

**TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES E A MUDANÇA DE PARADIGMAS EM
RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: da substituição de vontade ao sistema
de apoio.**

***THEORY OF (IN)CAPACITIES AND THE CHANGE OF PARADIGMS REGARDING
PEOPLE WITH DISABILITIES: from the replacement of will to the support system.***

Eloá Leão Monteiro de Barros¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as alterações na teoria das (in)capacidades no Direito brasileiro e a mudança de paradigmas em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência, após a Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, para, então, apresentar as medidas de apoio e os institutos da assistência e representação, sob o viés promocional, priorizando a (re)construção da vontade. Utilizou-se como marco teórico o entendimento de que é possível determinar a assistência e/ou representação da pessoa com deficiência diante da avaliação biopsicossocial realizada por equipe multidisciplinar, ainda que não exista mais a possibilidade de incapacidade absoluta para além do critério etário. Prevalece na pesquisa as vertentes metodológicas jurídico-dogmática e jurídico-sociológica, por meio da compreensão e coleta de dados em fonte bibliográfica e documental. A relevância do trabalho evidencia-se na medida em que busca reconhecer as mudanças perpetradas, pela perspectiva promocional do exercício das autonomias, buscando a efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Teoria das (in)capacidades. Substituição de vontade. Sistema de apoio.

ABSTRACT

This article aims to analyse the changes in the theory of (in)capacities in Brazilian law and the change in paradigms regarding the treatment of people with disabilities, after the International Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities and the Statute of Persons with Disabilities, in order to present the support measures and the institutes of assistance and representation, from a promotional perspective, prioritizing the (re)construction of will. The theoretical framework used was the understanding that it is possible to determine the assistance and/or representation of the person with disabilities based on the biopsychosocial evaluation carried out by a multidisciplinary team, even if there is no longer the possibility of absolute incapacity beyond the age criterion. The methodological approaches prevail in the research, through the understanding and collection of data from bibliographic and documentary sources. The relevance of the work is evident in the way it seeks to recognize the changes perpetrated, from the promotional perspective of the exercise of autonomy, seeking

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Rede em Bioética, Biodireito e Direito Médico (CEBID JUSBIOMED - UFOP). Professora do Curso de Direito da Rede de Ensino DOCTUM. Advogada. E-mail: prof.eloa.barros@doctum.edu.br.

the effective inclusion of people with disabilities.

Keywords: Theory of (in)capacities. Will substitution. Support system.

1 INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência - Carta de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência² resultaram na alteração da teoria das (in)capacidades no Direito brasileiro, o que proporcionou uma mudança de paradigmas em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência: da substituição de vontade para o sistema de apoio. Com o reconhecimento da plena capacidade civil como regra, tem-se, na teoria, em razão da ausência de hipótese de incapacidade absoluta para além do critério etário, o entendimento de que não há mais a possibilidade de implementação do instituto da representação, o que desprotegeria as pessoas que não podem exprimir sua vontade. Entretanto, na prática, após avaliação biopsicossocial realizada por equipe multidisciplinar, questiona-se se possível determinar pela assistência e/ou representação da pessoa com deficiência, priorizando a (re)construção da vontade.

Diante disso, objetiva-se no presente artigo, analisar e refletir sobre as alterações na teoria das (in)capacidades no Direito brasileiro e a mudança de paradigmas em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência e os seus reflexos nos institutos da representação e assistência. Para tanto, foram apresentados os contornos sobre a Convenção, sua incorporação no Direito brasileiro, a efetivação do Estatuto e a respectiva mudança de paradigmas, para, posteriormente, estudar a mudança do modelo médico para o modelo biopsicossocial de abordagem da deficiência e a as alterações na teoria das (in)capacidades. Por fim, buscou-se demonstrar nova interpretação promocional sobre as medidas de apoio – curatela e tomada de decisão apoiada, como forma de aplicar a teoria das (in)capacidades a partir da (re)construção da vontade.

