não, sempre que se considerar vulnerável em algum momento, diante de algum fato da vida. É muito comum, por exemplo, que nos aconselhemos com o gerente do banco, ao fazer uma aplicação financeira. Isso porque o cidadão comum não entende do assunto, sendo prudente que se apoie em quem entenda, antes de tomar uma decisão. O mesmo se diga se infinitas outras hipóteses do dia a dia: a compra de um automóvel, de um imóvel, a reforma de um imóvel, a aquisição de uma obra de arte etc. Em todas essas situações e em milhares de outras, é normal que o indivíduo que não entenda do assunto peça conselho a quem entenda, a fim de se decidir. Isso é tomada de decisão apoiada. Sempre existiu, informalmente, e continuará a existir, na minha opinião, quase sempre na informalidade. As solenidades impostas pelo Código Civil só servirão para afugentar as pessoas desse instituto, que continuará sendo praticado na informalidade (FIUZA, 2020, p.1344).

4 DIREITO COMPARADO: QUAL A PREOCUPAÇÃO DE PORTUGAL ITÁLIA E ARGENTINA) QUANDO O ASSUNTO É A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DOS DEFICIENTES?

A análise de outras legislações, no presente caso, não tem como viés apontar eventuais descréditos à lei brasileira, mas sim compreender a preocupação de cada ente estrangeiro para, se possível, subsidiar a exegese para maior alcance protetivo.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência brasileiro consagrou a capacidade civil plena aos deficientes, dirigindo sua tutela especificamente quanto aos aspectos patrimoniais, através do disposto pelo artigo 85.

Entretanto, diversos outros países, por meio de legislação específica, acautelaram além das questões patrimoniais, situações pessoais dos deficientes, sem, contudo, retirar-lhes a autonomia.

O Código Civil de Portugal (1966) adotou, a partir da alteração legislativa havida em 2018, o Regime Jurídico do Maior Acompanhado (PORTUGAL, 2018) à semelhança da T.D.A. brasileira. Neste sentido, transcrevem-se alguns artigos extraído do Diploma Civil Português:

Artigo 138.º

Acompanhamento

O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código. (PORTUGAL, 1966)

Pelo disposto nos artigos 140, 146 e 147 o legislador declarou o alcance da medida de acompanhamento às relações pessoais, com imposição regulamentar, inclusive, de visitas:

Artigo 140.º

Objetivo e supletividade

1 - O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença.

2 - A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam. (PORTUGAL, 1966)

Do acompanhante exige-se o zelo de “um bom pai de família” em relação ao acompanhado. Por essa lei, através do efetivo convívio, demonstra-se a preocupação afetiva:

Artigo 146.º

Cuidado e diligência

1 - No exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada.

2 - O acompanhante mantém um contacto permanente com o acompanhado, devendo visitá-lo, no mínimo, com uma periodicidade mensal, ou outra periodicidade que o tribunal considere adequada. (PORTUGAL, 1966)

Ainda, em consonância ao moderno procedimento da tutela protetiva, estabeleceu o legislador português que o acompanhante se mostra necessário no que é pertinente aos direitos pessoais do acompanhado, nos limites estabelecidos por lei ou por decisão judicial.

Artigo 147.º

Direitos pessoais e negócios da vida corrente

1 - O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

2 - São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perflhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. (PORTUGAL, 1966)

A Itália, por sua vez, foi mais incisiva e clara quanto à necessidade de proteção pessoal do deficiente, e não tão somente aos aspectos de natureza patrimonial. Em decorrência da Lei 06/2004, criou-se a figura do *amministratore di sostegno*

A instituição de administração de apoio é regida pelos artigos 404 e seguintes do código civil. Este valor aplica-se ao caso em que uma pessoa, em virtude de uma deficiência física ou de uma enfermidade ou de uma deficiência mental, seja incapaz, mesmo que temporariamente, de cuidar dos seus próprios interesses. A figura do AdS foi, portanto, concebida pelo legislador para auxiliar na gestão das relações pessoais e patrimoniais as pessoas afetadas por distúrbios que não sejam tão graves a ponto de ocasionar uma interdição. (AUTIERO, 2019). Tradução²

A italiana Paola Loddó, autora da obra *L'amministratore di Sostegno*, destaca a proteção pessoal do deficiente, pelo ADS com apoio nos aspectos sociais, como, por exemplo, escolha do local para morar, psicoterapia ou na procura de emprego.

