

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO (UFPE)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)**

**RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO**

**O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS  
COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E  
SEUS REFLEXOS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO**

**Recife  
2016**

**RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO**

**O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS  
COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E  
SEUS REFLEXOS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como preenchimento parcial dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

**Recife  
2016**

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Karine Vilela, CRB-4/1464227

**A994n**      **Azevedo, Rafael Vieira de**

O novo regramento da capacidade civil das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos à luz da teoria do fato jurídico. – Recife: O Autor, 2016.

158 f.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito Civil - Brasil. 2. Portadores de deficiência física. 3. Pessoas com deficiência. 4. Capacidade jurídica. 5. Novo regramento. I. Albuquerque Júnior, Roberto Paulino de (Orientador). II. Título.

**346.81 CDD (22. ed.)**

**UFPE (BSCCJ 2016-034)**

**Rafael Vieira de Azevedo**

**“O Novo Regramento da Capacidade Civil das Pessoas com Deficiência no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Seus Reflexos à Luz da Teoria do Fato Jurídico”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior.**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO.

Professora Dr<sup>a</sup>. **Larissa Maria de Moraes Leal** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADO. Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha** (1º Examinador externo/UFPB)

Julgamento: APROVADO. Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Silvio Romero Beltrão** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADO. Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 19 de fevereiro de 2016.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior.**

A Deus, por sua infinita bondade e misericórdia. A meu pai Luciano, minha mãe Paumarisa, minha irmã Rebeca e minha esposa Danielly pelo apoio em todo o tempo.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo maior presente, a salvação através de Jesus, que em sua infinita bondade e misericórdia me sustentou e esteve comigo em todas as situações.

A meu pai Luciano Gomes de Azevedo, minha mãe Paumarisa Vieira de Azevedo, minha irmã Rebeca Vieira de Azevedo e minha esposa Danielly Kerlly Silva de Azevedo, pelo apoio, pela força, e pelo amor que sempre se fizeram presentes em minha vida e sem o qual nada teria conquistado.

Ao professor Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior, pela paciência e dedicação na orientação a este trabalho, e, principalmente, pela preciosa amizade desenvolvida ao longo dessa jornada.

A professora e advogada Larissa de Moraes Leal, pela amizade, por ter me iniciado na Faculdade de Direito do Recife no curso de Pós-Graduação *lato sensu*, sempre demonstrando que a paixão pela docência e pelo sacerdócio da advocacia caminham juntas e se complementam.

A banca avaliadora, pelas observações e apontamentos que tanto enriqueceram este trabalho.

Ao meu tio Edmar Gomes de Azevedo, por ter aberto as portas de sua casa, recebendo-me como a um filho.

Ao meu sócio Manuel Vieira da Silva Neto e sua família, pelo suporte dado para que eu pudesse conciliar as atividades acadêmicas com os trabalhos em nosso escritório.

A todos aqueles que fazem o Vieira e Azevedo Advocacia, pela enorme contribuição e ajuda.

Aos colegas Hermann Dantas, Renata Oliveira, Luís Eduardo Lessa, Juliana Melcop, Everilda Brandão e Humberto Carneiro, pela amizade e companheirismo compartilhados mutuamente.

Aos amigos e familiares que de modo direto ou indireto fizeram parte desta conquista, não podendo nominá-los, sob pena incorrer em injustiça caso me omita em relação a algum deles.

## RESUMO

O principal objetivo deste trabalho é analisar de forma dogmática o novo regramento que conferiu plena capacidade às pessoas com deficiência, que perpassa o estudo das regras e dos princípios que o compõem. Utilizou-se do método analítico-dedutivo, analisando de forma sistemática os dispositivos da CRFB/1988, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, do Código Civil/02, Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira da Inclusão) e demais diplomas legislativos atinentes ao tema proposto. A pesquisa, apesar de não pretender adentrar profundamente na questão pragmática dos processos de interdição, tem um conteúdo quantitativo e qualitativo. Foi exploratória, descritiva e explicativa, com aproximação do objeto de estudo através de análise tanto das normas positivas e de casos na jurisprudência pátria, como de pesquisas empíricas realizadas em países que adotaram a CDPD, sobre a aplicação pragmática de modelos de apoio na tomada de decisão vigentes naqueles. A fonte de coleta de dados foi bibliográfica documental em diversas obras jurídicas, não só de direito privado e não só da área jurídica, como também da área médica, da sociologia, da psicologia, entre outras ciências, para levantamento de dados. Como resultado, foram identificados dois tipos de apoio na tomada de decisão no direito brasileiro, a curatela da pessoa com deficiência (diferente da curatela tradicional), e a tomada de decisão apoiada (medida de apoio propriamente dita), sendo que em ambos os casos não há qualquer alteração na capacidade civil. Concluiu-se pela existência de um novo regramento diametralmente oposto ao anterior, como também pelas mudanças na estrutura dos atos jurídicos praticados por pessoas com deficiência nos três planos do mundo jurídico.

**Palavras-Chaves:** Convenção. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade civil. Pessoas com deficiência. .

## **ABSTRACT**

The aim of this study is to analyze dogmatically the new legal and constitutional standard which gave full capacity to persons with disabilities that permeates the study of rules and principles that compose it. The analytical deductive method was used to analyzing systematically the provisions of CRFB/1988 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the CC/ 02, Estatuto da Pessoa com Deficiência and other pieces of legislation relating to the proposed theme. Though not intending to enter deeply into the pragmatic question of banning processes, the survey has a quantitative and qualitative content. It was exploratory, descriptive and explanatory, with approach to the object of study by analyzing both the positive norms and cases in the country jurisprudence, as empirical research carried out in countries that have adopted the CRPD on the pragmatic application of support models in decision-making in force in those countries. The data collection was bibliographic source documents in several legal works, not only private law and not only legal, but also the medical field, sociology, psychology and other sciences. As a result we identified two types of support in decision-making in Brazilian law, the guardianship of the person with disabilities (different from the traditional guardianship) and supported decision-making (support measure itself) and in both cases there is no change in civilian capacity. A new standard diametrically opposed to the previous one, but also by changes in the structure of legal acts performed by people with disabilities in the three planes of the legal world, has been concluded.

**Keywords:** Convention. Civil capacity. Persons with disabilities. Person with Disability Statute.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>AC</b>	Apelação Cível
<b>ALRC</b>	<i>Australian Law Reform Commission</i>
<b><i>Brain Inj.</i></b>	<i>Brain Injury</i> [=Lesão Cerebral, revista oficial da IBIA (q.v.).]
<b>CA</b>	Estado da Califórnia
<b>Cad.</b>	Cadernos
<b>CC</b>	Código Civil
<b>C. Civ.</b>	Código Civil
<b>CCJ</b>	Centro de Ciências Jurídicas
<b>CDLP</b>	<i>Centre for Disability Law and Policy</i>
<b>CDPD</b>	<i>Convention on the Rights of Persons with Disabilities</i> [= Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.]
<b>Coord.</b>	Coordenador
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>CRFB</b>	Constituição da República Federativa do Brasil
<b>DES.</b>	Desembargador
<b>DES.<sup>a</sup></b>	Desembagadora
<b>CSDC</b>	Convenção Sobre os Direitos da Criança
<b>DJe</b>	Diário de Justiça Eletrônico
<b><i>Dtsch Arztebl Int</i></b>	<i>Deutsches Ärzteblatt International</i> [= Revista Internacional do Médico Alemão]
<b>EASPD</b>	<i>European Association of Service Providers</i> [= Associação Europeia de Prestadores de Serviço]
<b>ECA</b>	Estatuto da Criança e do Adolescente
<b>ed.</b>	Edição

<b>Ed.</b>	Editor
<b>EDERSA</b>	<i>Editoriales de Derecho Reunidas Sociedad Anónima</i>
<b>EPD</b>	Estatuto da Pessoa com Deficiência
<b>et al.</b>	Abreviação da locução latina <i>et alii</i> [= e outros]
<b>EU</b>	<i>European Union</i> [= União Europeia]
<b>Ex.<sup>ma</sup></b>	Excelentíssima
<b>f.</b>	folha(s)
<b>FRA</b>	Sigla do inglês <i>Fundamental Rights Agency</i> [= Agência de Direitos Fundamentais], cujo nome oficial é <i>European Union Agency for Fundamental Rights</i> [= Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia.].
<b>GEN</b>	Grupo Editorial Nacional
<b>HM</b>	<i>Her Majesty</i> [= Sua Majestade, usado na expressão <i>HM Government = Her Majesty's Government = Governo de Sua Majestade</i> ]
<b>IBGE</b>	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<b>IBIA</b>	<i>International Brain Injury Association</i> [= Associação Internacional de Lesão Cerebral]
<b>ICF</b>	<i>International Classification of Functioning, Disability and Health</i> [= Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.]
<b>IEEIR</b>	<i>International Exchange of Experts and Information in Rehabilitation</i> [= Intercâmbio Internacional de Especialistas e Informações em Reabilitação.]
<b>IPEA</b>	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
<b>IRIS</b>	<i>Institute for Research and Development on Inclusion and Society</i>
<b>ISBN</b>	Abreviação do inglês <i>International Standard Book Number</i> [= Número Padrão Internacional de Livro]

<b>ISSN</b>	<i>International Standard Serial Number</i> [= Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas]
<b>LINDB</b>	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
<b>loc. cit.</b>	Abreviação da locução latina <i>loco citatum</i> [= lugar citado (mesma página citada anteriormente)]
<b>Min.</b>	Ministro(a)
<b>n.</b>	Número
<b>n.º</b>	Número
<b>Org.</b>	Organizador
<b>p.</b>	página(s)
<b>pp.</b>	Abreviação do inglês <i>pages</i> [= páginas]
<b>PE</b>	Estado de Pernambuco
<b>pp.</b>	Abreviação do inglês <i>pages</i> [= páginas]
<b>PPGD</b>	Programa de Pós-Graduação em Direito
<b>PR</b>	Estado do Paraná
<b>q.v.</b>	queira ver
<b>Rel.</b>	Relator(a)
<b>REsp</b>	Recurso Especial
<b><i>Rev Esc. Enferm</i></b>	Revista da Escola de Enfermagem [da USP]
<b>RFDC</b>	Revista Fórum de Direito Civil
<b>RS</b>	Estado do Rio Grande do Sul
<b>SP</b>	Estado de São Paulo
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça

<b>TBI</b>	<i>Traumatic Brain Injury</i> [= Lesão Cerebral Traumática]
<b>TGD</b>	Transtorno Global do Desenvolvimento
<b>TJ</b>	Tribunal de Justiça
<b>TM-MG</b>	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
<b>TOC</b>	Transtorno Obsessivo-Compulsivo.
<b>Trad.</b>	Tradução
<b>TRF-2</b>	Tribunal Regional Federal da 2. <sup>a</sup> Região
<b>UFPB</b>	Universidade Federal da Paraíba
<b>UFPE</b>	Universidade Federal de Pernambuco
<b>UFPR</b>	Universidade Federal do Paraná
<b>USP</b>	Universidade de São Paulo
<b>vol.</b>	Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>CAPÍTULO 1 CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS BÁSICOS DOS DIREITOS</b>	
<b>DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</b> .....	19
1.1 O Novo Regramento .....	19
1.2 Deficiência x Incapacidade .....	22
1.3 Princípios da CDPD .....	31
<b>CAPÍTULO 2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS</b>	
<b>DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD) E SEU IMPACTO NO</b>	
<b>ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DE SUA</b>	
<b>VIGÊNCIA</b> .....	52
2.1 A Abrangência da Expressão Capacidade Legal Prevista no Artigo 12 da	
CDPD .....	52
2.2 Do Respeito aos Direitos, à Vontade e às Preferências da Pessoa .....	56
2.3 Da Isenção de Conflito de Interesses e/ou Influência Indevida .....	60
2.4 Proporção e Adequação às Circunstâncias da Pessoa e ao Grau em que tais	
Medidas Afetem seus Direitos e Interesses .....	63
2.5 Aplicação das Salvaguardas pelo Período mais Curto Possível e Revisão	
Regular por uma Autoridade ou Órgão Judicial Competente, Independente e	
Imparcial .....	74
2.6 A Parte Final do Artigo 12 da CDPD e a Tutela do Patrimônio da Pessoa com	
Deficiência .....	78

<b>CAPÍTULO 3 O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DAS</b>	
<b>PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA DO FATO JURÍDICO</b> .....	80
3.1 Considerações Iniciais.....	80
3.2 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Existência.....	81
3.3 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Validade .....	87
3.4 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Eficácia.....	101
3.5 CPC/2015 x EPD: Critérios para Solução dos Conflitos Internormativos dos Dois Diplomas.....	112
3.6 Curatela, Decisão Apoiada e a Autonomia da Pessoa com Deficiência na Tomada de Decisões.....	120
<b>CONCLUSÃO</b> .....	134
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	139

## INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) é o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI, do qual o Brasil é signatário desde o ano de 2006. Foi aprovado por decreto legislativo em 2008, com o quórum qualificado previsto no art. 5.º, § 3.º, da CRFB/1988, o que lhe conferiu *status* de norma constitucional e teve seu texto internalizado em 2009 por decreto presidencial.

Primando pelos valores da autonomia, da inclusão e da acessibilidade, a CDPD inaugurou, no sistema jurídico brasileiro, um novo regramento concernente a numerosos direitos das pessoas com deficiência. Entre eles, está o do exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, que teve regramento central no artigo 12.

Ingressando no ordenamento brasileiro como norma constitucional, a CDPD revogou tacitamente toda a legislação infraconstitucional com ela incompatível, incluindo dispositivos do CC/02. Apesar disso, viu-se pouca reação por parte dos juristas brasileiros, o que redundou na continuidade da aplicação do regramento previsto no CC/02 pelos tribunais pátrios<sup>1,2</sup>.

---

<sup>1</sup> TÍTULOS DE CRÉDITO. Cheques e notas promissórias. Falta de pagamento. 1. Não houve cerceamento de defesa, os elementos dos autos eram suficientes para esclarecimento das questões. 2. Comprovação de doença mental anterior à assinatura dos recibos e da nota promissória. Negócio jurídico realizado por pessoa incapaz. Necessidade de afastar a obrigação. Recurso não provido. Os atos praticados por pessoas absolutamente incapazes, como os enfermos mentais, padecem de nulidade, sendo irrelevante o desconhecimento da incapacidade, pela outra parte. (TJ-SP - APL: 00092168720078260309 SP 0009216-87.2007.8.26.0309, Relator: Gilberto dos Santos, Data de Julgamento: 13/02/2014, 11.ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2014).

<sup>2</sup> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. LICENCIAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTAÇÃO IRREGULAR. ART. 13, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Sentença que afastou a representação da companheira e considerou que, se evidenciado ser o autor absolutamente incapaz, deverá ser representado por curador na forma da lei civil (art. 8.º, do CPC). No entanto, estaria consumada a prescrição de fundo do direito, porque decorridos mais de 05 (cinco) anos do ato de licenciamento impugnado (em 1974), prazo aplicável às demandas contra a Fazenda

Portanto, apesar da vigência de uma norma constitucional, cujo objeto trata de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, esta tinha aplicabilidade negada nos tribunais pátrios. Cumpre destacar que a CDPD não é um tratado com recomendações programáticas ou de cunho meramente político. A normatividade dos princípios e regras nela previstos é inoidável.

Essa circunstância parece estar prestes a se modificar com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou lei brasileira da inclusão da pessoa com deficiência (Lei n.º 13.146/2015). Esse diploma legislativo infraconstitucional foi publicado em 07 de julho 2015, e logo chamou a atenção de juristas das mais diversas áreas da ciência do direito<sup>3</sup>, principalmente por ter revogado expressamente diversos dispositivos de legislação ordinária, inclusive do CC/02, principalmente nos que tocam o tema da capacidade civil. Contudo, muitos dos dispositivos mais comentados e, digamos assim, “polêmicos”, são meras reproduções, com maiores detalhamentos, dos dispositivos previstos na CDPD que já estão em vigor no direito brasileiro desde o ano de 2009, conforme será demonstrado nos capítulos que se seguem.

Entre os dispositivos da CDPD, o de maior relevância para o estudo do novo regramento da capacidade plena das pessoas com deficiência para praticar ato jurídico em sentido amplo é o artigo 12, como será mostrado na seção 2.1. Isso

---

Pública, nos termos do art. 1.º, do Decreto n.º 20.910/1932. 2. O mentalmente enfermo necessita estar representado nos autos por curador, assim nomeado em Ação de Interdição. No caso, o Autor/Recorrente é portador de esquizofrenia CID F20, considerado, portanto, absolutamente incapaz, ingressou em juízo representado por sua companheira. Todavia, não há nos autos qualquer documento que autorize tal representação. 3. Em face do que se contém nos autos, deve ser observado o previsto no art. 13, caput, do CPC, sob pena de se causar grande prejuízo ao Autor-incapaz, portador de deficiência mental CID-F20. 4. Apelação provida, em parte, para anular a sentença, determinando a suspensão do feito e a baixa dos autos à Vara de Origem, para que seja intimada a parte autora para regularizar o senão. (TRF-5 - AC: 200983000191570, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 27/09/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 18/10/2012).

<sup>3</sup> Em direito civil, destaque especial para o professor Paulo Lôbo e para Maurício Requião, cujos comentários serão objeto de estudo em capítulo próprio.

porque ele determina que as pessoas com deficiência têm direito de exercer a capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas e obriga os Estados Partes a lhes fornecer o apoio necessário para o seu exercício.

O tema da presente pesquisa é investigar o impacto do novo regramento da capacidade civil para praticar atos jurídicos *lato sensu*, incorporado ao direito brasileiro pela CDPD e regulamentado pelo EPD, nos planos da existência, validade e eficácia, objeto da teoria do fato jurídico.

A justificativa da pesquisa se encontra no enorme impacto não só jurídico, mas também, e principalmente, social que a aplicação pelos tribunais do novo regramento vigente no direito brasileiro teria na vida de inúmeras pessoas. O tema deve ser tratado à exaustão pelos juristas brasileiros, por se mostrar indubitavelmente complexo e, primordialmente, para que se dê aplicabilidade aos preceitos de ordem constitucional vigentes no direito brasileiro.

Enfrentou-se o problema dos impactos do novo regramento mediante a resposta às seguintes perguntas de pesquisa: Há um novo regramento no direito brasileiro concernente à capacidade para praticar atos jurídicos em sentido amplo pelas pessoas com deficiência? Caso positivo, houve repercussões em algum dos planos do mundo jurídico (existência, validade, eficácia), concernentes a esses atos, em relação ao que se tinha no regramento anterior?

O objetivo geral consistiu em analisar, de forma dogmática, o novo regramento que conferiu plena capacidade às pessoas com deficiência, que perpassa o estudo das normas (regras e princípios) que o compõem. Os objetivos específicos foram: a) abordar a conceituação e os princípios básicos do novo regramento; b) o impacto que a CDPD causou no ordenamento jurídico interno assim que entrou em vigor; c) a análise do impacto causado pelo novo regramento

(CDPD e EPD) na legislação infraconstitucional, na teoria do fato jurídico e os modelos de apoio na tomada de decisão vigentes no direito brasileiro.

Foi utilizado o método analítico-dedutivo, analisando-se de forma sistemática os dispositivos da CRFB/1988, da CDPD, do CC/02 e demais diplomas legislativos atinentes ao tema proposto. Portanto, a pesquisa, apesar de não pretender adentrar profundamente na questão pragmática dos processos de interdição, tem um conteúdo quantitativo e qualitativo.

Em relação ao objeto de estudo, a pesquisa foi exploratória, descritiva e explicativa, com aproximação deste através de análise tanto das normas positivas e de casos na jurisprudência pátria, como também de obras que foram fruto de pesquisas empíricas realizadas em países que adotaram a CDPD, sobre a aplicação pragmática de modelos de apoio na tomada de decisão vigentes naqueles. Com isso se pretendeu verificar se são ou como são aplicados os preceitos da CDPD, no que concerne à capacidade para praticar atos jurídicos, na experiência brasileira e estrangeira de países que adotaram a Convenção, principalmente o Canadá<sup>4</sup>, analisando também medidas alternativas à interdição/curatela. Entretanto, é importante frisar este não se trata de um trabalho de direito comparado.

No que concerne à fonte de coleta de dados, a pesquisa foi bibliográfica documental, não só de obras de direito privado, mas também de direitos humanos e de direito constitucional. Além dessas, foram utilizadas bibliografias selecionadas de acordo com a análise de conteúdo e observação sistemática, não só da área

---

<sup>4</sup> A opção pelo Canadá se deu tanto pelo fato de ser o país com o primeiro diploma normativo que consagra um modelo de apoio na tomada de decisão – *British Columbian Representation Agreement Act*, datado do ano 2000 – (JAMES, WATTS, 2014, p. 14), como em razão da maior facilidade em obter estudos e pesquisas empíricas relevantes sobre a pragmática destes naquele país. O assunto será mais bem abordado no Capítulo 2.

jurídica, como também da área médica, da sociologia, da psicologia, entre outras ciências, para levantamento de dados.

No Capítulo 1, é feita uma breve análise do conceito de pessoa com deficiência no novo regramento, diferenciando-o do conceito de capacidade civil, precisando a natureza jurídica de cada um. Além disso, aborda-se o tema dos princípios previstos na CDPD, na qualidade de normas, estruturas reflexivas que conferem dinamismo ao sistema jurídico, que devem orientar o caminho árduo do intérprete na análise dogmática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atinentes à matéria.

No Capítulo 2, é analisado o impacto que a CDPD, principalmente por meio das regras previstas em seu artigo 12, causou assim que ingressou no ordenamento jurídico pátrio, com análise compreendendo apenas a legislação vigente naquele momento. É abordada cada regra específica trazida no referido dispositivo, de modo a precisar seu conteúdo e analisar detidamente o novo modelo normativo constitucional de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, no que diz respeito à sua autonomia para se autodeterminar como pessoa e tomar o controle de sua própria vida.

No Capítulo 3, encontra-se o cerne da presente pesquisa, onde são respondidas as perguntas iniciais, precisando no que consiste o novo regramento da capacidade para praticar atos jurídicos das pessoas com deficiência e quais as alterações promovidas nos planos do mundo jurídico. Ao final, faz-se uma proposta para solução dos atropelos legislativos entre o CPC/2015 e o EPD, culminando, em seguida, com uma breve abordagem sobre os modelos de apoio na tomada de decisão vigentes no direito brasileiro.

## CAPÍTULO 1

### CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS BÁSICOS DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

#### 1.1 O Novo Regramento

A interdição civil, no modelo previsto originalmente no CC/02, atingia não só a esfera da capacidade para a prática de atos de conteúdo patrimonial, deixando a pessoa interditada impossibilitada também de exercer de forma autônoma (direta) seus direitos de conteúdo existencial. A autonomia da pessoa para tomar as próprias decisões era de maior ou menor alcance dependendo da espécie de incapacidade em que ela se enquadrava, de acordo com o seu “nível de discernimento”, para a prática de atos da vida civil.

Se relativamente incapaz, a curatela alcançaria apenas os atos definidos em sentença, para os quais o incapaz deveria ser assistido pelo curador na prática do ato (art. 1772, CC/02). Se absolutamente incapaz, a curatela será total e irrestrita, sendo que o representante do incapaz exercerá em seu nome e lugar (posição jurídica) todos os atos jurídicos *lato sensu* da vida civil, agindo segundo o princípio do superior interesse do interditado.

No caso do absolutamente incapaz, o ato jurídico *stricto sensu*, ou negocial, só restará válido se for praticado pelo representante do absolutamente incapaz (curador), independentemente do conteúdo do ato (se patrimonial ou existencial), pois era nulo até mesmo o ato praticado pelo absolutamente incapaz em momento de lucidez. (MELLO, 2013b, p. 119).

Assim, a interdição por incapacidade absoluta excluía a vontade (elemento volitivo) do incapaz da composição do suporte fático de atos jurídicos, existenciais ou patrimoniais, substituindo-a pela do curador, que deveria, entretanto, praticar os atos em nome do incapaz segundo o que se entendia ser o melhor interesse deste. Assim, interdição total, ao invés de integrar a pessoa com deficiência à vida em sociedade, terminava por excluí-la ainda mais, pois não levava em conta as peculiaridades de cada indivíduo (LEITE, 2012, p. 315), de modo que atingia, indistintamente, a capacidade para praticar todo e qualquer ato jurídico.

Nesse contexto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>5</sup> (CDPD) e seu protocolo facultativo<sup>6</sup>, na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, foi o primeiro, e até agora é o único, aprovado por decreto legislativo com quórum qualificado de 2/3 dos votos em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional (art. 5.º, § 3.º, da CRFB/1988), que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional. Antes da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados com quórum de maioria simples e ingressavam no ordenamento jurídico com força de norma infraconstitucional, embora o STF tenha reconhecido, em algumas oportunidades, *status* “supralegal”, mas abaixo da CRFB/1988, aos tratados aprovados sem o quórum qualificado<sup>7</sup>.

Apesar de ter sido promulgada desde agosto de 2009 (Decreto n.º 6.949/09), muito pouco foi escrito sobre o tema das mudanças introduzidas pela CDPD no que concerne à capacidade de praticar atos jurídicos no momento de sua entrada em

---

<sup>5</sup> Decreto Legislativo n.º 186, de 9.7.2008, Publicado no DOU de 10.7.2008.

<sup>6</sup> Decreto n.º 6.949, de 25.8.2009, Publicado no DOU de 25.8.2009.

<sup>7</sup> No HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24-10-2008, o HC 94.702, da mesma relatora e publicado na mesma data. Também o HC 90.171, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17-8-2007.

vigor. Na prática<sup>8</sup>, os institutos da interdição e da curatela continuaram sendo aplicados da mesma forma que consta no Código Civil de 2002, como se a CDPD não tivesse trazido nenhuma mudança nesse sentido em nosso ordenamento. Entretanto, essa circunstância não mais se sustentará diante da revogação expressa de numerosos dispositivos da referida codificação, conforme se verá no capítulo seguinte.

Os preceitos da CDPD, regulamentados pelo EPD, alteraram o tratamento da capacidade civil das pessoas com deficiência que mitigue seu discernimento para praticar os atos jurídicos da vida civil. Sendo o tema da capacidade para atos jurídicos *lato sensu* relevante aos três planos do mundo jurídico, as modificações, trazidas pelo novo regramento, nesses repercutem diretamente. Assim, o estudo dessas alterações, promovidas pelo tratamento desse instituto por diploma normativo de força constitucional, é sobremodo relevante, tendo em vista a identificação de um novo regramento no que se refere ao tratamento das pessoas com deficiência, que tem como fim a promoção de sua dignidade humana e de sua inclusão social. (LEITE, 2012, p. 318).

Pontes de Miranda (1983; p.157) conceitua a capacidade de direito como a possibilidade de ter direitos, e capacidade de obrar (fato) como sendo: capacidade de praticar ato-fato jurídico; de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); a de praticar atos ilícitos em geral, relativos ou absolutos (capacidade delitual). Aquele que, em geral, é chamado pela doutrina de “*incapaz*” é destituído, apenas e tão

---

<sup>8</sup> (TJ-RS - AC: 70050515147 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 26/09/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 1.º/10/2012); (TJ-SP – AI: 928878620128260000 SP 0092887-86.2012.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 02/10/2012, 10.ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2012);

somente, das capacidades específicas para a prática de negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito. (LEONARDO, 2010b, p. 995).

Aliada a essas, existem ainda a capacidade de ser parte e a capacidade processual. A primeira consiste na chamada *personalidade judiciária*, da qual são dotados todos os entes personalizados, bem como alguns despersonalizados, como o nascituro, o condomínio, o *nondum conceptus*, entre outros. A segunda é definida pelos processualistas como a aptidão para praticar atos processuais, independentemente de assistência e representação — pais, tutor, curador, etc. —, pessoalmente ou por pessoa indicadas em lei. (DIDIER JR.; 2014; p. 260-262).

Essa última capacidade muitas vezes tem relação direta com a capacidade de fato do direito substantivo, conforme se observa no art. 7.º, do CPC/73. Entretanto, com ela não se confunde, tendo em vista terem regramentos próprios. Há casos em que indivíduos que não possuem capacidade de fato tem capacidade processual para determinado ato (art. 9.º, inciso I, do CPC/73), sendo a recíproca também verdadeira (art. 10, do CPC/73).

As capacidades de direito processual serão abordadas de forma comedida e pontual, sendo o foco direcionado para as capacidades de direito privado. Feitas essas considerações breves e introdutórias, passemos a abordar a diferença entre deficiência e incapacidade para, logo após, analisarmos os princípios previstos na CDPD.

## **1.2 Deficiência x Incapacidade**

Uma das primeiras consequências jurídicas advindas da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é a juridicização de um novo conceito jurídico, qual seja, o de pessoa com deficiência. Tal conceito se extrai logo do artigo 1, que

dispõe serem pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Há uma simbologia importante nesse novo tratamento, que substituiu a antiga expressão prevista na CRFB/1988 de “pessoa portadora de deficiência”, a de que a deficiência é parte da pessoa, e não algo que estava perto pela posse ou portabilidade, ela não carrega, antes, é (ARAÚJO, 2012a, p. 55). Assim, a deficiência é tida como parte da diversidade humana e, como tal, deve ser tratada.

Anna Nilsson (2012, p. 13)<sup>9</sup>, em trabalho publicado pelo “Council of Europe”<sup>10</sup>, analisando as legislações das nações europeias que limitavam a capacidade legal das pessoas com deficiência, identificou três abordagens legislativas diferentes, a saber:

- A abordagem de “status”: equipara certos tipos de deficiência com incapacidade para tomar decisões em alguns ou em todos os domínios da vida. Com esse modelo, a própria existência de uma deficiência em particular é suficiente para tirar o indivíduo da capacidade legal, independentemente das capacidades reais do indivíduo;
- Abordagem de resultado: ao contrário do anterior, centra-se na razoabilidade da decisão tomada pelo indivíduo. O exemplo típico é a pessoa com uma

---

<sup>9</sup> Essa classificação – utilizada por Nilsson (2012, p. 13) para analisar o estado das legislações de nações europeias que previam a retirada de capacidade das pessoas com deficiência – dos tipos de abordagens legislativas foi criada pela jurista indiana Amita Dhanda (2007, p. 430-431) e adotada pela ONU no relatório de seu comitê sobre os direitos das pessoas com deficiência (UNITED NATIONS, 2014, p. 4), encarregado de analisar o cumprimento, pelos estados signatários, dos preceitos da CDPD.

<sup>10</sup> É uma organização internacional, sediada em Strasbourg (França), que é composta por mais de 47 nações europeias, das quais 28 fazem parte da União Europeia. Foi fundada para promover a democracia e a proteção dos direitos humanos e do domínio da lei na Europa. Mais informações no sítio: <<http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>>.

deficiência psicossocial que decide buscar tratamento num hospital psiquiátrico. A decisão de procurar e aceitar o tratamento é quase sempre aceita como uma decisão válida. Se o indivíduo, no entanto, quer interromper seu tratamento, a decisão é susceptível de ser questionada sob o fundamento de que ele não é competente para entender seu melhor interesse;

- Abordagem funcional: concentra-se nas capacidades cognitivas do indivíduo, ou seja, sua capacidade de compreender a natureza e as consequências de uma determinada decisão. Uma deficiência, ou incapacidade, é aplicada como uma condição limite, na qual apenas as pessoas com tais condições correm o risco de ter sua capacidade questionada. Para reter sua capacidade jurídica, o indivíduo tem de ser capaz de demonstrar a capacidade de tomar decisões por si próprio.

