

O instituto da tomada de decisão apoiada: uma análise sobre o objeto e os sujeitos

The institute of supported decision making: an analysis of the object and subjects

Lucas Câmara de Assis*

Resumo: O trabalho visa compreender o objeto e os sujeitos do instituto da tomada de decisão apoiada. Discorrer-se-á acerca dos parâmetros legislativos que inovaram no ordenamento jurídico prevendo o instituto legal que salvaguarda os interesses das pessoas com deficiência e demais vulneráveis, criando um gênero de apoio intermediário, que atua paralelamente à curatela e à tutela. O método empregado é a revisão bibliográfica. Ao final, conclui-se que a tomada de decisão apoiada seria a medida que mais resguardaria a autonomia privada dos deficientes, não alterando a capacidade civil de fato dos apoiados, mas criando uma esfera que preserva a autodeterminação e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Tomada de decisão apoiada; Pessoa com deficiência; Capacidade; Personalidade jurídica; Curatela.

Abstract: The work aims to understand the object and subjects of the institute of supported decision making. It will be discussed about the legislative parameters that innovated in the order providing the legal institute that safeguards the interests of the disabled and other vulnerable, creating a kind of intermediary support, which acts in parallel with the curatorship and the guardianship. The method used is the literature review. In the end, it is concluded that supported decision-making would be the measure that would most protect the private autonomy of the disabled, not changing the de facto civil capacity of those supported, but creating a sphere that preserves self-determination and legal certainty.

Keywords: Supported decision making; Disabled person; Capacity; Legal personality; Guardianship.

Recebido em: 25/01/2023

Aprovado em: 22/06/2023

Como citar este artigo:
ASSIS, Lucas Câmara de. O
instituto da tomada de
decisão apoiada: uma
análise sobre o objeto e os
sujeitos. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 5, n. 1, 2023, p. 103-119.

* Mestrando (Pontifícia
Universidade Católica de
Minas Gerais). Professor
universitário na Rede
Funorte e advogado.

Introdução¹

O presente artigo visa analisar o instituto da tomada de decisão apoiada, prevista com o advento da Lei n. 13.146/2015, que se diferencia da curatela, porque possibilita que a pessoa com deficiência decida sobre sua vida, propiciando a prática de ato negocial em condição de igualdade com as demais pessoas e a preservação de seus bens. Para se chegar ao instituto de proteção, antes o trabalho passa pelos conceitos de capacidade e de pessoa com deficiência, conceitos reformulados ante a nova exegese constitucional e internacional que entende que a pessoa deficiente é capaz para os atos da vida civil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência procura retirar os deficientes da categoria de incapaz, ampliando a ideia de capacidade civil e, assim, revogou os incisos do art. 3º do Código Civil, estabelecendo que são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 anos, alterando, também, o art. 4º do Código Civil.

Assim, a teoria das incapacidades acabou por estabelecer um novo instituto jurídico, objeto da presente pesquisa: a tomada de decisão apoiada. Ao final do trabalho, faz-se uma incursão na temática, objetivando elucidar o objeto e os sujeitos, delimitando-se a extensão da atuação do instituo jurídico, bem como sua legitimidade.

1. Da sistemática da personalidade jurídica e da capacidade civil

A pessoa natural sempre será o primeiro componente de qualquer relação jurídica, pois, sem ela, nem o direito existe. Para Maria Helena Diniz (2019), o conceito de pessoa seria o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações. Toda pessoa seria, portanto, um sujeito de direito. Kelsen (1962) pensa diferente: a pessoa seria a personificação de um complexo de direitos e deveres. Ou seja, a pessoa não seria um indivíduo, mas apenas uma massa personificada de normas e deveres jurídicos. Washigton de Barros Monteiro (1968), aliado ao entendimento da professora da PUC-SP, entende que pessoa é o próprio sujeito de direitos e deveres, concepção esta que parece ser a adotada no artigo 1º do Código Civil, que anuncia que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹ O presente artigo é uma adaptação do trabalho de conclusão de curso de Serviço Social de mesma autoria.

