

EM DEFESA DA RESTAURAÇÃO DO DISCERNIMENTO COMO CRITÉRIO PARA A INCAPACIDADE DE FATO

IN DEFENSE OF THE RESTORATION OF DISCERNMENT AS A CRITERION FOR THE INCAPACITY

Mariana Alves Lara

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG em regime de dedicação exclusiva. Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG.

Resumo: O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil brasileiro, de modo a não mais considerar incapazes as pessoas com deficiência ou enfermidade, ainda que haja redução no discernimento. No presente trabalho, buscou-se defender que a incapacidade de fato deve ser pautada no critério do discernimento, o que atende à igualdade material e não viola a autonomia, uma vez que, quando esta última se vê diminuída, deve-se garantir a proteção do sujeito. A partir de um estudo teórico e com os métodos compreensivo e propositivo, demonstrou-se que a incapacidade baseada em falta de discernimento e a nomeação de um representante, quando estabelecidas de maneira criteriosa, não se mostram contraditórias aos ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Palavras-chave: Incapacidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Autonomia. Igualdade. Discernimento.

Abstract: The Statute on Persons with Disabilities, Law nº 13.146 / 2015, changed articles 3 and 4 of the Brazilian Civil Code, so as to no longer consider incapable the persons with disabilities or illness that reduces the discernment. In this paper, it was tried to defend that the incapacity of fact must be based on the criterion of discernment, which attends to the material equality and does not violate the autonomy. When autonomy is diminished, it is necessary to protect the subject. From a theoretical study and with the comprehensive and purposeful methods, it was demonstrated that the incapacity based on lack of discernment and the appointment of a representative, when established in a judicious way, do not appear contradictory to the dictates of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: Incapacities. Statute on Persons with Disabilities. Autonomy. Equality. Discernment.

Sumário: Introdução – **1** O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – **2** Novo paradigma de apoio à tomada de decisões e seus limites – **3** Autonomia e proteção – **4** Igualdade material – **5** Incapacidade fundada no discernimento – Conclusão

Introdução

No dia 6.7.2015, foi promulgada no Brasil a Lei nº 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência. Seu objetivo, conforme previsão do art. 1º, é “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Para além de prever direitos e garantias às pessoas com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que obstrua sua plena participação na sociedade, nos termos da definição de deficiência do art. 2º, o Estatuto alterou sensivelmente alguns diplomas normativos em vigor. Entre as alterações, revogou os incisos dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 que estabeleciam incapacidade de fato absoluta ou relativa às pessoas com ausência ou redução do discernimento, em virtude de enfermidade ou deficiência.¹

Tendo em vista que a capacidade de fato plena deve ser sempre a regra, “o texto que cria uma incapacidade não comporta interpretação analógica, e deve ser entendido estritamente”.² Assim, por força do caráter estrito do regime de incapacidades, a partir das alterações implementadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, torna-se necessário reconhecer a impossibilidade de considerar qualquer tipo de deficiência ou enfermidade, mesmo que acompanhada de redução de discernimento, como hipótese de incapacidade de fato. Essa conclusão é reforçada pela redação do art. 6º do Estatuto, que estabelece que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.

Poder-se-ia tentar inserir esses indivíduos no âmbito daqueles que não conseguem exprimir a sua vontade, sendo, portanto, considerados relativamente incapazes, a teor da nova redação do art. 4º, III do Código Civil. Muito embora esse tenha sido o posicionamento de certos autores³ e magistrados,⁴ não se mostra

¹ A redação dos referidos artigos passou a ser: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) 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”.

² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1. p. 268.

³ De acordo com César Fuiza, em relação à nova redação do art. 4º, III, do Código Civil, “fica no ar a pergunta: somente os indivíduos que não puderem expressar sua vontade se incluem nessa categoria, ou nela também se incluiriam aqueles que puderem expressá-la de modo parcial? [...] A resposta só pode ser no sentido mais amplo, caso contrário, ficariam sem a proteção da curatela, por exemplo, os portadores de síndrome de Down de nível leve, que podem inclusive trabalhar, estudar, etc., ou os portadores de outras deficiências mentais sérias, mas também de natureza mais branda” (FUIZA, César. *Direito civil*. Curso completo. 18. ed. São Paulos: Revista dos Tribunais, 2015. p. 168-169). No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte I. *Migalhas*, São Paulo, 29 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+Lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

⁴ A 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento parcial a recurso da Defensoria Pública contra sentença que declarou absolutamente incapaz um homem com doença

uma solução adequada, pois uma pessoa com deficiência mental, ainda que apresente sério comprometimento em sua capacidade de cognição, pode ser capaz de expressar alguma vontade, mesmo que não acompanhada de pleno discernimento, o que já seria suficiente para afastar a incidência do mencionado dispositivo. Esse também é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, que afirmou que estão excluídos do art. 4º, III, do Código Civil “aqueles que, mesmo sendo portadores de lesões de nervos cerebrais, conservam a capacidade de se comunicar com outras pessoas, por escrito ou sinais convencionados”.⁵

Desse modo, a partir das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, torna-se imperioso reconhecer que o deficiente mental ou intelectual só poderá ser considerado relativamente incapaz, excepcionalmente, naquelas situações em que, de fato, ele não consiga exprimir qualquer vontade, dada a severidade de sua deficiência, como em casos de paralisia cerebral grave ou de mal de Alzheimer em seu estágio final. Nas demais situações, sempre que puder manifestar uma vontade, ainda que embaçada pela deficiência mental ou intelectual, será considerado plenamente capaz para os atos da vida civil.

Assim, pode-se dizer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou substancialmente o critério para aferição da capacidade ou incapacidade de uma pessoa. Até então, o critério adotado para se negar a capacidade de fato era a ausência ou a redução do discernimento, ou seja, preocupava-se com a *qualidade* da vontade emanada por determinado sujeito. Este, ainda que pudesse exprimir alguma vontade, se não se verificasse a sua aptidão de entender a situação e de deliberar de maneira consciente, seria considerado incapaz. Com a entrada em vigor do Estatuto, o critério parece ter se alterado para a possibilidade ou não de *expressão* da vontade. Agora, se o sujeito é capaz de exprimir qualquer vontade, ainda que não tenha pleno entendimento sobre o que está manifestando, será considerado plenamente capaz e seus atos serão válidos.