Analisando os modelos identificados por Nilsson (2012, p.13) na legislação europeia, vê-se que o direito brasileiro, no regramento anterior da capacidade das pessoas com deficiência, previsto no CC/02, parece ter adotado a abordagem funcional. Se não, vejamos. No CC/16, a “normalidade da psique” era situação de fato que se juridicizava como elemento do suporte fático, cuja existência era essencial à validade dos atos jurídicos e dos negócios jurídicos. (MIRANDA, 1970b, p. 93-94). Assim, qualquer pessoa natural que não fosse considerada “incólume” em sua psique incorreria em uma outra situação de fato, qual seja, a da “anormalidade da psique”, que, integrada com outros elementos fáticos, compõe suporte fático, que incide e entra no mundo jurídico como fato jurídico, gerando a situação jurídica<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> *Situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em

unissubjetiva<sup>12</sup> da incapacidade, que poderia ser absoluta ou relativa. Incide e entra no mundo jurídico como fato jurídico, gerando a situação jurídica<sup>13</sup> unissubjetiva<sup>14</sup> da incapacidade, que poderia ser absoluta ou relativa.

Outro fator que implicava a mesma situação jurídica acima referenciada era a surdo-mudez, aliada à inaptidão para exprimir-se de modo “inteligível”. (MIRANDA, 1970b, p. 94; MELLO, 2013b, p. 64). Também era considerada a ausência dessa circunstância como elemento cuja existência era essencial à validade dos atos e negócios jurídicos.

A incapacidade para o exercício de forma autônoma dos atos da vida civil era o “remédio” adotado pelo ordenamento para todas as pessoas que se enquadrassem em quaisquer dessas situações de fato. (LEITE, 2012, p. 304). No CC/02, antes da vigência da CDPD, foram eleitas, como um *a priori* do legislador, as seguintes situações de fato como elementos capazes de gerar a situação jurídica da incapacidade de agir (absoluta ou relativa):

- I. Menoridade (os revogados art. 3.º, inciso I, e art. 4.º, inciso I, ambos do CC/02);

---

que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus ou sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica (casos de situações jurídicas unissubjetivas). (MELLO, 2013a, p. 95).

<sup>12</sup> Também denominada de simples, são aquelas cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma qualidade ou uma qualificação no mundo jurídico. (MELLO, 2013a, p. 104).

<sup>13</sup> *Situação jurídica* é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus ou sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica (casos de situações jurídicas unissubjetivas). (MELLO, 2013a, p. 95).

<sup>14</sup> Também denominada de simples, são aquelas cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma qualidade ou uma qualificação no mundo jurídico. (MELLO, 2013a, p. 104).

- II. Enfermidade ou deficiência mental, que retire do indivíduo o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos (revogado inciso II do art. 3.º, do CC/02);
- III. Impossibilidade de exprimir vontade, ainda que por causa transitória – situação em que era enquadrado o surdo-mudo incapaz de comunicar-se –, (derrogado inciso III do art. 3.º, do CC/02).
- IV. Deficiência mental que implique discernimento reduzido, deficiência que implique desenvolvimento mental “incompleto”, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos (sim, a pessoa com deficiência era tratada como os ébrios e viciados em tóxicos).

Diferentemente da orientação do Código de 1916, que considerava causa da incapacidade tão somente a circunstância da insanidade mental, referindo-se a “loucos de todo gênero”, para a codificação do CC/02, o que importava para caracterizar essa causa de invalidade era, precisamente, o grau de discernimento da pessoa, não o simples fato da enfermidade ou deficiência mental. (MELLO, 2013b, p. 118). Assim, no CC/16, a abordagem adotada era a de “status”, enquanto no CC/02, houve a mudança para a funcional.

De modo geral, todas essas abordagens são censuráveis, pois a de “status” baseia-se em estereótipos e ignora as habilidades reais da pessoa; a de resultado é contraditória, e não provê para as pessoas com deficiência a dignidade de cometer erros e correr riscos, como o resto de nós; e a funcional tem, até agora, dado pouca atenção para a importância do apoio, embora possa ainda ter uma utilidade, não como um critério para retirar capacidade, como no passado, mas, sim, como uma medida para ajudar a determinar que tipos de apoios devem ser colocados à disposição do indivíduo. (NILSSON, 2012, p. 13-14).

Desde já se prevê que a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência causou uma abrupta e radical ruptura no regramento da capacidade para a prática de ato jurídico *lato sensu*. De logo, desloca o conceito de deficiência do plano meramente clínico para um preceito de ordem social, de modo que, nem sempre que diagnosticada determinada condição clínica, se estará diante de deficiência.

O ponto de partida teórico do modelo social é ser a deficiência considerada uma experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive, isto é, da combinação de limitações impostas pelo corpo com algum tipo de perda ou redução de funcionalidade (“lesão”) a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal. (MEDEIROS; DINIZ, 2004, p. 8).

A situação de fato de o indivíduo possuir algum impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial não implica necessariamente a presença da deficiência. Esta só é verificável quando os impedimentos, em interação com outras barreiras de cunho social, não permitirem o exercício pelo indivíduo de sua participação plena e efetiva como membro da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Em síntese, o modelo social identifica a deficiência na inadequação da sociedade para a inclusão de todos, sem exceção. (MEDEIROS, DINIZ; 2004; p. 8-9).

O modelo social, adotado expressamente pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, trata esses impedimentos como naturais à diversidade da espécie humana (artigo 3, alínea “d”, CDPD). Nesse sentido, deve a sociedade adaptar-se à diversidade humana de modo a incluir todos os seres

humanos na participação plena em sociedade, devendo sempre buscar a superação das barreiras sociais que a impedem.

As deficiências que influenciam no processo de tomada de decisão, inerente à capacidade para praticar atos jurídicos *lato sensu*<sup>15</sup>, sendo, portanto, foco principal deste trabalho, são as deficiências cognitivas, intelectuais e psicossociais que podem ser definidas da seguinte forma (BACH, KERZNER; 2014; p. 14-15):

1. A deficiência intelectual geralmente implica uma maior dificuldade, em relação à maior parte das pessoas, na função cognitiva e de adaptação, devido a uma condição de longo prazo que está presente ao nascimento ou antes da idade de dezoito anos. Pessoas com esse quadro podem ter maior dificuldade na realização de atividades cotidianas, como se comunicar e interagir com os outros, administrar o dinheiro, fazer atividades domésticas e atender aos cuidados pessoais. Embora seja tecnicamente distinta de outras deficiências de desenvolvimento, a expressão “deficiência mental” é frequentemente usada nos vários casos.
2. Deficiência cognitiva refere-se a tipos semelhantes de dificuldades, geralmente com início mais tardio do que a idade de dezoito anos, mas que pode resultar de lesão cerebral em idade mais precoce. Pessoas com deficiências cognitivas incluem aquelas que sofreram acidente vascular cerebral, demência ou doença de Alzheimer, e os adultos mais velhos que sofrem de outras formas de declínio cognitivo à medida que envelhecem.

---

<sup>15</sup> As capacidades de praticar negócio jurídico (= negocial) e ato jurídico *stricto sensu* não se confundem – apesar de serem consideradas espécies de uma capacidade genérica de praticar ato jurídico (*lato sensu*) –, porém, em regra, as normas sobre uma são aplicáveis à outra, porque nas duas espécies se leva em conta a vontade consciente. (MELLO, 2013c, p. 120-121). Neste trabalho, será mais utilizada a tipologia genérica que abrange a capacidade negocial e de atos jurídicos *stricto sensu*.

3. Indivíduos com deficiências psicossociais são aqueles que experimentam problemas de saúde mental, e/ou que são identificados pelos modelos conservadores e segregativos como “loucos”<sup>16</sup>. Esses grupos não são mutuamente exclusivos. Muitas pessoas com deficiência intelectual ou cognitiva, bem como os adultos mais velhos, também são identificadas como tendo deficiências psicossociais.

Diante do exposto, surgem as seguintes indagações: o que é deficiência no novo modelo previsto na CDPD e no EPD? Qual a sua natureza, situação de fato ou efeito jurídico? Para responder tais indagações, cumpre fazer uma análise partindo desde a própria estrutura da norma que a juridiciza até o plano em que esta ingressa no mundo jurídico.

Estruturalmente, uma proposição jurídica completa associa uma situação de fato circunscrita de modo geral a determinadas consequências jurídicas. (LARENZ, 1997, p. 359-360). Não havendo essa estrutura *in totum*, está-se diante de uma proposição jurídica incompleta.

Sendo assim, a norma do artigo 1, da CDPD, é uma proposição jurídica incompleta aclaratória, ou seja, delimita em pormenor um conceito ou tipo empregados em outras proposições jurídicas (delimitadoras) – mais usadas para definir situações de fato –, ou especificam ou complementam o conteúdo de um termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (complementadoras) – mais comuns em prever consequências jurídicas adicionais. (Ibidem, loc. cit.). Nesse contexto, verifica-se que o mencionado

---

<sup>16</sup> Expressão utilizada pelo autor do texto referenciado.

dispositivo delimita uma situação de fato, um conceito jurídico que, aliado a outros elementos, pode compor o suporte fático de fatos jurídicos.

A partir dos conceitos já desenvolvidos, pode-se concluir que incapacidade e deficiência não se confundem. A primeira é juridicizada no plano da eficácia do fato jurídico, consistindo em uma situação jurídica unissubjetiva, e, no caso de compor o suporte fático de atos jurídicos, estes serão tidos como inválidos (nulos ou anuláveis) (MELLO, 2013a, p. 120-121) em razão da incidência do art. 166, inciso I, e art. 171, inciso I, ambos do CC/02. A segunda é situação de fato que, como se verá nas linhas que se seguem, não mais poderá ser juridicizada, qualquer que seja, como elemento cuja existência implique – por si só ou em uma perspectiva funcional – incapacidade e, conseqüentemente, a nulidade ou a anulabilidade de um ato ou negócio jurídico. Isso porque as pessoas com deficiência têm capacidade plena para praticar atos jurídicos (art. 6.º, do EPD, e art. 12, da CDPD), independentemente do tipo de impedimento de longo prazo (mental, sensorial, psicológico, intelectual, etc.) que, em interação com as demais barreiras, impliquem deficiência.

Em outras palavras, a deficiência é fato puro, pertencente ao mundo fenomênico, que, entretanto, ingressa como elemento do suporte fático de fatos jurídicos, sempre que houver a incidência de uma norma do novo regramento de proteção à pessoa com deficiência (principalmente CDPD e EPD). Como as normas do novo regramento, referentes à capacidade civil das pessoas com deficiência, lhe conferem capacidade plena para praticar atos jurídicos *lato sensu*, a situação jurídica da incapacidade não pode ser conseqüente de fato jurídico antecedente cujo suporte fático tenha como elemento a deficiência (situação de fato).

Assim, deficiência e incapacidade, já separadas desde a adoção do modelo funcional do anterior regramento do CC/02, com a vigência deste novo regramento,

distanciam-se ainda mais. Isso se apresenta de tal modo que a primeira jamais poderá ser fato hábil a compor suporte fático de fato jurídico antecedente do qual a segunda seja a situação jurídica consequente. O “divórcio” foi definitivo.

### 1.3 Princípios da CDPD

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê tanto normas-princípios, quanto normas-regras. Tais princípios têm força constitucional, devido ao *status* de que goza a CDPD em nosso ordenamento. Mais do que isso, por se tratar de direitos humanos, seus preceitos são inclusos nos direitos e garantias individuais, o que os reveste da qualidade de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4.º, inciso IV, da CRFB.

Não há distinção entre princípios e normas, pois aqueles são dotados de normatividade e estas compreendem regras e princípios, sendo as regras gênero dos quais os princípios são espécies. (BONAVIDES, 2003, p. 288). Antes de tratar especificamente sobre aqueles previstos na CDPD, cumpre esclarecer o que se entende como norma-princípio e norma-regra.

Os princípios não podem ser concebidos sem o fenômeno da positivação do direito na sociedade moderna, de modo que eles só surgem e têm significado prático quando ocorre a diferenciação funcional do direito como sistema social. (NEVES, 2014, p.112). Com a positivação e a constitucionalização do direito moderno, a visão filosófica do positivismo prevaleceu, reconhecendo que há, na sociedade, outras concepções éticas diferentes daquelas que foram positivadas, apenas não a considera “direito”: concepções éticas não reconhecidas pelo ordenamento jurídico são ideologias morais em busca de positivação. (ADEODATO, 2010, p.175).

Afigura-se mais apropriada a noção sistêmica da observação de primeira e segunda ordem para que se compreenda a localização da distinção entre princípios e regras no plano da argumentação jurídica. (NEVES, 2014, p. 98). A observação de primeira ordem consiste na observância cotidiana do direito, da pura aplicação rotineira de normas jurídicas, de modo que não é questionado o sentido nem questionada a validade das normas a serem seguidas, aplicadas ou usadas no respectivo contexto. (NEVES, 2014, p. 98). Na observação de segunda ordem, os envolvidos na comunicação jurídica galgam outro plano, a partir do qual discutem sobre as normas a serem aplicadas, a sua validade, o seu sentido, as condições de cumprimento, etc., possibilitando que se rediscutam permanentemente as normas a aplicar e as condições de seu cumprimento, aumentando, assim, o grau de irritabilidade do sistema. (NEVES, 2014, p. 99-100). Os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, como razões imediatas para normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. (NEVES, 2014, p.103).

Os princípios são estruturas reflexivas (mais abrangentes de reflexividade) que ostentam o caráter de normas jurídicas gerais, com base nas quais se desenvolve uma observação de segunda ordem dos casos constitucionais a decidir e das normas de decisão. (NEVES, 2014, p. 129). São eles a válvula de escape que permite aplicar dinamicidade a um sistema jurídico de regras numa sociedade complexa com os mais diversos e, muitas vezes, antagônicos valores. (NEVES, 2014, p. 130).

As regras, também normas jurídicas gerais, têm em si expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso, estando, portanto, na observação de primeira ordem da estática jurídica. (NEVES, 2014, p. 120). Não

necessariamente por serem normas analisadas no plano da observação de primeira ordem, deverão ser as regras compostas de hipóteses normativas fechadas, sem nenhuma margem de interpretação ou formação de normas de decisão distintas no processo de concretização da norma a ser subsumida ao caso concreto<sup>17</sup>.

Veja-se que a norma que estabelece que a pensão alimentícia deva ser arbitrada com base no binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante é uma regra. Contudo, a concepção de necessidade e possibilidade admite numerosas variações no caso concreto. (MADALENO, 2013, p. 983). Pode-se entender, *a priori*, que o ex-cônjuge de um milionário tem necessidade de uma pensão alimentícia na proporção suficiente para manutenção do padrão de vida anterior à separação, ou que o critério da necessidade não abrange manutenção do mesmo padrão de vida, arbitrando os alimentos em valores mais módicos.

Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação de seu conteúdo, ou seja, atuam como razão ou fundamento de regras, incluindo regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. (NEVES, 2014, p. 134). As regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais, de modo que, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal, nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrando a inconsistência do sistema jurídico. (NEVES, 2014, p. 134-135).

---

<sup>17</sup> Não é suficiente também, como propôs Mello (2013c, p. 50-54), afirmar que a diferença primordial entre ambas as espécies normativas estaria na abrangência de seus respectivos suportes fáticos, os princípios mais que as regras, tornando a distinção impertinente em muitos casos.

Portanto, os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois, entre os princípios e as razões, sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante construção jurisprudencial. (NEVES, 2014, p. 84).

Em razão de os princípios constitucionais estarem mais distantes do caso a decidir e possuírem uma relação mais flexível entre antecedente e consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas da sociedade em relação ao sistema jurídico. Contudo, por apresentarem-se subcomplexos perante o caso a ser decidido, as regras jurídicas são mais adequadas para oferecer fundamento imediato do caso a decidir. (NEVES, 2014, p. 118).

No que diz respeito à irradiação de sua eficácia normativa, as regras são enunciados normativos que estabelecem, desde logo, os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos. (BARCELLOS, 2011, p. 63). Dependendo da complexidade do efeito pretendido, a regra pode demandar uma única conduta, que não sofrerá alteração importante em decorrência dos diferentes ambientes de fato sobre os quais incidirá, ou condutas diversas, que variam em função dos fatos subjacentes, ainda que o efeito pretendido seja o mesmo. (BARCELLOS, 2011, p. 63).

Já os princípios possuem efeitos indeterminados a partir de certo ponto, e os meios para atingi-los são múltiplos<sup>18</sup> (BARCELLOS, 2011, p. 70), porém não

---

<sup>18</sup> Ao dissertar sobre a irradiação da eficácia dos princípios, Barcellos (2011, p. 46 et seq.) faz referência à incidência direta de um princípio sobre uma variedade de circunstâncias fáticas, gerando condutas exigíveis diretamente a partir de sua aplicação ao caso concreto. Apesar de utilizar-se da teoria proposta pela citada autora, no que diz respeito à irradiação da eficácia dos princípios, refuta-se a possibilidade de incidência direta e imediata de um princípio a um caso

indetermináveis, pois uma proposição cuja eficácia seja indeterminável não poderia ser qualificada como jurídica. A determinação da eficácia ocorre dentro do processo de concretização da norma de decisão aplicável ao caso concreto. Apenas à luz do princípio, enquanto princípio, não se consegue observar e determinar diretamente a relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica concreta, de modo que só ao final, no desenvolvimento do processo concretizador, se delimita, à luz de regra, a hipótese normativa, possibilitando a transformação do suporte fático (concreto) em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos. (NEVES, 2014, p. 123-124).

Pode-se enxergar a irradiação da eficácia dos princípios recorrendo à imagem de dois círculos concêntricos: o círculo menor cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados, e o espaço intermediário entre o círculo interno e o externo (a coroa circular) será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática, que definirá o sentido, entre os vários possíveis numa sociedade pluralista, a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo. (BARCELLOS, 2011, p. 69)<sup>19</sup>. Feitas as considerações acerca da estrutura e da irradiação eficaz das normas-princípios, é preciso ainda analisar as modalidades de eficácia jurídica que irradiam dessas normas.

São modalidades, não exaustivas, de eficácia jurídica: simétrica ou positiva, invalidante, ineficacizante, negativa, vedativa do retrocesso, sancionadora e

---

concreto sem que, no processo de concretização, se extraia uma regra que servirá de razão final de solução do caso, adotando-se a proposta de Neves (2014, p. 109) de que as normas que estão no nível reflexivo da ordem jurídica, qualificadas como princípios, servem tanto para o balizamento quanto para a construção hermenêutica de outras normas, mas não são razão definitiva para uma norma de decisão de questões jurídicas.

<sup>19</sup> Barcellos (2011, p. 46-72) defende a existência de dois grupos de princípios, sendo o primeiro composto por aqueles que possuem efeitos indeterminados e conteúdo voltado para realização de fins ideais, valores ou metas políticas e o outro, apesar de também produzir efeitos voltados a metas valorativas ou políticas, os fins seriam determinados, aproximando-se das regras. Adota-se o modelo proposto por Neves (2014, p. 109), para o qual o enquadramento conceitual não comporta um terceiro “tipo ideal” de normas (sem que se negue a existência de outros padrões no sistema jurídico além das normas), de modo que ou estão no nível reflexivo, qualificando-se como princípio, ou são normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas.

interpretativa. Barcellos (2011, p. 75-107) propôs as seguintes modalidades de eficácia jurídica dos princípios constitucionais: simétrica ou positiva, nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa do retrocesso, penalidade e interpretativa. Como tanto anulabilidade quanto nulidade são graus de invalidade (MELLO, 2013b, p. 94), optou-se por tratar de eficácia invalidante, que envolve ambas, em vez de eficácia de nulidade e de anulabilidade separadamente. Da mesma forma, é conceitualmente mais preciso falar-se em sanção (mais abrangente), em vez de pena (mais restrita), sabendo-se que, para autores como Mello (2013b, p. 86), a invalidade é uma modalidade de sanção, e a ineficácia pode ser, em algumas hipóteses, posição com a qual se concorda. Contudo, em razão de as invalidades possuírem regramento bem definido, assim como a ineficácia, distinguindo-as das demais espécies de sanção previstas no ordenamento, optou-se por inseri-las como modalidades autônomas de eficácia das proposições normativas do tipo princípio.

A eficácia positiva ou simétrica não pode ser tida como aquela que cria direitos subjetivos, como propõe Barcellos (2011, p. 77), pois estes são fruto da eficácia de fatos jurídicos já concretizados. Nada mais reprovável, em método, do que começar-se a falar dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções, antes de se falar da regra jurídica, do suporte fático, da incidência da regra jurídica, da entrada do suporte fático no mundo jurídico (fato jurídico), pois tudo isso é *prius*, e os direitos, as pretensões, as ações e exceções já são eficácia dos fatos jurídicos, já são *posterius*. (MIRANDA, 1983d, p. 226). Portanto, a eficácia positiva ou simétrica de um princípio só pode ser aquela resultante da criação de uma regra jurídica que prevê, como efeito da concretização do suporte fático, *posterius*, o

“nascimento” de um direito subjetivo. Tal raciocínio é aplicável às demais modalidades de eficácia das normas-princípios.

A invalidante consiste na criação de regras jurídicas que proporcionam a invalidade de um ato jurídico. Tem-se, por exemplo, a eficácia invalidante do princípio da boa-fé objetiva, que cria regras jurídicas que proíbem, com sanção de invalidade, a violação positiva do contrato. Nesse sentido, a ausência de boa-fé (= má-fé) na conclusão do negócio jurídico tanto pode conduzir à sua anulabilidade como gerar ao figurante de má-fé o dever de indenizar os prejuízos que forem causados, salvo se a lei imputar outros efeitos. (MELLO, 2013b, p. 125).

A modalidade ineficacizante cria regras que vedam a irradiação da eficácia de fatos jurídicos. Esta poderá atingir determinados atos jurídicos, especialmente negócios jurídicos, válidos ou não, que fossem sem efeitos. (MIRANDA, 1983d, p. 70). A retirada de efeitos do mundo jurídico, como será visto mais adiante, é a modalidade que adquirirá importância-chave na solução do problema dos atos praticados pelas pessoas com deficiência sem o apoio necessário.

A eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas que contravenham os efeitos pretendidos pelo enunciado. (BARCELLOS, 2011, p. 84)<sup>20</sup>. As normas invalidadas, obviamente, devem ser hierarquicamente inferiores ao princípio, pois não se pode admitir a invalidação de uma regra ou princípio constitucional por uma regra ou princípio de hierarquia inferior.

Bastante semelhante à eficácia negativa, a vedativa do retrocesso merece especial atenção, tendo em vista que assume vital importância quando da proposta de solução das antinomias normativas entre os diplomas do EPD e do CPC/15. Esse

---

<sup>20</sup> A autora também menciona a vedação de atos que contrariem princípios, contudo, conforme já reiterado, não se adota no presente trabalho um método que admita aplicação direta de princípios.

tipo de eficácia é caro aos princípios constitucionais que tratam de direitos fundamentais.

A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa do retrocesso pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais devam ser concretizados por meio de regulamentação infraconstitucional. (BARCELLOS, 2011, p. 86). Dois dos efeitos gerais (mínimos) produzidos pelos princípios fundamentais são: a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º, CRFB) e a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais (art. 5.º, § 2.º, CRFB). (BARCELLOS, 2011, p. 86).

Com efeito, a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada – assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais – constitui uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso, pelo menos nessas hipóteses. (SARLET, 2008, p. 9).

A eficácia vedativa do retrocesso provoca a inconstitucionalidade da norma revogadora de enunciados que, regulamentando o princípio constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, pois a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. (BARCELLOS, 2011, p. 87).

Dirigidas ao comportamento do *homo socialis*, as normas jurídicas nem sempre são atendidas, em razão mesmo do livre-arbítrio próprio do espírito humano, havendo, assim, necessidade por parte do direito de preservar a validade de suas normas, o que faz repelindo as condutas que as infringem por meio de sanções com que as pune. (MELLO, 2013b, p. 86). Em razão disso, é correto afirmar que os

princípios, na qualidade de normas, também possuem eficácia sancionadora, podendo haver criação de regras a partir de princípios para agir como medidas de desestímulo à desobediência ao comando normativo<sup>21</sup>.

Por fim, a eficácia interpretativa demanda que os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados de acordo com os de hierarquia superior a que estão vinculados, selecionando, entre as interpretações possíveis da norma hierarquicamente inferior, aquela que melhor realiza a superior. (BARCELLOS, 2011, p. 96-97).

Finalizado o ponto concernente à eficácia das normas-princípios, cumpre prosseguir o estudo, abordando, em síntese, cada um daqueles que foram expressamente previstos no artigo 3.º, da CDPD.

Os primeiros princípios previstos expressamente na CDPD, em seu artigo 3.º, “a”, são os da dignidade inerente, a autonomia individual, incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. Percebe-se, pela redação do mencionado dispositivo, que há, na verdade, apenas dois princípios enunciados, quais sejam, dignidade e autonomia individual, sendo a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência, dimensões de concretização dos primeiros.

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

---

<sup>21</sup> Temos, por exemplo, a regra que, extraída do princípio da boa-fé objetiva, estabelece um dever ao credor de mitigar seu próprio prejuízo (“*duty to mitigate the loss*”). A terceira turma do STJ, no julgamento do REsp 758518/PR, de relatoria do Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS), julgado em 17/06/2010, publicado no DJe 28/06/2010, decidiu aplicar uma punição ao credor, excluindo um ano de ressarcimento, pelo fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), o que evidenciou a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 383).

O gozo das liberdades mínimas e autonomia individual – princípio normativo expresso na CDPD – por pessoas com deficiência pressupõe a necessidade de acomodações ambientais e sociais que viabilizem o desenvolvimento de suas potencialidades, bem como o exercício de seus direitos. (GALINDO, 2012, p. 96). Essas acomodações serão justamente as regras concernentes às medidas de apoio e acessibilidade, como salvaguardas aos direitos das pessoas com deficiência, que serão propriamente abordadas posteriormente.

Nesse contexto, o EPD trouxe diversas regras jurídicas a serem utilizadas pelo aplicador do direito, no processo de concretização desses princípios constitucionais. Poderá delas se utilizar o julgador, ainda que não tenham ainda entrado em vigor, em razão da normatividade e vigência dos preceitos constitucionais contidos na CDPD.

Veja-se, por exemplo, que o § 1.º, do art. 2.º, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, traz regras de demasiada importância para a correta concreção dos princípios e regras da CDPD, com o fim de estabelecer a norma de decisão a ser subsumida ao caso concreto. Prevê o mencionado dispositivo que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará os impedimentos nas

funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

Essa regra se coaduna perfeitamente com a concretização dos princípios acima mencionados, aliado à maior efetividade dada às regras constantes do art. 12, 3 e 4, da CDPD. A aplicação desses parâmetros tem como condão permitir identificar as barreiras que impedem o indivíduo de exercer sua autonomia individual e, conseqüentemente, as medidas de salvaguarda mais adequadas ao caso. Além desses critérios, devem ser analisadas pela equipe multidisciplinar, também, as potencialidades do indivíduo, de modo a não impedir que a necessidade de salvaguarda em alguma esfera de tomada de decisão do indivíduo possa comprometer outra a que este é plenamente apto a exercer de forma autônoma.

A partir do reconhecimento da dignidade inerente de pessoas com deficiência como seres morais livres, é, portanto, imperativo que se promova o seu desenvolvimento moral autônomo, o que requer a adoção de medidas apropriadas para eliminar ou atenuar as dificuldades que se interpõem no exercitar sua capacidade de escolher e realizar seu plano de vida, sendo esses direitos os principais instrumentos para alcançar esse objetivo. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 44). Essa declaração, em um primeiro aspecto do princípio da autonomia e da sua ligação direta com desenvolvimento da dignidade, da liberdade e da personalidade, assume que, no novo regramento, o princípio da proteção (superior interesse), prevalente na visão paternalista anterior, passa para segundo plano, com apenas um carácter residual, de modo que apenas entram em jogo quando não é possível autotutela por meio da autonomia individual, e tendo em mente como um guia fundamental para a operação o principal interesse da pessoa com deficiência. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 44).

Independentemente da vigência do EPD, a CDPD já está em vigor em nosso ordenamento jurídico desde a sua aprovação com quórum qualificado de emenda constitucional e publicação via decreto presidencial (25 de agosto de 2009). Assim, sendo insofismável o reconhecimento de força normativa a um tratado internacional de direitos humanos, internalizado como emenda constitucional, tratando, até, em todo o seu texto, de direitos e garantias fundamentais das pessoas com deficiência, não se pode negar que o aplicador pode, ao aplicar os princípios e regras previstos na CDPD, utilizar, como parâmetros de concretização da norma jurídica de decisão a ser subsumida ao caso concreto, regras extraídas do EPD, independentemente de sua vigência, pois o fundamento dessa aplicação não reside na lei, mas, sim, diretamente da CDPD.

A proibição da utilização desses preceitos contidos na lei, sob o fundamento de esta ainda não ter entrado em vigor, seria negar força normativa à CDPD, ou pior, entender que uma disposição infraconstitucional poderia impedir a imediata aplicação de uma norma hierarquicamente superior. O que fez o EPD foi apenas regulamentar e facilitar a concretização dos preceitos contidos na CDPD. Portanto, muitos dos parâmetros estabelecidos pela lei podem, desde já, ser aplicados, não pela via da aplicação direta da lei, posto que ainda não vigente, mas pela aplicação direta dos princípios e regras da CDPD.

Com o estabelecimento dos princípios da dignidade e autonomia individual na CDPD, foi dada resposta a uma das principais reivindicações do movimento dos direitos das pessoas com deficiência, que consiste na possibilidade de elas participarem das decisões atinentes à sua própria vida, sendo, até mesmo, o mote

de um dos lemas principais do movimento de vida independente, a saber, o “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”).<sup>22</sup> (PALACIOS, 2015, p. 25).

Nas letras “b”, “c”, “d” e “e”, foram enunciados quatro princípios, a saber: a não discriminação, a participação plena e efetiva na sociedade, o respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e da condição humana, e a igualdade de oportunidades, sendo todos eles diferentes facetas de um só princípio, o da igualdade. (PALACIOS, 2015, p. 25-26).

O princípio da igualdade abrange, ao menos, três dimensões: proibição do arbítrio, ou seja, diferenciações sem justificativa plausível ou tratamento formalmente igual em situações manifestamente desiguais; vedação da discriminação, entendida como diferenciações que têm como base categorias meramente subjetivas; obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades. (SARLET, 2012, p. 78).

Interessante notar que, apesar dessa última dimensão do princípio da igualdade, a CDPD consagrou a autonomia individual da pessoa com deficiência de tal forma que esta não poderá ser obrigada a ser beneficiada por ação afirmativa. Nesse diapasão, acertada a disposição da Lei Brasileira de Inclusão, em seu art. 4.º, § 2.º, ao assim dispor de forma expressa.

Em decorrência de tais princípios, a regra constante do art. 4.º, da CDPD, enuncia que todas as pessoas são iguais perante a lei e sob a lei, e que fazem jus, sem nenhuma discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei, sendo vedada

---

<sup>22</sup> O movimento dos direitos das pessoas com deficiência é um movimento social relativamente novo, pois, iniciou no início da década de 1970 nos Estados Unidos, originado do ativismo social da década de 1960, espalhando-se por diversos países de diferentes continentes, tendo ganhado importância mundial no início dos anos da década de 1980, com a ONU declarando o ano de 1981 como o ano internacional das pessoas com deficiência, tendo influenciado bastante em muitos dos preceitos aprovados na CDPD (PÉREZ, 2013, p. 24-26; CHARLTON, 1998, p. 3-21, 130-153).

qualquer discriminação baseada na deficiência, e garantindo às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

Para fins de realização de todos esses planos do princípio da igualdade, as partes 3 e 4 do mencionado dispositivo convencional estabelecem como obrigação do Estado tomar as medidas apropriadas para a devida adaptação razoável para pôr as pessoas com deficiência em pé de igualdade com as demais pessoas, as quais não serão consideradas discriminatórias.