A personalidade jurídica, por sua vez, está intimamente ligada ao próprio conceito de pessoa. Toda pessoa é dotada de personalidade jurídica. A conceituação de personalidade jurídica pode ser encontrada na obra do casal Nery: a personalidade civil, ou simplesmente, personalidade, “é a qualidade de quem é pessoa e é a marca determinante de individualização do sujeito como sendo aquele determinado e específico sujeito de direito, não outro” (NERY e NERY, 2016, pag. 285).

Já a capacidade, outro instituto jurídico, na visão de Orlando Gomes (1971), é a medida jurídica da personalidade. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2016) apontam para a diferença entre personalidade e capacidade: enquanto a personalidade consiste em investidura de direitos e deveres, a capacidade, medida da personalidade, é a consequência desta última, atribuindo efetividade prática à qualidade.

Resumidamente, pode-se afirmar que:

Assim, para ser “pessoa” basta que o homem exista, e, para ser “capaz”, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si só, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. Eis por que os autores distinguem entre capacidade de direito ou gozo e capacidade de exercício ou de fato. (DINIZ, 2019, p. 129)

No geral, portanto, a capacidade de direito (personalidade) nunca poderá ser negada ao indivíduo, sob pena de se negar a própria essência de pessoa. Já a capacidade de fato, todavia, poderá sofrer restrições, como, por exemplo, o tempo ou ainda o uso de entorpecentes.

1.1 Da nova teoria da incapacidade

O Código Civil foi frontalmente atingido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº. 13.146/2015. Entre essas mudanças, verifica-se forte alteração na teoria das incapacidades. A incapacidade, restrição legal para certos atos da vida civil, visa, na verdade, proteger o indivíduo mais vulnerável, graduando a forma de proteção para os absolutamente incapazes – representação -, e para os relativamente incapazes, deu o aspecto da assistência. Nas palavras da doutrina, “por meio da representação e da assistência, supre-se a incapacidade, e os negócios jurídicos realizam-se regularmente” (DINIZ, 2019, p. 171).

Os artigos do Código Civil que versam sobre o estado das pessoas, a exemplo da incapacidade, são normativas de ordem pública, assim, de maneira alguma poderiam ser deixados ao arbítrio individual. Diz o Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2016).

A incapacidade será absoluta (art. 3º do Código Civil) quando a proibição for total ao exercício do direito pelo incapaz, acarretando, no caso de inobservância do preceito, a nulidade do ato, conforme entendimento do art. 166, I, do Código Civil. Os menores de dezesseis anos, única hipótese de incapacidade absoluta prevista hoje no ordenamento jurídico, se justifica pelo menor discernimento e pela carência de autodeterminação, sendo um grupo mais facilmente influenciado. Vale a pena destacar, todavia, que é vedado qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

A incapacidade relativa, lado outro, expressa o grupo que pode praticar atos da vida civil, desde que assistidos. A violação dessa normativa gera a anulabilidade do ato e, pelas regras de invalidade do negócio jurídico, a invalidação dependerá de iniciativa do lesado, havendo a possibilidade, contudo, de tal ato ser confirmado ou ratificado. Mas é bom que fique claro: há atos excepcionais que o menor relativamente incapaz poderá realizar sem a presença de um assistente, como aceitar mandato, fazer testamento, ser testemunha em ato jurídico, exercer emprego público, casar-se aos dezesseis anos, celebrar contrato de trabalho, ser eleitor, entre demais possibilidades espalhadas por todo o ordenamento, dificultando a sistematização por ora.

A Lei 13.146/2015, ao instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, objetivou assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício

O instituto da tomada de decisão apoiada: uma análise sobre o objeto e os sujeitos de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim, nova legislação trouxe alterações significativas para o Código Civil no tocante à capacidade das pessoas naturais, como a revogação dos incisos II e III do art. 3º do Código Civil, os quais consideravam absolutamente incapazes aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo em razão de causa transitória. Só são absolutamente incapazes os menores de dezesesseis anos, como já dito.