Diante desse cenário, o presente trabalho busca defender a restauração do discernimento como critério para atribuição da capacidade de fato. Para tanto, faz-se necessário analisar os motivos que levaram à alteração do regime de incapacidades, notadamente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, que foi a base para a redação da lei brasileira. Ainda, necessário analisar os princípios de autonomia, proteção e igualdade.

psíquica irreversível. O relator, Desembargador Donegá Morandini, explicou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou o Código Civil (arts. 3º e 4º), de modo que a enfermidade mental é “causa transitória ou permanente”, por isso, se enquadra sempre em causa de incapacidade relativa (art. 4º, III, CC) (PESSOA com deficiência mental não pode ser declarada absolutamente incapaz. *Migalhas*, São Paulo, 2 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI254802,61044-Pessoa+com+deficiencia+mental+nao+pode+ser+declarada+absolutamente>>. Acesso em: 7 ago. 2018).

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6. p. 692.

A referida pesquisa justifica-se em razão da busca pela adequada proteção jurídica dos sujeitos vulneráveis, bem como da manutenção de uma coerência sistêmica intrínseca ao ordenamento jurídico. Para a presente pesquisa, vale-se, pois, de metodologia qualitativa que parte de dados secundários e se utiliza de raciocínios indutivos, buscando trabalhar bases normativas e doutrinárias para a formulação de novos enquadramentos relativos à matéria. Trata-se de uma investigação de vertente jurídico-teórica e de tipo jurídico-propositivo. Por meio desse percurso metodológico, pretende-se demonstrar que a incapacidade pautada na diminuição do discernimento não afronta os princípios de autonomia e igualdade.

1 O conceito de capacidade legal na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A base para elaboração do Estatuto foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados na Assembleia das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 30.3.2007, ratificados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008. Destaca-se que a Convenção foi ratificada em conformidade com o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que foi recepcionada pelo ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional.

O propósito da Convenção, como expresso em seu art. 1º, é “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”. Ou seja, trata-se de um instrumento que busca modificar, em um plano internacional, o cenário de exclusão das pessoas com deficiência, estimulando os Estados-Partes a adotarem medidas de inclusão dessas pessoas na sociedade e de respeito aos seus direitos humanos.

Para disciplinar as questões afetas à personalidade, à capacidade e ao exercício de direitos, a Convenção destinou o art. 12, intitulado do “reconhecimento igual perante a lei”. No §2º do mencionado artigo, a Convenção determinou 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”. A expressão *capacidade legal* pode gerar dúvidas interpretativas. Isso porque, na tradição do direito civil brasileiro, capacidade jurídica é habitualmente dividida em duas tipologias distintas, quais sejam, capacidade de direito e capacidade de fato.

A primeira pode ser definida como a “aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil”.⁶ Em regra, basta que se reconheça personalidade a um ente para que igualmente lhe atribua capacidade de direitos. Por outro lado, a capacidade de fato pode ser conceituada como a “aptidão que o ordenamento jurídico reconhece às pessoas para que, diretamente, sem o intermédio de um representante ou assistente (= pais, tutores ou curadores), exerçam os direitos e pratiquem os atos da vida civil”.⁷ Enquanto a atribuição de personalidade e, conseqüentemente, de capacidade de direito independe de estado de consciência e de desenvolvimento cognitivo, a capacidade de fato tradicionalmente se pauta pelos patamares de discernimento de um indivíduo.

Dessa forma, em uma primeira leitura, poderia se entender que a expressão *capacidade legal* constante no art. 12, §2º da Convenção seria o equivalente à *capacidade de direito*, ou seja, que a Convenção teria tido o propósito de estabelecer que todas as pessoas com deficiência possuem a mesma aptidão genérica de ser sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica que as demais pessoas. Essa proposição não geraria maiores questionamentos, posto ser indubitável que qualquer ser humano, independentemente de suas características físicas ou mentais, é pessoa e possui capacidade de direito. Mais além, semelhante entendimento manteria a possibilidade de se negar capacidade de fato para as pessoas que, em virtude de alguma deficiência mental, intelectual ou enfermidade, não possuíssem completo discernimento, como previsto no ordenamento jurídico brasileiro até a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Contudo, não parece ser essa a interpretação mais adequada. A Convenção estabeleceu, por meio de seu art. 34, a criação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que consiste em um corpo de especialistas independentes, que monitoram a implementação da Convenção pelos Estados-Partes. Estes são obrigados a apresentar relatórios periódicos ao Comitê, sobre como os direitos das pessoas com deficiência estão sendo efetivados. A partir desses relatórios, o Comitê faz sugestões, recomendações e ainda analisa reclamações individuais acerca de violações à Convenção.⁸ O mencionado Comitê fixou uma interpretação própria do termo *capacidade legal* na Orientação Geral nº 1, qual seja:

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 29. ed. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I. p. 221.

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 19-20, jul./set. 2000.

⁸ Informações sobre o Comitê em: UNITED NATIONS. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>. Acesso em: 7 ago. 2018.

A capacidade legal inclui a capacidade de ser titular de direitos e de atuar no direito. A capacidade legal para ser titular de direitos concede à pessoa a integral proteção de seus direitos pelo ordenamento jurídico. A capacidade legal de atuar no direito reconhece essa pessoa como um agente com poder de realizar transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.⁹

Pelo trecho transcrito, verifica-se que o termo *capacidade legal* apresentado na Convenção deve ser entendido como capacidade jurídica e abarca tanto a capacidade de titularizar direitos e obrigações (capacidade de direito) quanto a capacidade de atuar no direito (capacidade de fato).

O Comitê foi além, diferenciando capacidade legal de capacidade mental. Esta última se refere à aptidão de uma pessoa para tomar decisões, o que naturalmente vai variar de indivíduo para indivíduo. Assim, o art. 12 da Convenção teve como propósito estabelecer que o desequilíbrio mental ou o déficit de capacidade mental não devem ser usados como justificativa para se negar a capacidade legal a alguém, seja a capacidade de direito, seja a capacidade de fato.¹⁰

De acordo com o Comitê, a maioria dos Estados-Partes relacionam os conceitos de capacidade mental e capacidade legal, na medida em que, quando consideram que uma pessoa tem aptidão menor para tomar decisões, normalmente por causa de uma deficiência cognitiva ou psicossocial, retiram sua capacidade legal para adotar decisões concretas. Ainda de acordo com o Comitê, esse critério estaria incorreto, porque i) se aplica de forma indiscriminada a todas as pessoas com deficiência e ii) pressupõe que se pode avaliar com exatidão o funcionamento da mente humana, enquanto, ao contrário, o conceito de capacidade mental é controverso e depende de contextos sociais e políticos.¹¹

A partir desses pressupostos, o Comitê recomendou a todos os Estados-Partes que revogassem as leis que estabeleçam regimes baseados na substituição na tomada de decisões, como a tutela e a curatela, bem como as leis de saúde mental que autorizam o tratamento forçado. Ou seja, se todas as pessoas

⁹ No original: "Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and create, modify or end legal relationships" (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. *General comment n. 1*. Geneva: United Nations, 2014. p. 3).