A igualdade na dimensão da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade constitui um importante contributo da CDPD, que deve conduzir à adoção de normas de direito positivo e medidas eficazes por parte dos Estados – para que as pessoas com deficiência gozem dos direitos subjacentes a esse princípio – e levar a integração efetiva de todas as pessoas na sociedade inclusiva, que prega a Convenção. (GIL, 2007, p. 11).

Dessa dimensão do princípio decorrem diversas regras na CDPD, como o direito conferido às pessoas com deficiência de escolher seu local de residência, onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia (art. 19, a, CDPD). Assim como a regra que garante que as pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, incluindo os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade (art. 19, b, CDPD). Nesses termos, a Convenção também garante que os serviços e instalações da comunidade para a população em geral (praças, locais de lazer, bibliotecas, museus, prédios públicos em geral, etc.)

estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades (art. 19, c, CDPD).

Ainda em razão desse princípio, encontram-se as regras que preveem o direito das pessoas com deficiência à educação sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades (art. 24, da CDPD). Os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, objetivando o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana; do máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Assim, considerando essa dimensão material do princípio da igualdade em relação às pessoas com deficiência aponta para a necessidade de ter em conta a situação de desigualdade factual em que se encontram socialmente. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 52). Por conseguinte, esse princípio tem a ver, fundamentalmente, com o dever acima mencionado para promover ações afirmativas para eliminar ou compensar as desvantagens das pessoas com deficiência para que possam exercer real e eficazmente os seus direitos e participar plenamente nas várias áreas da vida social. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 52).

Ainda em relação ao princípio da inclusão, são garantidas às pessoas com deficiência a conquista e a conservação do máximo de autonomia e a plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida (art. 26, CDPD). Para tanto, é dever do Estado a organização, o fortalecimento e a ampliação de serviços e programas

completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa; apoiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural. Para tanto, deve ser promovida a capacitação inicial e continuada de profissionais especialistas em cada uma dessas áreas, bem como a disponibilidade de dispositivos e tecnologias assistivas que ajudem nesse mister (art. 26, 2 e 3, da CDPD).

Aparentemente, o princípio da acessibilidade (art. 3.º, f, da CDPD) seria plano específico do princípio da igualdade, conforme propõe Luiz Alberto David Araújo (2011, p. 58-60), que qualifica a acessibilidade como dimensão do princípio da igualdade. Contudo, tendo em vista os objetivos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a acessibilidade assume uma tipologia normativa autônoma e independente ao princípio da igualdade, assumindo papel central na principiologia da CDPD.

O princípio da "acessibilidade" envolve a remoção de todas as barreiras que tornam inacessíveis o exercício de quaisquer direitos pelas pessoas com deficiência. Esse princípio vai muito mais além do que dispõe o artigo 9.º, da CDPD, que regulamenta o direito de acessibilidade, pois não se limita ao acesso a instalações e tecnologia, ou seja, a eliminação de "barreiras físicas", mas inclui "acesso ao exercício de todos os direitos". Em outras palavras, visa à criação de uma sociedade acessível a todos, em que todas as barreiras desaparecem. (GIL, 2007, p. 11). Estão resguardadas também no princípio da acessibilidade as regras referentes à

capacidade civil de praticar atos jurídicos e a autonomia da pessoa com deficiência de fazer as próprias escolhas, bem como a implantação de medidas de salvaguarda para esse fim, a exemplo da tomada de decisão apoiada, que se verá com mais detalhes linhas à frente. Novamente, o “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”) encontra guarida em um princípio da CDPD<sup>23</sup>.

Entendida dessa maneira ampla, o acesso é configurado como um dos elementos estratégicos fundamentais para alcançar os objetivos da CDPD e cumprir com outros princípios, e, sob a filosofia do modelo social, torna-se um pré-requisito e/ou uma condição prévia para a realização dos direitos contidos em que, precisamente pela falta de acessibilidade, ocorre, em muitos casos, a impossibilidade de pleno desfrute dos direitos, o que gera situações de desigualdade com as quais se pretende acabar. (MARTÍNEZ; CAYÓN; 2015, p. 54).

Levando-se em conta o conteúdo dos princípios já enunciados, cumpre retornar à abordagem estrutural dos princípios no plano da argumentação jurídica, para identificar a correlação evidentemente existente entre o princípio da autonomia e o da acessibilidade.

O diálogo de reflexividade nos planos da estrutura da argumentação jurídica não ocorre de forma circular apenas entre princípios e regras (NEVES, 2014, p. 135), conforme já exposto, sendo possível verificar uma relação circular de complementaridade, até mesmo entre dois princípios, no âmbito da observação de segunda ordem. Observa-se esse fenômeno no art. 1.º, da CRFB/1988, ao qual

---

<sup>23</sup> Pela primeira vez na história, a negociação de um tratado internacional de direitos humanos que intentava abordar os direitos de uma coletividade em específico se viu invadida por seus protagonistas, com ativa participação de diversas organizações de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, compostas por pessoas com deficiência, sediadas em diversos países que uniram-se em torno de suas reivindicações – todas ostentando o mote do “nada sobre nós sem nós” (“*nothing about us without us*”) – de tal modo, que o presidente do Comitê Especial que negociou o tratado, o neozelandês Don McKay, disse ao adotar o texto final que a CDPD era fruto em cerca de 70% do trabalho das próprias pessoas com deficiência (BARIFFI, 2014, p. 150-151).

podem ser atribuídos o princípio do Estado de direito e o princípio democrático, que se encontram em relação paradoxal de complementaridade e tensão. (NEVES, 2014, p. 90). Isso se verifica também, por exemplo, na relação de complementaridade existente entre o princípio da inclusão e o princípio da acessibilidade.

É possível observar uma correlação de interdependência entre ambos os princípios como condição de possibilidade de existência e aplicabilidade não só um do outro, bem como das regras e normas de decisão deles extraídas, mas de todo o sistema de direitos das pessoas com deficiência. A efetiva autonomia, que resulta na inclusão, só pode ser realizada por meio da acessibilidade, e essa só tem sentido como mecanismo hábil a alcançar aquela, e, sem quaisquer desses princípios, todos os demais princípios e regras de resguardo aos direitos das pessoas com deficiência vão à ruína.

A interação é de tal forma que, apesar de possuírem conteúdos distintos, não é possível, dentro do sistema jurídico, encontrar uma regra que diga respeito apenas a um deles, mas todos estão relacionados a eles em conjunto. Tal conclusão se extrai, por exemplo, da análise dos seguintes dispositivos da CDPD (GIL, 2007, p. 13):

- É o caso do artigo 19, no qual, para a realização do direito de viver independente e de inclusão na comunidade, se prevê a obrigação dos Estados de tomar medidas eficazes e apropriadas para facilitar o pleno gozo desse direito pelas pessoas com deficiência;
- Igualmente no artigo 24, que reconhece o direito à educação inclusiva em todos os níveis, bem como o ensino ao longo da vida, e, para fazer cumprir essa regra, estabelece a CDPD que os Estados devem

assegurar que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema de educação geral e de poder ascender a um ensino primário e secundário inclusivo em condições de igualdade com os outros, fazendo "ajustes razoáveis" com base nas necessidades individuais de cada aluno com deficiência;

- Também os artigos 26 e 28 são uma consequência desses princípios. Em conformidade com o artigo 26, o direito à habilitação e à reabilitação é reconhecido para alcançar e manter o máximo de autonomia, capacidade física, mental, social e profissional completa e plena inclusão, e participação em todos os aspectos da vida, forçando o Estado a adotar medidas eficazes relevantes;
- Finalmente, o artigo 28 reconhece o direito à oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito no mercado de trabalho e ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência.

Por fim, é princípio expressamente contido na CDPD o do respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. De um modo geral, esse mesmo direito é conferido a todas as crianças e adolescentes, nos termos do art. 12 da Convenção da ONU sobre os direitos da Criança, que dispõe:

#### Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou

órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Assim, pode-se enxergar o presente princípio como mais uma derivação do princípio da igualdade, pois visa a promover o tratamento da pessoa com deficiência em igualdade de condições com as crianças sem deficiência. No âmbito da Convenção Sobre os Direitos da Criança (CSDC), é considerada criança toda pessoa menor de 18 anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (art. 1.º, da CSDC). Portanto, em nosso ordenamento, esse direito é garantido tanto às crianças quanto aos adolescentes, nos termos estabelecidos no art. 2.º, do ECA.

Em nosso ordenamento, mesmo com a nova redação dada pelo EPD, são absolutamente incapazes as crianças e adolescentes menores de 16 anos (art. 3.º, CC/02), e relativamente incapazes as maiores de 16 e menores de 18 (art. 4.º, inciso I, CC/02).

Apesar de ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro na década de 1990 (Decreto n.º 99.710/90), a CSDC não foi revogada ou derogada pelo CC/02, pois, além de ser norma mais específica, possui hierarquia supralegal, porém, infraconstitucional, em razão de ser tratado internacional de direitos humanos aprovado com quórum de lei ordinária. Sendo assim, da mesma forma que é garantido à criança o direito à tomada de decisão para a qual esteja suficientemente madura (circunstância verificável somente no caso concreto), esse direito não poderá ser negado à criança com deficiência, em igualdade de condições.

Assim, é assegurado à criança com deficiência que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com sua pessoa, levando-se devidamente em

consideração essas opiniões, em função de sua idade e maturidade. (PALACIOS, 2015, p. 33). Da mesma forma, proporcionar-se-á à criança com deficiência, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

## CAPÍTULO 2

### **A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD) E SEU IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA**

#### **2.1 A Abrangência da Expressão Capacidade Legal Prevista no Artigo 12 da CDPD**

Antes de mais nada, é importante destacar a função do presente capítulo, qual seja, a de analisar o impacto da CDPD assim que seu texto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, as menções e comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência serão feitas no próximo capítulo, em que se analisará a fundo a questão da capacidade das pessoas com deficiência de praticar atos jurídicos *lato sensu*.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) assume incontestável papel na inauguração de um novo regramento sobre capacidade civil. Isso porque, na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, aprovado em cada casa do Congresso Nacional por 3/5 de seus membros em dois turnos de votação, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional.

Assim, as disposições do Código Civil de 2002, no que eram contrárias ou incompatíveis com os preceitos contidos na CDPD, foram por ela revogadas, mesmo antes da vigência do EPD, em razão daquela ser hierarquicamente superior àquele. O fim precípua da Convenção é a proteção das pessoas com deficiência com foco em sua dignidade humana e no exercício de seus direitos.

A Convenção trouxe uma profunda mudança de perspectiva (DINERSTEIN, 2012, p. 1), até mesmo no que corresponde à conceituação de pessoa com deficiência. Observa-se já no artigo 1.º, que traz o conceito de pessoas com deficiência como sendo aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas, conforme tratado no Capítulo 1.

Veja-se que não há uma definição direta do termo *deficiência*, mas, sim, uma construção de que a deficiência está na dificuldade que a sociedade tem para se adaptar e fornecer um ambiente favorável à absorção das necessidades especiais que essas pessoas têm para exercer sua autonomia. (BACH; KERZNER; 2010; p. 14). Em outras palavras, a deficiência não está na condição do indivíduo, mas, sim, no despreparo da sociedade em lidar com suas necessidades especiais que criam os obstáculos que essas pessoas têm de enfrentar para viver em sociedade. O foco está direcionado justamente para onde o problema se encontra, que é o de criar meios e instrumentos para que as pessoas com deficiência possam exercer sua autonomia e tenham respeitada a sua humanidade.

Dentro da questão da capacidade das pessoas com deficiência, assume grande destaque o artigo 12, da CDPD, como um dos mais importantes da Convenção. Faz-se necessário transcrever o citado dispositivo (grifo nosso) para fins de elucidação adequada da matéria:

#### 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.

O termo capacidade legal constante no art. 12, da CDPD, é composto de dois componentes: a capacidade de ser titular de um direito e a de exercê-lo, inclusive ingressando em juízo (capacidade de ser parte em nome próprio). (NILSSON, 2012, p. 10; BACH, 2009, p.3). Assim, o citado dispositivo traz significativas modificações na capacidade para praticar ato jurídico, bem como na capacidade processual, tendo em vista que todas as pessoas naturais já têm capacidade de direito reconhecida no direito brasileiro bem antes do ingresso da CDPD em nosso ordenamento.

Isso se observa no parágrafo 2, do art. 12, em que é determinado que os Estados Partes reconheçam que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Assim, as pessoas com deficiência, até mesmo nos casos em que há redução de discernimento tem capacidade plena para praticar atos jurídicos *lato sensu*. Esse, portanto, é o fundamento jurídico positivo que fundamenta o reconhecimento de que

as pessoas com deficiência têm o direito de capacidade jurídica, em condições de igualdade com os outros. (BACH, 2009, p. 4).

O parágrafo 3.º enuncia que os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos. Além disso, determina que essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal preencham os seguintes requisitos: 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 e ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses da pessoa; apliquem-se pelo período mais curto possível; sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

Nesse dispositivo, incluem-se como beneficiários três grupos de pessoas com deficiência, a saber: aquelas que tinham sua plena capacidade negada, mas não precisavam de um apoio tão elaborado para exercê-la plenamente; aquelas que, apesar de precisarem do apoio, sua vontade e preferências podem ser detectadas, o que era ignorado pelo antigo modelo e até mesmo aquelas cuja vontade e/ou preferências são impossíveis de ser extraídas. (QUINN, 2010, p.14-15).

Já no parágrafo final, é assegurada também a proteção ao patrimônio da pessoa com deficiência, pois determina que os Estados Partes devam tomar 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; de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e de não serem as pessoas com deficiência arbitrariamente destituídas de seus bens.

A abordagem do modelo social, na definição de capacidade legal, não é focada nos atributos individuais da pessoa ou suas limitações, mas nas barreiras sociais, econômicas e legais que ela enfrenta, na formulação e execução de decisões individuais, assim como no apoio e acomodações de que ela precise devido à sua habilidade particular de tomar decisões (BACH; KERZNER, 2010; p. 18)

Nas seções que se seguem, passaremos a destrinchar cada um dos requisitos que as medidas de salvaguarda devem preencher e sua compatibilidade com as medidas já predispostas no modelo tradicional do CC/02. Além disso, tratar-se-á, em cada tópico, de analisar em que medida as disposições do CC/02 foram revogadas ou necessitavam de uma interpretação conforme a Constituição, quando submetidas a análise sob a ótica dos comandos do art. 12, da CDPD.

## **2.2. Do Respeito aos Direitos, à Vontade e às Preferências da Pessoa**

O primeiro dos requisitos que as medidas de proteção à pessoa com deficiência devem preencher, para preservação da autonomia e capacidade legal dela, é a de que devem ser respeitados os direitos, a vontade e as preferências da pessoa protegida. Tratando inicialmente sobre os direitos, não há como fazer um rol ou explanação exaustiva sobre quais direitos devem ser respeitados, pois, assim como quaisquer direitos humanos, qualquer rol previsto em legislação será meramente enumerativo, não impedindo o reconhecimento de outros não tipificados.

Destaca-se o direito de a pessoa com deficiência ter respeitada sua dignidade humana, sua autonomia e independência individual, com destaque para a liberdade de fazer as próprias escolhas. Esse direito foi estabelecido como princípio da CDPD, no art. 3.º, letra “a” (PALÁCIOS, 2015, p. 24), sendo, portanto, instrumento

integrativo e interpretativo a ser utilizado à exaustão em uma observação de segunda ordem para entendimento de todos os dispositivos da CDPD.

O legislador foi enfático, não sem propósito, em enumerar em diversos dispositivos da CDPD que deveriam ser respeitadas a autonomia e a liberdade de a pessoa com deficiência fazer as próprias escolhas, talvez porque sejam as mais desrespeitadas pelas legislações ordinárias. No caso do regramento previsto no CC/02, antes do EPD, o paternalismo excessivo terminava por tolher indevidamente a autonomia da pessoa sujeita à curatela, enxergada, por muitos<sup>24</sup>, como uma medida protetiva.

Sobre o tema, é interessante destacar um acórdão do TJDFT, no qual é deferida a supressão do consentimento para validade do casamento de pessoa considerada “incapaz” pela via tradicional do processo de interdição:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. ALVARÁ JUDICIAL. SUPRESSÃO DE CONSENTIMENTO. CASAMENTO. INCAPAZ. REPRESENTADO POR CURADOR. LEGALIDADE. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.

I - O casamento constitui na união legal, formal e solene, entre homem e mulher, com o propósito de constituir família, a partir da comunhão plena de vida, e com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. II - Estando o interessado incapaz devidamente representado por curador legal, não há razões para se indeferir pedido de supressão de consentimento para casamento, mormente se já convive maritalmente com a interessada por aproximadamente cinco anos, possuindo prole em comum, até porque a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional impõem a facilitação da conversão da união estável em casamento. Além disso, entendimento contrário poderia implicar em violação dos princípios da igualdade, da liberdade de consciência e de crença e de inviolabilidade da honra das pessoas, bem como dos fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. III - Deu-se provimento ao recurso. (TJDFT, Acórdão n. 491959, 20100710240789APC, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 6.ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/03/2011, Publicado no DJE: 31/03/2011. Pág.: 288).

Interessante também outro julgado, desta vez, proveniente do TRF da 2.ª

Região:

---

<sup>24</sup> Por todos, Kumpel (2015a, p. 1) e Simão (2015a, p. 1), que criticam bastante o modelo social consagrado no EPD e na CDPD.

ADMINISTRATIVO. CIVIL. ANOMALIA PSÍQUICA. CURATELA. CASAMENTO. NULIDADE. MORTE DA MÃE CURADORA. SERVIDORA CIVIL DA UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. A autora interdita, por anomalia psíquica, apela da sentença que lhe negou pensão estatutária por morte da mãe, convencido de inexistir dependência econômica, afora o estado civil de casada, com filhos. 2. O art. 1548, I, do C. Civ./2002, com o mesmo sentido do art. 207 do C. Civ./1916 somente é aplicável a casamentos de deficientes mentais absolutamente incapazes, nos termos do art. 3.º, II. Conseqüentemente, são válidos os casamentos de portadores de anomalias psíquicas que podem manifestar, com um mínimo de discernimento e direção a sua própria vontade, máxime na concretização de situações existenciais, ditadas pelo afeto em que consubstancia o vínculo conjugal. 3. Por outra abordagem, mas com esse mesmo sentido, no caso concreto, não é razoável supor que os pais da apelante, médicos de formação, pudessem consentir na jornada de um casamento ante um quadro patológico de completa insanidade, tal como sugere o laudo que lastrou a interdição, cujo valor apenas se credita à vista do estado clínico do tempo da sua elaboração, todavia sem correspondência direta e necessária com o estado anterior, da época do casamento, que perdurou por 7 (sete) anos, com a geração de três filhos normais, todos hoje maiores de 30 anos de idade, os quais, no contexto do processo, aparecem sublimados. 4. É verdade que a norma da Lei n.º 8.212, art. 217, II, a, apenas cogita da condição de invalidez do filho, mas aí, indubiosamente, para cobrir as hipóteses de continuidade da relação de afeto e dependência, e nunca o elastério que se pretende de subsistir como ancorar em porto seguro a que os filhos possam permanentemente recorrer segundo a ordem de suas vicissitudes e/ou circunstâncias personalíssimas. Não se confunde a obrigação de prestar alimentos, que a lei impõe nas relações familiares parentais, com os fundamentos éticos legais que inspiram o pensionamento. 5. Não pode a autora optar pela via aparentemente mais cômoda e proveitosa do pensionamento materno, pois era curial que demonstrasse com provas positivas e convincentes a indigência do marido, que a desposou, que também é servidor público, e de quem não se divorciou, apesar do suposto abandono; dos filhos, e do pai se vivo for, como detentores primários da obrigação de prestar-lhe alimentos, nos termos da lei civil. Conclusão em sentido contrário, sensibiliza como filantropia, mas não como dado de justiça, pois a proteção eventualmente devida à autora não encontra amparo na Lei n.º 8.212, mas sim na lei civil, que obriga os parentes a prestarem-se, entre si, alimentos. 6. Apelo improvido e agravo retido prejudicado. (TRF-2, AC - APELAÇÃO CÍVEL – 521216, Rel.: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data Decisão: 03/12/2012, Fonte: E-DJF2R - Data: 11/12/2012).

Como acertadamente aponta o professor da NUI Galway, mestre e doutor em direito pela universidade de Harvard, Gerard Quinn (2010, p. 13-14, tradução nossa):

Todos nós temos o direito de cometer os nossos próprios erros. Toda a vida é um experimento — e, às vezes, nós nunca aprendemos. Às vezes, sofremos as consequências. E, de modo geral, permite-se que a perda permaneça onde ela cai. Nós — como indivíduos — não somos organizações de aprendizagem. Somos todos falhos, e isso ajuda a tornar-nos quem somos.

É a capacidade intelectual tão diferente? Bem, você pode dizer que é diferente, precisamente porque a deficiência é intelectual, o que significa uma capacidade reduzida para processar informações e tomar decisões

conscientes. No entanto, só porque alguns de nós são considerados com plena capacidade não significa que usamos essa capacidade para peneirar racionalmente informações e fazer escolhas analíticas frias. A vida simplesmente não é assim para a grande maioria — por que tem de ser assim para a minoria? Em outras palavras, há uma profunda contradição entre tolerar escolhas e tomadas de decisão extremamente pobres em pessoas sem deficiência, por um lado, e depois elevar o nível a um ponto excessivamente para pessoas com deficiência — tão alto que a maioria das pessoas não deficientes teria dificuldade de superá-las.

Quanto ao requisito do respeito, pelas medidas de proteção, à vontade e às preferências da pessoa com deficiência, há uma verdadeira revolução na teoria dos atos jurídicos *lato sensu* praticados pelas pessoas com deficiência que implique diminuição de discernimento. Isso porque, ao contrário de outrora, a vontade da pessoa sujeita à medida de proteção passa a integrar necessariamente o suporte fático de incidência da norma.

No regramento anterior, era inválido o ato praticado pelo absolutamente incapaz, até mesmo quando se comprovasse que teria sido praticado em um momento de lucidez. (MELLO; 2013b; p. 119). Assim, conforme será dito nas seções posteriores, as medidas de proteção devem sempre buscar meios para se alcançar a vontade da pessoa com deficiência. Apenas nos casos mais graves, em que esta não tem nenhum discernimento para a prática do ato, no momento em que este é praticado, é que a medida deverá fazer com que o seu representante o pratique, sempre no melhor interesse da pessoa apoiada e de acordo com as suas preferências.

É justamente nos casos mais graves, em que é impossível se extrair a vontade ou as preferências da pessoa que a mudança ocasionada pelo art. 12, da CDPD, ganha maior relevo. O art. 12.3 traz consigo um fundamento sólido que afeta a todos, visto que assegura o suporte necessário para que as pessoas possam exercer sua capacidade, que vai além da tomada de decisão, aplicando-se até

mesmo às pessoas que não podem expressar vontade, pois o propósito do apoio é tentar extrair a vontade, não importa quão difícil seja, ou criar condições que se enraízem socialmente buscando a vontade, de modo que, mesmo que as decisões da pessoa sejam tomadas por terceiros, estes terão o dever de observar o art. 12.3 (QUINN, 2010, p. 19).

### **2.3. Da Isenção de Conflito de Interesses e/ou Influência Indevida**

O presente requisito felizmente já era observado nos dispositivos do CC/02 antes da CDPD e do EPD, a exemplo dos arts. 1.748 e 1749, aplicáveis à curatela em razão do disposto no art. 1.774, que não permitiam ao curador, sem autorização judicial: pagar as dívidas do curatelado; aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; transigir; vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido; propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos; adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor; dispor dos bens do menor a título gratuito; constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

Entretanto, mesmo no exercício de medidas de apoio, o costume cultural paternalista impede, muitas vezes, que realmente a pessoa com deficiência exerça plenamente sua capacidade. Bonnie Lashewicz et al. (2014,p.7), em artigo encomendado pela “Law Commission of Ontario”, Canadá, fez uma pesquisa empírica analisando justamente a aplicação prática de um sistema de apoio à tomada de decisão, e constatou que, quando os apoiadores são parentes, não raras vezes as vozes destes prevalecem sobre a das pessoas apoiadas. Estas, conforme constatado no referido estudo, ao invés de manifestar sua vontade, adotavam

comportamento complacente com a vontade de seus apoiadores, com o fim de evitar conflitos familiares.

Pelo dispositivo da CDPD, a pessoa que esteja a cargo de auxiliar o indivíduo sujeito à salvaguarda no exercício de sua autonomia e capacidade legal, não pode agir no auxílio deste nos casos em que o ato a ser praticado possa beneficiá-la direta ou indiretamente, nem pessoa com a qual tenha qualquer vínculo de afinidade. Também não pode agir no caso de o ato trazer prejuízo a terceiro com o qual tenha a pessoa encarregada do auxílio inimizado. Nesses casos, deve ser imprescindível a necessidade de autorização judicial, para o qual a pessoa salvaguardada por si (a depender do grau e proporção da medida de proteção) ou com a ajuda do encarregado de auxiliá-la judicialmente, tem legitimidade ativa.

Tal regramento previsto na CDPD tem o condão de atender uma das principais demandas dos movimentos de direitos humanos das pessoas com deficiência, qual seja, o direito a dispor sobre sua própria vida, sem intervenções indevidas. Essa regra encontra respaldo também no princípio da autonomia das pessoas com deficiência, previsto na CDPD, que demanda que elas deixem de ser vistas apenas como sujeitos passivos de sua própria existência, para serem artífices de suas próprias escolhas de vida. (PALACIOS, 2015, p. 25).

Uma importante figura existente no direito brasileiro — entretanto, poucas vezes vista na praxe forense — mesmo antes da vigência do EPD e do CPC/2015, é a do “*pro-curador*”. Esta se extrai da leitura conjunta dos arts. 1.742 e 1774, do CC/02. O primeiro prevê que o juiz poderá nomear um protutor, com a função de fiscalizar a atuação do tutor, e o segundo prevê que as disposições da tutela se aplicam à curatela, no que forem compatíveis.

É possível verificar, no direito estrangeiro, que existem países que preveem a existência de figuras dessa natureza, a exemplo da província de Ontário no Canadá, em que existe a figura do monitor, responsável pela fiscalização da atuação do representante da pessoa sujeita à medida de salvaguarda. (BACH; KERZNER; 2010; p. 118). Esse monitor é responsável pela proteção da autonomia da pessoa sujeita às medidas de salvaguarda, sendo seu papel garantir que a pessoa que exerce as medidas de salvaguarda cumpra todos os deveres a ela impostos, respeitando a vontade e os interesses da pessoa com deficiência.

Como bem ensina Capelo de Sousa (1995, p. 184), a ideia de personalidade humana reflete, em vários níveis e, na maioria dos casos, solidariamente, tanto aquela originalidade humana como esta interdependência social e ambiental, emergentes quer da autonomia do homem, quer da integração comunitária, nas suas recíprocas interações. Assim, a ausência de conflito de interesses, tanto no apoio às decisões personalíssimas, interessantes somente ao indivíduo em si mesmo considerado, quanto naquelas que o envolve nas diversas interações sociais de que é partícipe, é imprescindível para a realização do princípio da autonomia.

Outra questão relevante diz respeito às decisões que dizem respeito a aspectos personalíssimos das pessoas com deficiência, com as quais se deve ter muito cuidado ao impor medidas de salvaguarda. Decisões que impliquem disposição do próprio corpo com redução permanente da integridade física, a exemplo de cirurgias de mudança de sexo ou doação de órgãos, quando ainda vivo o doador ou após a morte por disposição de última vontade, ou até mesmo cirurgias plásticas.

Não é incomum, no âmbito dos direitos da personalidade, encontrar autores que propõem um regime diferenciado da capacidade civil no que concerne a esse

tipo de decisão sobre disposição de direitos da personalidade. Nesses casos, a decisão independeria do “status” da capacidade do indivíduo, mas, sim, de sua capacidade de consentir, ou seja, de compreender o ato em si, em todas as suas complexidades, não excluindo os modelos de decisão substituta nos casos de total ausência desse outro tipo de capacidade. (GODINHO, 2014, p. 133-137; PEREIRA, 2004, 2006, p. 201-212).

A tutela jurídica poderá ser feita *a priori*, no caso de aplicação prévia de medida de salvaguarda, ou *a posteriori*, com o procedimento judicial específico para aquele ato. Voltaremos ao tema no Capítulo 3 deste trabalho, quando abordarmos os tipos de decisão apoiada vigentes atualmente no direito brasileiro.

A tutela da personalidade humana exige não apenas a proteção de seus bens interiores, mas também o resguardo e a preservação de seu espaço vital, ou seja, das condições externas, sociais e ambientais essenciais à sua gênese, à sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento, bem como ainda a defesa das manifestações ou objetivações exteriores dessa personalidade no mundo circundante e que a ela se mantenham unidas, e, finalmente, a salvaguarda do direito de participação de cada personalidade nos bens coletivos. (CAPELO, 1995, p. 184).

Nos casos em que o ato tiver por fim salvaguardar a vida da pessoa, a exemplo da remoção de um membro gangrenado, é possível a representação no caso de a pessoa não ter nenhum discernimento para consentir, ou meio para externar consentimento para o ato. Contudo, deve haver recomendação médica expressa, nos termos previstos na legislação específica.

#### **2.4. Proporção e Adequação às Circunstâncias da Pessoa e ao Grau em que tais Medidas Afetem seus Direitos e Interesses**

Além de dever respeitar os direitos, vontades e preferências da pessoa com deficiência, e de serem livres de conflito de interesses ou influência indevida, as medidas de salvaguarda devem ser proporcionais e adequadas às circunstâncias da pessoa. Outrossim, devem ser aplicadas de forma gradativa, de acordo com o nível das limitações a que está sujeita a pessoa salvaguardada.

Assim, é preciso reconstruir conceitos mais adequados ao atual fundamento constitucional da deficiência, não podendo ser traduzida a imposição de qualquer medida de salvaguarda em uma “morte civil” da pessoa com deficiência. Portanto, antes mesmo da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, a declaração judicial de interdição deveria determinar, casuisticamente, a extensão e os limites da curatela, o regime e as medidas de proteção impostas, e deveria reconhecer também a idoneidade de discernimento para a prática de atos outros, por exemplo, de pequena e cotidiana administração de bens, ou de prática de atos de natureza existencial. (LEITE, 2012, p. 318).

Deficiência representa um processo complexo, não um *status* único e estático, de modo que se refere à superação da interação da pessoa em seu contexto (físico, social, cultural ou legislativo), e representa a medida do impacto negativo dos fatores desse ambiente em sua habilidade de participação como membro ativo da sociedade. (MADANS et al., 2011, p. 4). Sendo assim, para implementar as medidas de salvaguarda apropriadas, ou até mesmo descobrir novas medidas mais adequadas, inclusive em relação ao desenvolvimento de tecnologia assistiva, é imprescindível a criação de mecanismos para aferir as

diferentes espécies e graus das barreiras enfrentadas pelas pessoas com deficiência para o exercício de sua autonomia.

Com esse fim, a CDPD previu, em seu art. 31, que os Estados Partes coletarão dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a pôr em prática a Convenção. O processo de coleta e manutenção de tais dados deverá observar as salvaguardas estabelecidas por lei, inclusive pelas leis relativas à proteção de dados, a fim de assegurar a confidencialidade e o respeito pela privacidade das pessoas com deficiência; as normas internacionalmente aceitas para proteger os direitos humanos, as liberdades fundamentais e os princípios éticos na coleta de dados e utilização de estatísticas.

