



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
INTELECTUAL: institutos jurídicos de proteção e apoio nos ordenamentos
português e brasileiro e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com
Deficiência.**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Daniel Henrique Silva Miranda

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número do candidato: 30004467

Agosto de 2022

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha esposa Giselle, maior incentivadora deste trabalho científico.

Aos meus filhos – Beatriz, Ana Laura e Daniel Jr. – que nos últimos meses, muitas vezes sem entender, tiveram que esperar do outro lado porta trancada do escritório.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões” por receber, de forma tão acolhedora, brasileiros para se dedicarem ao estudo do Direito.

Agradeço a todos os professores do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UAL, ao Doutor Ruben Bahamonde Delgado pela oportunidade de pesquisa que resultou na publicação de artigo científico conjunto e, especialmente, ao Doutor Carlos Carranho Proença pelas aulas sobre instigantes temas de Direito Civil e por todo o suporte e a orientação na elaboração desta dissertação.

RESUMO

Internacionalmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é reconhecida como um dos tratados multilaterais temáticos mais importantes. Além de consagrar direitos e salvaguardas para aquela que é conhecida como a “maior minoria do mundo”, representou uma mudança de paradigma em relação à abordagem da própria deficiência. Consolidando conquistas de outros modelos, a Convenção solidificou o chamado “modelo de direitos humanos da deficiência”, que ultrapassa e complementa seus antecessores. Em decorrência desse novo modelo, a norma de igualdade perante a lei não é apenas uma regra de não discriminação, mas um verdadeiro princípio sustentador da igual capacidade jurídica das pessoas com deficiência em relação às demais pessoas (artigo 12º). O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consolidou uma rígida interpretação desse artigo, recomendando a adoção de medidas pelos Estados-partes para o cumprimento do comando convencional. Eles devem eliminar todas as medidas que, a título de suposta proteção, substituem a vontade das pessoas com deficiência. Nesse sentido, esta dissertação analisa as normas de Direito Civil sobre capacidade legal nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, que passaram por reformas legislativas (Lei nº 49/18, de 14 de agosto, e Lei nº 13.146/15, de 6 de julho, respectivamente). Ao final, conclui-se a investigação respondendo se houve evolução na efetiva garantia de respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual em Portugal e no Brasil, tendo como paradigma o artigo 12º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Palavras-chave: capacidade legal – pessoas com deficiência intelectual – medidas de apoio à tomada de decisões – respeito à vontade e às preferências.

ABSTRACT

Internationally, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is reconized as one of the most important multilateral treaties. In addition to constitute rights and safeguards for whom is known as the “largest minority in the world”, the Convention represents a paradigm shift about the approach to the disability itself. Consolidating the achievements of other models, the Convention solidified “the human rights model of disability”, which overcomes its predecessors. In consequence of this new model, the norm that provides the equal recognition before the law is not only a rule of non discrimination, but a true principle which sustains that persons with disabilities have legal capacity on an equal basis with others persons (Article 12th). The Committee on the Rights of Persons with Disabilities has consolidated a strict interpretation of that article, recommending that States Parties adopt measures in order to comply with the conventional command. They must eliminate all measures that, under the guise of protection, substitute the will of persons with disabilities. In this sense, this dissertation analyzes the Portuguese and Brazilian civil law norms on legal capacity, which have undergone by legislative reforms (Act nº 49/18, of 14th August, and Act nº 13.146/15, of 6th August. July, respectively). At the end, the investigation is concluded by answering if there has been an evolution in the effective guarantee of respect for the will and preferences of adults with intellectual disabilities in Portugal and Brazil, having as a paradigm Article 12th of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: *legal capacity – persons with intellectual disabilities – measures of supported decision-making – respect to will and preferences*

SUMÁRIO

Dedicatória	2
Agradecimentos.....	3
Resumo e palavras-chave	4
<i>Abstract and Keywords</i>	5
Lista de abreviaturas e siglas.....	7
INTRODUÇÃO	8
1. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	13
1.1 Paradigma de deficiência adotado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	17
1.2 O conteúdo normativo da capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	26
2. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS DAS PESSOAS MAIORES COM DEFICIÊNCIA EM PORTUGAL	38
2.1 Do regime anterior à Lei nº 49/18, de 14 de agosto (considerações sobre os institutos da interdição e da inabilitação)	46
2.2 Do regime jurídico do maior acompanhado (Lei nº 49/18, de 14 de agosto).....	54
2.3 Preservação da vontade, das preferências e da capacidade residual máxima das pessoas com deficiência intelectual no atual contexto normativo português	65
3. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS DAS PESSOAS MAIORES COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL	84
3.1 Do regime anterior à Lei nº 13.146/15, de 6 de julho (Estatuto da Pessoa com Deficiência).89	
3.2 Do atual regime da curatela e da tomada de decisão apoiada instituído pela Lei nº 13.146/15, de 6 de julho (Estatuto da Pessoa com Deficiência)	96
3.3 Preservação da vontade, das preferências e da capacidade residual máxima das pessoas com deficiência intelectual no atual contexto normativo brasileiro	110
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	134
Fontes documentais	134
Jurisprudência	141
Fontes bibliográficas	145

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AHC – *Ad Hoc* Comitê

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CDPD – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Econômica Europeia

CEEA – Comunidade Europeia da Energia Atômica

Cf. – Confira

CID – Classificação Internacional de Doenças

CPCB – Código de Processo Civil Brasileiro

CPCP – Código de Processo Civil Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. Cit. – *Opus citatum/Opere citato*

TDA – Tomada de decisão apoiada

TUE – Tratado da União Europeia

INTRODUÇÃO

As normas de regência da capacidade jurídica das pessoas naturais constituem matéria de largo interesse da comunidade acadêmica, especialmente em razão das discussões que se suscitam em torno da incapacidade de exercício e da necessidade de acomodação dos princípios da proteção e da autonomia.

Trata-se de assunto cada vez mais presente na academia e nos tribunais, em virtude do envelhecimento da população, da maior longevidade e do aumento do número de pessoas com deficiência¹.

Em um passado recente, falar-se em incapacidade de exercício de direitos era falar-se de deficiência, principalmente de ordem mental ou intelectual. Havia uma ligação automática entre as compreensões de incapacidade e deficiência, graças a legislações construídas sob uma perspectiva médico-biológica da deficiência. Essa correlação entre os referidos conceitos, não raras vezes, conduzia o próprio legislador a utilizar expressões com “carga semântica negativa”, tais como “diminuídos” ou “inválidos”².