Em outras palavras, a partir da entrada em vigor da lei 13.146/2015, a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84 do mesmo diploma deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

2. Da nova leitura acerca da pessoa com deficiência

As pessoas com deficiência sempre viveram à margem da sociedade, necessitando da Constituição da República para dar, a este grupo vulnerável, a promoção da identidade e a proteção à existência:

Ao longo da História, “possuir” qualquer deficiência que fosse era uma condição que fomentava dúvidas sobre vida, liberdade, capacidade, saúde, individualidade, sexualidade e trabalho. Essas diferenciações, à época, nutriam preconceitos e comportamentos discriminatórios, o que empobrecia as discussões, no ordenamento jurídico e no mundo acadêmico, sobre o reconhecimento e valorização da pessoa humana.

Ainda, até as décadas de 1980 e 1990 eram comuns matérias em jornais de grande circulação publicarem notícias referentes às pessoas com deficiência adjetivando-as como “aleijado”, “defeituoso”, “incapacitado” e “inválido” (BRANDÃO, 2020, P. 25).

O art. 3.º da Constituição da República dispõe que um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro é a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, garantindo método e desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização com o intuito de reduzir as desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos,

independentemente de qualquer contorno de inferioridade numérica, prevalecendo sempre o princípio e fundamento da dignidade humana diante das questões de grupos linguisticamente chamados de minorias.

No território brasileiro, ainda não se alcançou a plena efetividade dos direitos deste grupo:

A falta de normas realmente aplicáveis e, por consequente, não efetivas, com efeito meramente declaratório, sem fiscalização de seu cumprimento pelos órgãos devidos, faz com que as pessoas com deficiência sejam excluídas dos movimentos democráticos que formam uma nação, pois na prática têm suas vontades substituídas pela ação exercida pela maioria, o que viola certamente sua essência como indivíduo pela falta de igualdade e, espiritualmente, pela ausência de liberdade sobre sua existência. São muitos os obstáculos que inviabilizam a participação e a integração da pessoa com deficiência no mundo externo, a sociedade. Sair às ruas, ir a uma padaria, procurar uma atividade de lazer e cultura, ir à escola, trabalhar, pegar transporte público, constituir uma família, contrair um financiamento, adquirir um imóvel, vender e comprar um bem, ir à praia, se vestir, se apresentar, entre outros, tornam-se tarefas hercúleas, quando não inviáveis. Para a maioria das pessoas, tal tarefa seria apenas, talvez, burocrática, custosa, ou dependesse apenas de vontade (BRANDÃO, 2020, p. 55).

A partir da Constituição Federal de 1988, como dito, os direitos humanos foram retratados e consagrados como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. A efetivação dos fundamentos e garantias constitucionais ainda são sinônimos de lutas e conquistas do indivíduo e da coletividade, que constroem a dignidade e o valor humano:

A Constituição Federal de 1988 traz, após um período de 20 anos de ditadura (1964 a 1985), um novo movimento político em busca da redemocratização, é a partir dela que novos significados de proteção à pessoa humana surgem, a pessoa com deficiência depara-se com um novo marco, de um atual paradigma de efetivação de direitos e de uma diferente visibilidade relacionada às minorias e grupos vulneráveis. Leis pretéritas à Constituição Federal de 1988 já demonstravam o início de olhares para as políticas de equalização à pessoa com deficiência (BRANDÃO, 2020, p. 26).

No âmbito internacional dos direitos das pessoas com deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, no dia 30 de março de 2007, aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

De acordo com o art. 1º da referida Convenção:

Pessoas com deficiência são 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 (ESTADOS UNIDOS, 2007).

Logo, é possível falar em 04 espécies de deficiência: física, mental, intelectual e sensorial. Ainda de acordo com a convenção, pelo art. 3º, são princípios: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Em decorrência da assinatura deste tratado, os Estados Partes assumiram um grande rol de compromissos, sejam legais ou administrativos, para garantir os direitos previstos na Convenção. Em decorrência disso tudo, foi editada no Brasil a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que logo no *caput* do art. 1º diz ter como objetivo “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).

A correlação entre a Convenção de Nova York e o Estatuto da Pessoa com Deficiência fica clara no art. 1º, parágrafo único, da mencionada lei, que dispõe:

Esta lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico interno, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (BRASIL, 2016).