¹⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. *General comment n. 1*. Geneva: United Nations, 2014. p. 4.

¹¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. *General comment n. 1*. Geneva: United Nations, 2014. p. 4.

com deficiência possuem a mesma capacidade de fato, em condições de igualdade com as demais pessoas, não seria necessária a nomeação de um terceiro curador para tomar decisões em seu nome.

Inclusive, em 2015, o Comitê analisou os relatórios do Brasil acerca da implementação da Convenção e publicou as chamadas Observações Finais sobre o Informe Inicial do Brasil. Nesse documento, manifestou preocupação quanto ao fato de que algumas leis brasileiras seguiam contemplando, em certas circunstâncias, o modelo de substituição de decisões, o que contrariaria o art. 12 da Convenção. Assim, o Comitê recomendou ao Brasil revogar todas as disposições legais que perpetuam o regime de substituição de decisão, bem como sugeriu que se tomem medidas concretas para substituí-lo por outro sistema baseado no apoio e na adoção de decisões que privilegiem a autonomia, a vontade e as preferências das pessoas com deficiência.¹²

A recomendação geral é que o paradigma da substituição de decisão, até então predominante nos Estados-Partes para pessoas com deficiência mental ou intelectual que afetam o discernimento, seja trocado pelo paradigma de apoio ao exercício da capacidade jurídica. Ou seja, deve ser criada uma rede de apoio à pessoa com deficiência para que ela possa exercer sua capacidade jurídica, de modo a respeitar os seus direitos, sua vontade e suas preferências, jamais permitindo que alguém decida em seu nome (art. 12, §3º, da Convenção).

O Comitê chegou a determinar que: “criar um sistema de apoio à adoção de decisões mantendo paralelamente os regimes baseados na adoção de substituição de decisão não basta para cumprir com o disposto no art. 12 da Convenção”.¹³ Ou seja, o objetivo é realmente abolir qualquer hipótese de que um terceiro tome decisões em nome da pessoa com deficiência.

Nesse aspecto, faz-se necessário pontuar que as críticas feitas às alterações do Código Civil, que excluíram do rol dos incapazes dos arts. 3º e 4º todas as menções à deficiência e enfermidade, não deveriam ser direcionadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Isso porque o Estatuto não fez mais que seguir os preceitos da Convenção e, sobretudo, as recomendações do Comitê, no sentido de que as pessoas com qualquer tipo de deficiência devem ser consideradas plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil.

¹² COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. *Concluding observations on the initial report of Brazil*. Geneva: United Nations, 2015. p. 4.

¹³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. *Concluding observations on the initial report of Brazil*. Geneva: United Nations, 2015. p. 7.

Conclui-se, com auxílio de Amita Dhanda, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconheceu a deficiência como parte da experiência humana, mudou o paradigma meramente assistencialista, defendeu a ideia de igualdade entre as pessoas com deficiências e as demais pessoas e reconheceu a possibilidade do exercício da autonomia com apoio.¹⁴

2 Novo paradigma de apoio à tomada de decisões e seus limites

O novo paradigma do apoio à tomada de decisões, previsto na Convenção como alternativa à incapacidade e à representação das pessoas com deficiência, não foi recebido pelos Estados-Partes sem dificuldades. O Comitê não fixou um modelo único para o suporte à tomada de decisão. Ao contrário, esse novo paradigma poderá adotar configurações bem diferentes a depender das circunstâncias do caso concreto e da orientação dos Estados-Partes, desde que as diretrizes gerais sejam observadas.

Jill Stavert citou alguns exemplos de medidas concretas que cumprem o papel de implementar o paradigma de suporte à tomada de decisões, para além do uso da figura dos apoiadores. O autor denominou de planejamento avançado a forma de suporte que vai capacitar alguém a saber os desejos e preferências do outro em momento futuro, de modo a preservar a autonomia. Como exemplo de planejamento avançado, o autor mencionou as *advance statements*,¹⁵ ou diretivas antecipadas de vontade, na nomenclatura adotada no Brasil pela Resolução nº 1.995, de 2012, do Conselho Federal de Medicina. Trata-se de um documento no qual a pessoa aponta para o futuro quais tratamentos quer ou não quer receber, caso fique impossibilitada de manifestar a vontade.¹⁶ Feito quando o paciente tem capacidade, produzirá efeitos quando a habilidade do paciente para tomar decisões se tornar significativamente prejudicada por causa da deficiência mental ou intelectual. No documento, estarão os desejos da pessoa de como ela quer ser tratada e como ela não quer ser tratada.

¹⁴ DHANDA, Amita. Constructing a new Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons With Disabilities. *International Journal on Human Rights*, São Paulo, ano 5, n. 8, p. 42-59, jun. 2008. p. 45.

¹⁵ STAVERT, Jill. The exercise of legal capacity, supported decision making and Scotland's Mental Health and Incapacity Legislation: working with CRPD challenges. *Laws*, Basel, n. 4, p. 296-313, 2015. DOI: 10.3390/laws4020296.

¹⁶ Art. 1º da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina vem "Definir diretivas antecipadas de vontade como o determina que: conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade".

Outro exemplo com lógica similar, citado por Lucy Series, são os acordos de codecisão. A pessoa indica outras que irão codecidir com ela, normalmente com autorização do juiz, e os atos que não forem feitos por ambos não terão força legal. É útil para quem confia em uma terceira pessoa, mas quer permanecer envolvida nas decisões sobre sua vida, podendo vetar decisões com que não concorda.¹⁷ No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência positivou instituto semelhante intitulado tomada de decisão apoiada, por meio da inclusão do art. 1.783-A no Código Civil de 2002.

Não obstante as diretivas antecipadas de vontade e os acordos de codecisão se encaixem perfeitamente nos propósitos da Convenção, é imperioso reconhecer que essas medidas pressupõem que a pessoa conserve algum grau de entendimento e discernimento para os atos da vida civil, seja no momento de redigir a diretiva, seja no momento em que atuará em conjunto com o apoiador. Assim, esses modelos não servem para as situações em que a pessoa não disponha de qualquer grau de discernimento e entendimento, não possua nenhuma condição de exprimir sua vontade e não tenha deixado diretiva antecipada. Esse, talvez, seja o maior desafio que se coloca ao modelo de suporte de decisão adotado pela Convenção.