À medida que mais direitos eram conquistados, a própria designação das pessoas com deficiência era humanizada nos textos normativos.

Em Portugal, a Constituição da República de 1976 (doravante CRP)³ referia-se aos “deficientes” na redação original do seu artigo 71º. Com os artigos 44º e 47º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro⁴, que operou a Quarta Revisão Constitucional, dentre outras alterações, adequou-se a terminologia para “cidadãos portadores de deficiência”.

No Brasil, por sua vez, a Constituição da República de 1967 (com a redação dada pela Emenda nº 1/69, de 17 de outubro)⁵ utilizou a expressão “excepcionais”, referindo-se à educação das pessoas com deficiência. Posteriormente, com a Emenda nº 12/78, de 17 de

¹ Em Portugal, segundo dados do Instituto Nacional de Estatística, os resultados provisórios do *Censos 2021* indicam que houve um “aumento expressivo da população idosa” (LIMA, Francisco – **Mensagens do Presidente do Instituto Nacional de Estatística, 16 de dezembro de 2021** [Em linha]. [Consult. em 27 Ago. 2022]. Disponível em: < <https://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=censos21&xpid=CENSOS21&xlang=pt>>. No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional de Saúde do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, cerca de 17,3 milhões de brasileiros com dois anos ou mais de idade (8,4% da população) tinham alguma das deficiências investigadas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência** [Em linha]. [Consult. em 27 Ago. 2022]. Disponível em: < <https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia>>.

² Conforme anota: ARAÚJO, António – **Cidadãos Portadores de Deficiência**. p. 116.

³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Diário da República, Série I**, n.º 86 (10-04-76).

⁴ LEI CONSTITUCIONAL n.º 1/97. **Diário da República, Série I-A**, n.º 218 (20-09-97), p. 5130-5196.

⁵ EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 01/69. **Diário Oficial da União, Seção 1**, ano CVII, nº 201 (20-10-69), p. 1-2.

outubro⁶, o texto constitucional passou a se referir aos “deficientes”. Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷ (doravante CRFB), aproximando-se da CRP, adotou a expressão “pessoa portadora de deficiência”.

Hodiernamente, entende-se que ninguém carrega ou “porta” a deficiência como se fosse um fardo⁸, prevalecendo a terminologia “pessoas com deficiência”, cujo uso foi internacionalmente consagrado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante CDPD).

A CDPD conceituou pessoas com deficiência como aquelas que possuem impedimentos de longo prazo – físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais – os quais, em interação com barreiras de diversas naturezas, podem impedir a plena e efetiva participação social em igualdade com as demais pessoas (artigo 1º)⁹.

Observa-se que o conceito é amplo e aberto, mas não poderia ser diferente, sob pena de dificultar a proteção de um grupo de pessoas marcado pela heterogeneidade¹⁰. A definição convencional, entretanto, sofreu críticas, e uma delas foi de distinguir incapacidades (ou impedimentos) mentais e intelectuais¹¹.

Existe controvérsia a respeito dos conceitos de deficiência mental e deficiência intelectual, cuja pormenorização foge ao objeto de pesquisa ora proposto. Todavia, parece haver uma tendência contemporânea de prevalência da designação deficiência intelectual.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da *American Psychiatric Association*, em sua 5ª edição (DSM-5), preferiu utilizar a expressão deficiência intelectual¹²,

⁶ EMENDA CONSTITUCIONAL nº 12/78. **Diário Oficial da União, Seção 1**, ano CXVI, nº 290 (19-10-78), p. 16857.

⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União, Seção 1**, nº 191-A (05.10.88).

⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David – A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, p. 204.

⁹ Conquanto existam críticas sobre alguns pontos do conceito estabelecido no artigo 1º da CDPD (tais como: não ter incluído incapacidades de cunho emocional e restringir-se às incapacidades duradouras), fato é que a Convenção formulou conceito “aberto e não taxativo”, favorecendo a proteção das pessoas com deficiência (Cf. VALLE, Jaime – A Protecção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência. In **O Direito**, p. 591).

¹⁰ Deve-se ter em conta a heterogeneidade das limitações que muitas vezes se acumulam em duplas ou múltiplas incapacidades (a chamada “multideficiência”). Cuida-se de uma “questão multifacetada”, pois as dificuldades dos cegos são diversas daquelas dos mudos etc. Além disso, há pessoas que acumulam várias incapacidades. Nesse sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David – A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, 2ª ed. p. 208.

¹¹ Defende-se que não há distinção de natureza, mas apenas de grau (Cf.: VALLE, Jaime – A Protecção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência. In **O Direito**, p. 591).

¹² “O termo diagnóstico deficiência intelectual equivale ao diagnóstico da CID-11 de transtornos do desenvolvimento intelectual. Embora o termo deficiência intelectual seja utilizado em todo este Manual, ambos os termos são empregados no título para esclarecer as relações com outros sistemas de classificação. Além disso, [...] periódicos de pesquisa usam deficiência intelectual. Assim, deficiência intelectual é o termo de uso comum por médicos, educadores e outros, além de pelo público leigo e grupos de defesa dos direitos” (ASSOCIATION,

que “caracteriza-se por déficits em capacidades mentais genéricas, como raciocínio, solução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica e aprendizagem pela experiência”¹³. No mesmo sentido, encontra-se a 11ª revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID – 11), da Organização Mundial de Saúde, que passou a utilizar a locução “transtornos do desenvolvimento intelectual” (*disorders of intellectual development* – item 6A00)¹⁴.

Diante disso, nesta dissertação, dar-se-á preferência ao termo deficiência intelectual, aproveitando-se, sem embargo, a expressão deficiência mental como conceito intercambiável, mesmo porque alguns textos normativos lançam mão da última terminologia.

Desde já, cumpre consignar que por autonomia privada entende-se a liberdade das pessoas de “...se regerem e vincularem a si próprias, umas perante as outras, de prometerem e de comprometerem”¹⁵, ou seja, a liberdade de constituir e modelar relações jurídicas¹⁶. De seu turno, autodeterminação é o poder de orientar a vida conforme suas preferências e sua vontade¹⁷. Por óbvio, cuida-se de conceitos amalgamados. Por princípio da proteção entende-se o impulso pela tutela das pessoas incapazes frente a situações de risco pessoal ou patrimonial¹⁸.