Um dos maiores avanços do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já dito, é a imposição de que pessoas deficientes passam a ser plenamente capazes. Portanto, a lei 13.146/2015

representou uma mudança radical para o Direito Civil ao abalar a milenar teoria das incapacidades. Nessa esteira:

[...] todas as pessoas que foram interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem 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 (SIMÃO, 2015, p. 02).

O objetivo foi a plena inclusão da pessoa com deficiência:

Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade. Nesse contexto, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no art. 3º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, também ora alterado. Como se pode perceber, no último preceito não há mais a menção às pessoas com deficiência no inciso II. Quanto ao termo excepcionais sem desenvolvimento completo (art. 4º, III), ele foi substituído pela antiga expressão que se encontrava no anterior art. 3º, III, ora revogado [...] Em suma, podemos dizer que houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades (TARTUCE, 2016, p. 84).

Parcela da doutrina, contudo, entende que a mudança não deve ser tão celebrada assim, pois retirar todos os deficientes do rol dos incapazes poderia trazer graves problemas a este grupo mais vulnerável e marginalizado: “a partir da nova teoria da incapacidade, até mesmo a completa ausência de discernimento da pessoa maior não lhe assegura a condição de absolutamente incapaz, o que é um retrocesso, se pensarmos em algumas proteções especiais dadas a estes incapazes” (FRANCISCO, 2019, p. 34). Outra crítica é feita pela professora da PUC-SP:

Nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso não afetaria em nada sua dignidade como ser humano. Dignidade não é sinônimo de capacidade. O seu *status personae* e o seu viver com dignidade no seio da comunidade familiar ou social não se relacionam com sua capacidade mental ou intelectual para exercer direitos, nem com o apoio que vier a receber de apoiadores ou com a transferência de suas decisões, havendo interdição, para um curador, que o assistiria nos atos negociais da vida civil, regendo seu patrimônio, se não puder, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade (DINIZ, 2019, p. 186).

Não obstante às críticas aqui pontuadas, o próprio art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, complementando o Código Civil, ensina que:

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, 2016).

Na combinação dos dois diplomas normativos, Ronaldo Vieira Francisco (2019), em dissertação de mestrado na PUC-SP, entende que há o surgimento de duas situações distintas em relação ao deficiente: a deficiência sem curatela, na qual pode ainda o deficiente requerer o acordo da tomada de decisão apoiada, ou a deficiência com curatela, caso em que existirá incapacidade relativa, situação em que o interdito poderá, autonomamente, exercer alguns atos e a curatela só alcançaria os atos negociais.

O Estatuto faz a previsão desta sistemática no capítulo II da referida lei:

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

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

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

§ 3º 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.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano (BRASIL, 2016).

A curatela, assim sendo, não será permitida aos atos existenciais (como os direitos à sexualidade, à educação, entre outros), mas tão somente aos atos de natureza patrimonial e negocial. Logo, quando a pessoa com deficiência não puder exprimir a sua vontade, será caso de reconhecimento desta incapacidade pelo juiz por meio do processo de interdição, hodiernamente cunhado de ação de curatela.

3 Do processo de interdição e da tomada de decisão apoiada

Inicialmente, registra-se que é controverso, na doutrina, a permanência do processo de interdição no ordenamento jurídico, com a superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Paulo Lobo (2015), por exemplo, é categórico ao afirmar que não há mais que se falar em processo de interdição no direito brasileiro. Pablo Stolze Gagliano (2015), lado outro, entende que não houve a abolição desse tipo de ação, mas sim a flexibilização da curatela. Maria Helena Diniz (2019) reconhece a celeuma e conclui que a interdição permanece possível, mas apenas para fins de curatela dos direitos de natureza patrimonial ou negocial.

Pelo Código de Processo Civil, fato é que a interdição permanece vigente, estando, é verdade, limitada para as relações patrimoniais e negociais.

O procedimento inicia-se com o requerimento dirigido ao magistrado, feito pelo cônjuge, companheiro, parentes, tutor, representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, ou, subsidiariamente, pelo Ministério Público. Logo, é inviável falar-se em auto interdição (o relativamente incapaz não pode pedir sua própria interdição). Ao juiz é vedado iniciar de ofício o processo de interdição.