Em alguns casos, apesar dos esforços para se manter a capacidade de decisão da pessoa com deficiência, ela simplesmente não existe, como em hipóteses de paralisia cerebral severa ou mal de Alzheimer em estado avançado. Nesses casos, embora esteja positivado na Convenção que todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual possuem direito à capacidade legal em igualdade de condição com as demais pessoas, a realidade é que, “para alguns o suporte não é suficiente para capacitá-lo a tomar suas próprias decisões”.¹⁸

Nem a Convenção nem o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxeram resposta clara quanto ao que deve ser feito nesses casos, motivo pelo qual podem ser identificadas duas correntes: aqueles que defendem que não pode haver nenhuma exceção à capacidade legal e nenhuma forma de substituto de decisões, e aqueles que defendem que alguma forma de substituição de decisão é necessária e permitida pelo art. 12 da Convenção.¹⁹

¹⁷ SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: mental capacity and support paradigms. *International Journal of Law and Psychiatry*, Cardiff, n. 40, p. 80-91, 2015.

¹⁸ BROWNING, Michelle; BIGBY, Christine; DOUGLAS, Jacinta. Supported decision making: understanding how its conceptual link to legal capacity is influencing the development of practice. *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, England and Wales, v. 1, n. 1, p. 34-45, 2014.

¹⁹ MCSHERRY, Bernadette; WILSON, Kay. The concept of capacity in Australian mental health law reform: going in the wrong direction? *International Journal of Law and Psychiatry*, Amsterdam, v. 40, p. 60-69, may/jun. 2015.

Caso se adote a primeira corrente, que parece ser a recomendação do Comitê, chegar-se-á a um impasse insolúvel, pois, se a pessoa não tem condições físicas de tomar qualquer decisão, ainda que receba o melhor apoio possível, e se ninguém poderá decidir em seu nome, não haverá nenhuma maneira de tomar decisões a seu respeito. E mais, há deficiências mentais severas que acompanham a pessoa desde o nascimento, de modo que ela nunca chegou a manifestar quais seriam seus desejos e preferências. Nesses casos, também se mostra inviável decidir com base nos seus desejos e preferências.

Ante ponderações como essas, a segunda corrente acredita que, a despeito do que a Convenção estabelece, pode se pensar na possibilidade de um consentimento de terceiro, desde que sejam eliminados os conflitos de interesse e as influências indevidas, seja adequado às circunstâncias do caso e às especificidades de cada pessoa, seja pelo menor tempo possível e feito por uma pessoa competente, independente e imparcial.²⁰

Na Austrália, as reformas implementadas com o intuito de adequar o ordenamento à Convenção adotaram a segunda via, ou seja, permitiram a adoção de substituto de decisão em alguns casos. A Comissão Australiana para Reforma da Lei determinou que sejam seguidos os “Princípios Nacionais de Tomada de Decisão”, que recomendam que à pessoa com deficiência seja provido todo o suporte para que ela própria tome suas decisões de acordo com suas preferências. Contudo, um representante pode ser usado como último recurso, como meio de dar efetividade às preferências e desejos da pessoa. Quando não é possível saber o que a pessoa gostaria, o representante deve agir de modo a promover os seus direitos humanos. Ainda, o representante só vai se sobrepor à pessoa quando for necessário prevenir um prejuízo.²¹

A Hungria, primeiro país a ratificar a Convenção e o Protocolo Opcional, bem como o primeiro a reformar a sua legislação adequando-a aos ditames da Convenção, também não aboliu por completo a figura de um substituto de decisão. O novo Código Civil, adotado pelo Parlamento húngaro em 2009, aboliu a tutela e a guarda totais e introduziu a decisão apoiada. Positivou, também, a declaração jurídica preliminar ou declaração prévia de vontade. Contudo, permanecendo a figura equivalente à curatela brasileira, ainda que de maneira subsidiária, admitiu-se que o curador possa agir em nome e no lugar da pessoa curatelada, desde que tenha

²⁰ SZMUKLER, George; DAW, Rowena; CALLARD, Felicity. Mental health law and the UM Convention on the rights of persons with disabilities. *International Journal of Law and Psychiatry*, London, n. 37, p. 245-252, 2014. p. 247.

²¹ MCSHERRY, Bernadette; WILSON, Kay. The concept of capacity in Australian mental health law reform: going in the wrong direction? *International Journal of Law and Psychiatry*, Amsterdam, v. 40, p. 60-69, may/jun. 2015.

autorização judicial para tanto, que seja o último recurso e que leve em conta os interesses da pessoa.²²

O Brasil também adotou a segunda corrente, na medida em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora estabeleça no art. 84 que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, mantém o instituto da curatela. Foram feitas apenas algumas ressalvas no sentido de que a curatela constitui medida excepcional, que afetará tão somente atos patrimoniais e negociais e deverá durar o menor tempo possível.

Em estudo mais abrangente, Shirli Werner analisou artigos e trabalhos de diversos países publicados em língua inglesa após 2008, ano em que a Convenção se tornou obrigatória, que tratam do processo de tomada de decisão de pessoas com deficiência mental ou intelectual. A partir do estudo, o autor concluiu que, embora a autonomia das pessoas seja ressaltada, nas decisões mais complexas e sensíveis a preferência ainda é dada para a decisão do cuidador.²³

Segundo Shirli Werner, o art. 12, apesar de impor o suporte de decisões, não traz indicações de como isso deve ser implementado e também não traz respostas a situações nas quais o indivíduo pode ser incapaz de tomar decisões autônomas. Assim, o caminho de operacionalizar e traduzir essas recomendações restou nebuloso e indefinido. Como consequência, nenhum estudo apresentou um modelo compreensivo que poderia ser usado para guiar e implementar o suporte na tomada de decisões das pessoas com deficiência mental ou intelectual.²⁴

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU não concorda com a manutenção do modelo de substituição de decisão, como foi feito nos países mencionados. Ocorre que essa perspectiva excessivamente libertária não resolve os problemas práticos que se colocam. De fato, tentar incluir a pessoa com deficiência na sociedade é um propósito louvável, notadamente, tendo em vista que a loucura esteve por muitos séculos ligada a internamentos e isolamento dos manicômios. Todavia, forçar essa inclusão a todo custo, passando necessariamente pela concessão de capacidade de fato plena em qualquer situação, pode gerar ainda mais exclusão.