Utilizou-se como marco teórico o entendimento de que é possível determinar a assistência e/ou representação da pessoa com deficiência, ainda que na teoria não exista a possibilidade de incapacidade absoluta, nos termos dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 (Souza, 2016). O conceito de deficiência e os reflexos nas capacidades, pelo discernimento ou manifestação de vontade, não é um conceito jurídico. Essa avaliação deve ser feita por equipe multidisciplinar, que diante da análise do contexto social, pela verificação dos impedimentos e barreiras, poderá determinar pela falta de discernimento, total ou parcial, ainda que o ordenamento jurídico não apresente expressamente essa previsão.

Prevalece na pesquisa as vertentes metodológicas jurídico-dogmática e jurídico-sociológica, por meio da compreensão e coleta de dados em fonte bibliográfica e documental, analisando-se as estruturas internas do ordenamento jurídico, compreendendo o Direito como variável dependente da sociedade. A relevância da pesquisa denota-se pela importância do reconhecimento das principais mudanças, tanto na teoria quanto na prática, em relação ao tratamento jurídico e social destinado às pessoas com deficiência, de forma a promover o exercício das autonomias, ainda que seja necessário a utilização das medidas de apoio.

² Ao longo de todo o artigo será utilizado o termo “Convenção” como sigla referente à Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, e o termo “Estatuto” como sigla referente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2 DA CARTA DE NOVA IORQUE AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência, conforme aponta Iara Antunes de Souza (2016, p. 265), há muito tempo são alvo de “invisibilidade histórica quanto à promoção, proteção e garantia dos seus direitos fundamentais”. David Hosni (2018, p. 38) apresenta como a institucionalização das pessoas com deficiência no século XIX, com o desenvolvimento da teoria da eugenia, até meados do século XX, dimensionou uma ampla segregação e tratamentos desumanos, o que demonstra situações de invisibilidade, ocultamento e desigualdade. Com isso, tem-se o desenvolvimento da abordagem médica da deficiência, que associava a deficiência à patologia, vista como ameaça social a ser eliminada. Essa situação começa a se modificar com a valorização da pessoa humana e do reconhecimento dos Direitos Humanos a partir da segunda metade do século XX.

Em razão dos períodos da Segunda Guerra Mundial e dos governos de ditadura militar, começa a emergir, em âmbito internacional, uma preocupação com o indivíduo e a proteção da dignidade humana. Surgem, também, no contexto das pessoas com deficiência, diversos movimentos sociais, impulsionados pela organização da sociedade civil – familiares, cuidadores e as próprias pessoas com deficiência – que passaram a exigir, para além de políticas assistencialistas, “autonomia e as condições necessárias para que pudessem ser sujeitos ativos e senhores das próprias vidas.” (Hosni, 2018, p. 38). Isto posto, começa a aflorar o modelo social de deficiência, que imputa à sociedade a responsabilidade pelas desvantagens sociais impostas às essas pessoas. Nesse contexto, a deficiência passa a ser referida como questão de Direitos Humanos e não apenas biomédica (Oliveira, 2021, p. 29).

Com efeito, “os paradigmas sociais do respeito à diferença, da preservação da igualdade e do reconhecimento da dignidade humana como valores universais ganharam contornos internacionais levando a uma mobilização da sociedade civil e de agências internacionais” (Gurgel, 2019, p. 23), suscitando a criação de uma norma específica de proteção às pessoas com deficiência.³ Assim, foi aprovada, em 13 de março de 2006, pela Organização das Nações Unidas (ONU), na cidade de Nova Iorque, a Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, conhecida como Carta de Nova Iorque.⁴ Acompanhando o movimento mundial, a Convenção “trouxe anseios de modificação da visão da sociedade em relação a elas, em especial abandonando a ideia assistencialista e reconhecendo que são pessoas ativas na sociedade e detentoras de autonomia para reivindicação e exercício de seus direitos.” (Souza; Lisboa, 2020, p. 245)

Admitida como um dos principais marcos normativos internacionais em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência, a Convenção possui como

³ Ressalta-se que, apesar das críticas, que alegam que uma norma específica pode acabar por sustentar estereótipos e preconceitos sobre a deficiência, compreende-se que a Convenção possui, também, “uma função eminentemente educativa, influenciando o âmbito interno de cada Estado Parte no que se refere à legislação local, políticas públicas e até mesmo a opinião pública” (Gurgel, 2019, p. 25). Sendo assim, “ter uma convenção específica para pessoas com deficiência, pois, é também reconhecer sua identidade como coletivo, com contexto peculiar, o que requer proteção *específica* para acesso ao pleno exercício dos direitos, o que não é provido pela descrição *genérica* dos direitos contidos nos demais tratados existentes.” (LOPES, 2009, p. 50, grifos no original).