Delineados os conceitos acima, anuncia-se o objetivo desta pesquisa que é de analisar as alterações nas legislações civis portuguesa e brasileira referentes à capacidade de exercício de direitos, a fim de investigar se, sob o paradigma da Convenção sobre os Direitos das Pessoas

American Psychiatric – **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**, 5ª ed. [Em linha]. [Consult. 27 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>>. p. 33).

¹³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 31.

¹⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION – **International Classification of Diseases 11th** [Em linha]. [Consult. 27 Ago 2022]. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/31664821/mms/other>>.

¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. p. 17.

¹⁶ Nesse sentido, explica-se que a autonomia privada tem sua expressão mais relevante na liberdade contratual (Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. p. 126). No mesmo sentido, para Paula Távora Vítor a autonomia está relacionada com a constituição de relação jurídica sem coerção externa ou compulsão interna (VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída**. p. 19).

¹⁷ Vide: VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída**. p. 19. Acrescente-se que autodeterminação tem origem no Direito Público, especialmente para se referir à prerrogativa dos povos de se constituírem em Estados. No Direito Privado, ela assume contornos de livre regência dos interesses, abarcando, inclusive, a autonomia privada (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. p. 127).

¹⁸ *A ratio* da existência de um sistema de incapacidades era o chamado “princípio da preponderância da tutela do incapaz” (Cf. LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 150). Como será pormenorizado a seguir, cuida-se de axioma que perdeu espaço com as reformas legislativas. Registre-se que a CDPD dispõe sobre proteção das pessoas com deficiência (artigos 5º, nº 1, 11 e 17, por exemplo) e proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência (artigo 4º, nº 1, c, e 33, nº 2, por exemplo).

com Deficiência, houve evolução na efetiva garantia de respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual.

A fim de alcançar esse desiderato foi utilizada a abordagem indutiva e dedutiva, bem como o procedimento metodológico histórico-comparativo.

A exposição encontra-se dividida em três capítulos, a seguir resumidos.

O primeiro capítulo investiga o conteúdo normativo da capacidade de exercício de direitos na CDPD, que está essencialmente disposto no seu artigo 12º. Elegeu-se a CDPD como paradigma da comparação que será feita, diante de sua relevância na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, importância conquistada pela mudança de paradigma acerca da abordagem e do entendimento da própria deficiência¹⁹. Avaliar-se-á, também neste capítulo, o entendimento jurídico do Comitê (ou Comissão) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante Comitê) em relação ao tema da capacidade legal, especialmente veiculado em comentários gerais, recomendações e relatórios oriundos de comunicações.

No segundo capítulo aprofundar-se-á a respeito das alterações promovidas no ordenamento jurídico português pela Lei nº 49/18, de 14 de agosto (a Lei do Maior Acompanhado)²⁰, mormente a respeito de como se harmonizaram os princípios da proteção e da valorização da autonomia individual (especialmente na vertente da autodeterminação e da preservação da capacidade residual). Para tanto, iniciar-se-á avaliando o regime anterior, passando-se às disposições da Lei nº 49/18, de 14 de agosto, inclusive recorrendo sobre decisões judiciais que guardem maior pertinência ao tema do respeito à vontade e às preferências.

No terceiro capítulo, de igual forma, realizar-se-á análise acerca das alterações promovidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.146/15, de 6 de julho (o Estatuto da Pessoa com Deficiência)²¹, mormente a respeito de como se harmonizaram os princípios da proteção e da valorização da autonomia individual (especialmente na vertente da autodeterminação e da preservação da capacidade residual). A partida será avaliar o regime anterior, passando-se às disposições da Lei nº 13.146/15, de 6 de julho, inclusive recorrendo sobre decisões judiciais de maior pertinência ao tema proposto.

Por fim, consolidar-se-ão algumas conclusões, especialmente fazendo uma comparação dos dois ordenamentos com o paradigma da CDPD, buscando responder se houve

¹⁹ Não se ignora a importância dos sistemas europeu e americano de proteção de direitos humanos. Todavia, elegeram-se a CDPD como paradigma da comparação realizada nesta dissertação, em relação da viragem ocorrida no tema da capacidade jurídica, como será explicitado no Capítulo 1.

²⁰ LEI nº 49/18. **Diário da República, Série I**, nº 156 (14-08-18), p. 4072-4086.

²¹ LEI nº 13.146/15. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CLII, nº 127 (07-07-15), p. 2-11.

evolução na efetiva garantia de respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual nas alterações nas legislações civis portuguesa e brasileira referentes à capacidade de exercício de direitos.

1. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Definidas as questões terminológicas e feitas as notas introdutórias, passa-se a tratar da capacidade legal ou jurídica no âmbito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²².

Previamente, contudo, pondera-se acerca da relevância do referido diploma internacional para o tema proposto, a justificar sua eleição como paradigma de comparação entre os institutos jurídicos de proteção e assistência às pessoas com deficiência nos ordenamentos português e brasileiro.

Hodiernamente, no âmbito da proteção dos direitos das pessoas com deficiência é incontroverso que a CDPD, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 2006 e aberta para assinaturas em 30 de março de 2007, constitui-se como o mais expressivo diploma internacional de proteção às pessoas com deficiência, tendo impulsionado reformas legislativas em ordenamentos internos de diversos países.

Tal sucesso não é imotivado, mas explicado em razão do elevado e crescente número de signatários e das conquistas obtidas após histórico de esquecimento e incompreensão acerca da própria deficiência.

Dentro do sistema internacional global de proteção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²³ não faz referência específica às pessoas com deficiência. A mesma omissão pode ser verificada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁴ e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁵, ambos de 1966. Sob o manto exclusivo desses diplomas internacionais, a proteção dos interesses específicos das pessoas com

²² A expressão *legal capacity* constante do texto original da CDPD foi traduzida como “capacidade jurídica” pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 30 de julho, que aprovou a Convenção no âmbito interno de Portugal, seguindo a tradição jurídica do artigo 67º do CCP. No Brasil, o Decreto nº 6.949/2009, de 25 de agosto, que promulgou a Convenção e seu Protocolo Facultativo, valeu-se de uma tradução mais literal, qual seja, “capacidade legal”.

²³ NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

²⁴ NAÇÕES UNIDAS – **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos-0>>.