²² DANÓ, Réka. As mudanças revolucionárias na legislação sobre capacidade jurídica na Hungria. A aplicação do artigo 12^o da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. *Revista Sociedade e Trabalho*, n. 39, p. 71-77, 2009. p. 76.

²³ WERNER, Shirli. Individuals with intellectual disabilities: a review of the literature on decision-making since the Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD). *Public Health Reviews*, v. 34, n. 2, p. 1-27, 2012.

²⁴ WERNER, Shirli. Individuals with intellectual disabilities: a review of the literature on decision-making since the Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD). *Public Health Reviews*, v. 34, n. 2, p. 1-27, 2012.

Nos trabalhos da Convenção, admitiu-se que, em algumas situações, pode ser necessário suporte integral à pessoa com deficiência, mas desde que o facilitador não seja visto como um terceiro que age em nome de outrem. Acontece que, segundo Lucy Series, essa ideia de suporte integral é uma ficção legal, pois o facilitador é quem estará, de fato, tomando a decisão. Inclusive, o facilitador tem poderes para alterar a narrativa da pessoa por meio da sua interpretação.²⁵

Dessa feita, ainda que se altere o antigo modelo, baseado exclusivamente na substituição de decisão, para o novo paradigma de suporte, é impossível prescindir por completo de alguma forma de decisão tomada por um terceiro em nome da pessoa com deficiência. Defender o contrário é negar a realidade de que certos tipos de deficiência mental ou intelectual impossibilitam por completo a pessoa de discernir e de manifestar qualquer vontade. Nesses casos, apenas oferecer suporte para que ela tome suas próprias decisões será completamente ineficaz. Por outro lado, a incapacidade com base na redução do discernimento e a consequente representação não são medidas contraditórias com os princípios de autonomia e igualdade.

3 Autonomia e proteção

Um dos motes principais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é, sem dúvida, resguardar e promover a autonomia das pessoas com deficiência nos vários aspectos de suas vidas. Isso fica claro quando, logo no preâmbulo da Convenção, consta como um dos pontos de partida o reconhecimento pelos Estados-Partes da “importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”. Ainda, no art. 3, um dos princípios gerais da Convenção é exatamente “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”.

Nesse mesmo sentido, o objetivo das mudanças empreendidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito brasileiro, ao excluir deficiências e enfermidades como causas de incapacidade de fato, foi exatamente tentar garantir a possibilidade dessas pessoas de agirem de maneira autônoma no cenário jurídico, ou seja, de atuarem diretamente e sem necessidade de representantes ou assistentes.

²⁵ SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: mental capacity and support paradigms. *International Journal of Law and Psychiatry*, Cardiff, n. 40, p. 80-91, 2015.

Dessa forma, as tentativas de adequação dos preceitos da Convenção ao direito brasileiro deverão, necessariamente, priorizar a autonomia das pessoas com deficiência. Na verdade, não poderia ser diferente. Todo e qualquer diploma normativo que vise à disciplina da pessoa humana deverá ter como norte a defesa e a promoção da sua autonomia no maior patamar possível, uma vez que esta pode ser entendida como a necessidade humana básica,²⁶ ou como um dos eixos fundantes da pessoa humana.²⁷ Falar-se de pessoa humana é, também, falar-se de autonomia.

A autonomia constitui um dos princípios fundamentais em torno dos quais se organiza o sistema de direito privado contemporâneo. Trata-se de uma verdadeira projeção do personalismo ético na ordem jurídica, da concepção da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.²⁸

Com poucas variações, há certo consenso quanto ao conceito de autonomia privada como um poder conferido pelo direito aos sujeitos, para que esses conformem suas vidas de acordo com seus interesses e preferências, estabelecendo livremente relações jurídicas.²⁹ Ou seja, às pessoas é conferido o poder de criar normas para si próprias, as quais serão reconhecidas pela ordem jurídica.

Outro ponto de esclarecimento é não reduzir a autonomia privada a apenas um de seus aspectos, qual seja, a autonomia negocial. Na verdade, para além da autodeterminação em questões patrimoniais, sobretudo contratuais, a autonomia privada também envolve questões existenciais.

No tocante à autonomia negocial, pode-se afirmar que seu principal instrumento é o negócio jurídico. O ordenamento reconhece aos particulares a faculdade de livremente conformarem as suas relações por meio da celebração de negócios

²⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos*. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

²⁷ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade (ou como alguém se torna o que quiser)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia*, v. 2, p. 5-41, 1989. p. 14-15. Número especial.

²⁹ Nesse sentido, a autonomia privada, segundo Pietro Perlingieri, é “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. Ou seja, é a liberdade de regular por si as próprias ações” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17). Segundo António Menezes Cordeiro, “a autonomia privada corresponde assim a um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. I. p. 392).

jurídicos. Os sujeitos podem criar, modificar e extinguir situações jurídicas patrimoniais, produzindo efeitos juridicamente relevantes.

Todavia, conforme adverte Pietro Perlingieri, sendo o contrato negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. A autonomia também se exprime em matérias nas quais estão envolvidas situações subjetivas existenciais. Assim, a abordagem do ordenamento jurídico não pode ser abstrata quanto à autonomia, pois os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, como escolhas relativas à saúde, à vida familiar, à participação nas formações sociais etc. Assim, o ordenamento impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que, em modo diferenciado, regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.³⁰

O ordenamento jurídico não se contenta com qualquer vontade manifestada pelo sujeito. Ao contrário, protege a vontade que traduza a real intenção do agente. Essa questão fica evidente, por exemplo, na positivação dos vícios do consentimento como causas de anulação do negócio jurídico. O art. 171 do Código Civil estabelece que são anuláveis os negócios jurídicos por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão. O fundamento da anulabilidade reside no fato de a vontade declarada, por algum motivo, não se coadunar com o que o agente realmente tinha em mente. Quando isso ocorre, a lei garante ao agente o direito potestativo de desfazer o negócio celebrado.