O artigo 31, 2, por sua vez, prevê que as informações coletadas serão desagregadas, de maneira apropriada, e utilizadas para avaliar o cumprimento, por parte dos Estados Partes, de suas obrigações presentes na Convenção e para identificar e enfrentar as barreiras com as quais as pessoas com deficiência se deparam no exercício de seus direitos. O artigo 31, 3, responsabiliza os Estados Partes pela disseminação das referidas estatísticas e por assegurar que elas sejam acessíveis às pessoas com deficiência e a outros.

O método utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para qualificar e quantificar as pessoas com deficiência, tem sido duramente questionado. O Washington Group on Disability Statistics<sup>25</sup> (MADANS et al., 2011, p.

---

<sup>25</sup> The Washington Group on Disability Statistics is a voluntary working group made up of representatives of over 100 National Statistical Offices and international, non-governmental and disability organizations that was organized under the aegis of the United Nations Statistical Division. The purpose of the Washington Group is to deal with the challenge of disability definition and measurement in a way that is culturally neutral and reasonably standardized among the UN member states. The work, which began in 2001, took on added importance with the passage and ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities since the Convention

10) atestou que, no censo de 2010, o Brasil utilizou como método o sistema WG-6, que gerou uma porcentagem impressionante de que 23,9% da população brasileira, cerca de 45,6 milhões de pessoas foram classificadas como pessoas com deficiência. Sendo que, destas, a deficiência que mais prevaleceu foi a de visão, correspondendo a 18,8% dos 23,9% mencionados, provavelmente porque uma grande parcela dessa população não tinha acesso a óculos em grau adequado, tendo em vista que a presença desses elementos (tecnologia assistiva, etc.), aparentemente, não teria sido objeto de análise.

A utilização da metodologia de pesquisa adequada é imprescindível para decidir quais políticas públicas devem ser voltadas para atender as pessoas com deficiência e, principalmente, o montante a ser investido nelas. Uma metodologia inadequada gera resultados imprecisos, o que pode prejudicar a elaboração de políticas adequadas para trazer às pessoas com deficiência medidas de salvaguarda adequadas às suas necessidades.

A mudança trazida pela CDPD permeia a noção de deficiência em um contexto de direitos humanos, de modo que esta é vista como uma consequência da interação entre pessoas com impedimentos e a falta de adequação do meio em que elas estão inseridas às suas necessidades. (NILSSON, 2012, p. 17). Ao contrário do modelo previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, antes do EPD, a deficiência na CDPD é fruto da interação de diversos elementos presentes em cada caso, não dependendo única e exclusivamente do impedimento (físico, intelectual, mental, etc.) apresentado pela pessoa.

Nesse sentido, complementa Anna Nilsson (2012, p.17, tradução nossa):

---

includes a provision for monitoring whether those with and without disabilities have equal opportunities to participate in society and this will require the identification of persons with disabilities in each nation. The International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) developed by the World Health Organization provided a framework for conceptualizing disability.

Se uma pessoa com síndrome de Down pretende contratar um serviço e lhe é provida informação no formato “easy-to-read”, apoio adequado e tempo para refletir sobre suas opções, ela poderá ser capaz de compreender do que se trata o serviço e escolher se irá utilizá-lo ou não. Contudo, se a informação só é fornecida em linguagem comum (e inacessível ao indivíduo) e ninguém se oferece para explicá-la ao indivíduo de uma maneira que ele ou ela possa compreender, a deficiência se torna um fato. Essa forma de entender deficiência é fundamentalmente diferente da visão de deficiência como uma consequência do impedimento do indivíduo. Isso significa que é a falha da sociedade em um ambiente inclusivo para pessoas com deficiência que prevaleça sobre qualquer condição mental ou intelectual ligada à pessoa.

Aliadas às pesquisas demográficas gerais, o artigo 12.4 aponta para a necessidade de avaliação da deficiência também para decidir qual tipo de medida de salvaguarda será mais apropriada para cada caso concreto, no sentido de conferir a maior autonomia possível à pessoa com deficiência.

No Canadá, foram feitas pesquisas empíricas com pessoas com deficiência, alvo de medidas de tomada de decisão apoiada prestadas por pessoas inseridas dentro de seu núcleo familiar ou por instituições e/ou profissionais especializados. O referido país é reconhecido internacionalmente pela sua liderança em termos de implementação de legislação sobre decisão apoiada, em muitas de suas jurisdições, sendo o *British Columbian Representation Agreement Act*, datado do ano 2000, a primeira legislação do mundo a apresentar um modelo pioneiro de tomada de decisão apoiada — realizado por meio de contrato — totalmente divorciada do contexto de medidas de guarda ou curatela. (JAMES; WATTS, 2014, p. 14).

Em um desses estudos, os dados obtidos deixaram os pesquisadores cautelosamente otimistas em algumas situações e preocupados em outras, fazendo-se necessária a transcrição de um trecho de suas conclusões (LASHEWICZ et al., 2014, p. 31-32):

Nossos resultados nos deixam cautelosamente otimistas sobre uma potencial base sólida para que adultos com deficiência tenham seus pontos de vista entendidos e respondidos dentro de seus contextos de cuidado da família. Nosso otimismo decorre de evidências detalhadas de cuidadores

familiares que facilitam a igualdade na tomada de decisão, ao agir como respeitadas vozes de apoio para o seu filho ou irmão com a utilização de sugestões e esclarecimento de questões de forma eficiente e sem abusos. Pausas e momentos de silêncio são usados para permitir que o tempo de processamento do raciocínio para que a convicção seja formada e as ideias expressas. Em meio a uma animada discussão de grupo, Lindsay cria espaço para sua irmã Ruth "representar a si mesma". Interações entre Janice e seu filho Mike com Síndrome de Down e habilidades verbais limitadas, demonstram capacidade de Janice para encontrar um equilíbrio entre a facilitação e o respeito à voz de Mike com sondas suaves ainda recuando quando Mike mantém sua opinião dizendo não ou projetando um silêncio fechado.

Ao mesmo tempo, temos provas de que, em certos tipos de cuidado, é difícil separar os pontos de vista dos adultos com deficiência já que as suas oportunidades de se expressar podem ser diminuídas ou até negadas em uma conversa. Essa é a experiência de Cristal, uma mulher articulada, diagnosticada com TGD, TOC e esquizofrenia, que fala sobre seus sintomas e adaptação à medicação apenas para ser contraditada por sua mãe, Maria. Cristal estabeleceu uma sólida posição em relação ao pesquisador abrindo a entrevista com perguntas e conversando sobre educação, em nível de graduação. No entanto, após uma contradição feita por Maria logo no início, Cristal não recupera o ímpeto para continuar a partilhar as suas perspectivas sobre o impacto de sua medicação em suas vozes esquizofrênicas. Mais à frente, o estilo dedicado e autoritário do apoio prestado por Maria deixa os irmãos de Cristal relutantes para "manter sua postura" e compartilhar livremente suas ideias e visão para sua irmã na presença de Maria. Na família de Cristal, um cuidador-chave tem o controle duradouro e penetrante sobre o cuidado de Cristal, incluindo as formas em que outros membros da família estão envolvidos.

Observa-se, no trecho acima, três situações de aplicação prática de medidas de tomada de decisão apoiada, em duas das quais o sistema de apoio na tomada de decisão funciona de modo efetivo, garantindo a autonomia da pessoa apoiada e a acessibilidade dela ao apoio necessário à sua manutenção e exercício. Na última, a figura do apoiador, ao invés de mitigar as barreiras existentes ao exercício pleno da autonomia da pessoa apoiada, criava muitas outras, tornando aquilo que já era difícil, impossível. Isso mostra que o apoiador também é alguém necessitado de educação e orientação para exercer a função, e, por vezes, o faz inadequadamente por falta de conhecimento.

No Canadá, os sistemas de decisão apoiada têm os seguintes pontos em comum: a pessoa mantém a plena capacidade; a própria pessoa é quem toma as decisões de modo que os apoiadores têm a função apenas de assisti-la no

processo; há uma relação de confiança entre a pessoa apoiada e os apoiadores; a implantação da medida depende da concordância tanto do apoiado quanto dos apoiadores; normalmente há um grupo ou rede de apoio para auxiliar a pessoa e seus apoiadores; O papel dos apoiadores é assistir a pessoa apoiada a comunicar suas intenções para outros e ajudá-la a entender as escolhas que estão diante dela; os apoiadores geralmente não são remunerados e incluem amigos, família ou membros da comunidade. (JAMES; WATTS; 2014, p. 19).

No Capítulo 3, tratar-se-á dos procedimentos de curatela e tomada de decisão apoiada tendo em vista a Lei Brasileira de Inclusão e o CPC/15. Contudo, tratando o presente capítulo do impacto da CDPD no ordenamento jurídico assim que entrou em vigor, cabe tecer algumas considerações sobre o procedimento de instituição das medidas de salvaguarda, utilizando o processo judicial no qual era instituído o regime de curatela, na forma da legislação vigente à época, até para se ter uma noção precisa das efetivas modificações perpetradas pelo EPD e CPC/2015, como se verá adiante. Isso porque esta sofreu sensíveis modificações devido aos preceitos já enunciados pela CDPD, conforme se exporá a seguir.

A legitimidade ativa para ingressar com uma ação de interdição era, nos termos do art. 1.177, do CPC/73, do pai, da mãe, do tutor, do cônjuge ou de qualquer outro parente próximo, geralmente até o quarto grau do interditando, e do Ministério Público. Contudo, uma interpretação conforme a constituição do mencionado dispositivo já permitiria incluir o próprio interditando como legitimado ativo, o que foi feito pelo EPD, mas não pelo CPC/2015.

A democracia tem uma de suas vertentes na concreta e efetiva participação do cidadão, pressupondo o acesso à justiça de forma indiscriminada, de modo que resta constatada a necessidade da verificação do direito pelo vértice da

acessibilidade dos cidadãos à justiça, entre os quais, obviamente, as pessoas com deficiência por terem de superar obstáculos maiores que os já existentes para o acesso à justiça. (MELO, 2012, p. 287-288).

Sendo assim, como já tinham as pessoas com deficiência autonomia, capacidade (material e processual) e acesso à justiça em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 12.1 e 13.1, da CDPD), já era permitido, mesmo antes do EPD, que estas pudessem provocar a prestação jurisdicional para serem determinadas medidas que venham a auxiliar no exercício de sua capacidade e autonomia.

Desde a vigência da CDPD não se poderia mais enxergar a pessoa com deficiência como incapaz, mas, sim, como uma pessoa que necessita de ajuda para superar as barreiras sociais que lhe são impostas, devido a suas limitações, para exercer plenamente sua autonomia. Nesse sentido, a pessoa alvo das medidas de salvaguarda era e é a única a ser beneficiada com as imposições dessas medidas de proteção, na proporção de sua necessidade, não havendo nenhuma justificativa para lhe negar legitimidade ativa para esse tipo de ação a partir do novo contexto constitucional inaugurado pela CDPD.

O art. 1.180, do CPC/73, previa que, na petição inicial, o interessado provaria sua legitimidade ativa, especificaria os fatos que revelariam a anomalia psíquica e assinalaria a incapacidade do interditando para reger sua pessoa e seus bens. Inicialmente, cumpre destacar que o mencionado dispositivo, mesmo antes do EPD, também deveria receber uma interpretação conforme a CDPD. Primeiramente, devido ao fato de que a conjunção aditiva “e”, que estava presente ao final do dispositivo, não poderia significar que, se uma pessoa for incapaz de administrar

seus bens, não o seria para se autogerir como pessoa. (ABREU, 2009, p. 160)<sup>26</sup>. Em segundo lugar, mesmo antes do EPD, já haviam aspectos da gestão da pessoa que não poderiam jamais ser objeto de medidas de substituição de decisão pura e simplesmente apriorística em razão de sua natureza personalíssima, conforme exposto na seção anterior.

A razão da primeira ressalva se deve ao fato de que as medidas de salvaguarda (curatela, a única prevista na legislação infraconstitucional antes do EPD) deveriam ser aplicadas somente para os atos em que a pessoa tivesse limitação de discernimento, e na exata proporção desta. (REIS, 2008, p. 55). Então, já era possível haver pedido interdição tão somente quanto a atos de gestão patrimonial, sem envolver nenhum ato de conteúdo existencial, de acordo com as peculiaridades de cada caso, sem que isso implicasse qualquer vício da petição inicial.

Quanto à segunda ressalva, a CDPD não se opõe frontalmente a que a prática de atos jurídicos *lato sensu* de conteúdo existencial seja alvo de medidas de salvaguarda. A ressalva feita pelos dispositivos já mencionados é a de que aquelas deveriam ser proporcionais e nunca poderiam ter o condão de restringir direitos das pessoas com deficiência, mas, sim, de proporcionar que elas pudessem exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse desiderato, a CDPD por si só já exigia do jurista o dever de seguir com muita cautela quanto à aplicação das salvaguardas, pois, a linha entre resguardo e o tolhimento de direitos, quando se aplicam as medidas protetivas, é muito tênue. Por isso, já era imprescindível que todo o procedimento fosse acompanhado por uma

---

<sup>26</sup> O mesmo dispositivo foi reproduzido no CPC/2015, conforme será demonstrado no capítulo 3.

equipe multidisciplinar desde o início, para evitar que abusos fossem cometidos, inadvertidamente, em desfavor da pessoa com deficiência.

Portanto, desde a vigência da CDPD já era consequência do efetivo acesso à justiça a existência de adaptações ao meio físico, aos demais recursos, incluindo adaptações processuais para o exercício do direito de ação, do direito de ampla defesa e da plena participação em todas as etapas do processo, mesmo aquelas que antecedem o procedimento judicial propriamente dito, como investigações e outras etapas preliminares. (RESENDE, 2008, p. 58)

Além disso, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de tomar todas as medidas necessárias para viabilizar o acesso às pessoas com deficiência ao apoio necessário para exercer a sua autonomia e capacidade jurídica (art. 12, parágrafo 3.º, da CDPD). Portanto, nesses casos, já era obrigação do Estado arcar com os custos da mencionada equipe multidisciplinar, bem assim com as custas e demais despesas judiciais, sendo a parte beneficiária da justiça gratuita.

Assim, já na audiência de interrogatório, mesmo na vigência do CPC/73, graças aos preceitos da CDPD, o juiz deveria fazer-se acompanhar de equipe multidisciplinar, e até de familiares do interditando, para que pudesse inquiri-lo de forma adequada, de modo que ele entenda e possa ser entendido. A pessoa com deficiência tem direito constitucional como corolário do princípio do devido processo legal, a ampla defesa, ao contraditório e a participação processual, o que apenas pode ser viabilizado se houver um intérprete em todos os atos que se fizerem necessários. (MELO, 2012, p. 297).

A informação que era fornecida na petição inicial, sobre qual transtorno acometia o interditando, determinaria quais profissionais deveriam auxiliar o magistrado na audiência. Em um caso ou outro, a equipe multidisciplinar deveria

opinar no sentido de qual o provável diagnóstico aplicável ao caso, se eles eram competentes para realizar a perícia nesse caso ou se deveria ser indicado outro profissional ou equipe para exercer o encargo de perito.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014; p. 323) também defendiam, antes do EPD e CPC/2015, a ideia aqui proposta de que o juiz deveria estar assistido por especialistas e pela própria família do interditando no momento da audiência de interrogatório. Citam ainda os mencionados autores um precedente jurisprudencial oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual é anulado o interrogatório do interditando por não ter o juiz de primeiro grau sido auxiliado por especialistas. Ainda que o mencionado precedente seja anterior até mesmo a vigência da CDPD, é imprescindível que seja transcrita a sua ementa, para fins de estudo dessa matéria (grifo nosso):

EMENTA:

PROCESSO CIVIL - INTERDIÇÃO - IRREGULARIDADES E NULIDADES PROCESSUAIS - ANULAÇÃO PARCIAL. A interdição segue procedimento específico e não tendo sido observado o devido processo legal, configura-se o cerceamento de defesa, **com efetivação de interrogatório deficiente, sem ajuda de especialistas ou da família para obtenção de resultado e sem esclarecimento se poderia ser respondido por escrito**; falta de citação e de intimação para apresentar contestação; falta de perícia visual ou assistência de oftalmologista na perícia realizada; falta de audiência de instrução e julgamento, com oitiva de testemunhas. (TJ-MG, APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0056.04.075679-5/001 - COMARCA DE BARBACENA - APELANTE(S): LUIZ DIAS E SUA MULHER - RELATORA: EX.<sup>ma</sup> SR.<sup>a</sup>. DES.<sup>a</sup>. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE; julgado em 07/08/2007; publicação: 29/08/2007). (grifo nosso).

No caso do mencionado precedente, o laudo pericial foi demasiadamente mal elaborado, além de não ter o juízo primário procurado investigar como a interditanda se comunicava, diante do fato de que esta era surda-muda e tinha parte da visão comprometida. Além disso, o perito não teria sido assistido por médico oftalmologista para avaliar a questão da visão da interditanda, corroborando para a

nulidade da sentença que decretou a interdição em razão de não observância de procedimentos adequados para averiguar a (in)capacidade da interditanda.

Portanto, após a CDPD, mesmo no regime da livre apreciação da prova e livre convencimento motivado do CPC/73, já não era mais permitido ao juiz dispensar a realização da prova pericial após o interrogatório, em razão de que a pessoa só poderia ser alvo de qualquer medida de salvaguarda na exata proporção de suas limitações de discernimento, salvo se amparado por prova documental igualmente idônea. Essa proporcionalidade só poderia ser auferida por meio de prova pericial produzida por equipe multidisciplinar, composta não só por médicos especialistas, mas também por psicólogos e assistentes sociais.

Dentro da perspectiva da CDPD, a sentença que decretava a implementação do apoio curatela deveria conter precisamente quais medidas e para quais atos esta seria aplicada, bem como a pessoa que prestaria o auxílio (curador) e, possivelmente, a que fiscalizaria a atuação deste (pro-curador). Assim, desde já era possível a uma única pessoa ser aplicada medida de salvaguarda de auxílio relativo para alguns atos, nos casos de discernimento insuficiente, de auxílio absoluto para outros, quando não houvesse qualquer discernimento, e não ser aplicada nenhuma medida para os demais atos, em razão da plena capacidade de a pessoa praticá-los de forma autônoma, sendo sempre verificadas concretamente as potencialidades de cada indivíduo. (ABREU, 2009, p. 220). Além disso, poderia prever mais de um curador e, neste caso, deveria prever qual deles iria auxiliar o curatelado para cada ato em específico, podendo, no caso concreto, um dos auxiliares, por exemplo, ter mais aptidão para tratar de questões patrimoniais mais complexas, e outro ter mais aptidão para as questões do dia a dia.

Nos casos de deficiências físicas que dificultem a manifestação de vontade, era também cabível a aplicação de medidas de salvaguarda nos casos em que a pessoa não conseguisse falar, nem movimentar nenhum de seus membros, ou tomar qualquer outra ação para se manifestar, externar vontade. Entretanto, deveria ser garantida a presença de intérpretes, no caso de impedimentos no nível sensitivo (visão, audição, etc.), pois, de outra forma, estaria impossibilitado, pela ausência de comunicação, o efetivo entendimento do que se passava durante os atos procedimentais. (MELO, 2012, p. 295). Não sendo esse o caso, possuindo a pessoa discernimento comum, deveria ser aplicada, no máximo, uma salvaguarda de nomeação de um intérprete, nada mais.

## **2.5 Aplicação das Salvaguardas pelo Período mais Curto Possível e Revisão Regular por uma Autoridade ou Órgão Judicial Competente, Independente e Imparcial**

No sistema do CPC/73 (art. 1.184), só ocorria interdição após decisão judicial. Contudo, a sentença alcançava todo o tempo anterior em que comprovadamente o interditado apresentava os mesmos fatores que levaram à sua incapacidade, sendo *ex-tunc* a eficácia quando aquela apreciava alguns atos anteriores e considerava incapaz o interditado já ao se tratar do primeiro deles. (LÔBO, 2012b, p. 113). Para que se cessassem as medidas de curatela impostas pela sentença de interdição, era necessário que o interditado ou seu curador fizesse um pedido de levantamento de interdição, que tramitaria em autos apartados aos do processo que determinou a interdição (art. 1.186, do CPC/73). Feito o pedido, o juiz nomearia perito para avaliar se teriam cessado as causas que originaram a interdição; caso positivo, o pedido era julgado procedente, independentemente de rescisão da sentença de interdição (art.

1.186, §§ 1.º e 2.º, do CPC/73). Assim, para ser levantada a interdição, seria imprescindível o requerimento da parte.

Com o advento da CDPD, esse regramento foi sensivelmente modificado, razão da disposição contida no art. 12, parágrafo 4, da CDPD, parte final. Este determina que as medidas de salvaguarda serão aplicadas pelo período mais curto possível e devem ser submetidas a revisão regular por uma autoridade competente, independente e imparcial.

Um componente importante de qualquer regime de tomada de decisões é a inclusão de um elevado nível de revisão e supervisão para evitar a ocorrência de abuso e de influência indevida por parte. (BACH; KERZNER; 2010; p. 37). No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma outra autoridade é competente para tratar da questão, tendo em vista tratar-se de direitos fundamentais, que não o poder judiciário. Só por sentença judicial podem ser aplicadas medidas de salvaguarda para garantir o exercício da autonomia e capacidade das pessoas com deficiência. Da mesma forma, só ao judiciário cabe revisar as suas próprias decisões.

Com a determinação da CDPD, a aplicação de medidas de salvaguarda se tornou questão de ordem pública, a ser revista de ofício pela autoridade judiciária em periodicidade adequada. Essa revisão deveria ser feita com a realização de nova perícia para atestar se houve ou não alteração no quadro fático que determinou a implementação das medidas de salvaguarda, assim como novo interrogatório. Além disso, deveriam ser ouvidos o curador, familiares e também o pro-curador (os dois últimos, se houver), e até pessoas próximas à pessoa sujeita à curatela para averiguar se as medidas aplicadas foram efetivas para os fins propostos, ou devem ser substituídas por outras.

Segundo a *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), até o ano de 2013, apenas alguns Estados-Membros da UE tinham definido um prazo máximo para a revisão de uma medida de proteção (FRA, 2013, p. 37-38), entre os quais a Alemanha — que define um prazo de sete anos para o cancelamento ou renovação da medida restritiva da capacidade —, a Estônia — nesta, um tribunal deve decidir, no prazo de três anos, a possibilidade de cancelar ou prolongar a curatela — e Malta, na qual, ao se nomear um guardião, um “Conselho Tutelar” deverá também determinar que uma audição para a revisão seja realizada dentro de um período específico, não sendo superior a dois anos.

Essas medidas se justificam no fato de se estar tratando de medidas que têm relação direta com direitos da personalidade humana. Em razão disso, não pode o estado permitir que medidas que, porventura, restrinjam o exercício de direitos se perenizem sem que haja qualquer mecanismo de revisão periódica para averiguar se elas ainda se justificariam com o passar do tempo. Mesmo nos casos em que o quadro parecia irreversível ou não sujeito a melhora, deveria haver a revisão, principalmente para verificar se as medidas impostas estavam atendendo aos fins pretendidos e se a pessoa encarregada de as efetivar o estava fazendo na forma e nos limites estipulados.

Como enfatizado na CDPD, a pessoa deve ficar sujeita a medidas de salvaguarda pelo período mais curto possível. Esse ponto específico do artigo 12 tem sido criticado, apontando a existência de uma inconsistência, pois a restrição no tempo seria adequada para o modelo de substituição, mas salvaguardas dentro de um sistema de assistência na tomada de decisões deveriam ser previstas para se estender no tempo, isto é, enquanto eles são necessários. (PALACIOS, 2008, p. 466).

Ao que parece, a crítica é despicienda, pois, se a CDPD fala que as medidas de salvaguarda devem ser aplicadas pelo período mais curto possível, é o mesmo que dizer que elas serão mantidas enquanto necessárias. Não há nenhuma contradição na norma, que delimita não só os limites materiais das medidas de salvaguarda, mas também garante que estas permanecerão enquanto forem necessárias.

O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material, abrindo ensejo à tutela efetiva dos direitos. (MARINONE, 2010, p. 112). Como a CDPD não estabeleceu a periodicidade, seria papel do magistrado, na própria sentença que determinava a implantação das medidas de salvaguarda (curatela), com auxílio de uma equipe multidisciplinar, estabelecer a periodicidade de revisão para cada caso. Atualmente, o EPD estabeleceu uma periodicidade no que diz respeito à apresentação de contas, o que pode ser entendido como a periodicidade de revisão da medida, questão que será abordada no Capítulo 3.

Assim, a revisão das medidas de salvaguarda fixadas em sentença não mais dependiam de requerimento da parte, que, muitas vezes, se via refém de seu curador, em razão de ter-lhe sido imposto um modelo de curatela bem mais restritivo do que seria devido. Nesse desiderato, o implemento da revisão *ex-officio* visou, sobretudo, proteger a pessoa com deficiência, não havendo nenhum óbice, por óbvio, que aquela ou seu curador requeressem o levantamento da interdição antes da periodicidade estabelecida para revisão.

## **2.6 A Parte Final do Artigo 12 da CDPD e a Tutela do Patrimônio da Pessoa com Deficiência**

O parágrafo 5, do art. 12, da CDPD, dispõe que os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens. Além disso, essas medidas devem garantir à pessoa com deficiência controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro. Por fim, determina que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Verifica-se que a CDPD se preocupou com a pessoa com deficiência não só na sua esfera existencial, prevendo também um regramento específico para sua área patrimonial. (PALACIOS, 2008, p. 467). Uma das primeiras liberdades que formaram o estado democrático de direito, como o conhecemos hoje, foi a de gerir de forma livre e autônoma seu patrimônio. Portanto, uma conquista tão importante não poderia ser excluída de uma convenção que se propõe garantir os direitos das pessoas com deficiência.

Apesar de não ser suficiente por si só, essa preocupação também tem grande importância. Apesar de o artigo 12.5 estar contido implicitamente no 12.1, é demasiadamente importante que tenha sido dado tratamento específico ao tema, tendo em vista que a ausência de capacidade a respeito de questões financeiras é o que, de fato, obsta a vida independente. (QUINN, 2010, p. 80).

Assim, as medidas de salvaguarda devem permitir que a pessoa com deficiência administre seu patrimônio, da forma como bem entender, principalmente se ela exercer atividade remunerada. Se a pessoa com deficiência tem acesso ao mercado de trabalho ou até mesmo exerce atividade empresarial, não há nenhuma razão para nomeação de alguém para auxiliá-la no que claramente ela consegue desenvolver de forma autônoma.

Não é nada incomum pessoas que possuem deficiências de ordem mental, como a síndrome de Asperger e de Down que, apesar de terem algumas dificuldades, não só têm uma vida normal, como conseguem feitos extraordinários. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014; p. 319) citam como exemplo o filme “Colegas”, totalmente produzido por pessoas com síndrome de Dawn, vencedor, em 2012, do Kikito de melhor filme no Festival de Gramado.

## CAPÍTULO 3

### O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA DO FATO JURÍDICO

#### 3.1 Considerações Iniciais

A Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, também denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou simplesmente Lei Brasileira de Inclusão, trouxe certo alvoroço e estranha surpresa para alguns<sup>27</sup>. Isso ao revogar expressamente o regime previsto no CC/02, no que diz respeito à incapacidade das pessoas com deficiência que impliquem impedimentos na ordem do discernimento para prática dos atos da vida civil.

Contudo, muitas de suas principais mudanças são meras reproduções do que já dispunha a CDPD, principalmente em seu artigo 12, conforme visto no Capítulo 2, no qual foi analisado apenas o impacto da convenção no ordenamento jurídico, no momento em que entrou em vigor. É impressionante que só com uma revogação expressa do códex se conseguiu chamar a atenção dos operadores do direito para mudanças que já estão em vigor no nosso ordenamento desde que este incorporou a CDPD.

A identificação retórica da mudança de um sistema<sup>28</sup> de decisão substituta para um sistema de decisão apoiada é uma coisa. Entender o que significam essas expressões e implementar completamente um regime genuinamente orientado para o apoio, ao invés da suplantação dos direitos de decisão das pessoas com deficiência, é outra. (DINERSTEIN, 2012, p.1).

---

<sup>27</sup> Por todos, Simão (2015a; 2015b) e Kümpel e Borgarelli (2015).

<sup>28</sup> Sistema é aqui utilizado no sentido de “mecanismo” ou “método”, não como sistema jurídico.

No presente Capítulo, serão analisados, desta vez abordando também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o papel e a importância da vontade da pessoa com deficiência, pelas novas regras, no suporte fático abstrato (hipótese normativa) dos atos jurídicos em sentido amplo. Após, será abordada a solução dos conflitos existentes entre o EPD e o CPC/2015, e, por fim, serão feitos breves comentários sobre os modelos de apoio na tomada de decisão vigentes no direito brasileiro.

### **3.2 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Existência**

Uma proposição jurídica completa é contemplada com a presença de uma hipótese normativa (suporte fático abstrato), aliada a um preceito dela decorrente (MELLO, 2013c, p. 62). Assim, Larenz (1997, p. 351) sintetiza, ao esclarecer que a proposição jurídica associa uma situação de fato circunscrita de modo geral a uma consequência jurídica.

Os fatos são singulares ou estado de fato, positivos ou negativos, compõem-se de um fato único (simples) ou de elementos fáticos em conexão, no mesmo momento ou em sucessividade (fatos complexos, unitemporais, ou sucessivos) — os últimos dão ensejo à aparência de eficácia preliminar ou antecipada. (MIRANDA, 1983a, p. 93). O preceito constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos, ou seja, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica (MELLO, 2013c, p. 103).

Com a concreção da previsão normativa, têm-se a ocorrência dos fatos jurídicos, classificados em fatos jurídicos *lato sensu* conformes a direito ou contrários a direito (MELLO, 2013c, p. 163). Quanto aos primeiros, examinando-se o cerne do

suporte fático, diferenciam-se os fatos jurídicos *stricto sensu* daqueles que possuem como elemento integrante da hipótese normativa um ato humano. Estes também são subdivididos — visto que a vontade do agente na prática do ato também compõe elemento de seu suporte fático — em atos-fatos jurídicos (a juridicização ocorre sobre o resultado fático do ato humano, independentemente da vontade do agente de praticá-lo) e atos jurídicos *stricto sensu* (a vontade é elemento de existência, e sua perfeição, de validade do ato).

Enneccerus, Kipp e Wolff (1981, p. 9) conceituam os atos jurídicos *stricto sensu* como uma conduta humana dirigida (volitiva) à consecução de um fim, adotando, visivelmente, a teoria finalista, no que diz respeito à causa dos atos jurídicos<sup>29</sup>. Quanto a esse último aspecto, adotou-se aqui a teoria objetiva da causa-função, de modo que o conceito de ato jurídico *stricto sensu* é tomado como um fato jurídico cujo suporte fático é composto por uma ação humana volitiva

---

<sup>29</sup> Modernamente destacam-se duas acepções sobre causa, uma de ordem subjetiva e outra chamada de objetiva. A corrente subjetiva considera a causa como o fim principal, a consequência jurídica ulterior pretendida pelo agente com o ato jurídico. Adeptos dessa corrente, denominada clássica por ser uma das primeiras concepções de causa da modernidade, além dos já mencionados, estão ilustres juristas como Karl Larenz, Domat, Capitant, Venzi, entre outros<sup>29</sup>.