⁴ Conforme explica Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel (2019, p. 25), “A ONU criou em 2001 um Comitê *ad hoc* com o objetivo de discutir e elaborar o texto da Convenção que trataria dos direitos da pessoa com deficiência. Foram realizadas oito sessões pelo Comitê, com a participação de inúmeros países e a presença maciça de pessoas com as mais diversas deficiências.”.

propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (Brasil, 2009). Para tanto, os Estados signatários devem promover mecanismos de apoio e salvaguarda, quando necessário e em atenção aos princípios estipulados, como o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas. Ademais, em seu Artigo 12⁵ determina que os Estados Partes precisam reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.⁶

Em consequência, devem adotar medidas apropriadas e efetivas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio que julgarem necessário ao exercício de suas capacidades legais. Ressalta-se que o sistema de apoio pode apresentar configurações diferentes a depender das circunstâncias e determinações de cada país, desde que as observações gerais feitas pela Convenção sejam preservadas (Lara, 2019, p. 46). Assim, é necessário que os Estados adequem seus ordenamentos jurídicos “para que as pessoas com deficiência possam gozar do exercício pleno e pessoal de seus direitos, na medida do reconhecimento de sua autonomia por meio de suas capacidades” (Souza; Lisbôa, 2020, p. 246). As medidas de salvaguarda, portanto, têm como disposição prevenir abusos e conflitos de interesse, além de respeitar os direitos, interesses, preferências e vontades da pessoa, sendo proporcionais às circunstâncias de cada caso.

Percebe-se, então, que a Convenção proporcionou uma mudança de paradigmas⁷ em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência – de um modelo que priorizava a substituição de vontade para um sistema que seja pautado no acesso ao apoio. Conforme aponta Nelson Rosenvald (2016, p. 126, grifos no

⁵ Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei: 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (Brasil, 2009).

⁶ Apesar das críticas e divergências doutrinárias em relação à interpretação do conceito de “**capacidade legal**” utilizado pela Convenção (Pereira; Lara, 2018), adota-se no presente trabalho a equivalência do referido termo com o conceito de capacidade civil (de direito e de fato) no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pela Orientação Geral n.º 1, emitida no ano de 2014, estabeleceu-se que “a capacidade legal inclui a capacidade de ser titular de direitos e de atuar no direito [...]” (ONU, 2014, p. 3, tradução da autora). No original: “La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho.”.

⁷ Entende-se como paradigmas as concepções relacionadas aos anseios e as relações sociais de determinada época (Souza, 2016).

original): “Como o ideal da modernidade se amparava no cientificismo e no progresso, fundou-se o modelo da *reabilitação* cujo objetivo era normalizar as pessoas incapazes que, por problemas individuais, não se adaptavam à sociedade.” Assim, para se alcançar tal objetivo, o controle da vida das pessoas com deficiência era transferido para terceiros – aspecto devidamente enfrentado e transformado pela Convenção. Depreende-se, a partir dessa mudança, que a pessoa com deficiência passou a ser reconhecida como parte da experiência humana, abandonando-se o paradigma assistencialista para defender a ideia de igualdade entre as pessoas com deficiências e as demais pessoas, pelo reconhecimento da possibilidade de exercício da autonomia com apoio (Lara, 2019, p. 46). Nesse sentido:

Uma vez que a CDPD estabeleceu que a pessoa com deficiência tem igual capacidade civil para o gozo e o exercício dos seus direitos, determinou que a deficiência em si não pode funcionar como critério modulador dessa capacidade. Na hipótese em que o sujeito tiver alguma limitação natural, qualificável como deficiência, caberá ao Estado promover mecanismos de apoio aptos a favorecer e facilitar o exercício de sua capacidade (art. 12), em vez de contribuir para a sua completa exclusão do cenário relacional jurídico, social e política pela transposição do seu poder de decisão para um terceiro – o representante legal que lhe substitui integralmente a vontade. (Menezes, 2018, p. 1193).