²⁵ NAÇÕES UNIDAS – **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>>.

deficiência restringe-se ao denominado “abrigo genérico” dos princípios da igualdade e da não discriminação²⁶.

No âmbito europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950²⁷ (CEDH), ratificada pelos membros do Conselho da Europa, também nada especificou em relação às pessoas com deficiência, cuja proteção está albergada pelos princípios gerais, podendo ser incluída na cláusula de proibição de discriminação “por qualquer outra situação”, nos termos do artigo 14º.

No domínio dos tratados globais multilaterais temáticos, antes da CDPD, a previsão mais direta no sentido de garantir direitos específicos às pessoas com deficiência encontra-se no artigo 23º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989²⁸, pela qual, em síntese, os Estados-partes reconhecem que a criança com deficiência física ou mental deve desfrutar de vida plena e digna, com ampla participação social, recebendo cuidados familiares e assistência social²⁹.

Não é sem motivação, portanto, que estudiosos de direitos humanos, dentre os quais Rosemary Kayess e Phillip French, denunciam que a questão da deficiência ostentava, em décadas passadas, nítida condição de invisibilidade no cenário jurídico internacional (“*an invisible element of international human rights law*”)³⁰. E complementam, afirmando que somente após duras lutas na escuridão da invisibilidade foi possível tratar as pessoas com deficiência como verdadeiros sujeitos de direitos, e não apenas como objetos de políticas de seguridade, saúde e assistência³¹.

Caminhando na mesma direção, Flávia Piovesan afirma que o binômio igualdade e não discriminação é a tônica do sistema global de proteção aos direitos humanos presente nos primeiros artigos da Declaração Universal e dos Pactos de 1966. Essa foi a primeira fase de proteção aos direitos humanos. Por sua vez, na segunda fase, surgem os tratados do sistema

²⁶ Constatação retirada de: VALLE, Jaime – A Proteção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência. In **O Direito**. p. 585-586.

²⁷ CONSELHO DA EUROPA – **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>.

²⁸ NAÇÕES UNIDAS – **Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>.

²⁹ Em Portugal, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro. No Brasil, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi promulgada pelo Decreto n.º 99.710/90, de 21 de novembro.

³⁰ KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip – Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**. p. 12.

³¹ Na referida luta pela visibilidade, as pessoas com deficiência passaram de objetos de políticas assistenciais a sujeitos de direito. Nesse sentido, os mencionados autores destacam que: “*Disability as an issue of law, both domestically and internationally, has traditionally been addressed as an aspect of social security and welfare legislation, health law or guardianship. Persons with disability were depicted not as subjects with legal rights but as objects of welfare, health and charity programmes*” (Idem – **Op. Cit.** p. 14).

especial de proteção (eliminação de discriminação racial, proteção da mulher, crianças, entre outros), buscando previsão de proteção concreta, não apenas da igualmente formal, mas também da igualdade material, além de ações afirmativas e proteção de grupos vulneráveis. Nesse contexto, a CDPD foi aprovada em 2006³².

Registre-se que, no âmbito do chamado *soft law*, ou seja, das normas internacionais sem eficácia jurídica vinculante, a proteção das pessoas com deficiência aconteceu de forma mais específica, anotando-se instrumentos como a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais (Resolução nº 2856 (XXVI) da Assembleia Geral ONU, de 20 de dezembro de 1971³³) e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resolução nº 3447 (XXX) da Assembleia Geral da ONU, de 9 de dezembro de 1975³⁴). Sem desmerecer os avanços das referidas declarações na progressiva conquista dos direitos das pessoas com deficiência, destaque-se a crítica segundo a qual os referidos documentos estavam enviesados pelo chamado modelo individual (ou médico) de deficiência, com tendências paternalísticas e elementos de segregação³⁵.

Também não se pode descurar que na década de oitenta do século passado foram promovidas tentativas de persuadir a comunidade internacional sobre a necessidade de superar as declarações de *soft law* e construir um tratado específico para a salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência. Porém a empreitada não alcançou sucesso³⁶.

O preâmbulo da CDPD reconhece a importância das diretrizes estabelecidas nos instrumentos de *soft law* na conquista do reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitas de direito, destacando-se: o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes de 1982³⁷ (que acentuou a necessidade de estabelecer igualdade de oportunidade para as pessoas

³² PIOVESAN, Flávia – Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.] – **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. p. 43-46.

³³ NAÇÕES UNIDAS – **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtosdeficientesmentais.pdf>>.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS – **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtosdeficientes.pdf>>.

³⁵ Nesse sentido, o próprio Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Comentário Geral nº 6 (2018), acerca da igualdade e não discriminação, embora reconheça algum progresso na referida declaração, já se posicionou sobre a existência de linguagem considerada inapropriada e obsoleta, em razão da adoção do denominado modelo médico ou individual (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – General Comment nº 6 (2018) on Equality and Non-discrimination. **International Human Rights Law Review**. p. 134).

³⁶ Segundo Rosemary Kayess e Phillip French, as razões do fracasso foram: (i) o entendimento de que os direitos das pessoas com deficiência já estavam devidamente salvaguardados nos instrumentos internacionais; (ii) a inabilidade de convencer a comunidade internacional das específicas formas de violação de direitos humanos experimentadas pelas pessoas com deficiência; e (iii) o diminuído apoio pelos Estados em desenvolvimento. (KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip – Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**. p. 15-16).

³⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – **Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes de 1982** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em:

com deficiência) e as Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência de 1993³⁸ (que enfatizou a necessidade de reforçar a autonomia individual, a independência e a acessibilidade, em detrimento do assistencialismo).

Vale anotar que, no contexto específico da Europa, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (CDFUE)³⁹ constituiu um avanço em relação a outros diplomas de direito internacional (a Declaração Universal de 1948, os dois Pactos Internacionais de 1966 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950). Com efeito, em relação ao princípio da não discriminação, expressamente afirmou que a “deficiência” não constitui fator de discriminação (artigo 21º). A mencionada Carta avançou e estabeleceu dispositivo específico de proteção da pessoa com deficiência. O artigo 26º, sob o título de integração das pessoas com deficiência, determina que medidas devem ser asseguradas para garantir a autonomia, a integração social e profissional, e a participação desse grupo de pessoas na vida da comunidade. É de se notar a menção ao dever de salvaguardar a autonomia da pessoa com deficiência⁴⁰.