É também com fundamento na qualidade da vontade que as pessoas com deficiência mental ou intelectual que tivessem o discernimento reduzido ou anulado eram consideradas incapazes para os atos da vida civil, na redação original do Código Civil. Isso porque “a capacidade de fato pode ser vista como a autonomia da vontade com vestes dogmáticas, do amparo legal”.³¹ Ou seja, dado que uma pessoa não pode tomar uma decisão verdadeiramente livre e consciente, em virtude de alteração das faculdades mentais, o ordenamento jurídico autorizava a redução de sua autonomia negocial e existencial, traduzida em uma incapacidade de fato total ou parcial. Nesses casos, ela atuaria mediante representação ou assistência, sendo anuláveis ou nulos os atos praticados diretamente.

Porém, ao tornar todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual plenamente capazes para os atos da vida civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência abandonou o critério do discernimento e da *qualidade da vontade* como determinantes de incapacidade. No lugar, adotou o critério da *expressão da vontade* como causa de incapacidade, o que se observa na nova redação do art. 4º, III, do Código

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 276-277.

³¹ STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, ano I, n. 2, jul./set. 1999. p. 38.

Civil. Ou seja, será relativamente incapaz aquele que não conseguir exprimir sua vontade por causa permanente ou transitória. Caso consiga exprimir alguma vontade, ainda que não seja verdadeiramente autônoma, não poderá ser enquadrado mais na categoria dos incapazes.

Entretanto, quando o Estatuto afirma que todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual são capazes, não está automaticamente concedendo autonomia a elas. A capacidade de fato é uma criação dogmática e pode ser abstratamente atribuída a qualquer um, mas a autonomia é um dado da realidade fática e não uma criação legal. Ou seja, a lei pode, no máximo, positivar em algum artigo a autonomia, mas não poderá criá-la efetivamente. A entrada em vigor do Estatuto, em janeiro de 2016, não operou um passe de mágica e tornou todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual capazes efetivamente de entender as circunstâncias fáticas, deliberar, tomar decisões conscientes e comunicá-las aos demais.

É indubitável que algumas deficiências mentais e intelectuais afetam a capacidade de entender, decidir e expressar vontades. Há pessoas que, não obstante tenham chegado à maioridade, não possuem condições físicas de gerir sua pessoa e seus bens. Nenhuma lei é capaz de alterar esse cenário. Estabelecer, por lei, que elas são capazes e autônomas não resolve a situação real, ao contrário, pode deixar essas pessoas à mercê da própria sorte, sem uma tutela jurídica adequada.

O espaço dedicado à autonomia deve ir até onde começa a necessidade de proteção. Em outros termos, onde falta autonomia, a proteção precisa ter lugar. É inquestionável que as pessoas em estado de vulnerabilidade, como aquelas com discernimento reduzido para a gestão de suas relações jurídicas, demandam um regime específico de proteção, de modo a evitar que celebrem negócios ou tomem decisões que não celebrariam ou tomariam se tivessem pleno discernimento.

Dessa maneira, esses dois valores estão dispostos como em extremidades de uma gangorra na qual, se a autonomia se vê diminuída, aumenta-se a proteção, e vice-versa. Encontrar um equilíbrio não é tarefa fácil. Se a proteção é posta em excesso, para além do estritamente necessário ao caso, tem-se tirania, sujeição da pessoa e grave ofensa à sua dignidade, entendida como autorrealização. De outro lado, se a proteção falta onde seria essencial, tem-se o abandono da pessoa à própria sorte, que fica vulnerável à exploração e ao julgo dos demais.

A tendência atual tem sido combinar a mais ampla proteção possível para a pessoa com deficiência mental ou intelectual com o menor sacrifício de sua autonomia e de sua liberdade, de modo a criar condições à sua recuperação social.³²

³² VÍTOR, Paula Távora. *A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 16.

Essa realmente parece ser a melhor saída: equilibrar a gangorra, suprimindo-se a autonomia apenas no limite do necessário e provendo proteção adequada nos espaços que ela deixa.

Contudo, não parece ter sido essa a opção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois, ao considerar todos os sujeitos com deficiência mental ou intelectual como plenamente capazes aos atos da vida civil, independentemente do comprometimento de suas faculdades mentais, acabou por pender excessivamente a gangorra para a autonomia, descuidando do valor da proteção.

Segundo Karl Larenz, na representação legal não há contradição com o princípio da autonomia privada. O curatelado não carece de autonomia porque tem um representante legal, ao contrário, recebe um representante justamente porque lhe falta a capacidade de criação própria. Assim, a representação legal destina-se a eliminar a lacuna que se origina no poder de atuar com autonomia por parte de alguns sujeitos de direito.³³

Destaca-se que é possível buscar a proteção dos maiores com discernimento reduzido por meios que não passem necessariamente pela incapacitação e, conseqüentemente, pela restrição da autonomia. Entretanto, em situações extremas, a proteção só poderá ser adequadamente provida por meio da incapacidade e da nomeação de um representante.

4 Igualdade material

A partir da leitura da Convenção e do Estatuto da Pessoa com Deficiência fica claro que uma de suas maiores preocupações centra-se na garantia da igualdade de oportunidades para as pessoas com algum impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Ocorre que a igualdade não pode ser vista simplesmente como tratar igualmente todas as pessoas, garantindo a elas exatamente os mesmos direitos, a chamada igualdade formal. Nesse sentido, o princípio da igualdade revelou-se falso, uma vez que existem relações jurídicas de autoridade e subordinação e, sobretudo, porque dessa maneira não é apto a exprimir qualquer situação de igualdade real recíproca.³⁴

É imperioso considerar que os contextos fáticos nos quais os sujeitos estão inseridos são bastantes diversos, de modo que as necessidades também são díspares. Garantir a igualdade exatamente na mesma medida a todos geraria

³³ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 760.

³⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 89.

situações extremamente injustas e desiguais, dado que, naturalmente, alguns estão em posição de vantagem em relação a outros e, com a igualdade apenas formal, essas desigualdades tenderiam a permanecer ou a se aprofundar.