Para tanto, o Brasil, além de signatário da Convenção e do seu Protocolo Facultativo, aprovou e ratificou os termos do tratado, por meio do Decreto Legislativo n.º 186/2008 e do Decreto n.º 6.949/2009, conforme o procedimento do §3 do artigo 5º da Constituição da República de 1988 (CR/88). Logo, a Convenção se tornou o primeiro tratado de Direitos Humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional e, portanto, direito fundamental da pessoa com deficiência, com aplicação direta e imediata (Souza; Lisboa, 2020, p. 246).

Além disso, para efetivar e adaptar a legislação ordinária aos ditames da Convenção, foi promulgada a Lei n.º 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em 02 de janeiro de 2016 e instituiu a Lei Brasileira de Inclusão, “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (Brasil, 2015) – configurando-se um microssistema jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, com edição de norma legal e específica (Lima; Sá, 2020, p. 29).

O Estatuto, fundamentado na Convenção, representou importantes mudanças em relação ao tratamento jurídico e social destinado às pessoas com deficiência, principalmente em relação à teoria das (in)capacidades e o conceito de deficiência, pautado no modelo social de avaliação biopsicossocial, realizado por equipe multidisciplinar. Passa-se, então, ao estudo sobre as alterações promovidas no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O MODELO BIOPSIKOSSOCIAL DE AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E A TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu, em seu artigo 2º, que considera-se pessoa com deficiência aquela que possui algum “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade

em igualdade de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2015).⁸ Com isso, o Estatuto ampliou o conceito de deficiência, adotando um modelo de avaliação biopsicossocial, que deve ser realizado por equipe multidisciplinar, que será capaz de avaliar não apenas os impedimentos da pessoa, mas principalmente as barreiras sociais encontradas na sociedade.

Têm-se, então, a superação do modelo médico de abordagem da deficiência, que patologizava e categorizava as espécies de deficiência, e se materializava a partir da “constatação de uma doença prevista na CID – Classificação internacional de Doenças – da Organização Mundial de Saúde. Dessa forma, buscava-se curar a pessoa e adaptá-la à vida em sociedade, presumindo que a “doença” retirava dela a possibilidade de autodeterminação” (Souza; Lisbôa, 2020, p. 253-254). A partir dessa nova perspectiva, considerando que o conceito de deficiência é aberto e está em constante evolução (Souza, 2016), desloca-se o epicentro do problema da pessoa para a sociedade, que não é capaz de eliminar as barreiras sociais e promover a efetiva inclusão e participação das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim sendo, um dos objetivos do Estatuto, em conformidade com a Convenção,

[...] é o de permutar o paternalismo do atual modelo médico – que deseja reabilitar o “paciente” para se adequar à sociedade -, por um modelo social de direito humanos cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. Não se trata de abandonar a perspectiva clínica, mas a de a ela acrescer as dimensões biológica e social, para que se compreenda a saúde de uma pessoa em uma visão holística (“biopsicossocial”). (Rosenvald, 2016, p. 137).

Além dessa mudança, o artigo 6º do Estatuto determina que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (Brasil, 2002), inclusive para exercer direitos existenciais, como casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, planejamento familiar, dentre outros.⁹ Observa-se que a sua proposta é proporcionar maior autonomia às pessoas com deficiência, em igualdade de condições e oportunidades, sem que seja alvo de qualquer forma de discriminação.¹⁰

⁸ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (Brasil, 2015).

⁹ Art. 6º 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; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (Brasil, 2015).

¹⁰ Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa. (Brasil, 2015).

Importante destacar, conforme preleciona Iara Antunes de Souza e Natália de Souza Lisboa (2020, p. 253), que “a autonomia representa a capacidade que a pessoa tem de compreender a realidade, refletir sobre ela e externar sua vontade, que assim é considerada discernida, tomando suas próprias decisões”, seja no âmbito patrimonial e/ou existencial.