Eles podem abranger as seguintes duas áreas (alternativamente ou em conjunto):

- cuidados pessoais, entendidos tanto como cuidados de saúde (quaisquer escolhas de saúde, relações com a equipe médica, expressão de consentimento informado, etc.), e como a gestão dos aspectos relacionais e sociais (escolha do local para morar, início de um percurso de psicoterapia ou apoio na procura de emprego, etc.) (LODDO, 2019) Tradução³

O Código Civil Argentino, à semelhança das legislações acima citadas, preocupou-se em disciplinar a tutela aos portadores de deficiência, sem, contudo, “roubar-lhes” a autonomia. Por ele, o legislador cuidou da tutela no campo pessoal e patrimonial do deficiente:

Artigo 31. Regras gerais

A restrição ao exercício da capacidade jurídica rege-se pelas seguintes regras gerais:

- a) presume-se a capacidade geral para o exercício da pessoa humana, mesmo quando admitida em estabelecimento de saúde;
- b) as limitações de capacidade são de natureza excepcional e sempre impostas em benefício da pessoa;
- c) A intervenção do Estado é sempre interdisciplinar, tanto no tratamento como no processo judicial;
- d) a pessoa tem direito a receber informação por meios e tecnologias adequados ao seu entendimento;
- e) a pessoa tem direito a participar no processo judicial com assistência jurídica, a qual deve ser prestada pelo Estado se não tiver meios;
- f) Devem ser priorizadas as alternativas terapêuticas menos restritivas de direitos e liberdades. (ARGENTINA, 2014). Tradução⁴

² L'istituto dell'amministratore di sostegno trova compiuta disciplina agli articoli 404 e seguenti del codice civile. Questa figura è prevista per il caso in cui una persona, per effetto di una menomazione fisica o di un infermità o di una menomazione psichica, si trovi nell'impossibilità anche temporanea di provvedere ai propri interessi. La figura dell'AdS è stata concepita dunque dal legislatore per assistere nella gestione dei rapporti personali e patrimoniali i soggetti affetti da disturbi non così gravi da dover dar luogo all'interdizione.

³ Essi potranno riguardare i due seguenti ambiti (alternativamente o congiuntamente):

- la cura della persona, intesa sia come cura della salute (eventuali scelte sanitarie, rapporti con il personale medico, espressione del consenso informato, ecc.), sia come gestione degli aspetti relazionali e sociali (scelta del luogo dove vivere, avvio di un percorso di psicoterapia o sostegno nella ricerca di un'occupazione lavorativa, ecc.)

⁴ Artículo 31. Reglas generales

La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

O artigo 32 determina a possibilidade de intervenção judicial para tutelar a pessoa do deficiente, bem como seu patrimônio.

Artigo 32. Pessoa com capacidade restrita e deficiência

O juiz pode restringir a capacidade para certos atos de uma pessoa com mais de treze anos que sofra de um vício ou transtorno mental permanente ou prolongado, de gravidade suficiente, desde que considere que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em dano à sua pessoa ou seus ativos.

Em relação a tais atos, o juiz deve designar o (s) suporte (s) necessário (s) previsto (s) no artigo 43, especificando as funções com ajustes razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa.

O (s) suporte (s) designado (s) deve (m) promover a autonomia e favorecer decisões que atendam às preferências da pessoa protegida.

Excepcionalmente, quando a pessoa estiver absolutamente impossibilitada de interagir com o seu meio e manifestar a sua vontade por qualquer meio, meio ou formato adequado e o sistema de apoio for ineficaz, o juiz pode declarar a incapacidade e nomear um tutor. (ARGENTINA, 2014). Tradução⁵

Através do artigo 43, instituiu a Tomada de Decisão, judicial ou extrajudicial, destinado a auxiliar a pessoa com deficiência na sua direção pessoal, e, não apenas patrimonial.

Artigo 43. Conceito. Função. Entende-se por Apoio Nomeação qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite a quem dela necessita a tomada de decisões na gestão de sua pessoa, na gestão de seu patrimônio e na prática de atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a expressão da vontade da pessoa no exercício dos seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a nomeação de uma ou mais pessoas de sua confiança para prestar apoio. O juiz deve avaliar o escopo da nomeação e procurar proteger a pessoa

-
- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
 - b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre em beneficio de la persona;
 - c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
 - d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
 - e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
 - f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

⁵ Artículo 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidade y designar un curador.

de possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser registrada no Registro do Estado Civil e Capacidade de Pessoas. (ARGENTINA, 2014). Tradução⁶

Ainda que capazes na forma da lei, o Estatuto objeto deste estudo criou institutos assistenciais para a condução da vida dos deficientes.