Como esclareceu Pietro Perlingieri, em algumas situações, se a possibilidade de autorregulamentação fosse deixada aos sujeitos interessados, provavelmente o resultado seria mais favorável ao sujeito mais forte. Para evitar essa situação, o legislador intervém para estabelecer uma desigualdade de tratamento a favor do mais frágil, com a intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direito.³⁵

Ou seja, ao Estado cabe assegurar a real igualdade formal, ou igualdade material, considerando as inerentes desigualdades reais. A intervenção estatal deverá assumir um caráter discriminador, no sentido de garantir a efetiva igualdade. Isto é, à intervenção estatal deverão presidir critérios de justiça distributiva conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades fáticas existentes.³⁶

Paulo Mota Pinto advertiu que, não obstante a noção de discriminação carregue uma carga de sentido predominantemente negativa, num plano estritamente formal, discriminar não é mais do que separar, distinguir, diferenciar ou tratar distintamente. De acordo com esse sentido amplo e formal, existirão situações de discriminação (ou diferenciação) *ilícita* (proibida), situações de discriminação *lícita* (permitida) e, mesmo, situações de discriminação *imposta* (devida).³⁷

Assim, pode existir uma justificação técnica, científica ou em geral racional para o tratamento diferenciado. Tal razão substancial exclui a ilicitude da diferenciação. Nas palavras do referido autor:

A discriminação é igualmente justificada pelo cumprimento de *deveres de protecção* de minorias, como deficientes ou estrangeiros, e mesmo para além dos estritos limites impostos pelo cumprimento destes deveres. Nestas hipóteses, a possibilidade de diferenciação é justificada pela existência de deveres de protecção de determinadas categorias de pessoas – da terceira idade, dos deficientes, etc.³⁸

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 278.

³⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 92-93.

³⁷ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação. Algumas notas. In: PINTO, Paulo Mota *et al. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. II. p. 320.

³⁸ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação. Algumas notas. In: PINTO, Paulo Mota *et al. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. II. p. 358.

A palavra *igualdade* não pode jamais ser um obstáculo à proteção que o Estado deve aos vulneráveis. Ao contrário, é preciso garantir a igualdade formal de todos perante a lei, mas sem perder de vista que incumbe ao Estado, a partir das desigualdades reais existentes entre os cidadãos, remover os obstáculos ou fornecer instrumentos adequados a ultrapassá-las. De acordo com Jorge Miranda:

os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.³⁹

Dessa forma, o “legislador não está impedido de operar discriminações, mas, pelo contrário, lhe é imposto operá-las sempre que elas visem a realização e a promoção da igualdade, de fato ou juridicamente, inexistente”.⁴⁰

Por óbvio, em todas as hipóteses, as escolhas de discriminação e sua justificação devem ser submetidas a um controle de proporcionalidade. É necessário não só que o fim a alcançar seja legítimo, isto é, não censurável à luz de valores constitucionais, como que os meios de diferenciação sejam adequados e necessários para tanto.⁴¹

Quando se trata de deficiência mental ou intelectual que reduza ou até anule a capacidade de discernimento, ainda que se adote um conceito social de deficiência, é imperioso admitir que as pessoas não têm, faticamente, as mesmas condições que as demais para se autorrealizar. A própria Convenção, no conceito que apresenta de deficiência no art. 1º, admite que as pessoas com deficiência enfrentam obstáculos para participação plena na sociedade.

Algumas deficiências não retiram dos sujeitos a capacidade de interagir, discernir e exercer a autonomia, de modo que devem ser tratados em condições de igualdade com os demais no tocante à capacidade de fato. Contudo, há deficiências mentais ou intelectuais mais severas que dificultam ou até impossibilitam por completo o exercício dos atos da vida civil de maneira autônoma. Não é possível ignorar essa realidade.

³⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. IV. p. 202.

⁴⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 95.

⁴¹ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação. Algumas notas. In: PINTO, Paulo Mota *et al. Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. II. p. 359.

É preciso ter em mente que a Convenção procurou afastar a consagração da deficiência como causa *per se* de discriminação. Contudo,

Quando aquela [deficiência] perturbe, dificulte ou impossibilite o pleno desenvolvimento humano e a capacidade de ação humana, positiva ou negativa, deve o sistema prever mecanismos de proteção que permitam a inclusão da pessoa na decisão sobre a sua esfera de interesses, com vistas a que ela possa autodeterminar os seus próprios interesses.⁴²

Dessa feita, quando a Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência tratam da igualdade, mister interpretar esse princípio como igualdade material e não apenas igualdade formal. Ou seja, para além de afastar as discriminações odiosas, não justificadas e proibidas, por se converterem em ofensas aos direitos fundamentais do cidadão, deve-se ter em mente que a igualdade abrange o dever do Estado de prover àqueles que estão em situação real de desigualdade dos mecanismos legais e sociais para alcançarem a igualdade de fato. Só assim se efetivará um tratamento verdadeiramente justo para as pessoas que, por qualquer causa, tenham a capacidade de discernimento afetada.

5 Incapacidade fundada no discernimento

A própria Convenção abre brecha, no art. 12, item 4, para que os Estados-Partes assegurem medidas relativas ao exercício da capacidade legal que incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos. Determina, apenas, que essas salvaguardas sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, bem como assegurem medidas relativas ao exercício da capacidade legal em respeito aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa, sendo isentas de conflito de interesses e de influência indevida. Ainda, dispõe que se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

Não há proibição expressa na Convenção de que exista um representante para pessoas com deficiência mental e intelectual em alguns casos, desde que respeitada a proporcionalidade, o princípio da intervenção menos restritiva e a autonomia que ainda resta ao sujeito.

⁴² RIBEIRO, Geraldo Rocha. O sistema de proteção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: AMARAL, Maria Lucia (Org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, 2016. v. II. p. 1117.

A aversão completa a qualquer forma de substituto de decisão parece ser mais uma orientação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência do que propriamente uma determinação taxativa da Convenção. Ocorre que o Comitê não tem poder legiferante, de modo que é bastante questionável sua legitimidade para semelhante imposição, dado que extrapola a própria Convenção.

Pode-se afirmar que o que a Convenção pretendeu foi evitar uma declaração legal genérica e abstrata de incapacidade, baseada exclusivamente na condição de deficiência. Esse sistema deve ser substituído por outro que esteja centrado no juízo concreto e individual de capacidade em face de determinada relação jurídica, admitindo-se discriminações, desde que proporcionais e em função dos interesses exclusivos da pessoa.⁴³ Logo,

Não se pode desconvocar modelos de proteção fundados na representação legal para pessoas totalmente inaptas a governar e exercer parcial ou totalmente a sua esfera de interesses. O que se impõe é que esses modelos só sejam necessários e admissíveis perante os casos de absoluta inaptidão da pessoa, mas sempre com a salvaguarda de que qualquer intervenção tem que acautelar a autodeterminação de interesses da pessoa.⁴⁴

Ademais, o que pretende o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é simplesmente inexecutável. Não podendo fechar os olhos para a realidade de que há pessoas sem qualquer discernimento e que não deixam de ser atores na cena jurídica, alguém vai precisar, necessariamente, decidir por elas. Portanto, defende-se que, em situações excepcionais e quando as demais medidas se mostrarem insuficientes, deve ser declarada a incapacidade⁴⁵ para os atos da vida civil e nomeado um representante para a pessoa com discernimento

⁴³ RIBEIRO, Geraldo Rocha. O sistema de proteção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: AMARAL, Maria Lucia (Org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, 2016. v. II. p. 1110-1111.