Diante disso, o Estatuto, pelo artigo 114, alterou substancialmente os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, que tratam das hipóteses de incapacidade de fato absoluta e relativa e constituem, junto ao artigo 5º, a positivação da teoria das (in)capacidades.¹¹ Ressalta-se que no Direito brasileiro a capacidade civil é dividida em duas tipologias distintas, quais sejam, a capacidade de direito (ou de gozo) e a capacidade de fato (ou de exercício). A capacidade de direito é a disposição para ser titular de direitos e deveres os atos da vida civil, ao passo que a capacidade de fato constitui a possibilidade genérica para exercer, pessoalmente, todos esses atos, ou seja, sem intermédio de um representante ou assistente. Todavia, diferentemente da capacidade de direito, que é atribuída à toda pessoa que nasce com vida, nos termos dos artigos 1º e 2º do Código Civil de 2002¹², são elencadas situações em que haverá a restrição legal do exercício da capacidade de fato, de forma absoluta ou relativa.

Antes da entrada em vigor do Estatuto, a incapacidade civil era determinada seguindo dois critérios: (i) o critério etário; e (ii) o critério da saúde mental, pela ausência ou redução de discernimento (Souza; Silva, , 2017, p. 293).¹³ Pela redação antiga, além dos menores de dezoito anos, eram considerados absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil as pessoas que não tivessem nenhum discernimento, seja por enfermidade ou por deficiência. Já os relativamente incapazes, para além do critério etário, eram as pessoas com deficiência mental que tivessem discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

No entanto, a partir da nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, não há mais qualquer possibilidade de incapacidade absoluta em razão da saúde mental, permanecendo apenas o critério etário. Já em relação à incapacidade relativa retirou-se o fundamento baseado no discernimento reduzido ou desenvolvimento mental incompleto, prevalecendo apenas a expressão da vontade.¹⁴ Ademais, não há mais

¹¹ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. [...]. (Brasil, 2002).

¹² Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezoito anos; **II – os que, por enfermidade ou deficiência, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.** Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezoito e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, **e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.** (Brasil, 2002) (redação anterior à Lei n.º 13.146/2015, grifos da autora).

As partes em negrito são as que sofreram modificações ou foram revogadas com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹⁴ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I - (Revogado). II - (Revogado). III - (Revogado).

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem

menção expressa à pessoa com deficiência, logo, todas as possibilidades de incapacidade relativa são aplicadas à qualquer pessoa, tenha deficiência ou não. Dessa forma, a capacidade de fato passa a ser a regra aplicada, devendo a incapacidade ser comprovada casuisticamente. Em consequência, explica Iara Antunes de Souza (2016, p. 284):

De toda sorte, já se afirma de antemão, que o grande avanço do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi, de fato, retirar de uma vez por todas do ordenamento jurídico a possibilidade de ligar o transtorno e a deficiência mental, como critério, por si só, de incapacidade e garantir o exercício da capacidade na maior medida.

É o que complementa, também, o artigo 84 do Estatuto, que prevê que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.” (Brasil, 2015). O referido artigo trata, nos parágrafos seguintes, sobre as situações em que a pessoa poderá ser submetida à curatela, agora não mais como regra, e sim, como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível; sendo facultada, ainda, a tomada de decisão apoiada, medida de apoio e não substitutiva de vontade, novidade no ordenamento jurídico brasileiro implementada a partir do Estatuto.

Sobre essas mudanças, é imprescindível compreender que os Direitos Humanos das pessoas com deficiência demandam, quando for necessário, o uso de medidas de apoio à tomada de decisões e não medidas de substituição de vontade, de forma que seja confirmada a capacidade civil e garantido o exercício das autonomias (Souza, 2020). Nesse sentido, diante da existência de discernimento e manifestação de vontade a pessoa com deficiência pode se valer de medidas de apoio como a tomada de decisão apoiada e, também, a curatela, por meio de nova interpretação, sob a perspectiva promocional de ambos os institutos, em um sistema protetivo-emancipatório.