Catalogam-se tais informações não como pretensão de esboço histórico, mas com o objetivo de contextualizar a importância da CDPD no cenário mundial e de ressaltar como ela representa um marco na evolução da proteção das pessoas com deficiência. Em verdade, a CDPD consolida disposições já existentes em um diploma com força vinculante e avança em relação à salvaguarda de outros direitos.

Parece ser majoritário, mesmo porque há publicação da própria ONU a respeito, o entendimento segundo o qual a CDPD funciona como documento de reafirmação e adaptação da linguagem de direitos já existentes para as pessoas com deficiência⁴¹. Inobstante, diante da

<<http://www.ct.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-com-deficiencia-onu-1982.pdf/view>>.

³⁸ NAÇÕES UNIDAS – **Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência de 1993** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://www.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/normas-para-equiparacao-de-oportunidades-para-pessoas-com-deficiencia-onu-1993.pdf>>.

³⁹ UNIÃO EUROPEIA – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº 364 (18 Dez. 2000), p. 1-22. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

⁴⁰ Importante salientar que o artigo 52º, nº 3, da CDFUE reconhece que há direitos ali previstos também proclamados pela CEDH, sendo-lhes conferidos o mesmo sentido, salvo se a própria CDFUE preconizar proteção mais extensa e mais ampla. Nesse diapasão, o artigo 53º da CDFUE arremata que não pode haver interpretação restritiva dos direitos já reconhecidos em outros diplomas, especialmente na CEDH.

⁴¹ Francesco Seatzu afirma que a CDPD não teve a intenção de criar direitos. O *design* universal, a acessibilidade e outras garantias realmente não estão em outros tratados de direitos humanos, mas, nem por isso, constituem novos direitos. Eles permitem que pessoas com deficiência usufruam dos mesmos direitos garantidos às pessoas sem deficiência. Em síntese, o *design* universal e a acessibilidade não são direitos inéditos, mas adaptações de direitos já existentes no contexto da deficiência. Conforme leciona o mencionado autor: “... *rather than allow persons with disabilities to enjoy rights that are taken for granted by persons without disabilities. The CRPD, therefore, is an adaptation of existing rights in a disability context*” (SEATZU, Francesco – The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and International Human Rights Law. **International Human Rights Law**

conquista histórica que a CDPD representa, não se pode desconsiderar a corrente doutrinária que a entende como verdadeiro instrumento de reformulação e ampliação da proteção de direitos já consagrados, inclusive com a criação novas salvaguardas, a exemplo daquelas previstas nos artigos 19º, 20º e 26º⁴².

Em síntese, a CDPD, quando tomada com seriedade, realismo e estratégia, tem se mostrado eficaz para melhorar a vida daquela que é reconhecida como a “maior minoria do mundo”⁴³.

Diante desta incontornável realidade – a relevância da CDPD –, é mister avaliar o seu conteúdo normativo sobre a capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Antes, porém, investiga-se acerca paradigma de deficiência adotado pela Convenção, uma vez que reflete, diretamente, na significação e na extensão da compreensão do conceito de capacidade legal (ou jurídica).

1.1 Paradigma de deficiência adotado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Tomando-se o conceito de paradigma como algo que serve de padrão, norte ou modelo, é importante investigar por qual paradigma a CDPD se orientou. Isso, para saber qual perspectiva norteia a interpretação hermenêutica do documento e de suas disposições normativas e, em específico para esta pesquisa, porque o modelo de paradigma adotado influencia diretamente na forma como se deve avaliar o princípio da igualdade, fulcral para a interpretação do tema da capacidade jurídica.

Review. p. 85). No mesmo sentido, dispõe o manual publicado pela ONU, em 2007, relativo à CDPD e seu protocolo, no qual afirma não haver reconhecimento de novos direitos, mas esclarecimentos quanto às obrigações e deveres dos estados para que as pessoas com deficiência exerçam seus direitos (UNITED NATIONS – **From Exclusion to Equality. Realizing the rights of persons with disabilities.** p. 5).

⁴² No sentido de que a experiência das pessoas com deficiência exige a criação de novos direitos – além da reformulação e reafirmação daqueles já existentes em outros tratados – é a defesa de Frédéric Mégret, que afirma: “*Specific instruments are needed not only to adapt the existing language of rights, but because there is a dimension of the experience of specific groups that is inherent to them, and which almost requires the creation of new rights*” (MÉGRET, Frédéric – *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?* **Human Rights Quarterly.** p. 3). No mesmo sentido, defende Jaime Valle, ao aprofundar-se na discussão sobre o pluralismo, a unidade dos direitos humanos e a necessidade de tratados regularizando situações especiais, com tendência de multiplicação de instrumento internacionais (VALLE, Jaime – *A Protecção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência.* In **O Direito.** p. 588-589).

⁴³ A expressão “*the world’s largest minority*” chama a atenção para a relevância de aplicar corretamente a CDPD. Nesse rumo, cf.: KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip – *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.* **Human Rights Law Review.** p. 33.

Como a deficiência possui conceito fluído (que vem evoluindo durante a História), a forma de abordá-la e entendê-la também variou conforme modelos que se sucederam de maneira não-linear e diversa, a depender do local e da cultura.

Segundo Joaquim Correia Gomes, desde os primórdios e durante muitos séculos preponderou o chamado “modelo da supressão de direitos”, que descartava as pessoas com deficiência por questões religiosas e/ou políticas estatais das sociedades antigas (por exemplo: práticas eugênicas em razão da presunção de inaptidão das pessoas com deficiência para a guerra)⁴⁴. Uma das mais conhecidas regras nesse sentido foi registrada na Lei das XII Tábuas, especialmente na Tábua IV, 1, que autorizava ao pai matar o filho que nasceu “disforme”, mediante o julgamento de cinco vizinhos.

O modelo de supressão, de forma mais ou menos intensa, perdurou por séculos, até que, com o histórico avanço da conquista de direitos e a evolução das ciências da saúde, o mundo assistiu ao alvorecer do “modelo médico ou de reabilitação”, pelo qual a deficiência é encarada como uma patologia e, portanto, deve ser tratada por alguma intervenção médica-reabilitadora. Assim, por essa perspectiva, a pessoa com deficiência, uma vez reabilitada, pode ter “vida normal” e, para tal fim, devem ser empreendidos todos os esforços possíveis. Tratou-se do modelo predominante após a Primeira Guerra Mundial, especialmente diante do número de mutilados deixados pelo conflito. Todavia, sofre críticas no sentido de quase anular a qualidade de sujeito de direitos das pessoas com deficiência, reduzindo-as a meros objetos de intervenção reabilitadora⁴⁵.