Na petição inicial, deve, ainda, o autor especificar os fatos que demonstrem a incapacidade do interditando de administrar seus bens, bem como fazer juntada de laudo médico ou provar a impossibilidade de fazê-lo. O juiz pode nomear curador provisório ao interditando.

O juiz, em seguida, cita o interditando para uma inspeção pessoal (audiência prévia). Esta é a oportunidade que tem o magistrado de entrevistar o interditando sobre questões minuciosas de sua vida, negócios e vontades. Depois, começa a contar o prazo de quinze dias para o interditando impugnar o pedido. O Ministério Público intervém como fiscal da ordem jurídica. Acaso o interditando não constitua advogado, lhe será nomeado curador especial.

O instituto da tomada de decisão apoiada: uma análise sobre o objeto e os sujeitos

Decorrido o prazo para impugnação do pedido, será determinada a produção de prova pericial para avaliar a capacidade do interditando. Após a apresentação do laudo, o magistrado designa a audiência e profere sentença, nomeando curador e fixando os limites da curatela. A sentença deverá ser assentada no Registro das Pessoas Naturais e publicada na rede mundial de computadores, no sítio do Tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça.

A sentença de interdição é declaratória e não constitutiva, uma vez que o juiz não cria a incapacidade, pois esta advém de alienação mental. Nos dizeres de Francisco Amaral (2008), o efeito da sentença declaratória é, portanto, retroativa (*ex tunc*) e possibilita o reconhecimento de eventual nulidade dos atos anteriormente praticados.

Uma novidade, entretanto, foi implementada: a tomada de decisão apoiada, que será vista mais detalhadamente ao longo do próximo tópico.

3.1 Da tomada de decisão apoiada: conceito e objeto

A tomada de decisão apoiada, é por assim dizer, um novo gênero de proteção ao vulnerável, juntamente com a tutela e a curatela, criando-se, assim, uma nova e terceira possibilidade de proteção. Atende aos preceitos estipulados na Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência, bem como ao princípio da autonomia da vontade.

Veja-se a redação do art. 1.783-A do Código Civil:

Art. 1.783-A. 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 (BRASIL, 2016).

Tal instituto não altera a capacidade do sujeito, uma vez que a autonomia privada do deficiente continua plena e vigorosa, traduzindo o instituto em um simples apoio e auxílio, apenas para oferecer ajuda em determinados atos da vida civil, oportunidade na qual o beneficiário da medida poderá indicar duas pessoas idôneas e de sua confiança para a tarefa.

Nesse sentido, por ser a pessoa com deficiência capaz, se o apoiador auferir a possibilidade de determinado negócio jurídico trazer gravames ao apoiado, e sendo caso de divergência entre apoiado e apoiador, é caso de se levar ao conhecimento do magistrado para que este, se entender

necessário, suspenda a efetivação do negócio. Logo, a capacidade do deficiente permanece inalterada, o que valida o negócio jurídico, mas, ao mesmo tempo, pode eivá-lo de ilegitimidade, acaso haja discordância entre o beneficiário e seu apoiador. É o que diz a doutrina: “o deficiente apesar de coadjuvado pelos apoiadores não sofrerá quaisquer restrições em sua capacidade civil, tão somente perderá legitimidade para exercer, por si, atos da vida civil” (DINIZ, 2018, p. 283). Continua a professora, explicando que assim: “não haverá motivo para pleitear sua nulidade por questões atinentes à capacidade do apoiado, logo terá validade e produzirá efeitos sobre terceiros sem quaisquer restrições (CC, art. 1.783-A, §4º)” (DINIZ, 2018, p. 284).

Por isso que a doutrina anuncia que “será plenamente capaz, em regra, o sujeito ao instituto da tomada de decisão apoiada” (TARTUCE, 2021, p. 125). Continua o autor:

A categoria visa o auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Conforme o *caput* da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (TARTUCE, 2021, p.147).