Todavia, apesar desse entendimento, que privilegia a construção e o desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência, bem como da sua dignidade humana, o Estatuto se tornou alvo de muitas críticas, dentre elas a ausência de possibilidade de determinação de incapacidade absoluta para além do critério etário, sob o argumento de desamparo e desproteção da pessoa que não possui discernimento necessário para manifestar sua vontade. Essa interpretação é fundamentada no entendimento de que o absolutamente incapaz é representado, enquanto que o relativamente incapaz é assistido - antes do Estatuto pela ausência ou redução de discernimento, agora pela não manifestação de vontade. No entanto, argumenta-se em sentido contrário, o que será melhor trabalhado na próxima seção.

4 (RE)CONSTRUÇÃO DA VONTADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: APOIO, ASSISTÊNCIA E/OU REPRESENTAÇÃO

Pelo estudo feito até aqui, infere-se que após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em consonância à Convenção e os anseios constitucionais, a regra é a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, uma vez que a deficiência, por si só, não é causa automática de incapacidade (Souza, 2016, p. 301). Contudo, diante

expressar sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Brasil, 2002, grifos no original).

de um sistema de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1º, III, CR/88), reconheceu-se a necessidade de adoção de medidas específicas de apoio, como a curatela e a tomada de decisão apoiada, priorizando o exercício das autonomias.

Ocorre que, a compreensão da curatela, nos moldes como era aplicada, implica na substituição da vontade, podendo ocasionar a sua morte civil, ou seja, o afastamento da possibilidade de exercício próprio de seus direitos (Souza, 2016), a partir de um método racional e estanque. Entretanto, é preciso compreender que após o Estatuto a curatela assume nova roupagem, de forma que “os institutos protetivos da incapacidade, interdição/curatela, têm que se adequar aos novos anseios e devem ser interpretados e aplicados na medida em que promovam o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência mental e intelectual, [...]” (Souza; 2016, p. 292).

Ressalta-se que o Comitê Sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, nas Observações finais sobre o informe inicial do Brasil (ONU, 2015), diante da manutenção da curatela, recomendou que o legislador revogasse todas as disposições legais que perpetuassem o sistema de substituição da tomada de decisão. Ainda, que fossem adotadas, em consulta às organizações das pessoas com deficiência, medidas efetivas para implementação do sistema de apoio e que priorize a autonomia, conforme Artigo 12 da Convenção. Todavia, conforme apresentado, depreende-se que a curatela,

[...] migra do sistema protetivo de substituição de vontade para o sistema de apoio, no qual a vontade da pessoa curatelada deve ser respeitada, mesmo quando o curador for assistente ou representante legal. [...] Entende-se que a pessoa com deficiência sob curatela continua sendo capaz, tal qual determina a CDPD. **Seria um sujeito capaz sob apoio curatelar.** (Menezes; Pimentel; Lins, 2021, p. 310-311, grifos da autora).

Apesar desse entendimento, questiona-se, ainda, a possibilidade de assistência e/ou representação da pessoa com deficiência, diante da ausência de possibilidade de incapacidade absoluta, nos termos da nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002. Sobre esse ponto, conforme defende Iara Antunes de Souza (2016, p. 269), levando em consideração que o conceito de deficiência, assim como os possíveis reflexos na capacidade, pelo discernimento ou manifestação de vontade, não se trata de um conceito jurídico, de forma que o Direito apenas deve reconhecê-lo junto às outras áreas, “é salutar que a norma não o preveja de forma expressa e exaustiva seu conceito, permitindo sua modulação de acordo com a ciência da saúde mental mediante a avaliação multidisciplinar” (Souza, 2016, p. 276).