Em contraste com o modelo médico (centrado no sujeito) surge o denominado “modelo social”, pelo qual a diminuição da capacidade deixa de ser uma questão do indivíduo e passa a ser reconhecida como da sociedade, pois esta é a responsável por construir barreiras e dificultar a inclusão. Em vez de buscar a reabilitação a qualquer custo, o modelo social propõe reconhecer o direito da pessoa com deficiência a ter uma vida independente e em plano semelhante àquela dos demais cidadãos, eliminando barreiras e opressões⁴⁶.

Na dicção de Fernando Fontes, o modelo social distingue os termos deficiência (*disability*) de incapacidade (*impairment*). A primeira se refere ao “fenómeno socialmente construído de exclusão e opressão das pessoas com deficiência por parte da sociedade e, a

⁴⁴ GOMES, Joaquim Correia – Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos. **Julgar**. p. 123.

⁴⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 124.

⁴⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 125.

segunda, aos aspectos biológicos e corporais”⁴⁷. Na visão dos defensores do modelo social, a deficiência não é criada pela incapacidade, mas é a sociedade quem torna deficientes as pessoas com incapacidades⁴⁸.

Segundo os entusiastas do modelo social, o alvorecer desse movimento ficou conhecido como “revolução cultural na área da deficiência”⁴⁹, e foi assistido, com intensidade, no fim da década de sessenta e início da década de setenta do século passado, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra⁵⁰. Embora não uniforme, o movimento ficou marcado pela ênfase colocada na sociedade e nas barreiras criadas à participação e à inclusão das pessoas com deficiência.

Além dos modelos médico e social, há quem sustente a existência do chamado “modelo biopsicossocial”, fundindo pontos das perspectivas anteriores⁵¹. A deficiência, neste panorama, tem origem na interação ente a dimensão médica-individual e os fatores contextuais (ambientais, sociais, arquitetônicas, climáticas etc.). A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde de 2001, elaborada pela Organização Mundial da Saúde⁵², expressamente assume o referido modelo, mas não ficou imune a críticas⁵³.

Além dos modelos já citados, outros são lembrados, como o “modelo da diversidade”, que reconhece a limitação das capacidades como algo normal, presente em todas as pessoas, apenas com variações quantitativas. A limitação, sob essa perspectiva, é algo que deve ser tratado como natural, aceitando-se a “humanidade na sua biodiversidade”⁵⁴.

⁴⁷ FONTES, Fernando – Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. p. 76.

⁴⁸ *Idem* – **Ibidem**.

⁴⁹ Para um resumo sobre a atuação desses movimentos: FONTES, Fernando – **Pessoas com deficiência em Portugal**. 1.^a ed. p. 14.

⁵⁰ Destacou-se, na Inglaterra, a *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS), criada em 1974, que redefiniu a deficiência como uma forma de opressão social. Em outras palavras, a deficiência (*disability*) é a desvantagem provocada por instituições sociais com pouca ou nenhuma consideração pelas pessoas que possuem falta parcial ou total de membro, ou o possui com defeito (*impairments*). A UPIAS surgiu no contexto de exclusão as pessoas com deficiência do trabalho remunerado (cf. BARNES Colin – Deficiência, Trabalho e Proteção social: aplicação do modelo social. In MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando – **Deficiência e Emancipação Social. Para uma crise da normalidade**. p. 82/83).

⁵¹ GOMES, Joaquim Correia – Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos. **Julgar**. p. 126-127.

⁵² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde de 2001** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42407/9788531407840_por.pdf?sequence=111>.

⁵³ Embora reconheça avanços na CIF, Fernando Fontes critica a classificação, sob o argumento de que continuou tratando a deficiência como uma questão mais médica do que social, ignorando os avanços das décadas passadas (FONTES, Fernando – **Pessoas com deficiência em Portugal**. 1.^a ed. p. 39-40).

⁵⁴ GOMES, Joaquim Correia – Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos. **Julgar**. p. 128.

Também existem referências ao chamado modelo de minoria e ao modelo afirmativo ou cultural⁵⁵.

Mas, afinal, qual foi o paradigma de deficiência acolhido pela CDPD?

Conquanto haja defensores dos modelos biopsicossocial e da diversidade, parece mais relevante, aos fins desta investigação, tratar do embate doutrinário centrado na disputa entre o modelo social e o denominado modelo de direitos humanos.

Theresia Degener⁵⁶ defende que a CDPD não somente operou a mudança do modelo médico para o modelo social de deficiência, mas também inaugurou um novo paradigma de entendimento da própria deficiência, o chamado modelo de direitos humanos (*the human rights model of disability*)⁵⁷.

Em verdade, a autora sustenta que o modelo de direitos humanos é uma evolução/melhoria do modelo social de deficiência. Para tanto, fundamenta suas conclusões em seis proposições a seguir sintetizadas.

Primeira proposição: ao contrário do modelo social – que afirma haver exclusão, discriminação e opressão social sobre as pessoas com algum *status* de saúde ou corporal (*impairments*), restringindo-se a esse público – o modelo de direitos humanos é relevante para todos os seres humanos, independentemente de suas particularidades de saúde ou do estado corporal. Como os direitos humanos possuem viés universal e incondicional, o modelo de direitos humanos não exige comprometimento físico e/ou intelectual para dispensar proteção às pessoas⁵⁸.

Segunda proposição: o modelo de direitos humanos engloba tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas com deficiência, não se restringindo apenas a políticas antidiscriminatórias e ao reconhecimento de direitos civis, como a tônica do modelo social⁵⁹.

⁵⁵ LAWSON, Anna; BECKETT, Anguarad – The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. **The International Journal of Human Rights**. p. 363.

⁵⁶ A autora foi eleita para o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pela 3ª Conferência dos Estados-partes da CDPD para o mandato de 2011/2014 e, posteriormente, reeleita na 7ª Conferência para o mandato de 2015/2018.

⁵⁷ Conforme defendido nas seguintes obras: DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 1-2; e DEGENER, Theresia – A Human Rights Model of Disability. In BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir – **Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights**. p. 31-49.