A tomada de decisão apoiada também serviria tanto para os atos de cunho patrimonial, como também para os atos existenciais, que envolvam os direitos da personalidade. Isto se explica, pois a norma trouxe um conceito aberto ao prever que os apoiadores devem prestar o suporte “na tomada de decisão sobre atos da vida civil”, não havendo indicação certa de apoio a atos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Isto é uma das grandes diferenças entre a tomada de decisão apoiada e a curatela, haja vista que nesta última espécie, o curador não tem a possibilidade de intervir quanto à liberdade do curatelado em relação aos direitos da personalidade, mas tão somente em atos relacionados ao patrimônio. Ou seja: a curatela, de modo algum, atinge atos de cunho existencial, conforme inteligência do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No entanto, diferentemente foi o consignado no Enunciado nº 637 da VIII Jornada de Direito Civil que assim prevê: “Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade”.

Nesse diapasão, cite-se processo que correu perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal², em que teve decisão favorável para a esterilização de pessoa acometida pela síndrome cromossoma “X Frágil”, uma vez que restou comprovado, nos autos, que não haveria quem provesse o sustento, a educação e o devido cuidado aos eventuais filhos que podiam ser por ele gerados.

Mas é bom que fique claro: a curatela alcança apenas de forma excepcional os atos existenciais, pois esta é a melhor exegese que respeitaria a dignidade da pessoa humana. Assim, o indivíduo que tem nenhuma capacidade de discernimento, deverá resguardar-se sob o manto da curatela, conquanto o deficiente, capaz e com discernimento razoável e mediano quanto aos atos da vida civil, deve utilizar-se da tomada de decisão apoiada, necessitando apenas de auxílio, quando necessário.

Um ponto que merece destaque é quanto a confusão normalmente realizada entre a tomada de decisão apoiada e a curatela compartilhada, este último instituto uma inovação prevista no art. 1.77-A do Código Civil. Na curatela compartilhada, não há limitação de quantidade de pessoas a serem nomeadas pelo curatelado e tem como objeto de proteção os relativamente incapazes. Sendo assim, a diferença não permite o tumulto dos institutos.

3.2 Da tomada de decisão apoiada: sujeitos

O apoiado, conforme já enfatizado, é o beneficiário da tomada de decisão apoiada, é, portanto, o detentor do apoio. Nelson Rosendal (2018) indica que a medida apenas poderá ser utilizada quando o apoiado for maior de dezoito anos, sendo este um pressuposto subjetivo, na ótica do autor. A lógica é: o menor de dezoito anos é, de toda forma, incapaz e já está sob a autoridade parental, submetido à tutela dos responsáveis.

Maria Berenice Dias (2021) e Fernanda Gurgel (2019) entendem que a medida também deve ser aplicada para além de pessoas com deficiência, estendendo-se o ato para qualquer sujeito que tenha condição de fraqueza ou vulnerabilidade. Desta forma, a norma caberia interpretação exemplificativa, pois os deficientes seriam apenas um grupo entre os demais que poderia utilizar-se desta proteção.

Assim, pode-se afirmar que:

² Relator: Álvaro Ciarlini. Processo: 07159053320178070003 – 3ª Turma Cível - TJDF

Embora sua previsão no Código Civil seja derivada da alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a tomada de decisão apoiada pode ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta a necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, tais como: idosos, drogaditos ou alcóolicos... (MENEZES, 2017, p. 618).

Os apoiadores, de outra maneira, devem ser revestidos de capacidade, idoneidade, confiança e vínculo com o apoiado. O juiz, em sentença, deve aferir a presença destes pressupostos e não homologar o termo quando vislumbrar a ausência de um dos requisitos autorizadores. Mas, de toda forma, a lei prevê que antes de qualquer pronunciamento judicial, faz-se necessário ouvir o apoiado, os apoiadores, seja pelo membro do parquet, como pelo juiz da causa. Este momento de escuta é essencial para o julgador, com sua sensibilidade e experiência, verificar se há conflito de interesse entre os apoiadores e o apoiado.

A doutrina também indica a necessidade do apoiado, ao ingressar com o processo judicial, informar

(...) os motivos pelos quais escolheu determinado apoiador para que o apoie em específica decisão e, se necessário, a fim de trazer um suporte para a compreensão do juízo, apontar as qualificações deste que de alguma forma influenciaram a nomeação para a função assumida por intermédio do termo apresentado (COUTO, 2020, p.110).