Dessa forma, diante da abordagem da deficiência pelo modelo biopsicossocial, a avaliação deverá ser feita por equipe multidisciplinar – ou seja, não apenas composta por médicas/os, mas por psicólogas/os, assistentes sociais, pedagogas/os, dentre outras/os profissões – que perante a realidade exposta poderá avaliar a redução de discernimento, total ou parcial, e os possíveis reflexos nas capacidades, ainda que o ordenamento jurídico não apresente expressamente essa previsão. Sendo assim, mesmo não se enquadrando no modelo estático da teoria das capacidades, é possível que a pessoa seja representada e/ou assistida. É preciso abandonar a “[...] normalização binária da capacidade e o silenciamento de uma pluralidade que se tem a partir dela” (Oliveira, 2021, p. 54), para reconhecer a diversidade que permeia a própria existência humana. Nesse sentido, defende Iara Antunes de Souza (2016, p. 297, grifos da autora),

[...] não se importa se o sistema fala em ausência de hipóteses de incapacidade absoluta em razão da saúde mental. Afinal, interpretação diversa seria considerar a possibilidade de o Direito fechar os olhos para a realidade, o que os anseios constitucionais não permitiriam. O que se defende é a possibilidade de representação ainda que se reconheça, nos termos da lei, uma incapacidade relativa [...]. O que se propõe, em suma, é **afastar a lógica de que o absolutamente incapaz é representado e o relativamente (in)capaz é assistido; relegando ao reconhecimento do nível de ausência de discernimento, por equipe multidisciplinar de saúde mental, a aplicação da medida necessária para fomento da personalidade.**

No mesmo sentido defende Mariana Alves Lara, ao afirmar que em casos excepcionais e quando outras medidas forem insuficientes, “[...] deve ser declarada a incapacidade para os atos da vida civil e nomeado um representante para a pessoa com discernimento comprometido, [...]. Isso não significa que a pessoa será totalmente incapacitada para os atos da vida civil.” (Lara, 2019, p. 58). Assim, o mecanismo de apoio definido deve ser personalizado, proporcional às necessidades e circunstâncias do caso, levando-se em consideração os fatores sociais que interferem na manifestação de vontade, sempre respeitando, na maior medida possível, os interesses e preferências da pessoa. E, como afirmado, cabe à equipe multidisciplinar determinar qual medida será mais adequada, sendo as normas jurídicas interpretadas no sentido de proteção, promoção e melhora de vida e do bem estar das pessoas, constituindo o novo sistema de apoio à pessoa com deficiência.

Ressalta-se que qualquer medida de salvaguarda adotada, seja pela tomada de decisão apoiada ou a curatela, não deve implicar na segregação e afastamento indiscriminado da capacidade da pessoa, podendo ocasionar a sua morte civil. Conforme defendem Lara Antunes de Souza e Natália de Souza Lisboa (2020), as capacidades são múltiplas, assim como as formas de exercício das autonomias. Sendo assim, independente da formatação estática prevista em lei, em uma perspectiva de “tudo ou nada” na verificação da capacidade civil (capacidade plena ou incapacidade absoluta/relativa), na prática, a avaliação da equipe multidisciplinar é que poderá determinar se a pessoa demandará de assistência, representação e/ou apoio. Ademais, “que a pessoa que vá auxiliar a pessoa com deficiência, a representando, a assistindo ou a apoiando, em qualquer caso, não substitua a sua vontade, mas sim, a construa ou reconstrua” (Souza; Lisboa, 2020, p. 259), de forma que, em qualquer situação, não há que se falar em substituição de vontade da pessoa com deficiência.

Diante do exposto, a partir do reconhecimento das mudanças implementadas pela Convenção e o Estatuto, somada a interpretação promocional das medidas de apoio, é possível aplicar a teoria das (in)capacidades, seja pela representação, assistência e/ou apoio, de forma que a pessoa com deficiência não fique desprotegida. É um entendimento que privilegia o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades das pessoas com deficiência, sem que as suas singularidades sejam silenciadas. Isto posto, é preciso reconhecer a diversidade das pessoas com deficiência, assim como das capacidades e possibilidades de exercício das autonomias.¹⁵ Pela perspectiva dos Direitos Humanos, é possível que as pessoas com