Na França, houve expressa referência à causa como requisito de validade das convenções no Código de Napoleão, o que não escapou às críticas de notórios juristas como Planiol e Giorgio Giorgi (CAMPOS FILHO, 1959, p. 12-19). A essa corrente clássica se opôs Clóvis Beviláqua (1859-1944) ao excluir propositadamente a causa do Código Civil de 1916, por ser de difícil definição e pouca utilidade prática.

No direito alemão, não houve menção expressa ao termo causa quando se tratou dos atos jurídicos, no qual foram considerados como tais as declarações de vontade que tenham ou não destinatário determinado que se propõe a produzir efeitos jurídicos, sendo que o termo referido só aparece quando trata do tema do enriquecimento injusto. (CAMPOS FILHO, 1959, p. 23). Larenz (1978, p. 441) afirma que os contratos de natureza obrigacional são usualmente causais, concebendo causa como o fim jurídico da obrigação, o qual dá a conhecer no momento do pacto o fim econômico perseguido.

A outra corrente, a objetiva, foi bastante desenvolvida na Itália por autores como Mirabelli, Coviello, Ruggiero, Bonfante, Ferrara, Stolfi, Messineo, e Luzzato (apud CAMPOS FILHO, 1959, p. 89-90). No Brasil, foi defendida pelo professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco Torquato Castro (1966), bem como por Pontes de Miranda (1983), Paulo Barbosa de Campos Filho (1959), entre muitos outros.

Pela corrente objetiva, não se investiga a finalidade ou os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes do negócio, como o faz a primeira teoria, mas identifica na função do negócio jurídico, ou do contrato, sua causa. Explicitando a teoria objetiva, Pontes de Miranda (1983, p. 78) disserta que causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia.

(elementos cernes) voltada ao alcance da função (elemento complementar) pretendida pelo agente, que deve ser prevista ou não defesa em lei.

No caso dos negócios jurídicos, espécie de ato jurídico *lato sensu*, a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento no mundo jurídico. (MIRANDA, 1983c, p. 3). O poder de escolha, no espaço de autorregramento, resulta em efeitos queridos pelos figurantes do negócio, que são reconhecidos pelo sistema jurídico, quando o negócio ingressa no mundo do direito. (LÔBO, 2013, p. 3).

Enneccerus, Kipp e Wolff (1981, p. 12) classificam os atos jurídicos em três grupos: declarações de vontade, atos conformes a direito e atos contrários a direito<sup>30</sup>. Os primeiros seriam as manifestações de vontade dirigidas à produção de efeitos jurídicos, os quais são determinados pelo próprio conteúdo daquelas. Os segundos seriam os atos humanos lícitos cujos efeitos não são determinados pelo conteúdo da vontade, pois estão vinculados àqueles previstos estritamente pela lei. Os últimos seriam aqueles pelos quais a lei prescreve, de forma compulsória, efeitos jurídicos negativos ao agente que os pratica (delitos, inadimplemento, caducidades, etc.).

Os elementos considerados como constitutivos do suporte fático dos atos jurídicos são: ato humano volitivo (elemento nuclear cerne), consciência da exteriorização de vontade e resultado<sup>31</sup> previsto ou não proibido por lei (elementos complementares). (MELLO, 2013c, p. 186).

---

<sup>30</sup> Estes últimos, na classificação adotada por Mello (2013a, p. 163) e Pontes de Miranda (1983) estão no grupo dos fatos jurídicos não conformes a direito, já que estes fazem uma divisão levando em consideração a conformidade ao direito ainda no plano mais abrangente da classificação dos fatos jurídicos.

<sup>31</sup> O resultado previsto ou não proibido por lei, enunciado pelo professor Mello (2013), aqui é compreendido como causa-função do ato jurídico.

A vontade é fato, por si só, insuficiente para compor um suporte fático de fato jurídico. Para tanto, esta deve ser exteriorizada, seja por meio de declaração, seja por simples manifestação de vontade<sup>32</sup>. Faltando-a, estar-se-á diante da inexistência de ato jurídico por insuficiência de seu suporte fático. (MIRANDA;1983c; p. 4-7). A expressão da vontade é destinada para que outros tenham conhecimento de todo o seu conteúdo, e, através dela, o agente dá a conhecer que determinados efeitos jurídicos serão produzidos conforme a sua vontade. (LARENZ;1978; p. 448). Assim, à medida que o ordenamento jurídico reconhece como válida a declaração de vontade, o efeito jurídico nela assinalado ocorre por meio dela, a partir de sua emissão e pelo conhecimento de seu conteúdo por seu destinatário.<sup>33</sup> (LARENZ;1978; p. 449).

Nesse desiderato, é problemática a nova redação dada ao art. 4.º, inciso III, do CC/02, ao introduzir aqueles que não puderem exprimir sua vontade no rol dos relativamente incapazes. Isso porque, conforme fora demonstrado, quem não exprime vontade não pode praticar ato jurídico por insuficiência dos elementos necessários à concreção do suporte fático. Não adotou o legislador nem modelo de incapacidade absoluta anteriormente vigente nem por um modelo de curatela sob o mesmo regramento da CDPD, trazendo mais problemas que soluções. No intento de proteger aquele que está impossibilitado de exprimir vontade, terminou por negar-lhe a possibilidade de prática de todo e qualquer ato jurídico válido em seu nome, pois, se não tem condições para exprimir vontade, como manifestará seu consentimento, requisito necessário sem o qual o ato é anulável?

---

<sup>32</sup> São atos humanos declarativos, em que há vontade, como a aceitação de herança, tomada de posse e uso de terreno alugado, etc., sendo que alguns destes estão tão próximos das declarações de vontade que se têm juridicamente como declarações tácitas de vontade, a exemplo da revogação tácita de testamento por sua destruição. (MIRANDA, 1983c, p. 5).

<sup>33</sup> Há manifestações de vontade que precisam ser recebidas (receptícias) e manifestações de vontade que prescindem de recepção (não receptícias) e, no caso da primeira, a chegada destas apenas é essencial aos seus efeitos. (MIRANDA, 1983b, p. 398).

A solução para este descuido do legislador será tarefa árdua para o intérprete, caso se proponha a resolvê-lo sem ignorar a mudança legislativa. Retornar-se-á ao tema mais adiante, quando da análise das modificações nos planos da validade e da eficácia.

Diante do que já foi exposto, temos que, no regime da capacidade civil previsto no CC/02, o relativamente incapaz recebia auxílio na vontade manifestada, sendo papel do curador apenas ratificar ou não o que foi decidido, com o fim de evitar ou sanar a anulabilidade do ato. O absolutamente incapaz não manifestava vontade — se o fizesse, o ato seria inválido —, a vontade que entrava no mundo jurídico como elemento cerne do suporte fático era a manifestada pelo curador, com a ressalva de que todo ato jurídico praticado em nome do incapaz deveria ser no seu “melhor interesse”.

No novo regramento, a assistência e/ou representação é substituída pelo apoio, que é prestado em momento anterior à manifestação/declaração de vontade, qual seja, o da tomada de decisão. Sendo assim, com o novo regramento, constitui elemento do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* não só a vontade exteriorizada, mas o processo de tomada de decisão, momento em que ocorrerá o apoio<sup>34</sup>.

O apoio não está somente na manifestação de vontade (vontade exteriorizada), mas em momento anterior, na tomada de decisão, é o adimplemento do dever que existe para o apoiador que integra o suporte fático do ato jurídico — praticado pela pessoa apoiada — como fato.

Em estudo analisando a aplicação de medidas de apoio na tomada de decisão, em que o apoio é prestado pelo companheiro da pessoa com deficiência,

---

<sup>34</sup> Os modelos de apoio na tomada de decisão serão abordados com mais detalhes posteriormente.

Knox, Douglas e Bigby (2015, p. 14-15) definem que a tomada de decisão apoiada seria um processo que envolve seis fases: permanecer vigilante para ocasiões em que tomar decisões será necessário; reconhecer e iniciar uma decisão; avaliação; viver com o resultado; e refletir sobre o processo.

Para Blanck e Martines (2015, p. 24), o apoio tem a finalidade de permitir à pessoa com deficiência entender a situação e as escolhas que estão diante dela, para que ela possa decidir por si própria. Assim, a decisão envolve uma fase inicial de compreensão da situação fática/jurídica posta diante da pessoa, raciocínio na tomada de decisão, e exteriorização da vontade daquilo que se decidiu. É um processo que ocorre no mundo dos fatos, uma sequência de atos, e em todos e/ou cada um deles o apoio poderá ser prestado.

Vê-se então que a manifestação/declaração de vontade<sup>35</sup>, que integra o suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* praticados por pessoas com deficiência não se trata mais de um elemento fático apenas. O novo regramento trouxe juridicidade à decisão da pessoa com deficiência e a todo o processo fático que a envolve. Assim, compõem a hipótese normativa elementos fáticos em conexão e sucessividade, sendo a exteriorização a fase final de sua concreção suficiente.

Podem-se sintetizar, assim, quatro fases (etapas/atos) do processo de tomada de decisão, quais sejam: recepção do estímulo externo<sup>36</sup>; compreensão e

---

<sup>35</sup> Nos atos jurídicos *stricto sensu*, há sempre manifestação de vontade (ou comunicação de vontade), ou manifestação de conhecimento (ou comunicação de conhecimento) ou manifestação de sentimento (ou de comunicação de sentimento). Nos negócios jurídicos, há sempre manifestação de vontade, que pode ser simples, ou declarada. (MIRANDA, 1983b, p. 395).

<sup>36</sup> A recepção do estímulo aqui enunciada como fase do processo fático de tomada de decisão não se confunde com a fase de negociações preliminares do processo obrigacional, que se encontra na fase pré-negocial. A recepção do estímulo implica o recebimento de todos os dados, informações, etc., relevantes para a prática do ato jurídico objeto da decisão e ocorre já quando da prática do ato em si. O apoio também pode e deve ser prestado na fase pré-negocial, pois nessa fase também são tomadas decisões importantes para a realização do negócio, e a ausência deste acarreta sobre o futuro negócio os mesmos efeitos da ausência de apoio na fase negocial e pós-negocial. Devido aos objetivos deste trabalho, não se abordará com profundidade a realização do apoio em

interpretação do estímulo recebido; tomada de decisão; externar vontade. Todas essas são elementos fáticos do suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* praticados pelas pessoas com deficiência, podendo o apoio ser prestado em qualquer dessas fases.

### 3.3 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Validade

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 104, inciso I, do CC/02, exige como elemento complementar<sup>37</sup> do suporte fático do ato jurídico lícito, para imprimi-lo de validade, a capacidade civil plena do agente. Mesmo nos atos jurídicos contrários a direito<sup>38</sup>, a capacidade civil altera significativamente a própria configuração da ilicitude do ato, ou, ao menos, os efeitos jurídicos negativos dele advindos.

A invalidade tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de atos contrários a direito com efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos. (MELLO, 2013b, p.86). O ato inválido entrou no mundo jurídico, apesar de seu déficit se dar desde o suporte fático, não nasceu morto, o que seria não nascer, mas impróprio à vida, por sua extrema debilidade. (MIRANDA, 1970a, p. 28).

Para Larenz (1978, p. 622), o negócio jurídico é ineficaz quando é negada a produção de seus efeitos pelo ordenamento jurídico que lhe nega validade, sendo a nulidade o grau principal da ineficácia do negócio jurídico. Mesmo assim, não nega que o nulo não é inexistente, mas que apenas lhe são denegados os efeitos jurídicos

---

cada fase do processo obrigacional/negocial, mas limitar-se-á à abordagem das implicações sobre o tipo genérico de ato jurídico em sentido amplo.

<sup>37</sup> A capacidade trata-se, sim, de elemento complementar. Isso se observa em vista de que o CC/02 diz, em seu art. 166, inciso I, que é nulo, absolutamente, o negócio jurídico (assim como o ato jurídico, em vista do art. 185, do CC/02), celebrado por pessoa absolutamente incapaz, fica claro que o ato (*lato sensu*), apesar de existir (visto que os elementos nucleares se encontram presentes) padece de elemento complementar de validade (a situação jurídica da capacidade).

<sup>38</sup> Da mesma forma que os demais, cumpre analisar apenas aqueles para os quais a manifestação de vontade é relevante na composição do suporte fático, tendo em vista os objetivos do presente estudo.

a que foi dirigido a produzir. (LARENZ, 1978, p. 624). Percebe-se que Larenz (1978) não diferencia suficientemente invalidade de ineficácia, pois, ao falar da condição no negócio jurídico (LARENZ, 1978, p. 673), fala do retardo da eficácia do negócio sujeito a condição suspensiva, como de validade, como se aquela sujeitasse a validade do negócio jurídico ao seu implemento.

A distinção entre nulidade e ineficácia é assente na distinção entre validade e eficácia, depois que a ciência do direito apurou a fundo que a defeituosidade não se confunde com a falta de requisitos para a irradiação de efeitos, de modo que toda validade se liga ao momento em que se faz jurídico o suporte fático e toda eficácia será produção da juridicidade do fato jurídico. (MIRANDA, 1970a, p. 16). É inegável que a validade do ato implicará diretamente a produção de seus efeitos jurídicos. Contudo, há no nosso ordenamento jurídico exemplos de atos nulos que têm alguns de seus efeitos preservados (art. 167, § 2.º, CC/02), bem como de atos plenamente válidos, porém ineficazes, como ocorre com os negócios jurídicos sujeitos a condição suspensiva, enquanto esta não for implementada.

A capacidade civil<sup>39</sup> de obrar<sup>40</sup> é o primeiro pressuposto da validade previsto no CC/02, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade, e os elementos do suporte fático a ela referentes, cuja existência é essencial à validade do negócio jurídico e do ato jurídico *stricto sensu*, antes da CDPD e do EPD, eram: a idade; a normalidade da psique; a surdo-mudez sem expressabilidade do pensamento; a ausência sem notícias, julgada e com eficácia “*erga omnes*”; a intoxicação habitual; a prodigalidade; o estado social de silvícola. (MIRANDA, 1970, p. 93-97).

---

<sup>39</sup> A capacidade civil de direito não é pressuposto da validade: ativa, ou passivamente, é o mesmo que personalidade. (MIRANDA, 1970a, p. 93).

<sup>40</sup> Ou de agir.

Assim, a capacidade para praticar ato jurídico no CC/02 encontrava-se totalmente relacionada com o fator consciência na e da manifestação de vontade, havendo pré-exclusão da análise desse critério em determinados indivíduos, presumidos como não capazes de alcançá-lo. Estes são qualificados pelo Código Civil como absolutamente incapazes, a exemplo dos menores de 16 (dezesesseis) anos, aqueles que não têm condições, ainda que por causa temporária, de externar sua vontade, bem como aqueles que não tinham o necessário discernimento para fazê-lo com “consciência”<sup>41</sup>.

Nesse sentido, é o que dispunha a antiga redação do art. 3.º, do CC/02:

Art. 3.º 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.

Sendo assim, a vontade daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o “necessário discernimento” para manifestar vontade consciente, era pré-excluída da composição do suporte fático dos atos jurídicos válidos, pelo fato jurídico da incapacidade absoluta. Em seu lugar, restava a vontade do curador, sendo a vontade da pessoa com deficiência, qualificada como absolutamente incapaz, fato natural absolutamente irrelevante para a composição e validade do ato jurídico praticado em seu nome.

Mesmo nos intervalos de lucidez, o ato jurídico cujo suporte fático incluísse manifestação de vontade de incapaz, não escapava da sanção de invalidade. (ENNECCERUS; KIPP; WOLFF, 1981, p. 12), (MELLO, 2013b, p. 119). Essa se

---

<sup>41</sup> É importante ressaltar que inconsciência não se confunde com o erro, pois implica inexistência de vontade, e não em defeito desta, ou seja, constitui insuficiência do suporte fático, enquanto o segundo se trata de ineficiência do elemento do suporte fático. (MELLO, 2013a, p. 190).

apresentava em grau de nulidade ou anulabilidade, a depender de se tratar de relativamente ou absolutamente incapaz.

Assim, os elementos do suporte fático dos atos jurídicos praticados por pessoas com deficiência consideradas absolutamente incapazes eram: ato humano volitivo praticado pelo curador em nome do curatelado (elemento nuclear), consciência do curador da exteriorização de vontade e resultado previsto ou não proibido por lei (elementos complementares)<sup>42</sup>.

Com o ingresso da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência no nosso ordenamento jurídico, houve sensível mudança no regramento das capacidades. Tais mudanças normativas já foram destacadas no capítulo anterior, de modo que, nesta seção, passaremos à análise direta da nova composição do suporte fático dos atos jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência.

Cumprir analisar *ab initio* a primeira e segunda parte do art. 12, da CDPD, e o *caput* do art. 6.º e art. 84, da Lei Brasileira de Inclusão:

#### CDPD

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.

#### Lei n.º 13.146/15

Art. 6.º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive 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;

---

<sup>42</sup> Já foi dito no Capítulo anterior que o curador, apesar de possuir muitos poderes de ingerência na vida da pessoa curatelada, mesmo antes da vigência da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tinha limites previamente definidos no próprio CC/02, que, em sua maioria, são comuns à tutela.

- 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.

Art. 84 A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Veja-se que, nos dispositivos acima transcritos, há uma hipótese normativa (suporte fático abstrato) em comum. Neles, está dito que o fato deficiência não pode implicar restrição do exercício pela pessoa de sua plena capacidade. Além disso, foram excluídos dos arts. 3.º, 4.º e 1767, do CC/02, todas as menções a expressões que se referissem a pessoas com deficiência (excepcional sem desenvolvimento mental completo, enfermidade ou deficiência mental, etc.). Assim, o fato jurídico cujo efeito implique restrição na capacidade civil não pode conter, como elemento fático de sua hipótese normativa, a deficiência.

A CDPD e o Estatuto da Pessoa com Deficiência são enfáticos ao afirmar, nos dispositivos acima transcritos, que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Nesse desiderato, foi extirpada de nosso ordenamento jurídico a presunção de que a vontade da pessoa com deficiência mental, cognitiva ou psicológica que implique discernimento reduzido não poderia ser consciente e, portanto, apta a compor o suporte fático de atos jurídicos válidos.

Após o início de vigência da Convenção, no direito brasileiro, em 2009, portanto, a pessoa com deficiência não mais se inclui entre as absolutamente incapazes de exercício dos direitos. (LÔBO, 2015, p. 2). A Convenção, nessa matéria, já tinha derogado o Código Civil. A Lei n.º 13.105, de 2015, tornou explícita essa derrogação, ao estabelecer, em nova redação ao artigo 3.º do Código Civil, que

são absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, excluindo as pessoas “com enfermidade ou deficiência mental”, e qualificando como relativamente incapazes os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (na redação originária, eram absolutamente incapazes). (LÔBO, 2015, p. 2).

A partir de então, poder-se-ia dizer que não haveria mais, no ordenamento jurídico brasileiro, possibilidade de a pessoa com deficiência ter qualquer restrição em sua capacidade de praticar atos jurídicos. Contudo, antes que se possa concluir dessa forma, tem-se de analisar as regras trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, principalmente as que, expressamente, trazem previsão da manutenção do regime da curatela, ainda que em hipótese bem mais restritiva.

Vejamos o que dispõem os art. 84, §§ 1.º a 4.º, e art. 85, §§ 1.º a 3.º, da Lei n.º 13.146/15:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1.º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2.º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3.º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4.º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

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

§ 1.º 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.

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

§ 3.º 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.

Veja-se que o parágrafo primeiro do art. 84, da Lei n.º 13.146/15, estabelece uma exceção ao que dispõe no *caput*. Assim, *a priori*, a curatela, com seu regime de representação da pessoa com deficiência, se mantém no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, com ainda mais restrições para a configuração do suporte fático que autoriza sua implantação, e dispõe sobre seu regime. Retornar-se-á o tratamento do novo modelo de curatela em momento oportuno.

A questão gira em torno da capacidade, ou seja, o indivíduo que sofre de doença mental, cognitiva ou psicológica, não importa a gravidade, ainda é capaz, pelo simples fato de ser uma pessoa, de modo que a sentença que aplicar medidas de apoio não decretará mais a interdição civil, mas definirá um prazo para que o sujeito tenha um suporte ou apoio para realizar determinados atos. (OLMO, 2014, p. 37).

Sendo assim, no modelo previsto na CDPD e regulamentado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há mais possibilidade de qualificar a pessoa com deficiência como relativa ou absolutamente incapaz. Destituiu-se, portanto, o fundamento legal que punia com a invalidade (nulidade ou anulabilidade) os atos jurídicos cujo suporte fático apresentasse como elemento a vontade de uma pessoa com deficiência considerada incapaz. Com isso, não há mais possibilidade jurídica de aplicar a sanção de invalidade aos atos jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência, mesmo que não tenha recebido o apoio necessário para praticá-lo – fora os casos cujo suporte fático preveja tais efeitos a atos praticados por todas as pessoas, a exemplo dos defeitos do negócio jurídico – conforme se demonstrará a seguir.

Com fulcro na redação dos dispositivos legais e constitucionais acima dispostos, não há possibilidade jurídica de qualificar a pessoa com deficiência como

incapaz, ainda que relativamente. Há exclusão expressa pelo suporte fático da nova regra do art. 12 da CDPD e arts. 6º e 84 do EPD, de qualquer possibilidade de restrição de capacidade, por mínima que seja. Além disso, o EPD retirou dos arts. 3º e 4º do CC/02 qualquer menção que pudesse ser enquadrada pessoa com deficiência no rol de incapazes (*numerus clausus*), absoluta ou relativamente.

Contudo, ainda se poderia argumentar que a regularidade da manifestação de vontade ainda é problema de validade, de modo que, a imperfeição da vontade poderia ser verificada no caso concreto pelo magistrado, que culminaria na invalidade do ato. Entretanto, há três problemas graves caso adotado este entendimento, um de lógica e outros dois de natureza prática, senão vejamos.

O lógico se trata do fato de que, caso adotado que a consequência para a prática de atos jurídicos *lato-sensu* por pessoas com deficiência sem o apoio necessário é a invalidade, o novo regramento não terá implicado em mudança alguma. Isso porque, para aplicar a nulidade ou anulabilidade a um ato jurídico, deveria ser investigado o grau em que a vontade foi prejudicada na manifestação do ato. Assim, não haveria qualquer diferença ao modelo anterior que previa a nulidade para os casos em que o prejuízo à vontade era mais grave, pois, atribuía ao sujeito a qualidade de absolutamente incapaz, e, anulabilidade para os casos em que a afetação da vontade era mais leve, atribuindo a qualidade de relativamente incapaz. Caso assim fosse, a atribuição de capacidade plena às pessoas com deficiência teria a mesma consequência jurídica da restrição de sua capacidade, o que logicamente não pode ser verdadeiro. Se a incapacidade gera a invalidade, logo a capacidade plena não pode ocasionar o mesmo efeito, sob pena de inconsistência lógica do sistema jurídico, o que, desde já, autoriza que qualquer interpretação que leve a este resultado seja repelida de pronto.

Esse problema lógico traz à tona também dois problemas práticos, quais sejam: a atribuição de invalidade ao ato jurídico sem qualquer previsão normativa que fundamente a aplicação desta sanção e; ao invés de se restringir a capacidade da pessoa com deficiência de modo abstrato, esta iria ser restringida em cada caso concreto, o que, mais uma vez, terminaria por não produzir nenhuma mudança concreta em relação ao modelo anterior, apenas uma maior dificuldade de aplicação, trocando o já abordado modelo funcional pelo modelo de resultado, fugindo completamente do modelo social previsto na CDPD, o que sem dúvida seria um retrocesso.

Assim, verifica-se que não há possibilidade jurídica de se atribuir sanção de invalidade aos atos jurídicos praticados por pessoas com deficiência afora os casos aos quais tais consequências sejam atribuídas aos praticados pelas demais pessoas – sob pena de culminar em inconsistência lógica do instituto jurídico da capacidade de praticar atos jurídicos.

O escopo do regramento anterior era evitar que pessoas com deficiência que afete a capacidade de discernimento pudessem praticar atos jurídicos, evitando-se a possibilidade de prejuízo próprio. (MELLO, 2013b, p. 118). Por isso, a primeira reação de alguns juristas, ao comentar sobre as mudanças trazidas pela CDPD e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi de surpresa e perplexidade.

Por todos, cumpre abordar as primeiras sete observações divulgadas por José Fernando Simão (2015a), logo após a publicação do EPD. São relevantes as preocupações externadas, de modo que se procurará responder a cada uma delas, iniciando pela segunda e quarta, tendo em vista que são semelhantes e que a primeira merece maiores reflexões sobre os modelos de apoio no direito brasileiro, o que será tratado mais adiante. A quinta e a sétima observações feitas pelo autor

(SIMÃO, 2015a) serão comentadas na seção seguinte, por dizerem respeito ao plano da eficácia atos jurídicos.

Em sua segunda<sup>43</sup> e quarta<sup>44</sup> observações, Simão (2015a) aduz ter sido criada uma ficção legal de que as pessoas com todo tipo e grau de deficiência teriam condições de manifestar vontade de forma autônoma, o que as deixaria “à própria sorte”. Por tudo que já foi exposto, ficou claro que não foi isso que foi feito no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Todas as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência devem ser lidas juntamente com a CDPD, pois foi para regulamentá-la que aquele foi editado pelo legislador. No art. 12, é estabelecido que a pessoa com deficiência exercerá a sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas, recebendo, sempre que preciso for, o apoio adequado para tanto, na proporção de suas necessidades de superar as barreiras que lhe são impostas.

---

<sup>43</sup> Simão (2015a): II – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil. Mas há um problema prático: apesar de o Estatuto ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana tal pessoa não consegue exprimir sua vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas passam a ser capazes por força da nova lei.

Assim, indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma. Contudo, nas notas conclusivas, propomos uma solução para a questão.

<sup>44</sup> Simão (2015a): IV – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I, e 171, I, do CC. Isso significa que hoje, se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso (curso por correspondência de inglês ofertado na porta do metrô), esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto, esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. Para sua anulação, necessária será a prova dos vícios do consentimento (erro ou dolo), o que exigirá prova de maior complexidade, e as dificuldades dessa ação são enormes.

Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma, pois deixou o deficiente à mercê de pessoas sem escrúpulos e com maior dificuldade para invalidar negócios jurídicos.

Está claro então que o exercício da capacidade legal (para praticar ato jurídico em sentido amplo), pelas pessoas com deficiências que impliquem redução de discernimento ou — em conjunto com as barreiras sociais e ambientais — dificuldade em externar vontade, será promovido com o apoio necessário à sua realização. A lei não cria uma ficção, ao contrário do que aludiu o referido autor; antes, ela muda completamente o modelo anteriormente vigente de tratamento da pessoa com deficiência como incapaz para outro que a considera capaz, determinando que lhe forneçam meios para ultrapassar as barreiras necessárias ao exercício de sua capacidade.

Se não há o apoio necessário, mas há manifestação de vontade externada, torna-se problema de eficácia (o qual será abordado posteriormente com mais detalhes). Se não há manifestação de vontade, por falta de apoio necessário, não há ato, portanto, o problema é de inexistência (insuficiência de elementos fáticos para concreção da hipótese normativa). Seja qual for o caso, não se criou uma ficção, tampouco se deixou desprovidas de tutela jurídica as pessoas com deficiência: ela apenas foi deslocada para outros planos do mundo jurídico, sob um novo fundamento legal e constitucional.

A capacidade ou incapacidade são efeitos jurídicos de fatos jurídicos que lhes são precedentes, ou seja, residem no plano da eficácia dos fatos jurídicos, caracterizando-se como situações unissubjetivas simples (MELLO, 2013a, p. 110), conforme já foi exposto. Portanto, é criação do direito, que imputa esses efeitos ao fato jurídico cujo suporte fático é definido pelo legislador, não pelo mundo dos fatos, pela causalidade física ou natural. Esse entendimento, por sua vez, ajuda a compreender o sentido e os limites dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil brasileiro, nos quais o legislador indicou sujeitos de direito que, por razões de política

legislativa, não poderiam validamente praticar condutas jurídicas. (LEONARDO, 2010b, p. 995-996).

A deficiência é um fato. Portanto, não poderia haver uma norma jurídica denegando a possibilidade de sua existência, apenas poderia privá-la de tutela jurídica, como o faz com inúmeros outros fatos, pois a causalidade jurídica não tem o poder de excluir a existência de fatos naturais. As modificações por que passam as situações jurídicas jamais implicam alterações na natureza mesma dos fatos, mas, ao contrário, as transformações havidas nas situações de fato podem determinar mutações nas situações jurídicas. (MELLO, 2013c, p. 41).

Observe-se, por exemplo, o caso recém-descoberto na ciência médica, quanto à possibilidade de extrair manifestação de vontade de paciente em estado vegetativo por intermédio da utilização de uma tecnologia de “escâner cerebral”<sup>45</sup> (TAYLOR, 2014, p. 1452-1462). Certamente, aquele que recebia apoio do tipo curatela, em circunstância fática idêntica ao modelo anterior de substituição de vontade, caso tenha acesso a esse tipo de tecnologia, poderá externar vontade e praticar atos jurídicos de forma autônoma, sem precisar tomar nenhuma medida judicial para tanto, devido ao novo regramento da capacidade civil do direito brasileiro (detalharemos, mais adiante, quando tratarmos do plano da eficácia e das medidas de apoio na tomada de decisão).

---

<sup>45</sup> Pesquisas têm sido desenvolvidas em diversos países, a exemplo de Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Itália, etc., que confirmam que há alguns pacientes que apresentam atividade cerebral suficiente para indicar que estão conscientes e conseguem se comunicar através da utilização de aparelhos de “brain scanning” (escâner cerebral) de perguntas simples com respostas tipo sim ou não. A esse respeito, conferir: Cruse et al. (2014); Bender, Jox, Grill, Straube, Lulé (2015); Gosseries, Schnakers, Ledoux et al. (2011); Ragazzoni et al. (2013) e Rosanova, Gosseries, Casarotto et al. (2012).

Além disso, os resultados apresentados em Cruse et al. (2014) sugerem que aparelhos de “brain scanning” (escâner do cérebro) podem um dia permitir que os pacientes em estado vegetativo se comuniquem de forma rotineira. (TAYLOR, 2014, p. 1457).

Já os efeitos jurídicos não, pois “nascem” e “morrem” regidos pela causalidade do mundo jurídico, sendo tecnicamente inadequado falar-se em ficção, quando, na verdade, todo o universo do direito é fruto da psique humana.<sup>46</sup> O sistema jurídico seleciona, com base no critério da valoração por ele adotado, que efeitos são juridicamente relevantes para integrar a classe dos resultados, fazendo uma tipificação do efectual da mesma forma que o faz do antecedente causal, firmando como recebe e juridiciza, normativamente, o mundo exterior, físico ou natural. (VILANOVA, 1989, p. 28-29). Sendo a capacidade um efeito jurídico, pode ser excluído a qualquer tempo por uma norma revogadora, utilizando-se os meios adequados dentro de um estado democrático de direito, respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Em sua terceira<sup>47</sup> observação, Simão (2015a) aponta o problema do curso da prescrição e da decadência para as pessoas com deficiência, já que elas não poderiam mais ser enquadradas como absolutamente incapazes. Como particular espécie de fato jurídico, a prescrição se forma a partir de um determinado suporte fático complexo composto por eventos (transcurso do tempo) e ações humanas (a inação do titular de uma determinada situação jurídica ativa). (LEONARDO, 2010a, p. 102). A principal diferença entre a prescrição e a decadência reside no fato de que

---

<sup>46</sup> As regras jurídicas são fatos do mundo dos pensamentos, fatos a que temos de atender por seu encadeamento histórico, por sua intensidade presente e pela previsão ou visão de suas consequências. (MIRANDA, 1983a, p. 8).