Destoa, portanto, neste sentido, a legislação brasileira ao referenciar, unicamente, à proteção patrimonial. Por essa exposição, demonstrou-se que outros países foram mais zelosos quanto, sem cercear qualquer um dos seus direitos, protegeram eficientemente também os aspectos pessoais.

5 CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro as pessoas com deficiência alçaram a condição, felizmente, de plenamente capazes. O Estatuto da Pessoa com Deficiência importou em profunda transformação no Código Civil, quanto aos institutos da capacidade e da curatela. O que outrora constituía regra, passou ao *status* de extraordinário: a interdição não mais se aplica indistintamente, muito menos abarca todas as questões do interditado.

O legislador brasileiro, no intento de garantir a plena autonomia conferida pela Lei 13.146/2015, reafirmou que aos deficientes garantem-se os direitos da dignidade da pessoa humana e igualdade, constitucionalmente garantidos. No entanto, talvez com o receio de ser mal compreendido, especialmente como discriminador, tenha considerado tão somente tutelas de caráter patrimonial, como bem destacado no artigo 85, em desarmonia com outras legislações estrangeiras.

Todavia, essa eventual omissão pode constituir instrumento para manobras prejudiciais aos deficientes, inquestionavelmente capazes, mas que necessitam, como mesmo reconhecem, de algum tipo de apoio. Essa é a preocupação.

⁶ 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 inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Não obstante o Código Civil Brasileiro disciplinar a T.D.A – Tomada de Decisão Apoiada, essa medida de proteção é possivelmente instituída e exercida sem qualquer obrigatoriedade de ingerência do Poder Judiciário.

Como bem observado por César Fiuza, a T. D. A. sempre existiu, e para os mais diversos e distintos assuntos e situações extrajudicialmente. Se plenamente capazes os deficientes, “as solenidades impostas pelo Código Civil só servirão para afugentar as pessoas desse instituto, que continuará sendo praticado na informalidade (FIUZA, 2020, p.1344).”

Essencial se faz, com cautela e respeito, especialmente à dignidade dos deficientes, que, ainda que não consignado no texto legal e em estrita observância à autonomia da vontade, que o apoiador os cerque de circunstâncias para que as decisões, também pessoais, sejam tomadas sempre a atender os seus melhores interesses.

6 REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Códigos Código Civil y Comercial de la Nación**. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em 17 jul. 2020.

AUTIERO. Maddalena. **L'amministratore di sostegno**. 2019. Itália: Editore: Cedam. Disponível em <https://www.diritto.it/amministratore-di-sostegno/>. Acesso em 15 jul.2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 186/2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 15 jul.2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº. 6.949**, de 25 de Agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 17 jul.2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 15 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 jul.2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. [livro eletrônico] V.1. Parte Geral. 2 ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 21 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em 15 jul.2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 6. Direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva (Educação), 2019.

ITÁLIA. **Lei nº.06/2004**. Legge 9 gennaio 2004, n. 6. Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali. pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 14 del 19 gennaio 2004 Disponível em <https://www.camera.it/parlam/leggi/04006l.htm>. Acesso em 15 jul.2020.

LODDO, Paola. **Amministratore di sostegno: la guida completa La procedura di nomina, le modalità di scelta, le competenze, gli obblighi ed il compenso**. 2019. Disponível em <https://www.altalex.com/guide/amministratore-sostegno#par6>. Acesso em 15 jul.2020.

MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Dignidade. In: **MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=dignidade>. Acesso em 17 jul.2020.

MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Fraternidade In: **MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fraternidade>. Acesso em 17 jul.2020.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 17 jul.2020.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e o tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos**. 1996. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em 15 jul.2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344**. Código Civil <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202005081847/737472551/diplomaPagination/diploma/9?did=34509075&filter=Filtrar>. Acesso em 15 jul.2020.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344/1966** de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/>

/lc/123928118/202005081847/73747255/diplomaPaging/diploma/9?did=34509075
&filter=Filtrar. Acesso em 17 jul.2020.

PORTUGAL. **Lei n.º 49/2018**, de 14 de agosto de 2018. Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/116043536/details/maximized>. Acesso em 17 jul.2020.