⁵⁸ Nesse sentido, arremata a autora que: “It does not mean that they cannot be restricted but it means that they do not require a certain health status or a condition of functioning. Thus, human rights do not require the absence of impairment. The CRPD reflects this message in its preamble and in the language of its articles” (DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 4).

⁵⁹ *Idem* – **Ibidem**.

Note-se que a autora não ignora a importante função que o modelo social teve de incentivar o surgimento de leis de caráter não discriminatório em diversos países⁶⁰. Mas isso é apenas parte da solução do problema, pois, mesmo se não existissem barreiras e outras formas de discriminação, seriam necessários direitos sociais, econômicos e culturais⁶¹. Por exemplo, o direito à vida independente (artigo 19º da CDPD) não pode ser tratado e efetivado apenas sob a perspectiva antidiscriminatória. Neste ponto, vale salientar a indivisibilidade dos direitos humanos que, por razões histórico-políticas, restou prejudicada durante a Guerra-Fria, com a aprovação de pactos diversos para direitos civis/políticos e culturais/econômicos/sociais.

Cuida-se de proposição que tem grande importância no tema ora proposto, haja vista que a autora reconhece que alguns direitos convencionais não podem ser estritamente classificados em uma categoria estanque de direitos. Nesse sentido, o artigo 12º, nº 1, da CDPD é tido como um direito civil, porém as medidas de suporte ao exercício da capacidade jurídica (artigo 12º, nº 3, da CDPD) dificilmente serão compreendidas longe das categorias de direitos sociais, culturais e econômicos⁶².

Terceira proposição: partindo do fundamento de que a CDPD não foi construída apenas com base na premissa de que a deficiência (*disability*) é uma construção social (conforme defende o modelo social), mas também revela parte da diversidade e da dignidade humana, a autora acusa o modelo social de negligenciar o fato de as pessoas com deficiência lidarem com a dor, a deterioração da qualidade de vida e a morte prematura⁶³. Por sua vez, o modelo de direitos entende o *impairment* como algo digno e inerente à diversidade humana, tal como reconhecido pelo artigo 3º da CDPD, conferindo um conteúdo ético à questão da deficiência, que nem sempre deve ser tratada como algo ruim⁶⁴.

Quarta proposição: o modelo social também acaba por negligenciar a política de identidade como componente de deficiência, já o modelo de direitos humanos oferece espaço

⁶⁰ “The social model of disability served as a stepping-stone in struggles for civil rights reform and anti-discrimination laws in many countries” (DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 4).

⁶¹ “However, anti-discrimination law can only be seen as a partial solution to the problem. Even in a society without barriers and other forms of discrimination, people need social, economic and cultural rights” (Idem – **Op. Cit.** p. 5)

⁶² Em síntese: “Some provisions on rights cannot be clearly allocated to one category only. For instance, the right to be regarded as a person before the law ([1], art. 12) is a right commonly regarded as a civil right. However, article 12 (3) CRPD speaks of support measures disabled persons might need to exercise their legal capacity. Are these support measures realized by social services which fall into the economic, social and cultural rights sphere”. (Idem – **Ibidem**).

⁶³ “Thus, the CRPD is not only build on the premise that disability is a social construct, but it also values impairment as part of human diversity and human dignity” (DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 8).

⁶⁴ Idem – **Ibidem**.

para a identificação cultural e minoritária. Isso porque o modelo social está focado em relações sociais de poder, e não na emancipação pessoal. Ressalte-se que a esta política de identidade não é apenas relacionada ao sexo, cor, religião etc., mas, dentro do contexto da deficiência, pode ser encontrada de diferentes e ricas formas. Com exemplo, a autora ressalta a cultura criada por pessoas surdas, que as identificam, emancipam e dignificam, tal como previsto no artigo 30º, nº 4, da CDPD⁶⁵. Tais grupos de identidade, algumas vezes, são vistos com desconfiança pelos defensores do modelo social, confundindo-os, às vezes, como exemplos de medicalização da deficiência, relembrando o ultrapassado modelo médico. Todavia, é fato que a CDPD reconhece diferentes camadas de identidade no contexto da deficiência e dos direitos humanos (por exemplo: os direitos das crianças com deficiências, os direitos das mulheres com deficiência)⁶⁶.

Quinta proposição: o modelo social é crítico da política de prevenção, mas o modelo de direitos humanos possibilita avaliar quando a política de prevenção pode ser validamente reivindicada como proteção humana. As políticas de prevenção de acidentes ou doenças (como a poliomielite), por exemplo, não são problemáticas em si mesmas, mas pode haver problema na forma como proclamadas, gerando efeitos estigmatizadores (por exemplo, uma propaganda mostrando uma pessoa paraplégica, como se tivesse recebido algo pior do que a própria morte)⁶⁷. A CDPD reconhece a importância de políticas de prevenção de saúde para as pessoas com deficiência no seu artigo 25º. Trata-se de garantir políticas de saúde às pessoas com deficiência que, por uma série de fatores, podem ser mais susceptíveis a determinadas doenças. A política de prevenção é “multidimensional”, ou seja, não apenas de barreiras incapacitantes, mas também engloba condições e tratamentos de saúde⁶⁸.

Sexta proposição: neste último argumento, a autora reconhece que há interligação entre pobreza e deficiência, tal como sustentado pelo modelo social. Todavia, o modelo de direitos

⁶⁵ “*Identity politics in the context of disability can have several meanings. The term might relate to impairment categories or impairment causes. Deaf people have created their own culture and deaf studies have become an important strand of disability studies in which deaf identity plays an important role*” (DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p .8).

Ainda em relação às pessoas surdas e à cultura própria desta comunidade, Filipe Venade de Sousa alerta que “é redutor afirmar que a pessoa surda se resume a ser portadora de deficiência auditiva, porque a pessoa surda tem uma forma própria de se identificar fazer aos demais e um modo de adquirir, de maneira ativa e passiva, a língua gestual, como ponto central de justificação, com a sua visão própria do mundo, através da sua especificidade linguística e cultural”. (SOUSA, Filipe Venade de – **Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas**. 1.^a ed. p. 133). O referido autor ainda classifica a comunidade surda como minoria linguística, pois a forma de comunicação constitui a própria identidade cultural deles. Portanto, as pessoas surdas são destinatárias de uma “dupla proteção”, seja pela CDPD (como pessoas com deficiência), mas também pelos direitos das minorias (*Idem* – **Op. Cit.** p. 134).