<sup>47</sup> Simão (2015a): III – sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: a prescrição e a decadência correrão contra ele. Atualmente, por força dos artigos 198, I, e 208 do CC, a prescrição e a decadência não correm contra os absolutamente incapazes.

Isso significa que, quando o absolutamente incapaz é credor, não terá a desvantagem de ver suas pretensões prescritas. Assim, se um menor com 10 anos de idade é credor de aluguel, a prescrição fica impedida de correr até que ele complete 16 anos. O tempo decorrido não prejudica o absolutamente incapaz, mas apenas o favorece. Assim, se o mesmo menor for devedor, o prazo prescricional transcorre normalmente, pois isso o beneficia. Como, com o Estatuto, os deficientes e excepcionais são capazes, a prescrição correrá contra eles, prejudicando-os, portanto. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.

a primeira tem como efeito a extinção da pretensão derivada de um direito subjetivo, enquanto a segunda corresponde à extinção de um direito potestativo, pelo seu não exercício por parte do titular. (LÔBO, 2012b, p. 321-322).

Nesse ponto (curso da prescrição e decadência em face de pessoas com deficiência), socorre-nos Lourival Vilanova (1997, p. 249):

Graças a simplificação, deixamos de aludir à inexistência de *consequências normativas* para o fato empírico que verifica o esquema delineado no fato-espécie: o fato jurídico *F* é ligado às consequências *C'* e *C''*, não porém a *C'''*. Quando se afirma que um dado-de-fato não foi previsto pelo sistema, pensa-se, de preferência, na falta de hipótese típica dentro da qual o fato se inclui como seu correspondente existencial concreto. Todavia, analogicamente, é possível ajuntar a consequência *C'''* a um fato *F''*, pela similitude com um fato *F'*, ao qual tal consequência está vinculada. A consequência *C'''* relacionada ao fato *F'* é estendida ao fato *F''*, pela analogia, juridicamente comprovada, encontrada entre estes fatos. Em suma, pode haver analogia de pressupostos e analogia de consequências.

Ligada à situação jurídica<sup>48</sup> da incapacidade absoluta, encontravam-se as pessoas com deficiência, que possuíam os impedimentos de longo prazo que afetam seu discernimento ou possibilidade de manifestar vontade de forma mais grave (fato). Mudou-se a situação jurídica, mas os fatos permanecem os mesmos. Pergunta-se: podem as consequências jurídicas previstas em razão da situação jurídica anterior ser estendidas a uma nova situação jurídica, advinda dos mesmos elementos fáticos da anterior, por analogia, já que o legislador não o fez de modo expresso?

Alf Ross (2004, p. 35-41) sintetiza que situações jurídicas nada mais são do que técnicas de apresentação estabelecendo, numa série de regras, os fatos que geram a situação jurídica, e, noutra série, as consequências jurídicas que a situação jurídica comporta<sup>49</sup>. A mudança do enquadramento de determinadas hipóteses

---

<sup>48</sup> Para uma conceituação de situação jurídica, remete-se o leitor à seção 1.2 do presente trabalho.

<sup>49</sup> No corpo de sua obra, Alf Ross (2004, p. 35-42) utiliza a situação jurídica da propriedade como exemplo de sua crítica ao normativismo, demonstrando que muitos conceitos basilares da teoria

normativas para situações jurídicas diversas das anteriormente previstas geram quadros como esse, que demonstram certa fragilidade dos conceitos jurídicos adotados no direito positivo e o cuidado que precisa ter o legislador ao fazer esse tipo de alteração.

O enunciado normativo da incapacidade absoluta e sua relação com os institutos da prescrição e da decadência podem ser assim descritos: aqueles que não têm condições de autonomamente manifestar vontade e/ou de fazê-lo de forma consciente (absolutamente incapazes) devem ser protegidos da prescrição e da decadência, atos-fatos jurídicos caducificantes (MELLO, 2013c, p. 180-183) causados pela inação do titular do direito ou pretensão pelo decurso do tempo previsto em lei. Por isso, contra eles não correrão/serão interrompidos os prazos para concretização desses efeitos.

Portanto, apesar de a qualificação jurídica ter sido modificada, já que pessoas com deficiência não são mais incapazes, é possível estender, por analogia, às pessoas com deficiência os benefícios conferidos aos absoluta ou relativamente incapazes. Conforme já fora anteriormente citado, analogicamente é possível ajuntar a consequência C'''' a um fato F'', pela similitude com um fato F', ao qual tal consequência está vinculada. (VILANOVA, 1997, p. 249). Mas não só isso, a extensão às pessoas com deficiência dos benefícios conferidos aos incapazes também encontra fundamento no segundo plano da estrutura do sistema jurídico, qual seja, o dos princípios, em observação de segunda ordem, na fórmula proposta por Neves (2014, p. 129) e aqui adotada.

---

normativista do direito, como os de direito subjetivo e demais situações e relações jurídicas, são palavras em si vazias de sentido, utilizadas como técnicas de apresentação, ou, "Tû-Tû".

Conforme visto no Capítulo primeiro, entre as eficácias jurídicas dos princípios estão a interpretativa (indireta) e a vedativa do retrocesso (direta). (BARCELLOS, 2011, p. 85-93 e 96-106)<sup>50</sup>. É decorrência do princípio da acessibilidade prover às pessoas com deficiência os meios adequados para o exercício igualitário de direitos, pretensões e ações, que são justamente a função e o fundamento da regra prescrita pelos arts. 198, inciso I, e 208, do CC/02, beneficiando os considerados absolutamente incapazes. Seria, sem dúvida, um retrocesso considerar que a CDPD e o Estatuto da Pessoa com Deficiência teriam revogado uma benesse legal anteriormente conferida às pessoas com deficiência pela legislação ordinária, principalmente quando há comando expresso no artigo 4.º, da CDPD, de que nenhum dispositivo da CDPD afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado.

Portanto, a eficácia interpretativa e a vedativa do retrocesso advindas dos princípios da dignidade humana, da autonomia, da inclusão e da acessibilidade, assim como a regra expressa presente no artigo 4.º, da CDPD, direcionam o intérprete para a extensão dos benefícios, conferidos pela legislação aos incapazes, às pessoas com deficiência, desde que eles não impliquem discriminação indevida ou restrição de sua autonomia. *Mutatis mutandis*, como só são concedidos aos absolutamente incapazes, tais benefícios só serão estendidos aos casos mais graves de impedimento de longo prazo que impliquem redução de discernimento e/ou dificuldade na exteriorização da vontade, sujeitos à modalidade de apoio do tipo curatela.

---

<sup>50</sup> Remete-se o leitor à ressalva feita no Capítulo 1 sobre o modelo de incidência direta de princípios proposto por Barcellos (2011), que não é adotado neste trabalho. Assim, a irradiação da eficácia dos princípios é realizada através da criação, integração e harmonização de regras jurídicas, segundo o método proposto por Neves (2014).

Tal raciocínio pode ser utilizado para estender todos os demais benefícios concedidos aos absolutamente incapazes, inclusive aquele objeto da sexta<sup>51</sup> observação de Simão (2015a), a saber, o presente no art. 543, do CC/02, sabendo-se que, caso a pessoa com deficiência seja provida de meios para manifestar vontade nesse sentido, poderá agir contrariamente à presunção legal.

Da mesma forma, podem-se estender os benefícios, concedidos pela legislação civil aos relativamente incapazes, às pessoas com deficiência que optarem pelo apoio tipo tomada de decisão apoiada, ou que estejam sujeitas a um modelo mais brando de curatela do tipo assistência, desde que isso não implique discriminação indevida ou restrição à sua autonomia. Nos casos em que, para alguns atos, a curatela seja por meio de representação, e, para outros, por meio de assistência, deve-se investigar, no caso concreto, se a circunstância fática se assemelha mais com o suporte fático anterior de incapacidade absoluta ou relativa.

### **3.4 A Capacidade e a Vontade da Pessoa com Deficiência no Plano da Eficácia**

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. (AZEVEDO, 2010, p. 49). Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas, sim, tão só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. (AZEVEDO, 2010, p. 49).

---

<sup>51</sup> Simão (2015a): VI – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: para receber doação terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Imaginemos um tio que quer doar bens imóveis a um sobrinho com deficiência profunda para que a renda de tais bens garantam uma vida digna ao sobrinho. Hoje, a doação se aperfeiçoa sem que o sobrinho precise manifestar sua vontade (há uma presunção da vontade). Com o Estatuto, essa pessoa, plenamente capaz, precisa aceitar a doação. Como ela manifestará sua vontade se não consegue fazê-lo? Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.

A regra jurídica e, com ela, o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade. (MIRANDA, 1983d, p. 5). Os direitos, deveres, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos que lhes são precedentes, seus antecedentes, suas causas. (MIRANDA, 1983d, p. 10-11).

A simples entrada do fato no mundo jurídico faz com que resultem efeitos, às vezes apenas efeitos mínimos, denominados de *situação jurídica básica*, mas que já são efeitos jurídicos, a exemplo de um negócio jurídico sujeito a condição suspensiva. (MELLO, 2013a, p. 45).

A eficácia pode irradiar-se de forma instantânea, sucessiva ou protraída. (MELLO, 2013a, p. 62). A primeira nasce de um só jato — ocorrendo o fato jurídico, irradiam-se todos os efeitos jurídicos —; a segunda relação jurídica se constitui em momento diverso do direito, dever ou pretensão dela decorrentes; e a terceira tem sua eficácia final diferida para momento posterior. (MELLO, 2013a, p. 62-65).

Já foi dito na seção referente ao plano da existência que os atos jurídicos praticados pela pessoa com deficiência (que afetem o discernimento ou possibilidade de externar vontade) possuem suporte fático complexo. Isso porque onde, no modelo anterior, se situava na hipótese normativa apenas o elemento fático da manifestação/declaração/comunicação de vontade, foi inserido um processo fático, escalonado e sucessivo, de apoio na tomada de decisão, cuja vontade externada corresponde à sua fase final.

Se o suporte fático é de tal estrutura que se há de realizar em sequência descontínua, cada elemento que se constitui é passo dado para se atingir o momento em que se produzirá a eficácia. (MIRANDA, 1983d, p. 6). Contudo, o suporte fático de formação sucessiva só produz efeitos com sucessividade se seus

elementos, eles próprios, são fatos jurídicos (e.g.: oferta e aceitação), uma vez que cada um produzirá sua eficácia própria, pois, se a sucessividade diz respeito a elementos fáticos, esses não produzem efeito jurídico algum, porque somente o fato jurídico os pode irradiar. (MELLO, 2013a, p. 64). Nesse último caso, tratar-se-á de um fato jurídico de suporte fático complexo, mas de eficácia imediata, não sucessiva. (MELLO, 2013a, p. 65).

Definido na seção referente ao plano da existência, o processo de tomada de decisão que compõe o suporte fático dos atos jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência cumpre, neste momento, investigar como se irradia a sua eficácia (imediata, sucessiva ou protraída). Para tanto, será preciso investigar a fundo cada elemento fático do processo de tomada de decisão, com o fim de averiguar se se trata de fatos jurídicos de eficácia autônoma que ingressam no suporte fático do ato jurídico como fato, ou se são apenas fatos comuns, desprovidos de eficácia por si mesmos.

As etapas do processo de tomada de decisão que não forem alvo de apoio constituem situações de fato que ingressam como elementos fáticos da hipótese normativa do ato jurídico praticado pela pessoa com deficiência. Entretanto, o apoio prestado é o adimplemento do dever do apoiador para com a pessoa apoiada, que tem o direito subjetivo de recebê-lo.

Há que se indagar então: se o recebimento de apoio na tomada de decisão é um direito da pessoa com deficiência, previsto, dentre outros dispositivos, no artigo 12, da CDPD, teria este natureza absoluta ou relativa? Nas relações jurídicas de direito absoluto, há sujeitos ativos totais ou sujeitos passivos totais, de modo que se estabelece, sempre, entre um sujeito determinado, ou determinável, e o *alter*, independentemente de que seja o sujeito ativo ou o sujeito passivo (*S<sup>1</sup>R alter* ou

*alter RS*<sup>1</sup>). (MELLO, 2013a, p. 216). Nas de direito relativo, estes são dirigidos a sujeitos singulares. (MIRANDA, 1983d, p. 264).

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.

Sendo assim, os direitos das pessoas com deficiência, dispostos na CDPD, na Lei Brasileira de Inclusão ou em qualquer outro diploma normativo, devem ser observados por todos. Portanto, o direito ao exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência, assim como o de receber o apoio necessário para tal, são direitos absolutos, oponíveis contra todos<sup>52</sup>.

As demais partes e terceiros envolvidos na relação jurídica com a pessoa com deficiência têm o dever de suportar e 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

---

<sup>52</sup> No que concerne ao direito absoluto de receber o apoio, sua realização implica que é oponível a todos o dever de tolerar, suportar, respeitar e cooperar para que o apoio seja prestado. A efetiva prestação de apoio é relação jurídica de direito relativo oponível apenas ao apoiador.

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

Nesse desiderato, a incidência do novo regramento da capacidade legal das pessoas com deficiência inaugurou, no direito brasileiro, uma relação jurídica de direito absoluto. Esta se dá entre as pessoas com deficiência (sujeito determinável), e todos (*alter*) que devem respeitar, dentre muitos outros, o seu direito à autonomia, à autodeterminação, realizados através, mas não somente, do apoio na tomada de decisão.

O apoio na tomada de decisão, como dito, é direito subjetivo relativo, oponível ao apoiador que tem o dever de prestar o apoio e direito subjetivo absoluto, no que diz respeito ao dever de todos de respeitar o direito da pessoa com deficiência de ser apoiada. O dever jurídico é correlato do direito, umas vezes o direito é *prius* e o dever *posterius* (daí poder o terceiro entregar a coisa devida), outras o direito é *posterius* e o dever *prius* (que é o que ocorre com os deveres paternos). (MIRANDA, 1983d, p. 422-423).

A efetivação do apoio, então, é o adimplemento do dever de prestar apoio, na relação jurídica de direito relativo existente entre a pessoa apoiada e a do apoiador. Adimplemento é fato jurídico autônomo, do tipo ato-fato jurídico, pois não se exige vontade consciente e intencional, mas se é exigível o ato, positivo ou negativo, de cumprimento da obrigação, do qual resulta a sua situação fática típica. (MELLO, 2013c, p. 169).

Vê-se então que o suporte fático dos atos jurídicos *lato sensu* praticados pelas pessoas com deficiência (que impliquem redução de discernimento ou dificuldade de manifestar vontade) é composto não só de fatos puros, mas também de fatos e efeitos jurídicos. O apoio prestado, na qualidade de adimplemento de um

dever, é fato jurídico de eficácia autônoma que reentra no mundo jurídico como elemento complementar<sup>53</sup> do suporte fático relativo ao sujeito e à forma dos atos jurídicos praticados pela pessoa com deficiência. O que acontece, então, quando a vontade é externada e o ato jurídico praticado pela pessoa com deficiência, plenamente capaz, sem que tenha ela recebido o devido apoio na tomada de decisão? Sem a devida prestação do apoio, o caso é de insuficiência do suporte fático, o que culminará em sua inexistência?

A prestação do apoio adequado revela-se como fator de eficácia (AZEVEDO, 2010, p. 55) do ato/negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência, nos termos da classificação proposta por Mello (2013c, p. 88-89), adotada neste trabalho, elemento complementar do suporte fático, que não compõe o seu núcleo, tendo suas consequências limitadas ou ao plano da validade ou ao da eficácia (neste caso, ao da eficácia). A palavra fator é tida como algo extrínseco ao ato<sup>54</sup>/negócio jurídico, que não o integra, algo que dele não participa, mas contribui para o resultado visado. (AZEVEDO, 2010, p. 55).

Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia (AZEVEDO, 2010, p. 57):

a) os fatores de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz (é o que ocorre no ato sob condição suspensiva, em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos deles);

---

<sup>53</sup> Diferentemente dos elementos completantes, os complementares não integram o núcleo de seu suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos (MELLO, 2013c, p. 88).

<sup>54</sup> No texto, Azevedo (2010, p. 55) refere-se apenas a negócio; entretanto, o conceito serve também para os atos jurídicos *stricto sensu* que também apresentam fatores de eficácia como elementos complementares ou integrativos (MELLO, 2013c, p. 88-95), a depender do caso.

b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no negócio realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, que produz, entre eles, seus efeitos, porém não são os efeitos diretamente visados;

c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tomando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*. É o que ocorre na cessão de crédito notificada ao devedor e registrada.

Na classificação de Mello (2013c, p. 88-95), “a” e “b” são elementos complementares do suporte fático, enquanto “c” é elemento integrativo<sup>55</sup>. O apoio se insere, então, no tipo “b”, sendo elemento complementar do suporte fático dos atos jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência. Se o ato em si é completo (existe, é válido e eficaz), mas a norma prevê a necessidade do assentimento, ou, no caso, do apoio, de outrem, é de se identificar este como sendo elemento de eficácia.

Como foi dito, há uma relação jurídica de direito absoluto que cria um dever oponível *erga omnes* de que o direito da pessoa com deficiência de receber o apoio necessário à tomada de decisão seja respeitado. Para todo descumprimento de

---

<sup>55</sup> Elementos integrativos são aqueles que, geralmente praticados por terceiros, não compõem o suporte fático do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico. (MELLO, 2013c, p. 89).

dever, deve haver uma sanção conferida pelo ordenamento jurídico; contudo, neste ponto, tanto a CDPD quanto o Estatuto das Pessoas com Deficiência foram omissos.

Sendo a pessoa com deficiência plenamente capaz e tendo externado vontade, o ordenamento jurídico brasileiro há de reconhecer a existência, validade e eficácia desse ato. Portanto, não se pode falar em inexistência ou invalidade. Os três planos não devem ser confundidos, sendo ilógico chamar de inválido um negócio que não existe, e, quando existente, pode ser eficaz apesar de ser inválido ou válido, apesar de ser ineficaz. (SCHMIDT, 2014, p. 5).

Assim, há de se reconhecer que se trata de um ato jurídico com suporte fático complexo que irradia eficácia de forma sucessiva. Isso quer dizer que, caso a pessoa com deficiência pratique o ato, sem o apoio necessário, este irá gerar uma eficácia mínima, já que existe e é válido. Contudo, o ato de vontade apenas gera efeitos (em regra) para a pessoa que o praticou (principalmente no que concerne a criação de deveres, pretensões, obrigações, etc).

Assim, a ausência de apoio apenas gera efeitos perante a pessoa apoiada, qual seja, os atos praticados sem o apoio, possuem ineficácia relativa em razão da pessoa com deficiência não apoiada. Isso implica dizer que qualquer ato praticado pela pessoa com deficiência, sem o apoio necessário, não tem o condão de gerar contra ela direito, dever, pretensão, ação ou exceção. Contudo, a pessoa que não necessite de apoio, caso pratique o ato de vontade (ex: negócio jurídico), este produzirá normalmente os seus efeitos, a ela plenamente imputáveis.

Em razão de seu direito a receber apoio na tomada de decisão ser oponível a todos, somente com o adimplemento do dever do apoiador de prestar o apoio produzirá o ato todos os efeitos a que é proposto.

Dito isso, é necessário precisar qual o conteúdo eficaz mínimo produzido pelo ato jurídico praticado pela pessoa com deficiência sem o recebimento do apoio de que necessitava. A vinculação aparece como efeito mínimo, tratando-se de ato humano que entra no mundo jurídico e é eficaz, de modo que todo ato jurídico tem, pelo menos, esse efeito. (MIRANDA, 1983d, p. 7-8). Portanto, o primeiro efeito que se pode extrair desse ato é a vinculação entre as partes da relação jurídica dele originada.

É certo que nenhum direito pode ser levado a tal ponto que chegue a prejudicar os direitos da pessoa (sujeito) a que procurou proteger. Sendo a outra parte (sujeito) da relação jurídica originária do ato praticado pela pessoa com deficiência, pessoa sem deficiência — ou com deficiência mínima que não necessite de apoio para aquele ato em específico —, não haverá óbice à plena vinculação desta à referida relação jurídica.

Portanto, os efeitos da relação jurídica originária de um ato jurídico praticado por pessoa com deficiência, sem o apoio de que necessitava, são plenamente oponíveis, por essa, à parte que não tenha deficiência ou com deficiência mínima que não necessite de apoio para a prática do ato em específico. Para a pessoa com deficiência, é produzida apenas a eficácia mínima, a vinculação à relação jurídica, estando os demais efeitos sujeitos ao adimplemento do dever de prestar o apoio.

Há, então, uma ineficácia relativa, que ocorre quando o ato jurídico *lato sensu* é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra ou para outras. (MIRANDA, 1983d, p. 73). Sendo assim, caso o apoio seja prestado *a posteriori*, a prática do ato jurídico, e conseqüente formação da relação jurídica, ter-se-á a eficácia plena do ato? Sim, a pós-eficacização supõe ineficácia relativa, e ocorre quando há ratificação de ato jurídico incompleto em relação à pessoa que deveria ter

participado do ato, eliminando, assim, a ineficácia, com efeito *ex-tunc* à data da prática do ato. (MELLO, 2013a, p. 79-80).

Feitas essas considerações, propôs-se solução para as observações I<sup>56</sup> e IV feitas por Simão (2015a), complementando o que foi iniciado na seção anterior, nas quais foi defendido pelo Autor que a retirada do óbice da incapacidade civil das pessoas com deficiência lhes teria deixado em um terreno de total desprovemento de proteção jurídica. Como visto, nos casos em que há manifestação de vontade sem apoio, o problema foi deslocado do plano da validade para o plano da eficácia. Quando não há manifestação de vontade, é caso de inexistência de ato<sup>57</sup>.

Também foi apresentada proposta à quinta<sup>58</sup> observação, pois, no caso da incidência do art. 310, do CC/02, tal pode ser estendida, por analogia, à pessoa com deficiência, nos mesmos moldes defendidos na seção anterior. Contudo, ainda que

---

<sup>56</sup> Simão (2015a): I – Todas as pessoas que foram interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a ser consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário.

Ainda, não serão mais considerados incapazes, a partir da vigência da lei, nenhuma pessoa enferma, nem deficiente mental, nem excepcional (redação expressa do artigo 6.º, do Estatuto).

Imaginemos uma pessoa que tenha deficiência profunda. Tal pessoa, em razão da deficiência, não consegue exprimir sua vontade. Essa pessoa, hoje, passa por um processo de interdição e é reconhecida como absolutamente incapaz. Seu representante legal (normalmente um dos pais), na qualidade de curador, a representa para os atos da vida civil.

Com a mudança trazida pelo Estatuto, tal pessoa, apesar da deficiência profunda, passa a ser capaz.

<sup>57</sup> Os casos de inexistência já foram abordados na seção relativa ao plano da existência.

<sup>58</sup> Simão (2015a): V – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: a quitação por ele dada é válida e eficaz, afastando-se a incidência do artigo 310 do CC.

Imaginemos uma pessoa, novamente, com deficiência leve e relativamente incapaz que não tenha noção de dinheiro e valores. Sendo credora, se ela der quitação, após a vigência do Estatuto, esta libera o devedor. Imaginemos que tal pessoa, então, recebendo certa quantia em dinheiro, e por não ter noção exata de dinheiro, entregue a quantia a um desconhecido. Pela regra atual, o devedor pagou mal e pagará novamente. Com o Estatuto em vigor, o credor é que suportará a perda do dinheiro.

Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.

assim não fosse, caso a quitação fosse fornecida por pessoa com deficiência que necessitasse de apoio para a prática desse ato, como visto, este não tem o condão de produzir sua eficácia completa até que o apoio seja prestado em momento posterior, ocorrendo a pós-eficacização do ato.

A sétima<sup>59</sup> observação, contudo, merece maiores comentários, pois refere-se a outro tipo de capacidade, da qual ainda não se falou no presente trabalho, a saber, a de praticar atos ilícitos, também chamada de delitual. O problema apontado não é de capacidade, mas, sim, de imputabilidade, conforme se demonstrará a seguir.

Em direito material, seria possível verificar as seguintes capacidades específicas: (a) capacidade de agir, de que são espécies: a.a) a capacidade negocial; a.b) a capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu*; a.c) a capacidade de praticar ato-fato jurídico; a.d) a capacidade de praticar ato ilícito relativo e ato ilícito *stricto sensu*; a.e) a capacidade para obrigar-se por fato jurídico indenizativo; a.f) a legitimação hereditária; (b) a capacidade para ser empresário. (LEONARDO, 2010a, p. 994).

O cerne do suporte fático dos fatos ilícitos *lato sensu* é constituído por dois dados, a saber, a contrariedade a direito (objetivo) e a imputabilidade (subjetivo). (MELLO, 2013c, p. 269). No modelo anterior, se alguém era interditado, entendia-se que a interdição concernia à sua capacidade para atos jurídicos lícitos, não para a sua capacidade de praticar atos ilícitos absolutos, pois a carga de constitutividade e

---

<sup>59</sup> Simão (2015a): VII – Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC. Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). Imaginemos uma pessoa que, por problemas psicológicos, tem perda ou séria redução de discernimento e, tendo acessos de fúria, gera graves danos a terceiros. Tal pessoa, sendo interdita por força da doença será cuidada por seu curador. Se causar danos, o patrimônio do curador responderá. O incapaz só responde subsidiariamente. Com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano.

de declaratividade, que tinha a sentença de interdição, somente dizia respeito aos atos lícitos. (MIRANDA, 1983a, p. 213). Assim, não pratica ato ilícito *stricto sensu* o indivíduo cujas condições de sanidade mental ou física não lhe permitiam discernir, naquele momento, a natureza ilícita do ato. (MELLO, 2013a, p. 126).

Portanto, as alterações do regramento do direito brasileiro referentes à capacidade para praticar atos jurídicos lícitos nada alteram no que concerne à capacidade delitual. É importante destacar que capacidade delitual (imputabilidade) não se confunde com imputação de responsabilidade civil, ou de dever de indenizar, que é a capacidade de obrigar-se por ato-fato<sup>60</sup> indenizativo<sup>61</sup> (MELLO, 2013a, p. 128), regra pela qual responde o incapaz, nos termos do art. 928, do CC/02. *Mutatis mutandis*, essa regra deve ser estendida, por analogia, às pessoas com deficiência que se enquadrarem nos modelos de apoio para tomada de decisão, segundo a similitude das circunstâncias fáticas que os aproximem dos anteriormente considerados incapazes, por se tratar de regra de imputação de responsabilidade, que em nada é alterada pelo novo regramento da capacidade civil para prática de atos jurídicos lícitos.

### **3.5 CPC/2015 X EPD: Critérios para Solução dos Conflitos Internormativos dos Dois Diplomas**

Desde a publicação da Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência que juristas, principalmente das áreas de direito civil e processo civil, se têm

---

<sup>60</sup> Mesmo com as modificações do Estatuto, não mudou o enquadramento dos fatos jurídicos previstos no art. 928, do CC/02, como atos-fatos jurídicos indenizativos, a uma porque ainda existe a figura do incapaz no direito brasileiro em muitas hipóteses previstas nos artigos 3.º e 4.º, do CC/02, a duas porque no suporte fático do referido dispositivo, a conduta humana entra no mundo jurídico como fato, sendo relevante apenas o resultado fático danoso, independentemente da vontade de praticá-lo ou de produzir seus efeitos.

<sup>61</sup> Lôbo (2012a, p. 304) chama imputabilidade ao que Mello (2013a, p. 128) chama de capacidade para obrigar-se por ato-fato indenizativo, e de capacidade delitual, o que esse chama de imputabilidade.

manifestado quanto ao conflito havido entre diversos dispositivos dessa Lei com o Novo CPC/2015. Tal temática é inescapável para os fins aqui tratados, em razão da aparente celeuma que se dará no cenário jurídico nacional até que os tribunais superiores se manifestem de forma conclusiva sobre as antinomias constantes dos dois diplomas.

A colisão entre leis é resolvida segundo as regras das antinomias, pertencente ao pensamento formal-dedutivo, já que pressupõe a ideia de um sistema coerente, em que não pode haver contradições, que ocorrem quando duas normas são aplicáveis ao mesmo caso, mas dão soluções contrárias ou contraditórias. (LORENZETTI, 2010, p. 210). As antinomias são resolvidas eliminando-se uma das normas, porque a aplicação de uma delas é excludente ou pode haver uma solução que conserve as duas, desde que fixe o sentido de uma sem que conflite com a outra. (LORENZETTI, 2010, p. 211).

Os conflitos internormativos no nosso ordenamento são normalmente resolvidos pelos critérios estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Esses critérios estão previstos nos §§ 1.º e 2.º, da LINDB, que dispõem que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, e que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Tais normas são denominadas metarregras, e dizem respeito imediatamente à solução de conflitos internormativos, a exemplo dos temporais, hierárquicos, espaciais, concernentes ao grau de generalidade e, até, regras superiores em relação às normas que são criadas de acordo com elas. (NEVES, 2014, p. 108).

Essas são um dos recursos à disposição do intérprete no momento de definição da regra jurídica aplicável.

As metarregras (regras que se referem a outras regras) possuem várias espécies: regras que dizem respeito imediatamente à solução de conflitos internormativos (temporais, hierárquicos, espaciais, grau de generalidade); regras de reenvio em geral e de reserva especial; regras constitucionais de ressalvas (reservas) de direitos fundamentais, remetendo a normas que podem restringi-los; regras de sobredireito processual; e, até, regras superiores em relação às normas que são criadas de acordo com elas (norma constitucional em relação à legal, esta em relação à regulamentar, etc.). (NEVES, 2014, p. 108).

As metarregras, previstas no nosso sistema, tradicionalmente aplicadas na solução de conflitos entre normas de mesma hierarquia, são as previstas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Contudo, a Convenção (CDPD) trouxe ao sistema jurídico brasileiro uma nova metarregra, designada justamente para proteger as normas que consagram especial proteção à pessoa com deficiência, no artigo 4.º, da CDPD, que expressamente dispõe:

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Observa-se que a referida proposição jurídica tem estrutura de metarregra, na forma já exposta, aduzindo que nem mesmo a Convenção (CDPD) revogaria uma norma interna nacional, seja qual for a hierarquia, que fosse mais adequada aos direitos das pessoas com deficiência. Se nem mesmo um tratado de direitos humanos com força de norma constitucional pode revogar uma norma de hierarquia

inferior que seja mais protetiva da pessoa com deficiência, nenhuma outra norma o poderá. Assim, resta claro que os conflitos entre normas que tratem de direitos das pessoas com deficiência serão resolvidos, primeiramente, com preferência à aplicação de qualquer outro critério, com o da prevalência da norma mais favorável aos direitos da pessoa com deficiência, na forma prevista no artigo 4.º, da CDPD.

Entretanto, além das metarregras, possui o intérprete outro recurso para solução das antinomias normativas, já enunciado no Capítulo 1, a saber, as normas-princípios dispostas na CDPD, que atuam no plano reflexivo de observação de segunda ordem. Os princípios constitucionais, enquanto normas de normas do ponto de vista da estática jurídica, passam a ser um filtro fundamental em face da pluralidade de expectativas normativas existentes no ambiente do sistema jurídico, com pretensão de abrangência moral, sendo as regras subcomplexas para oferecer critérios seletivos perante uma pluralidade desordenada e conflituosa de expectativas normativas no âmbito da moral, dos valores e dos diversos sistemas funcionais da sociedade. (NEVES, 2014, p. 118).