A atuação jurisdicional é de extrema importância, pois os apoiadores não podem ser vistos como “amigos”, “companheiros” ou “palpiteiros” nos atos em que forem nomeados a agir. A bem da verdade, atuam como coadjuvantes na relação jurídica, auxiliando a autonomia privada do apoiado, cooperando na manifestação de vontade, seja assegurando qualidade na realização do negócio, seja facilitando a comunicação, ou ainda informando as consequências da pactuação do negócio.

Ademais, Fernanda Gurgel (2019) indica a viabilidade de se ajustar remuneração para o exercício dos apoiadores, em analogia a remuneração que faz jus os tutores, conforme ensinamento do art. 1.752 do Código Civil. Fato é que não há vedação no ordenamento jurídico quanto ao estabelecimento de contraprestação ao serviço efetuado.

Nelson Rosenvald (2018) possui entendimento inovador quanto à possibilidade de um dos apoiadores ser pessoa jurídica. Também não há vedação nesta prática. Fernanda Gurgel (2019)

apenas aponta a necessidade de nomeação dos representantes desta pessoa jurídica para o exercício das funções de apoiadores e que esta pessoa jurídica tenha no seu objeto social a orientação de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em caso de divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um de seus apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão, conforme inteligência do art. 1.783, §6º do Código Civil.

4. Considerações finais

À guisa de conclusão poder-se-á afirmar que a Lei n. 13.146/2015 teve um único objetivo: a inclusão social da pessoa com deficiência na comunidade, privilegiando a sua autonomia da vontade, possibilitando o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com outras pessoas.

Consequentemente, a incapacidade relativa é uma exceção, pois a curatela passou a ser medida extraordinária, adotada apenas se for necessária, pois a regra é a presunção de plena capacidade aos deficientes.

As inovações legislativas, sob uma ótica humanitária, além de proteger a capacidade do deficiente, permitem, ainda, a sua opção pela curatela ou pela tomada de decisão apoiada, preservando sua liberdade e sua autonomia de vontade, em respeito à dignidade da pessoa com deficiência para que possa gerir, na medida do possível, sua vida, fazendo escolhas para atender aos seus interesses, valendo-se, da medida protetiva para a efetivação de atos negociais ou patrimoniais.

Por fim, pontua-se que o instituto deve ser aferido detalhadamente com todas as ferramentas existentes pelo Poder Judiciário, a fim de conferir todo o resguardo necessário ao deficiente, haja vista que tal termo, ao ser apresentado ao Estado-Juiz, deverá passar pelo crivo do magistrado, a perceber a necessidade do apoiado e a capacidade, idoneidade, confiança dos apoiadores, sendo indispensável a presença do Ministério Público, que deve zelar pela autodeterminação do indivíduo vulnerável.

Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil* - Introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.
- BRANDÃO, Thiago Henrique. *A efetividade dos direitos fundamentais e a pessoa com deficiência: novos paradigmas*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- DINIZ, Maria Helena. *A nova teoria das incapacidades*. Revista Thesis Juris, São Paulo, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5: Direito de família.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1: Parte Geral.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e lindb. v. 1. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FRANCISCO, Ronaldo Vieira. *Vedação ao retrocesso ao absolutamente incapaz*. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Orlando. *Direito Civil* – parte geral. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *A eficácia prática da tomada de decisão apoiada*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 2.a Edição (1960), 7.a Edição da tradução portuguesa ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- LÔBO, Paulo Luís Neto. *Direito civil*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O novo instituto da tomada de decisão apoiada*: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. 45. ed. ed., 2. tir.. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: RT, 2015.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*: parte geral. São Paulo: RT, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade* – Parte 1. Consultor Jurídico. 07.08.2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas. Acesso em: 27 abril. 2022.

STOLZE, Pablo. *É o fim da Interdição?* Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 21, n. 4.605, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>. Acesso em: 29 abril. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela Lei n. 13.146/2015* (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC (Parte I). Migalhas. 29.07.2015. Disponível em: www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com. Acesso em: 21 abril. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2021.