⁴⁴ RIBEIRO, Geraldo Rocha. O sistema de proteção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: AMARAL, Maria Lucia (Org.). *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, 2016. v. II. p. 1112.

⁴⁵ Muito se ponderou, neste trabalho, acerca da utilização ou não do termo *incapacidade*, notadamente devido à carga negativa que pode carregar, bem como aos propósitos da Convenção de determinar a igualdade de capacidade entre todas as pessoas. Contudo, não se vislumbra utilidade em meramente preferir um termo em favor de outro, sem que haja alteração de conteúdo e regramento. Ademais, incapacidade é um termo já assentado no direito pátrio, sendo, inclusive, utilizado na disciplina da capacidade dos menores. Dessa forma, de modo a se manter a coerência do sistema brasileiro de capacidades, optou-se pela manutenção da terminologia *incapacidade de fato*.

comprometido, por meio do instituto da curatela, em atenção ao princípio da igualdade material.

Isso não significa que a pessoa será totalmente incapacitada para os atos da vida civil, como acontecia com frequência no paradigma anterior à vigência do Estatuto. Na verdade, defende-se que pode haver apenas redução da capacidade de fato, de modo que a pessoa conserve a autonomia para praticar, por si mesma, atos mais simples e cotidianos, caso reúna condições para tanto. Ou, então, a representação pode se circunscrever só a atos patrimoniais ou apenas a certos atos específicos, bem como pode ser estabelecida representação para algumas situações e apoio para outras. De todo modo, o conteúdo dos poderes do representante deverá ser determinado no caso concreto, sendo o modelo desenhado para cada pessoa específica. Assim, o representante terá legitimidade apenas para a realização dos atos os quais o sujeito não tenha capacidade de exercer sozinho, ficando a cargo do juiz, com auxílio de uma equipe multidisciplinar capacitada, fixar esse âmbito de abrangência.

Inclusive, como estratégia para forçar os magistrados a empreenderem uma análise criteriosa de cada caso, deveria haver previsão legal expressa no sentido de que o curatelado conserva a capacidade de fato plena para todos os atos não especificados em sentença. Com essa inversão, a capacidade plena passa a ser realmente a regra, devendo a incapacidade para determinados atos da vida civil ser indicada, expressamente, pelo magistrado, a partir dos laudos médicos e avaliações multidisciplinares empreendidas. O juiz deverá indicar atos para os quais o sujeito deverá ser representado, atos em que deverá ser apoiado e atos que poderá realizar sozinho. Mais além, a incapacidade total, com nomeação de representante para todos os atos da vida civil, seria sempre a última alternativa, como em casos de o indivíduo estar em coma.

Não se entende adequada a previsão legal do Estatuto da Pessoa com Deficiência de que a curatela se destina tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). É indubitável que existem pessoas que não reúnem condições mínimas para deliberar acerca de suas questões pessoais, necessitando de um representante também nessa seara. A melhor alternativa é deixar a cargo do julgador a análise acerca das aptidões de cada curatelado no caso concreto.

Se o representante tiver que tomar alguma decisão em nome do representado, deve se colocar no lugar do sujeito protegido, tentando decidir segundo o sistema de valores que inspiraram a vida e o comportamento do indivíduo, fazendo um exercício de pensar e agir como este teria feito. Ou seja, deve-se atentar aos próprios comportamentos levados a efeito pelo sujeito ao longo de sua vida, atendendo aos desejos expressados por ele previamente ou deduzidos de suas condutas, bem como levando em consideração sua hierarquia de valores.

Assim, a representação deve ser vista como uma forma de cooperação ou divisão de trabalho na atividade jurídico-negocial, envolvendo a substituição de um sujeito por um outro.⁴⁶ Ter um representante não significa, necessariamente, estar diminuído em sua dignidade. A representação voluntária bem demonstra que ter um representante que respeite a vontade e os desejos do representado é uma forma de exercício da autonomia e de resguardo dos próprios interesses. Transpondo essa ideia para a representação legal, sempre como medida excepcional, proporcional e adequada ao caso, respeitando a autonomia que ainda resta ao indivíduo, haverá respeito à dignidade da pessoa com discernimento reduzido.

Conclusão

O abandono do discernimento como critério para a incapacidade é estratégia completamente inadequada à proteção dos sujeitos com deficiência mental ou intelectual. O ordenamento jurídico não pode se contentar com a mera expressão da vontade. Ao contrário, deve privilegiar uma vontade consciente e que traduza a real intenção do agente. Assim, abolir por completo a possibilidade de incapacitar e nomear um representante legal para pessoas com ausência de discernimento é irrealizável e, acredita-se, não seria sequer desejável.

Deve-se interpretar o princípio da igualdade, tão caro à Convenção e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, como igualdade material, e não apenas igualdade formal. Ou seja, para além de afastar as discriminações não justificadas, deve-se empoderar aqueles que estão em situação real de desigualdade dos mecanismos legais e sociais para alcançarem a igualdade plena.

A partir dos pressupostos trabalhados, deve ser reconhecido o direito fundamental à plena capacidade de direito e de fato a toda e qualquer pessoa, tenha ou não deficiência. Se for, porém, constatada a diminuição do discernimento por qualquer causa, o indivíduo fará jus a um sistema protetivo.

Muito embora deva ser sempre adotada a medida menos restritiva à autonomia, em último caso, desde que proporcional à situação concreta, pode haver a incapacidade parcial para alguns atos da vida civil, ou até mesmo total, sendo nomeado um representante legal por meio do instituto da curatela, que vai agir conforme os desejos e vontades do sujeito representado, respeitando a autonomia

⁴⁶ ALVES, Raúl Guichard. Acerca do instituto da representação voluntária no Código Civil de 1966. *Direito e Justiça*, v. XVIII, t. I, p. 197-207, 2004. p. 199.

que ainda lhe resta. Afinal, onde a autonomia se vê diminuída, a proteção deve ter lugar. Só assim o sujeito será verdadeiramente incluído na sociedade, objetivo primordial do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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.

Recebido em: 16.08.2018

1º parecer em: 27.09.2018

2º parecer em: 13.10.2018