Conforme dito anteriormente, a eficácia vedativa do retrocesso dos princípios constitucionais previstos na CDPD tem o efeito de tornar inválida norma jurídica hierarquicamente inferior, que revogue a regulamentação infraconstitucional de dispositivos constitucionais que apresentem um retrocesso ou incompatibilidade em relação ao que prevê a norma constitucional regulamentada. (BARCELLOS, 2011, p. 87). Portanto, uma norma infraconstitucional que regula preceitos constitucionais só poderá ser revogada por outra que seja mais ou igualmente compatível com os dispositivos constitucionais regulamentados. A vedação do retrocesso impede, portanto, que a norma revogadora seja menos compatível com os preceitos da CDPD do que a norma revogável.

Qual será então a norma aplicável? É certo que, para estabelecer qual a norma que melhor protege os interesses da pessoa com deficiência, se deve estabelecer um ponto de partida ou de referência que deverá orientar o intérprete no processo de concretização. Nesse caso, a mera observação de primeira ordem se torna insuficiente para, por si só, resolver o problema, devendo, assim, haver o recurso ao plano principiológico, de observação de segunda ordem, por meio da reflexividade dos princípios.

Contudo, é preciso atentar, no sentido de oferecer critérios para mitigar o “fator surpresa” das decisões de futuros casos, tendo em vista o enorme leque de possibilidades que se abre ao se buscar, na fundamentação por normas-princípios, a solução ao caso concreto. Conforme alerta Neves (2014, p. 199-200), a maleabilidade, no âmbito da qual as mitigações são frequentes e a “exceção” pode tornar-se a “regra”, é prejudicial à força normativa da Constituição e à autoconsistência constitucional do direito.

A esse respeito, um dos mais notórios problemas causados pela entrada em vigor desses dois diplomas normativos que se chocam em vários casos é o da revogação, pelo novo CPC/2015, dos arts. 1768 a 1773, do CC/02. Isso porque os arts. 1768, 1769, 1771 e 1772, do CC/02, tiveram nova redação dada pelo EPD.

Alguns juristas já se pronunciaram a respeito desses atropelos, a exemplo de Tartuce (2015b, p.1), que aduz que um dos primeiros problemas é saber se ainda será cabível processo de interdição ou se viável juridicamente apenas uma demanda com nomeação de um curador.

A dúvida do civilista se apresenta quando a nova redação do art. 1768, do CC/02, dada pela Lei Brasileira de Inclusão, substitui o termo “interdição” pelo “processo que define os termos da curatela”, mas, na opinião do referido autor

(TARTUCE, 2015, p. 2), teria vigência de apenas 2 (dois) meses, pois, com a vigência do novo CPC/15, só uma nova lei poderia restaurar o referido dispositivo. Neste mesmo sentido é a opinião de Maurício Requião (2016, p. 49), para quem a posterior vigência do art. 1.072, inciso II do CPC/2015 revogou o art. 1.768 e seguintes na nova redação dada pelo EPD.

Discorda-se desse posicionamento pelas razões expostas a seguir. Não poderia o CPC/2015 revogar os dispositivos do CC/02 alterados pela Lei Brasileira de Inclusão, da mesma forma que o CC/02 não revogou os dispositivos previstos na lei de locações de imóveis urbanos ao regular o contrato de locação, tampouco revogou dispositivos da lei uniforme das cambiais ao dispor sobre os títulos de crédito. Isso porque trouxe disposições gerais, a par das existentes. Resolve-se a antinomia pelo critério da especialidade, no sentido de que a norma geral é deslocada pela norma especial. (LORENZETTI, 2010, p. 211).

Contudo, nos casos em que a revogação foi expressa, não é tecnicamente adequada a utilização do critério da especialidade, devendo-se proceder à uma análise detida das metaregras da LINDB. Além disso, em alguns casos, deve-se subir mais um degrau na estrutura da argumentação jurídica, pois a solução do problema, por ser demasiadamente complexa, é necessário o recurso ao plano reflexivo da observação de segunda ordem, onde situam-se os princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais, que têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas atípicas o mais diversas. (NEVES, 2014, p. 128).

Observa-se que o EPD, ao regulamentar a CDPD, trouxe uma curatela adequada ao modelo de apoio na tomada de decisão inaugurado pela CDPD no ordenamento brasileiro. O CPC/2015, por sua vez, trouxe a regulamentação do

processo de curatela nos termos do modelo anteriormente previsto no CC/02, com interdição e restrição da capacidade de praticar ato jurídico. A exclusão do termo interdição dos dispositivos do EPD não se trata de utilização de linguagem “politicamente correta”, mas de adoção expressa de um novo modelo de apoio na tomada de decisão, incompatível com a noção de interdição, medida restritiva de capacidade civil.

É importante destacar que o EPD não excluiu totalmente a interdição do ordenamento jurídico brasileiro, mas, ao contrário, criou um regime de curatela para pessoas capazes, específico para pessoa com deficiência, como medida de apoio à tomada de decisão sem prévia interdição de direitos. Isso porque apenas foram excluídos dos artigos 3.º e 4.º, do CC/02, pela Lei Brasileira de Inclusão, os casos em que o suporte fático da proposição normativa comportava certos tipos de deficiência. Assim, nos casos de prodigalidade (art. 4.º, inciso IV, do CC/02), ébrios habituais e viciados em tóxicos (art. 4.º, inciso II, CC/02) e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4.º, inciso III, do CC/02), permanece possível o procedimento de interdição.

A LINDB é lei subordinada a dois princípios: o da hierarquia legal e o de que a lei posterior revoga a anterior (TENORIO; 1955; p.20). Ao revogar os arts. 1.768 a 1.773, do CC/02, o CPC/2015 não revogou a nova redação dada pelo EPD, mas sim, a antiga redação já revogada pelo EPD. A incidência da norma, apesar de ser um procedimento automático a partir da vigência, não deixa de ser um fenômeno que perpassa uma análise lógica e racional de conteúdo. Os arts. 1.768 a 1.773 do CC/02 foram reformulados pelo Estatuto, norma posterior ao CPC/2015, embora tenha tido vigência anterior a este.

Os artigos revogados pelo CPC/2015 foram aqueles vigentes à época de sua publicação e não à época de sua vigência. Não se pode confundir a existência da revogação com a sua eficácia. A estipulação da *vacatio legis* é necessidade que se justifica para o conhecimento prévio da lei, de modo que a presunção de tal conhecimento se torne mais segura, desse modo, o elemento temporal não é integrante da publicação, embora sem o decurso do tempo designado a lei não esteja ainda em vigor (TENORIO, 1955, p. 29).

A revogação da norma ocorre no momento da publicação da lei revogadora, mas só surte efeitos a partir da vigência da norma. Tal é a conclusão que se extrai do seguinte excerto da obra de Oscar Tenorio (1955, p.71):

A lei nova começa a vigorar do dia em que a lei revogada perde a sua força. Em outros termos, a cessação da eficácia de uma lei não é a da data da promulgação ou publicação da lei que a revoga, mas da data que a lei revocatória se torna obrigatória. Enquanto não começar a obrigatoriedade da lei posterior, a anterior continua a ter eficácia, a não ser que se determine a sua suspensão.

Veja-se que o autor citado fala em eficácia da lei anterior, ou seja, da lei já revogada. Falando-se em lei anterior que ainda tem vigência, logicamente existe uma lei posterior que ainda não entrou em vigor, razão pela qual a primeira mantém sua eficácia até a entrada em vigor da segunda, embora já revogada. Assim, a novidade da lei se mede a partir de sua existência, com a publicação, independentemente de quando se dê a sua eficácia. Igualmente, a revogação se opera com a publicação da lei revogadora, mas a lei anterior (revogada) continua eficaz até a entrada em vigor da nova lei.

Basta uma leitura atenta do art. 1º, *caput* e § 1º da LINDB para se chegar à conclusão que a lei existe a partir de sua publicação, portanto, neste momento ela ingressa na ordem jurídica e a modifica. Contudo, a eficácia dessa modificação, ou

seja, a obrigatoriedade de obediência a esta nova lei pode ocorrer a partir da publicação ou após o prazo de *vacatio legis* (cujo termo inicial é a publicação), em razão de um juízo político do legislador sobre o tempo necessário para adaptar a sociedade ao impacto da incidência da lei nova.

Veja-se também que o § 1º do art. 2º da LINDB, que dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare. Veja-se que o texto da norma não é “a lei de vigência posterior revoga a lei de vigência anterior” mas, ao contrário, a “lei posterior revoga a anterior”, sem fazer qualquer menção à vigência. Deduz-se, portanto, que a novidade da lei se mede pela sua existência, ou seja, a *vacatio legis* não tem o papel de modificar o impacto ou o conteúdo da lei, mas apenas de retardar a sua obrigatoriedade.

Portanto, o art. 1.072, inciso II, segunda parte, do CPC/2015, revogou os arts. 1768 a 1773, do CC/02, na redação existente quando da publicação do CPC/2015, independentemente de quando ocorreu sua vigência. Isso implica dizer que o CPC/2015 revogou os mencionados dispositivos do CC/02, mas, a obrigatoriedade de observar esta revogação ocorreu quando, pela vigência anterior do EPD, não era mais necessária, visto que, apesar de posterior, a revogação dos artigos do CC/02 pelo EPD vigoraram (tornaram-se de observância obrigatória) antes.

Ainda que assim não fosse, o que não se vislumbra, a eficácia vedativa do retrocesso do princípio da autonomia da pessoa com deficiência tornaria a norma inválida, por inconstitucionalidade material, em razão de ter revogado dispositivo que regulamentava norma constitucional de direitos humanos e fundamentais aliada à incompatibilidade do procedimento regulado pelo CPC/2015 ao modelo social previsto na CDPD. Em outros termos, caso se entendesse que o CPC/2015 teria revogado o EPD, estaria configurado o retrocesso em termos de direitos humanos,

pois, afrontaria diretamente dispositivos da CDPD. Conforme sintetizou Alexy (1993, p. 194), é direito de um indivíduo que o Estado não elimine uma posição jurídica de que aquele é titular. Nesse caso, a posição que garante à pessoa com deficiência um modelo de curatela adequado ao novo regramento constitucional inaugurado pela CDPD.

Além disso, conforme dito alhures, extrai-se, por dedução, que a CDPD, em seu artigo 4.º, trouxe uma nova metarregra, de força constitucional, aplicável especificamente para as normas protetivas das pessoas com deficiência, qual seja, a da prevalência da norma que mais preserve os direitos da pessoa com deficiência. Como dito, a própria CDPD é o parâmetro mais seguro para o intérprete se basear no processo de concretização da norma jurídica.

Nos termos do art. 12, da CDPD, as pessoas com deficiência têm direito de gozar de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Portanto, uma norma infraconstitucional não poderia contrariar essa regra. Assim, mesmo que não houvesse o EPD, a norma do CPC/2015 que prevê processo de interdição para pessoas com deficiência é incontrovertidamente inconstitucional.

O princípio da autonomia previsto na CDPD vincula-se ao valor da autodeterminação, que envolve o direito de tomar decisões, expressar opiniões e de ter acesso e receber o apoio necessário para o exercício de sua plena capacidade. (ÁGUILA, 2015, p. 62). Como dito, o CPC/2015 veio trazer normas processuais aplicáveis aos processos de interdição, que não é compatível com a CDPD, pois essa prevê um modelo de apoio inclusivo e medidas de salvaguarda.

Contudo, nem sempre o EPD apresenta regramentos mais compatíveis com a CDPD que o CPC/2015. Tomemos, como exemplo, o confronto entre o art. 757, do CPC/2015, e o art. 85, da Lei Brasileira de Inclusão. Pelo CPC/2015, a autoridade do

curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. Já pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Apesar de a Lei Brasileira de Inclusão ter sido elaborada com o fim de regulamentar a CDPD, nesse ponto, aquela não se coaduna com o modelo previsto por esta. Isso porque a Convenção não separou os modelos de apoio, nem os atos para os quais as pessoas com deficiência devem receber auxílio, entre patrimoniais e existenciais, prevendo tipos diferentes em razão da natureza do ato praticado. O artigo 12, da CDPD, apenas dispõe que a medida de apoio deve ser aplicada nos casos em que a pessoa dele precise para exercer sua capacidade, e nos limites de suas necessidades.

Assim, não houve diferenciação entre atos patrimoniais ou existenciais, sendo, portanto, mais compatível com o previsto no artigo 12, da CDPD, o que dispõe o art. 757, do CPC/2015. A autonomia não significa prescindir de determinados tipos de apoio, quando se necessita deles, mas, sim, de uma relação de interdependência, existente não só entre pessoa com deficiência e apoiador, mas em toda experiência social humana. (ÁGUILA, 2015, p. 67-68). Não há razão para privar a instituição de curatela de atos para os quais a pessoa com deficiência necessite de um apoio mais incisivo para exercer sua capacidade, sejam eles de natureza patrimonial ou existencial, embora há quem defenda essa possibilidade<sup>62</sup>.

O problema, contudo, perpassa também – de modo semelhante ao já analisado confronto entre o art. 1.072, inciso II, do CPC/2015 e o EPD – pela análise

---

<sup>62</sup> Vide ABREU, 2009, p.184.

das metaregras constantes da LINDB. Isso porque, o EPD é posterior ao CPC/2015, havendo, portanto, revogação tácita dos dispositivos do CPC/2015 que são com ele incompatíveis, mesmo antes que o último entrasse em vigor. Neste ponto do confronto entre o art. 85 do EPD, que restringe a curatela aos atos de natureza patrimonial e “negocial”<sup>63</sup> e o art. 757 do CPC/2015, que a estende à pessoa e aos bens do curatelado (embora use o termo incapaz), *ab initio*, aparecem ao menos duas interpretações possíveis: vigência simultânea de ambos os dispositivos, restringindo-se a aplicação do art. 85 do EPD apenas aos casos de curatela de pessoas capazes; revogação tácita do art. 757 do CPC/2015 antes de sua entrada em vigor.

Ao que parece, a primeira solução parece a mais adequada, tendo em vista não só o fato de que ainda existe interdição no direito brasileiro estabelecida em leis gerais (CC/02 e CPC/2015), mas também a especialidade do EPD em razão do CPC/2015, sendo caso claro de incidência do § 2º do art. 2º, da LINDB. Contudo, o art. 85 do EPD é de duvidosa constitucionalidade, pois, como dito, vai de encontro ao que dispõe o art. 12 da CDPD, norma constitucional. Assim, fugindo a norma infraconstitucional dos termos da norma constitucional a que buscou regulamentar, deve ser afastada a primeira e aplicada a segunda em virtude do critério hierárquico, prevacente sobre todos os demais. Assim, tanto a curatela do capaz, como a do incapaz, será aplicada nos limites legais e na medida das necessidades da pessoa, independentemente se o ato diz respeito à sua pessoa, ou a seus bens.

---

<sup>63</sup> A expressão “negocial” também causa problemas, pois, se entender-se que este termo se refere a negócio jurídico, há muitos deles cujo conteúdo existencial prepondera (casamento) ou até mesmo é exclusivo, vide, por exemplo, o testamento vital e/ou as diretivas antecipadas de vontade do indivíduo (negócio jurídico unilateral). Contudo, a leitura completa da redação do dispositivo aponta para outra interpretação, a de que a palavra “negocial” não está em linguagem técnica, de modo que abrange apenas questões referentes a atos jurídicos (*lato sensu*) puramente patrimoniais.

A aplicação do art. 85 do EPD, não gera problemas apenas quanto à sua evidente inconstitucionalidade (é o maior de todos, sem dúvida), mas também quando sua leitura é feita em conjunto com outras disposições do próprio EPD. Veja-se, por exemplo, a inclusão pelo EPD do § 2º ao art. 1.550 do CC/02, autorizando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual manifeste consentimento para o matrimônio diretamente ou através de seu representante ou curador. O consentimento para casamento é ato personalíssimo cujo conteúdo existencial lhe é inalienável<sup>64</sup>. Apesar de não ser do curador o consentimento através dele manifesto, está-se diante de claro exemplo de extensão da curatela para além dos atos de conteúdo meramente patrimonial.

Feitas essas considerações, sabendo-se que é possível a coexistência de normas gerais, ou especiais, que, versando embora a mesma matéria, se não contradigam (FRANÇA, 2008, p. 94), naquilo que não se confrontam, o CPC/2015 e o EPD se complementam. Assim, é possível aplicação analógica do procedimento de curatela previsto no CPC/2015, aos casos de curatela das pessoas com deficiência, feitas as adaptações necessárias, desde que não incompatíveis com o novo regramento da CDPD e do EPD.

### **3.6 Curatela, Decisão Apoiada e a Autonomia da Pessoa com Deficiência na tomada de Decisões**

Já tendo sido definida, na seção anterior, a solução dos atropelos e antinomias normativas entre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo código

---

<sup>64</sup> Observe-se pela redação do mencionado dispositivo, que o consentimento é dado pela pessoa com deficiência, sendo o curador apenas o meio pelo qual este é manifesto, pois, não é permitido nem pela CDPD, nem pelo EPD, que o curador manifeste este consentimento em substituição ao da pessoa com deficiência.

de processo civil, cumpre neste último tópico, detalhar o procedimento da curatela da pessoa com deficiência e da tomada de decisão apoiada. Estes são os dois modelos de apoio na tomada de decisão previstos no ordenamento jurídico pátrio.

A primeira das inovações do modelo previsto no estatuto da pessoa com deficiência é a retirada do termo interdição. Como dito, no novo modelo constitucional inaugurado pela CDPD e regulamentado pelo EPD, não se pode mais falar em interdição de capacidade civil das pessoas com deficiência.

A ONU elaborou comentários gerais sobre o art. 12, da CDPD, através de seu Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aduzindo que esse artigo não permite que seja negada capacidade legal a pessoa com deficiência, simplesmente pelo fato de sua habilidade de tomar decisões ser precária:

Na maioria dos relatórios dos Estados Partes examinados até agora pelo Comitê, o conceito de capacidade mental tem sido confundido com capacidade legal, de modo que sempre que a pessoa é considerada como tendo habilidades precárias para tomada de decisão, geralmente por causa de uma deficiência cognitiva ou psicossocial, a capacidade legal dela de tomar decisões particulares é conseqüentemente removida. Isso é decidido com base simplesmente no diagnóstico da deficiência (abordagem de *status*), ou quando uma pessoa toma uma decisão cujas conseqüências são tidas como negativas (abordagem de resultado), ou quando a habilidade da pessoa de tomar decisões é considerada deficiente (abordagem funcional). Em todas essas abordagens, a deficiência da pessoa ou suas habilidades de tomar decisões são tomadas como fundamentos legítimos para negar-lhes capacidade legal, diminuindo o seu *status* como pessoa perante a lei. O Artigo 12 não permite que a capacidade legal seja negada de forma tão discriminatória. Ao contrário, exige que o apoio seja fornecido no exercício da capacidade legal. (UNITED NATIONS, 2014, p. 4, tradução nossa).

Outra novidade é a inclusão do inciso IV ao art. 1768, do CC/02, autorizando que a pessoa com deficiência tenha legitimação ativa para ingressar com pedido de curatela. No novo regramento, a pessoa com deficiência é o principal legitimado para solicitar ao poder judiciário a implantação de medidas de apoio. O próprio preâmbulo da CDPD reconhece a importância para as pessoas com deficiência de

sua autonomia individual, e de fazer suas próprias escolhas, estando ativamente envolvidas nos processos de tomada de decisão. (DINERSTEIN, 2012, p. 9).

A nova lei deu também nova redação aos incisos I e III do art. 1.769, do CC/02, autorizando o Ministério Público a promover o processo que define os termos da curatela, nos casos de doença mental ou intelectual, quando antes só havia a legitimidade no caso de doença mental grave. Melhor seria ter conferido ao *parquet* legitimidade para promover o processo que define os termos da curatela em todo e qualquer caso em que a pessoa com deficiência estivesse necessitando desse tipo de medida de apoio. Isso porque, conforme a garantia prevista no art. 12, da CDPD, o Estado deve assegurar o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem. A CDPD deixa claro que é obrigação do Estado fornecer o apoio para pessoas com deficiência para que elas possam exercer a sua capacidade. (BACH; KERZNER; 2010; p. 113).

Antes de tomar qualquer decisão quanto aos termos da curatela, deverá o juiz entrevistar pessoalmente a pessoa que poderá ser alvo da curatela, sendo assistido por equipe multidisciplinar (art. 1771, do CC/02). Isso possibilitará ao magistrado tomar conhecimento sobre as barreiras impostas ao exercício da capacidade da pessoa, inclusive para possibilitar-lhe saber qual ou quais os tipos de perícia necessários para determinar os termos da curatela mais adequados àquele caso em concreto.

O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador (art. 1772, do CC/02). Para a escolha do curador, levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa (parágrafo

único do art. 1772, do CC/02). Com o reconhecimento da capacidade, há também o de que, dada a oportunidade, todos os seres humanos podem crescer e se desenvolver. Contudo, para esse crescimento e esse desenvolvimento acontecerem, é importante que as oportunidades sejam forjadas de acordo com as necessidades de cada pessoa. (DHANDA, 2007, p. 458). Nesse sentido, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa (art. 1775-A, do CC/02).

Mesmo não se tratando especificamente de deficiência, o EPD deu nova redação ao art. 1.777, do CC/02. Nessa, as pessoas que não tiverem condições de exprimir vontade devem receber todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. Tal regra encontra respaldo no princípio da participação e inclusão plenas na sociedade, previsto no artigo 3.º da CDPD. O cumprimento a esse princípio deve levar à adoção de normas de direito positivo e medidas eficazes por parte dos Estados, para as pessoas com deficiência gozarem dos direitos a ele subjacentes e levar à integração efetiva de todas as pessoas na sociedade inclusiva idealizada na Convenção (CDPD). (GIL, 2007, p. 11).

Por ser a medida de apoio que mais se aproxima do modelo anterior de tratamento da capacidade civil da pessoa com deficiência, a curatela é considerada pelo EPD medida protetiva extraordinária. Tanto é que, para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência (art. 86, EPD). Além disso, reforça, mais uma vez, o EPD que a curatela deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (art. 84, § 3.º, EPD).

Mesmo sendo a curatela apenas para os casos em que a gravidade das barreiras que enfrenta a pessoa com deficiência a impossibilite de toda a forma a externar de qualquer forma vontade ou preferência, deve-se utilizar o curador de toda informação possível sobre o curatelado — principalmente se este não nasceu com a deficiência, mas a adquiriu ao longo da vida, devido a enfermidade, dano cerebral, etc. — para que sejam extraídas suas preferências (BACH; KERZNER; 2010; p. 92-93). Veja-se, por exemplo, o caso de uma pessoa que professava a fé de Testemunha de Jeová e, após sofrer com o acidente vascular cerebral, se veja diante de uma deficiência grave que resulte na necessidade da nomeação de um curador. Nesse caso, havendo possibilidade de tratamentos médicos diversos, deve-se optar sempre por aqueles que se supõe que a pessoa escolheria, devido às preferências manifestadas durante seu período consciente.

Apesar de não ter sido estabelecido no EPD, na CDPD, nem no CPC/2015, as medidas de apoio, inclusive a curatela, devem ser submetidas à revisão periódica por órgão jurisdicional competente e imparcial, nos termos do parágrafo 4.º, do art. 12, da CDPD. Contudo, no § 4.º, do art. 84, do EPD, é previsto que os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano. Sendo assim, esse será o momento mais adequado para revisão da medida de curatela, nos termos do § 4.º, do art. 12, da CDPD, pois serão examinadas pelo magistrado as contas prestadas pelo curador<sup>65</sup>.

No que concerne à restrição da curatela aos atos de natureza negocial e patrimonial, disposta expressamente no *caput* do art. 85, do EPD, já foi observado, na seção anterior, que a solução proposta pelo CPC/2015 se coaduna mais com o

---

<sup>65</sup> Sobre a necessidade de revisão judicial periódica e ausência de conflito de interesses, remete-se o leitor ao Capítulo 2 deste trabalho.

modelo de acessibilidade previsto na CDPD. Contudo, as restrições presentes no § 1.º, do art. 85, do EPD, merecem maiores considerações.

Dispõe o mencionado parágrafo que 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. Isso implica dizer que, ao expor os termos em que se dará a curatela, especificando os atos pelos quais a pessoa com deficiência vai manifestar vontade por intermédio de seu curador, tais direitos não poderão ser incluídos como objeto da curatela<sup>66</sup>.

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. (LÔBO, 2012a, p. 99). Sendo o casamento um negócio jurídico público, solene e de suporte fático complexo, de eficácia sucessiva (a habilitação, por exemplo, é um fato jurídico que possui eficácia própria e compõe o suporte fático do casamento), a capacidade que se exige do sujeito é a de praticar negócio jurídico.

Quanto ao exercício dos direitos ao próprio corpo, à sexualidade e à privacidade, na qualidade de direitos da personalidade, são direitos subjetivos que têm por objeto bens da personalidade. (MAZUR, 2012, p. 29). Por tais, são indisponíveis, inalienáveis e, apesar da regra do art. 11, do CC/02, podem sofrer autolimitação voluntária, observados os parâmetros que devem guiar o controle de legitimidade de tais limitações, em especial: (i) o alcance, (ii) a duração, (iii) a intensidade e (iv) a finalidade da autolimitação. (SCHREIBER, 2013, p. 29).

---

<sup>66</sup> Não se analisará a fundo cada um dos aspectos das decisões sobre os temas enunciados no § 1.º; ao contrário, a abordagem será o mais concisa possível, pois cada um deles tem conteúdo o suficiente para elaboração de um trabalho autônomo, o que fugiria do tema e dos objetivos aqui propostos.

A educação é direito de todas as pessoas, com deficiência ou não, que têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida. (ARAÚJO, 2011, p. 57). A CDPD sanciona o direito à educação inclusiva em seu artigo 24, tendo como enfoque central promover a plena realização do potencial, das capacidades e da dignidade das pessoas com deficiência, que contemple os ajustes necessários e elimine as barreiras, com a finalidade de formar pessoas com habilidades para a vida e desenvolvimento social, capazes de desenvolver-se como cidadãos partícipes dos destinos de seu país. (SAMANEZ, 2015, p. 119).

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são, nem se limita ao direito a tratamento de saúde para manter-se bem, mas engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente. (ARAÚJO, 2011, p. 52).

O direito da pessoa com deficiência ao voto, ou seja, o de participação da vida política (*status activus*) estaria também ligado à ideia de liberdade (*status negativus*), pois apenas seria verdadeiramente livre a pessoa com deficiência que pudesse exercer, com liberdade, a sua participação, livre de obstáculos para o exercício de seus direitos em um processo político de gestão da República, desde que o Estado viabilize meios (prestação, *status positivus*) para o exercício da cidadania (*status activus*). (ARAÚJO, 2012b, p. 198).

A pessoa com deficiência, quer mental (quando possível), quer física, tem direito ao trabalho, como qualquer indivíduo, estando compreendido o direito à própria subsistência, forma de afirmação social e pessoal do exercício da dignidade humana. (ARAÚJO, 2011, p. 53). A CDPD vai além do reconhecimento ao direito ao

trabalho em igualdade de oportunidades, e especifica que esse direito diz respeito à possibilidade de a pessoa com deficiência se manter com um trabalho de sua livre escolha e aceito no mundo do trabalho em ambiente inclusivo e acessível (art. 27.1). (GUGEL, 2012, p. 417).

Na interpretação desse dispositivo, que envolve direitos os mais variados, todos de inarredável importância para a realização da pessoa humana, exige-se muito cuidado para que não se restrinja, indevidamente, a autonomia da pessoa com deficiência. Conforme já foi discorrido no corpo deste trabalho, em especial no Capítulo 2, as medidas de apoio devem ser proporcionais às necessidades das pessoas com deficiência de superar as inúmeras barreiras para o exercício de sua autonomia individual.

Nesse dispositivo, foram elencados direitos que possuem um conteúdo personalíssimo. Portanto, a decisão sobre tais temas deve partir do próprio indivíduo, e não de terceiros — no caso, os curadores. Entretanto, muitos destes compreendem a prática, concomitante, de atos para os quais não haverá nenhum impedimento para o recebimento do auxílio pelo curador.

O consentimento, manifestação de vontade, necessário para o matrimônio, em regra, não poderá ser feito por intermédio da figura do curador. Contudo, nada impede que, manifestando a pessoa curatelada o desejo de casar, cuide o curador de outras questões, por exemplo, ingressando com ação judicial com o fim de definir o regime de bens. Veja-se o caso em que uma pessoa manifesta interesse em contrair núpcias, estando com a celebração do casamento agendada, tendo até iniciado os procedimentos notariais necessários, sofre um acidente vascular cerebral (AVC) e, por conta das sequelas em sua saúde, não consegue mais externar

vontade, sendo a curatela a única medida de apoio viável? Estaria impedida essa pessoa de consolidar sua vontade?

Nesses casos, o curador, estando vinculado pelo dever de respeito à autonomia e às preferências da pessoa, poderia concretizar o desejo já externado pela pessoa, antes de sua situação de completa impossibilidade de manifestar vontade. No caso de definição de regime de bens, deve a escolha do curador ser submetida à homologação judicial, apesar de ausência de previsão expressa nesse sentido, pois não parece razoável entender que o novo regramento teria dado mais poderes ao curador do que ele já tinha antes.

Os curadores têm o dever de praticar os atos com base em todo conhecimento disponível ou que razoavelmente se possa exigir que ele tenha, sobre a vontade e as preferências da pessoa expressas previamente, aplicando-se o princípio do melhor interesse apenas residualmente, quando cabível (BACH; KERZNER, 2010, p. 92-93). Sendo assim, havendo meios de se conhecer a vontade e as preferências da pessoa, a esta estará vinculada a atuação do curador, fato que deve ser investigado no processo judicial específico.

Igualmente, tal dispositivo deve ser interpretado no sentido de que seria vedado ao curador obstar que a pessoa com deficiência, podendo, exercesse quaisquer dos direitos neles dispostos. Assim, manifestando a pessoa com deficiência o interesse de contrair matrimônio, não poderia o curador obstar esse direito, sob pena de violação do seu dever de apoiar a pessoa com deficiência, respeitando sua autonomia e capacidade para reger a própria vida, até mesmo

assumindo riscos, tendo o direito mais consagrador da liberdade de uma pessoa, qual seja, o direito de não ser impedido de errar<sup>67</sup>.

Quanto aos direitos da personalidade, não poderá jamais o curador intervir na esfera da sexualidade do curatelado, por ser um direito cujo conteúdo é totalmente personalíssimo, da esfera mais íntima do indivíduo. No que diz respeito ao direito ao próprio corpo, no direito à privacidade e outros direitos da personalidade, deve-se analisar caso a caso, para que não se chegue a extremos que prejudiquem os direitos do curatelado, utilizando sempre os parâmetros já mencionados, a saber: (i) o alcance, (ii) a duração, (iii) a intensidade e (iv) a finalidade da autolimitação. (SCHREIBER, 2013, p. 29).

Isso porque não se poderia levar ao extremo de impedir, por exemplo, que o curador dê permissão de veiculação da imagem do curatelado em uma campanha publicitária para promover os direitos das pessoas com deficiência. Também não se poderia impedir que o curador desse permissão para atos de disposição do próprio corpo que dizem respeito ao dia a dia de qualquer pessoa, como cortar o cabelo, a barba, depilação, pintar as unhas, etc. O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, aos demais direitos dispostos no dispositivo em comento.