¹⁵ “Nossa tese é de que o direito de igualdade, há muito, não pode ser mais compreendido apenas como direito à isonomia de tratamento (seja perante o Estado, seja entre os indivíduos/empresas em seu trato privado), nem apenas como igualdade “material” como oposição à diferença (o que chamaremos de equidade), mas que vai significar, por vezes, o reconhecimento da diversidade como

deficiência utilizem das medidas de apoio, sob o viés promocional, para que efetivamente sejam incluídas na sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbrou-se com o presente artigo apresentar as principais mudanças em relação ao tratamento destinado às pessoas com deficiência, que após a Convenção, passaram a ser reconhecidas como pessoas plenamente capazes de exercerem os seus direitos, em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. A deficiência, agora vista como uma questão de Direitos Humanos, direciona para uma mudança de paradigmas, de um modelo que era pautado na substituição de vontade, dentro da perspectiva médica, para um sistema que prioriza o apoio, em uma abordagem biopsicossocial de avaliação multidisciplinar.

No Direito brasileiro, com a efetivação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das (in)capacidades foi essencialmente alterada, de forma que, além de reconhecer a capacidade civil da pessoa com deficiência como regra, estabeleceu que a deficiência, por si só, não deve ser mais utilizada como critério modulador da incapacidade. Assim, não há mais como determinar a incapacidade absoluta em razão da saúde mental e as possibilidades de incapacidade relativa podem ser aplicadas para qualquer pessoa, seja com deficiência ou não. Essa interpretação corrobora pela adequação das medidas de apoio às circunstâncias concretas, tanto a curatela quanto a tomada de decisão apoiada, em uma perspectiva promocional pelo exercício das autonomias.

Ainda, o conceito de deficiência, que se mostra em constante evolução, na medida em que podem surgir diferentes impedimentos e barreiras sociais, não se trata de um conceito jurídico. Sendo assim, cabe ao Direito reconhecer a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multidisciplinar, que será capaz de determinar pela ausência ou não de discernimento – total ou parcial – e os possíveis reflexos nas capacidades, para, então, estabelecer qual medida será mais adequada, seja pela representação, assistência e/ou apoio. Assim, concluiu-se que é possível determinar a assistência e/ou representação da pessoa com deficiência, ainda que na teoria não exista a possibilidade de incapacidade absoluta. A representação, a assistência e o apoio são salvaguardas que coexistem no sistema de apoio à pessoa com deficiência. Nesse novo modelo não há que se falar em substituição da vontade, o que deve prevalecer é a (re)construção da vontade.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Igualdade: 3 dimensões, 3 desafios. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1. ed. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

elemento essencial àquele direito.” (Bahia, 2014, p. 74-75).

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 03 out. 2020.]

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **A eficácia prática da tomada de decisão apoiada.** 2019. Tese (doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/22530?mode=full>. Acesso em: 08 jul. 2020.

HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da pessoa com deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 35-58.

LARA, Mariana Alves. Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.** Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019. Acesso em: 22 abr. 2021

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. As pessoas com deficiência no microssistema de proteção de dados pessoais. **Revista Duc In Altum - Cadernos deDireito**, vol. 12, nº 26 jan-abr. 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1219/918>. Acesso em: 07 out. 2020.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8653>. Acesso em: 08 de nov. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: o instrumento jurídico de apoio à pessoa com deficiência instituído inaugurado pela Lei nº 13.146/2015. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 24 - n. 3 - set-dez 2018. Doi: 10.14210/nej.v24n3. p. 1191-1215. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13771>. Acesso em: 02 out. 2020.

OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva. **A curatela e a tomada de decisão apoiada: a proteção e a promoção da autonomia da pessoa com deficiência.** Belo

Horizonte: Editora Dialética, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. **Observación General N. 1**. Geneva: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/TMP/5930098.89125824.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

PEREIRA, Fábio Q. LARA, Mariana A. O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. V. 13, n.3/2018, p-948-969. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31839>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Autonomia decolonial da pessoa com deficiência no Brasil. In: ROCHA, Paulo Henrique Borges da; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; OLIVEIRA, Patrícia Miranda Pereira de. (Org.). **Decolonialidade a partir do Brasil**. 1ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, v. III, p. 245-263.

SOUZA, Iara Antunes de. SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n.º 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 37, p. 292-309, 2017.

ROSENVALD, Nelson. Aplicação no Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Actualidad Jurídica Iberoamericana**, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 4 ter, 2016. p. 124-143.