No § 2.º, do art. 85, do EPD, está disposto o dever de fundamentação da sentença referente ao estabelecimento da curatela, com todas as razões e provas que foram utilizadas para formação da convicção do julgador, quanto a necessidade de curatela e os atos que ela deve abranger. A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado, prevista na própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, e possui dupla função, uma

---

<sup>67</sup> Especificamente quanto ao consentimento para o matrimônio, tanto a CDPD, art. 23, 1, “a”, como o CC/02, no art. 1.550, § 2º, garantem a pessoa com deficiência mental ou intelectual o direito de contrair matrimônio, desde que tenha condições de consentir com tal ato, admitindo-se a intervenção do curador apenas para externar, transmitir e/ou formalizar o ato com base no que foi decidido pelo curatelado.

endoprocessual, permitindo o controle da decisão pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais superiores, e uma extraprocessual, pois viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. (DIDIER JR., 2015, p. 315).

No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência à pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado (art. 85, § 3.º, EPD). A natureza das relações com os apoiadores, que poderiam ser cônjuges, pais, outros membros da família, médicos e prestadores de serviços, foi identificada como importante para permitir um bom suporte para a tomada de decisão em vários estudos. (BIGBY; WHITESIDE; DOUGLAS, 2015, p. 13-14).

Em face do que dispõe a nova redação do art. 1.771, do CC/02, a nomeação de curador provisório, sem a realização da entrevista prévia com a pessoa com deficiência, nos termos dispostos no art. 87, do EPD, deve-se circunscrever somente a situações de urgência. A tutela preventiva ou inibitória é uma proteção típica do direito fundamental, que tem o propósito de deter ou postergar uma ação previsivelmente lesiva, e que se concretiza mediante mandados de fazer e não fazer. (LORENZETTI, 2010, p. 143). Isso significa que, caso nomeado curador provisório sem a prévia entrevista da pessoa com deficiência, somente poderá praticar o curador os atos necessários a evitar perecimento de direito da pessoa curatelada, mas não poderá realizar nenhum outro ato que não se enquadre nesse tipo de situação de urgência.

Finalizadas as considerações acerca da curatela, cumpre ainda analisar o mais novo e próprio modelo de apoio na tomada de decisão, qual seja, o previsto no

novo art. 1.783-A, do CC/02, incluído pelo art. 116, do EPD, denominado “tomada de decisão apoiada”.

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

Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar 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.

O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio. Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Caso não esteja dentro desses limites, como já foi visto, o ato será válido; contudo, produzirá apenas eficácia mínima, caso o apoio tenha sido insuficiente ou inexistente.

Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Em caso de negócio jurídico que possa

trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. É obrigação do Estado, segundo o art. 12, da CDPD, garantir que a pessoa com deficiência receba o apoio necessário livre de influência indevida, razão pela qual é legítima a competência do Ministério Público para atuar nesses casos, ativamente ou como *custos legis*, bem como o ingresso com medida judicial específica.

Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e, se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. Por fim, aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. Embora o CC/02 não especifique, defende-se que caso um dos apoiadores seja excluído, seja qual for a causa, a decisão apoiada deverá ser extinta (REQUIÃO; 2016; p. 52).

Veja-se que o procedimento de tomada de decisão apoiada possui natureza de negócio jurídico, pois: a vontade é manifestada para compor suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos de certo modo predeterminados pelo sistema, mas que, em boa parte de seu conteúdo,

é deixado livremente a cada um. (MELLO, 2013c, p. 210). O negócio jurídico é a categoria dos fatos jurídicos que consagra o autorregramento da vontade, entendido como o espaço que o direito destina às pessoas, dentro de limites prefixados, para tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. (LÔBO, 2013a, p.2).

No suporte fático da tomada de decisão apoiada, encontram-se os seguintes elementos: vontade da pessoa com deficiência e dos apoiadores (*cerne*), processo e decisão judicial homologatória (elemento complementar). É um negócio de suporte fático complexo; contudo, a irradiação de sua eficácia se dá de forma imediata após a concreção de todos os elementos de seu suporte fático, ou seja, após a sentença homologatória.

O objeto do negócio é o apoio à pessoa com deficiência na tomada de decisão em quaisquer aspectos de sua vida. Há numerosas possibilidades diferentes de apoio, tantas quantas são as necessidades das pessoas com deficiência em suas mais variadas manifestações, bem como nas barreiras que cada um enfrenta para exercer sua autonomia individual. Os apoiadores funcionam como facilitadores, tradutores, ou seja, ajudam a pessoa com deficiência em qualquer dos níveis que necessite para a tomada de decisão.

Conforme enunciado nas seções anteriores, a tomada de decisão é um processo que envolve recepção do estímulo externo; compreensão e interpretação do estímulo recebido; tomada de decisão; externar vontade. Aos apoiadores caberá auxiliar a pessoa com deficiência em uma, duas, três ou todas essas fases. Poderão funcionar como uma espécie de tradutores (explicando para a pessoa com deficiência a redação de contratos bancários, por exemplo, geralmente escritos em linguagem técnica e inacessível), para que ela possa compreender as informações

que lhe são fornecidas, e, da mesma forma, expondo para terceiros a resposta — a linguagem da pessoa com determinados tipos de deficiência mental, intelectual ou cognitiva, muitas vezes, é de difícil compreensão para aqueles que não estão familiarizados com seus modos de se expressar, mas totalmente acessíveis àqueles que fazem parte de seu convívio diário. Da mesma forma, podem ser uma espécie de conselheiros, auxiliando na tomada de decisão. Em todos os casos, a decisão é única e exclusivamente da pessoa, mas, não tendo sido prestado o apoio, o ato, apesar de existir, ser válido e eficaz, a sua eficácia jurídica plena só se realizará com a prestação do apoio, momento em que ocorrerá a pós-eficacização, retirando do ato sua ineficácia relativa, com efeitos *ex-tunc*.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, foram positivas as mudanças operadas pelo novo regramento para capacidade civil de praticar atos jurídicos em sentido amplo por pessoas com deficiência, ainda que esta implique redução de discernimento ou dificuldade/impossibilidade de manifestar vontade. A concessão de autonomia e capacidade plena às pessoas com deficiência, juntamente com o comando normativo da acessibilidade, que impõe a todos o dever de cooperar para que as pessoas com deficiência exerçam sua capacidade legal, recebendo todo o apoio de que necessitam, traz um novo significado à realização do direito fundamental à igualdade material.

Concluiu-se que sim, para ambas as perguntas de pesquisa, não só pela existência de um novo regramento diametralmente oposto ao anterior, como também pelas mudanças na estrutura dos atos jurídicos praticados por pessoas com

deficiência<sup>68</sup> nos três planos do mundo jurídico. Como desenvolvido nos capítulos que se seguiram, a prática de atos jurídicos em sentido amplo por pessoas com deficiência, incluindo aquelas em que há redução de discernimento ou dificuldade/impossibilidade de manifestação de vontade, não encontra mais óbice algum no plano da validade. Para tanto, trouxe o novo regramento interessantes repercussões tanto no plano da existência, quanto no da eficácia dos atos jurídicos *lato sensu* praticados pelas pessoas com aqueles tipos de deficiência.

Já nos alertava Machado de Assis (1839-1908), em sua obra intitulada “O alienista”<sup>69</sup>, na qual o protagonista Simão Bacamarte, médico renomado, chegou a considerar louco todo aquele em que o equilíbrio das faculdades mentais não fosse perfeito e absoluto. Após recolher cerca de quatro quintos da população da cidade (Itaguaí) na Casa Verde (espécie de manicômio), compreendeu que devia admitir como “normal” o desequilíbrio das faculdades e como hipóteses patológicas todos os casos em que aquele equilíbrio fosse ininterrupto. Ao final, após ter libertado todos os quatro quintos internados, para internar um quarto considerado louco pelo equilíbrio das faculdades mentais, chegou à conclusão de que ninguém, senão ele, mantinha tais faculdades incólumes de modo absoluto, o que o fez libertar a todos e internar a si mesmo no nosocômio, para tratar-se, pois, se ninguém é “normal”, o “normal” é o desvio.

Na qualidade de primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI e o primeiro a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com força de norma constitucional, a atenção pelos particulares, pelo Estado e pelos tribunais pátrios ao novo regramento trazido pela CDPD é primordial para a realização dos fins da

---

<sup>68</sup> Apenas no que se refere à deficiência que implique redução de discernimento ou dificuldade/impossibilidade de praticar ato jurídico *lato sensu*.

<sup>69</sup> ASSIS, Machado de. **O alienista**. In: ASSIS, Machado. **Seus melhores 30 contos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

dignidade da pessoa humana, garantindo às pessoas com deficiência a efetividade do citado diploma normativo.

A concessão de capacidade legal às pessoas com deficiência, nos moldes previstos na CDPD e no EPD, é fundamental para garantir o seu direito de serem incluídas e participarem ativamente da vida em comunidade. Isso só é possível, caso as pessoas em situação de deficiência recebam o apoio necessário para eliminar as barreiras que lhes são postas para tomar as decisões acerca de sua própria vida.

A viabilização de um modelo de apoio criado por negócio jurídico (tomada de decisão apoiada), na qual a pessoa com deficiência é a parte principal, e sua vontade é determinante para a concretização do suporte fático, sem dúvida é revolucionário. No regramento anterior, a vontade da pessoa com deficiência que fosse parte em um processo de interdição nem sempre era considerada, pois todo o procedimento era voltado para o seu “melhor interesse”, mas, curiosamente, a pessoa mais interessada, o curatelado, não tinha sequer legitimidade ativa para ingressar com a ação.

Possuindo as pessoas com deficiência, independentemente de qual seja esta, plena capacidade de praticar atos jurídicos em sentido amplo, não há mais óbice de validade para que exerçam plenamente sua autonomia de tomar decisões nas mais diversas esferas de sua vida. Apenas no caso de a pessoa com deficiência não ter tido acesso ao apoio de que necessitava é que alguns efeitos dos atos por ela praticados ficarão pendentes até o adimplemento do dever de apoiá-la por quem quer que o tenha.

Caso a deficiência obste a exteriorização de vontade por todo e qualquer meio, não poderá praticar atos jurídicos de forma direta, por impossibilidade fática de

concreção de suporte fático suficiente, mas poderá fazê-lo de forma indireta por meio do apoio de seu curador. Contudo, a curatela da pessoa com deficiência, num contexto de apoio na tomada de decisão, possui um sentido diferente da curatela tradicionalmente prevista no direito brasileiro.

Há dois tipos de apoio na tomada de decisão no direito brasileiro, a curatela da pessoa com deficiência (diferente da curatela tradicional) e a tomada de decisão apoiada (medida de apoio propriamente dita). Mesmo nos casos de deficiência mais severa, em que será necessária uma medida de curatela, sempre que houver como se extrair a vontade ou as preferências da pessoa curatelada, essas terão prevalência sobre aquilo que o curador entende que seria do melhor interesse dela.

Um dos principais diferenciais do modelo proposto pelo novo regramento é a realização de um apoio sob medida para a pessoa com deficiência, a ser construído no caso concreto, nos moldes e limites previstos na legislação. Para decidir pelo deferimento de uma medida de apoio, o juiz, em ambos os casos, estará amparado por equipe multidisciplinar (art. 1.771, do CC/02), e, nos termos do art. 1.772, do CC/02, com a nova redação dada pelo EPD, fixará os limites da curatela, levando em consideração as potencialidades da pessoa. Assim, ao contrário do antigo modelo, que era fixado nas limitações, o novo regramento determina, de forma imperativa, que as potencialidades da pessoa devem ser não só investigadas, mas também devem nortear os limites da curatela.

É imprescindível, portanto, que se ateste a inconstitucionalidade da segunda parte do inciso II, do art. 1.072, do CPC/2015, pois revoga dispositivos do CC/02 que foram alterados pelo EPD e que apresentavam a regulamentação da curatela da pessoa com deficiência nos moldes da CDPD. Isso porque o modelo proposto pelo CPC/2015 não é adequado ao novo regramento previsto na CDPD, pois é voltado

para o processo de curatela tradicional, ainda presente no direito brasileiro, mas inaplicável às pessoas com deficiência. Houve, assim, um retrocesso com a referida revogação, o que é vedado pela irradiação da eficácia dos princípios constitucionais previstos na CDPD, em especial os da autonomia, inclusão e acessibilidade, conforme demonstrado.

Na qualidade de normas do plano reflexivo da estrutura normativa do sistema jurídico, no grau máximo de hierarquia, a relação circular de complementaridade entre os princípios da autonomia, inclusão e acessibilidade, e destes com as regras previstas na CDPD, deve formar o panorama hermenêutico a orientar o intérprete no processo de concretização normativa do novo regramento da capacidade plena das pessoas com deficiência, que anteriormente eram tidas como civilmente incapazes.

O caminho a ser traçado pela jurisprudência brasileira na interpretação e aplicação do EPD e da CDPD, principalmente tendo em vista que se está diante de um novo CPC/2015, que regulou apenas o modelo de curatela tradicional, é longo. Contudo, os princípios e regras constitucionais previstos na CDPD devem ser, necessariamente, por imposição do próprio sistema jurídico brasileiro, protagonistas no momento de aplicação dos dispositivos da legislação infraconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ABBERLEY, Paul. **The concept of oppression and the development of a social theory of disability.** *Disability, Handicap & Society*, vol. 2, n. 1, 1987.

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ética e retórica:** para a dogmática jurídica. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

.AMIRALIAN, Maria L. T. et al. **Conceituando deficiência.** *Rev. Saúde Pública*, vol. 34, n. 1, 2000, p. 97-103.

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil.** In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **O direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política.** In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012b.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana.** *Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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: 14 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities:** Key concepts and directions from law reform. Toronto: Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife/Curitiba: Renovar, 2011.

BARNES, Colin. **A Legacy of Oppression: A History of Disability in Western Culture**. In: BARTON, Len; OLIVER, Mike. **Disability Studies: Past Present and Future**, Leeds: The Disability Press, 1997, pp. 3-24.

BARTON, Len. **Citizenship and disabled people: a discourse of control?** In: ANNUAL WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE SCIENTIFIC STUDY OF INTELLECTUAL DISABILITIES, 10., Helsinki, Finland, July 8-13, 1996.

\_\_\_\_\_. **Análisis social de la discapacidad: ¿Romanticismo o realismo?**, Granada, España: Editorial Alas Para Volar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Special educational needs: an alternative look**. Leeds: The Disability Press, 2005. Disponível em: <<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Barton-Warnock.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BARTON, Len; OLIVER, M. (Ed.). **Disability Studies: Past, Present and Future**, Leeds: The Disability Press, 1997. Disponível em: <<http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/index.html>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BARTON, Len; OLIVER, M.; BALLARD, K.; FULCHER, G. **Disability and the necessity for a social-political perspective**. IEEIR, University of New Hampshire: Durham, 1992.

BARIFFI, José Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. 2014. 646 f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid – Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Getafe, mar. 2014.

BENDER, A. et al. **Persistent vegetative state and minimally conscious state: systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures**. *Dtsch Arztebl Int* 2015, Apr. 3, v. 112, pp. 235-242.

BIGBY, Christine; WHITESIDE, Mary; DOUGLAS, Jacinta. **Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making: Processes and Dilemmas**. Melbourne: Living with Disability Research Centre, La Trobe University, 2015.

BLANCK, Peter; MARTINIS, Jonathan G. **“The Right to Make Choices”**: The National Resource Center for Supported Decision-Making. *Inclusion*, vol. 3, n. 1, 2015, pp. 24–33.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CENTRE FOR DISABILITY LAW & POLICY (CDLP). **Submission on Legal Capacity the Oireachtas Committee on Justice, Defence and Equality**. Ireland: NUI Galway, 2011.

CHARLTON, James I. **Nothing about us without us: disability, oppression and empowerment.** Berkeley, CA: University of California Press, 1998.

COUNCIL OF EUROPE. **The right of people with disabilities to live independently and be included in the community.** France: Commissioner for Human Rights, 2012.

CRUSE, Damian et al. **Bedside Detection of Awareness in the Vegetative State: A Cohort Study,** 378 LANCET 2088, 2088 (2011).

CUENCA GÓMEZ, Patricia. **Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos.** *Revista de Estudios Políticos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 103-137.

DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?** *Syracuse Journal of International Law and Commerce:* 34, 2007, p. 429-462.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento.** 14 ed., vol. 1, Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 10 ed., vol. 2, Salvador: Juspodivm, 2015.

DINERSTEIN, Robert D. **Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making.** *Human Rights Brief,* vol. 19, n. 2, 2012, pp. 8-12.

DINIZ, Débora. **Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez.** *Cad. Saúde Pública,* Rio de Janeiro, vol. 19, n. 1, p. 175-181, jan.-fev., 2003.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Traducción de la 39. edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Perez Gonzales e José Alguer.** 3 ed., vol. 2, tomo primeiro, primeira parte. Barcelona: Bosch, 1981a.

\_\_\_\_\_. **Traducción de la 39. edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudência españolas por Blas Perez Gonzales e José Alguer.** 3 ed., vol. 2, tomo primeiro, segunda parte. Barcelona: Bosch, 1981b.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2013.

FERRAZ, Carolina Valença. **Dos direitos da pessoa com deficiência nas relações familiares.** In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FITZGERALD, Hayley. **Disability and Youth Sport**. *International Studies in Physical Education and Youth Sport*: Edited by Richard Bailey, Roehampton University, London, UK, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência**: um ato de coragem. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTES, Fernando; MARTINS, Bruno Sena. **Deficiência e inclusão social**: os percursos da lesão medular em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n. 77, 2015, pp. 153-172.

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights. **Choice and control**: the right to independent living. Experiences of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems in nine EU Member States. ISBN 978-92-9192-952-8. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems**. ISBN 978-92-9192-949-8, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012b.

FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de; PAGLIUCA, Lorita Marlena Freitag. **Inclusão social da pessoa com deficiência**: conquistas, desafios e implicações para a enfermagem. *Rev. Esc. Enferm.*, USP, 2009.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 8 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

GALINDO, Bruno: **Cidadania complexa e direito à diferença: repensando o princípio da igualdade no Estado constitucional contemporâneo**. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, Glauber S.; NEWTON, P. C. da Costa (Org.). **Cidadania plural e diversidade** (a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças). São Paulo: Verbatim, 2012, p. 19-32.

\_\_\_\_\_. **Direito à liberdade**: dimensões gerais e específicas de sua proteção em relação às pessoas com deficiência. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008.

GESSER, M.; NUERNBERG, A. H.; TONELI, M. J. F. **A contribuição do Modelo Social da Deficiência à Psicologia Social**. *Psicologia & Sociedade*, vol. 24, n. 3, 2012, p. 557-566.

GIL, Amparo Sanjosé. **El primer tratado de derechos humanos del siglo xxi: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. *Revista*

*Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 13, jun. 2007. Disponível em: <[www.reei.org](http://www.reei.org)>. Acesso em: 14 set. 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

GOSSERIES, O.; SCHNAKERS, C.; LEDOUX, D. et al. **Automated EEG entropy measurements in coma, vegetative state/unresponsive wakefulness syndrome and minimally conscious state**. *Functional Neurology*. 2011, vol. 26, n. 1, pp. 25-30 .

GUGEL, Maria Aparecida. **O direito ao trabalho e ao emprego**: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HM GOVERNMENT. **Valuing every voice, respecting every right**: making the case for the Mental Capacity Act. The Government's response to the House of Lords Select Committee Report on the Mental Capacity Act 2005 Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice and Secretary of State for Health by Command of Her Majesty, June, 2014.

HOUGH, Sigmund. **Is the Definition of Sexuality and Disability Changing to be More Inclusive or Are We Correcting a Bias of Exclusion?** *Springer Science+Business Media*, New York, 2015.

JAMES, Krista; WATTS, Laura. **Understanding the lived experiences of supported decision making in Canada**: Legal Capacity, Decision-Making and Guardianship. Commissioned by the Law Commission of Ontario. Ontario: Canada, March, 2014.

KNOX, L.; DOUGLAS, J. M.; BIGBY, C. **'The biggest thing is trying to live for two people'**: Spousal experiences of supporting decision-making participation for partners with TBI. *Brain Inj.* 2015; vol. 29, n. 6, pp.745-57.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **O estranho caso do inimputável capaz** – Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI228693,21048-O+estranho+caso+do+inimputavel+capaz+Parte+I>>. Publicado em: 20 out. 2015. Acesso em: 20 nov. 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRI, Thalles; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **O estranho caso do inimputável capaz** – Parte II. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI229398,71043-O+estranho+caso+do+inimputavel+capaz+Parte+II>>. Publicado em: 3 nov. 2015. Acesso em: 20 nov. 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Original em alemão intitulado *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

\_\_\_\_\_. **Derecho civil:** parte general. Traducción de la edición original alemana y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea: "Allgemeiner teil des deutschen bürgerlichen Rechts". Madrid: EDERSA, 1978.

LASHEWICZ, Bonnie et al. **Understanding and addressing voices of adults with disabilities within their family caregiving contexts:** implications for capacity, decision-making and guardianship. Paper commissioned by the Law Commission of Ontario/Canada, Jan. 2014.

LEITE, Glauber Salomão. **O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência.** In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Glauber Salomão; FERRAZ, Carolina Valença. **Capacidade civil:** fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Os 10 anos do Código Civil:** evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no código civil brasileiro** (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 101-120, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Sujeito de direito e capacidade:** contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER JR., Freddie; EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Revisitando a teoria do fato jurídico.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, v. 1, p. 549-570.

LÔBO, Paulo. **Danos morais e direitos da personalidade.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** *Consultor Jurídico.* 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

HOUSE OF LORDS. **Mental Capacity Act 2005:** post-legislative scrutiny. Select Committee on the Mental Capacity Act 2005: Report of Session 2013–14. London: The Stationery Office Limited, 13 March 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. 2 ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5 ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013.

MADANS, Jennifer H. et al. **Measuring disability and monitoring the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the work of the Washington Group on Disability Statistics.** *BMC Public Health*. 2011; 11 (Suppl 4): S4. Published online 2011 May 31. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3104217/>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

MARINONE, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTÍNEZ, María Olga Sánchez; CAYÓN, José Ignacio Solar. **La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Madrid/ES: Dykinson, 2015.

MARTÍNEZ-PÉREZ, José; GALLO, María Isabel Porras. **Hacia una nueva percepción social de las personas con discapacidades:** Legislación, medicina y los inválidos del trabajo en España (1900-1936). *BIBLID* [0211-9536 (2006) 26; 195-219] Fecha de recepción: 24 de febrero de 2006. Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2006.

MARTINS, B. S.; FONTES, F.; HESPANHA, P.; BERG, A. **A emancipação dos estudos da deficiência.** *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N. 98, set. 2012, p. 45-64.

MAZUR, Maurício. **A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.** In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JR., O. L.; FRUET, G. B (Org.). **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. **A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento.** Brasília: IPEA, 2004.

MELLO, Anahi Guedes de; NUERNBERG, Adriano Henrique. **Gênero e deficiência: interseções e perspectivas.** *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 20, n. 3, p. 384, set.-dez. 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia,** 1. parte. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013c.

MELO, Luiz Gustavo Simões Valença de. **O acesso à justiça da pessoa com deficiência: processo civil e aspectos procedimentais.** In: FERRAZ, C. V.; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S.; LEITE, Glauco S. (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286-301.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado.** In: MIRANDA, J.; RODRIGUES JUNIOR, O. L.; FRUET, G. B. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo IV, 1970a.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo VI, 1970b.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo I, 1983a.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo II, 1983b.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo III, 1983c.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo V, 1983d.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo VII, 1983e.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo VIII, 1983f.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, tomo IX, 1983g.

MOR, Sagit. **Disability and the persistence of poverty**: reconstructing disability allowances. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Volume 6, Issue 1, Article 5, Winter, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NILSSON, Anna. **Who gets to decide?** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. Issue Paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, France: © Council of Europe, April 2012.

OLIVER, Mike. **Emancipatory Research**: Realistic goal or impossible dream? In: BARNES, Colin; MERCER, Geof. **Doing Disability Research**, Leeds, The Disability Press, 1997, pp. 15-31.

OLIVER, Mike; BARTON, Len. **The emerging field of disability studies**: a view from Britain. Paper presented at Disability Studies: A Global Perspective, Washington DC, October 2000.

OLMO, Juan Pablo. **Salud mental y discapacidad**. Buenos Aires: Dunken, 2014.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Final report**. Third Special Meeting Of The OEA/Ser. L/XXIV.3.3 Committee for the elimination of all forms of discrimination against persons with disabilities. CEDDIS/doc.6 (III-E/13), 10 January 2014 Original: Spanish November 21 and 22, 2013 San José, Costa Rica.

ORTEGA, Francisco. **Deficiência, autismo e neurodiversidade**. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 14, n. 1, 2009, p. 67-77.

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.

\_\_\_\_\_. **Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. *Nueve conceptos claves para entender LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*. San Miguel/Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 9-34.

PEDROSO, Paulo (Coord.); ALVES, Tatiana. **Modelos de proteção social na incapacidade**: Um Desafio Estrutural na Integração das Pessoas com Deficiência e Incapacidade. GEP – Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, out. 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **A capacidade para consentir**: um novo ramo da capacidade jurídica. In: Separata de “Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2004-2006, 2. v.

PÉREZ, Antonio Madrid. **Nothing about us without us!** el Movimiento de Vida Independiente: comprensión, acción y transformación democrática. *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*, Barcelona/ES, n. 2, 2013, pp. 22-38.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. **A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. In: DIAS, Jorge Figueiredo et al. (Org.). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, v. II. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 527-558.

QUINN, Gerard. Keynote Address: ‘**The Role of Service Providers under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**’, European Association of Service Providers (EASPD), 14 February, 2008, Rome.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: ‘**Monitoring the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**’. Cardiff University, 18 April, 2008.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: ‘**The Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities viewed from the United States**’. In: YAI ANNUAL CONFERENCE, New York City, 2 May, 2008.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: ‘**The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**: the link with Philanthropy’, European Foundation Centre, Istanbul, 28 May, 2008e.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: '**Future Prospects for the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**'. In: REHABILITATION INTERNATIONAL GLOBAL CONFERENCE, Quebec City, 25 August, 2008d.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: '**The Right to Independent Living for Persons with Disabilities**', European Coalition for Community Living, Drammen, Oslo, 12 September 2008c.

\_\_\_\_\_. **The Monitoring Provision of the Un Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. In: CONFERENCE ON LEGAL MEASURES TO RATIFY AND IMPLEMENT THE CRPD, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 24 October, Geneva, 2008b.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: '**The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities as an Engine of Law Reform**', Swedish Presidency of the Council of Europe Conference on Disability, 30 October, Strasbourg, 2008a.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: '**Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Institutional Architecture for Change**'. In: JACOBUS TENBROEK DISABILITY LAW SYMPOSIUM, NFB Headquarters Baltimore, Maryland, USA April 17, 2009.

\_\_\_\_\_. **The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – what role for Philanthropy?** International Human Rights Funders Group, San Francisco, 25 January 2010b.

\_\_\_\_\_. **Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD**. In: HPOD CONFERENCE, Harvard Law School, 20 February, 2010a.

\_\_\_\_\_. Keynote Address, University of British Columbia, Centre for Inclusion and Citizenship, '**Personhood and Disability**', 29 April, 2011b, Vancouver, Canada.

\_\_\_\_\_. Keynote Address: '**Taking Personhood Seriously: Legal Capacity Law Reform and the UN Disability Convention**'. In: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR ASSOCIATION FOR COMMUNITY LIVING SYMPOSIUM, St. John's, 21 June 2011a, Newfoundland, Canada.

\_\_\_\_\_. Address: '**The Evolution of a Commonwealth Strategy on Disability: Reflections on Key Reform Challenges**'. In: COMMONWEALTH CONFERENCE ON DISABILITY, London, 10 January 2012.

QUINN, Gerard; DOYLE, Suzanne. **Taking the UN convention on the rights of persons with disabilities seriously: the past and future of the EU structural funds as a tool to achieve community living**. *The Equal Rights Review*, vol. 9, 2012, pp. 69-94.

QUINTÃO, Denise Teresinha da Rosa. **Algumas reflexões sobre a pessoa portadora de deficiência e sua relação com o social**. *Psicologia & Sociedade*, v. n. 1, pp. 17-28, jan. /abr. 2005.

RAGAZZONI, Aldo et al. **Vegetative versus Minimally Conscious States: A Study Using TMS-EEG, Sensory and Event-Related Potentials**. Ed. Esteban Andres Fridman. PLoS ONE 8.2 (2013): e57069. PMC. Web. 11 Jan. 2016.

RAMÍREZ, Mario Andrés Ospina. **Discapacidad y sociedad democrática**. *Revista Derecho del Estado*, n. 24, julho de 2010.

REIS, Cleide Ramos. **Artigo 12: reconhecimento igual perante a lei**. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: versão comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Ano 3, vol. 6, jan.-mar./2016, p. 37-54.

RESENDE, Ana Paulo Crosara de. **Artigo 13: acesso à Justiça**. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

ROSANOVA, M. et al. **Recovery of cortical effective connectivity and recovery of consciousness in vegetative patients**. *Brain*, 2012, vol. 135, n. 4, pp.1308-1320.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **A inclusão social das pessoas com deficiência, sob o viés da proteção universal dos direitos humanos**. *Lex Humana*, n. 2, 2010, p. 169.

SAMANEZ, Teresa Tovar. **Debate y modelo de educación inclusiva**. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. **Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. San Miguel/Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 119-146.

SAMPAIO, Rosana Ferreira; LUZ, Madel Terezinha. **Funcionalidade e incapacidade humana: explorando o escopo da classificação internacional da Organização Mundial da Saúde**. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 25, n. 3, p. 475-483, mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 09 – jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. **Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. N. 15, Salvador/BA, ISSN 1981-1888, setembro/outubro/novembro, 2008.

SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”**. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan. /abr. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Nara Liana Pereira; DESSEN, Maria Auxiliadora. **Deficiência mental e família**: implicações para o desenvolvimento da criança. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 17 n. 2, maio-ago. 2001, pp. 133-141.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Publicado em: 6 ago. 2015a. Acesso em: 20 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte 2). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Publicado em: 7 ago. 2015b. Acesso em: 20 nov. 2015.

SNYDER, Allen C. **Competency to refuse lifesaving treatment**: valuing the nonlogical aspects of person's decisions. *Issues in Law & Medicine* - Vol. 10, n. 3, Dec. 1994.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

TAYLOR, Dalia B. **Communicating with vegetative state patients**: the role of neuroimaging in American disability law. *Stanford Law Review*, vol. 66: June 2014, p. 1452-1485.

TENORIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**: decreto lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

THE AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION (ALRC). **Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws**: final report. Commission Reference: ALRC Report 124, 2014.

THE KENYA NATIONAL COMMISSION ON HUMAN RIGHTS AND THE OPEN SOCIETY INITIATIVE FOR EASTERN AFRICA. **How to implement article 12 of convention on the rights of persons with disabilities regarding legal capacity in Kenya**: a briefing paper. June 2013.

THE SCOTTISH HUMAN RIGHTS COMMISSION. **A Consultation on draft proposals for a Mental Health (Scotland) Bill Response to Scottish Government Consultation**. March 2014.

UNITED NATIONS. **General comment on Article 12**: Equal recognition before the law. Draft prepared by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities Eleventh session, 30 March–11 April 2014.

\_\_\_\_\_. **General comment No. 2**: Article 9: Accessibility. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 31 March–11 April 2014.

\_\_\_\_\_. **Communication No. 12.** Committee on the Rights of Persons with Disabilities: Decision adopted by the Committee at its thirteenth session, 25 March–17 April 2015.

WILKIE, Nick; WILKIE, David. **Identity, Disability, and Sexuality:** reflections from a son and his father. Institute on Community Integration (UCEDD) & Research and Training Center on Community Living, Volume 23, Number 2, Spring/Summer 2010.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito da personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

WUOI, Andréa Soares. **A construção social da Síndrome de Down.** *Cad. Psicopedag.*, v. 6, n. 11, São Paulo, 2007.