⁶⁶ DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 10.

⁶⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 11.

⁶⁸ “*Preventing disability should be regarded as a multidimensional strategy that includes prevention of disabling barriers as well as prevention and treatment of underlying health conditions*” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 12).

humanos oferece uma ponte para a mudança. É preciso aceitar as pessoas que vivem na pobreza não como meros objetos de caridade, mas como sujeitos que têm participação na distribuição de recurso. Isso tem sido evidenciado pelo impacto dos artigos 11º e 32º da CDPD nas políticas de cooperação internacional⁶⁹.

Frise-se que Theresia Degener reconhece ter sido o modelo social o de maior sucesso durante os debates de negociação da CDPD, mas defende que, uma vez aprovada, a CDPD ganhou “vida própria” e avançou para um novo modelo. Aliás, conforme destacado pela autora, esta tem sido a posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em diversas de suas observações verificadas junto aos Estados-partes⁷⁰.

Defendendo posição díspar, Anna Lawson e Angharad Beckett contrariam a chamada tese da melhoria do modelo social pelo modelo de direitos humanos (“*the improvement thesis*”), propondo a denominada tese da complementariedade (“*the complementary thesis*”), segundo a qual os dois modelos possuem diferentes funções, complementam-se e são solidários⁷¹.

A partir de vasta pesquisa histórico-documental nos registros do AHC (*Ad Hoc* Comitê), que foi estabelecido pela Assembleia Geral da ONU para editar a CDPD), Anna Lawson e Angharad Beckett confirmam que o modelo social foi o mais discutido para definições e referências na confecção do texto da Convenção, além de ter assumido protagonismo em temas como a promoções da igualdade, inclusão e solidariedade⁷². Dentre os registros levantados pelas autoras para exemplificar a tese defendida, chama a atenção, por sua pertinência com o tema da capacidade, uma referência ao representante da Tailândia quando demonstrou preocupação acerca de práticas de limitação da capacidade legal das pessoas com deficiência com base em diagnósticos de saúde, contrariando o modelo social e reforçando o modelo médico de deficiência⁷³.

Por outro lado, as autoras argumentam que, em suas pesquisas, não encontraram menções explícitas ao modelo de direitos humanos nos registros da AHC⁷⁴.

Em contraste, porém, com os registros do AHC, Anna Lawson e Angharad Beckett investigaram que o modelo social raramente foi mencionado nas observações finais do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. E acrescentam que, após o ano de 2012, o

⁶⁹ DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws**. p. 13.

⁷⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 14.

⁷¹ Defesa efetuada em recente artigo: LAWSON, Anna; BECKETT, Anguarad – The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. **The International Journal of Human Rights**. p. 348/379.

⁷² *Idem* – **Op. Cit.** p. 351/356.

⁷³ LAWSON, Anna; BECKETT, Anguarad – The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. **The International Journal of Human Rights**. p. 354.

⁷⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 357.

Comitê passou a fazer frequentes referências ao modelo de direitos humanos, embora muitas vezes sem explicações do que quis dizer referindo-se a tal modelo⁷⁵.

Com base nesses e em outros argumentos, as autoras defendem a tese da complementariedade dos modelos, afirmando que ambos possuem muito em comum e trabalham contra sistemas e práticas opressoras e excludentes. A diferença reside na natureza dos modelos, pois o modelo social constitui-se em um modelo de deficiência (*model of disability*), enquanto o modelo de direitos humanos é um modelo de política de deficiência (*model of disability policy*)⁷⁶.

Defendem as autoras, em síntese, que o modelo social possui textura mais aberta, não ficando restrito a aspectos legais e de política de implementação de direitos, mas opera com uma emancipação política geral, em meios de resistência a sistemas e práticas incapacitantes não alcançados pelo modelo de direitos humanos⁷⁷.

Acrescentam que o modelo social gera uma solidariedade entre pessoas com diferentes tipos de deficiência, a fim de criar um sentimento de pertencimento ao coletivo de pessoas com deficiência. Ao passo que a solidariedade gerada pelo modelo de direitos humanos ocorre entre pessoas com deficiência e todos os outros, criando um sentimento de pertencimento à espécie humana. Ambas as solidariedades se complementam, não havendo superioridade de um em relação ao outro⁷⁸.

Sem ignorar os substanciosos argumentos colacionados por Anna Lawson e Angharad Beckett, destaca-se a emergente tendência de se reconhecer a prevalência do modelo de direitos humanos (*the human rights model of disability*) na CDPD, tal como faz o próprio Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Isso porque a melhor interpretação e aplicação dos postulados da CDPD perpassa por considerar outros tratados de direitos humanos e os comentários gerais do respectivo Comitê⁷⁹.

Cite-se, por oportuno, o Comentário Geral nº 6 (2018), acerca dos princípios da igualdade e da não discriminação, no qual o Comitê afirma que o modelo de direitos humanos é apropriado porque reconhece que as leis e políticas relativas à questão da deficiência devem

⁷⁵ LAWSON, Anna; BECKETT, Angharad – The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. **The International Journal of Human Rights**. p. 357.

⁷⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 369.

⁷⁷ “By contrast, the social model is more open textured. It operates in connection with emancipatory disability politics more generally. [...] However, it is not confined to the human rights setting and can operate in contexts where claims and campaigning objectives are differently framed. In this sense, the human rights model is narrower in scope and less flexible than the social model” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 370).

⁷⁸ *Idem* – **Ibidem**.

⁷⁹ Seguindo na mesma direção, acerca da necessidade de se avaliar os comentários do Comitê para melhor aplicação da CDPD, confira-se: SEATZU, Francesco – The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and International Human Rights Law. **International Human Rights Law Review**. p. 82.

levar em consideração a diversidade humana⁸⁰. Cuida-se de constatação que está em consonância com a terceira proposição defendida por Theresia Degener.

No mesmo sentido de valorização da diversidade humana, Pedro Trovão do Rosário solicita a atenção da comunidade jurídica para a valorização das qualidades especiais das pessoas com deficiência, fazendo uma releitura de ponderação do princípio da igualdade no âmbito laboral. Segundo o autor, “...importante compreender que há cidadãos portadores de deficiência que podem ser encarados como portadores de competências especiais”⁸¹. Exemplifica-se o argumento com o caso de sucesso da associação *Discovering Hands*, que promove treinamento de pessoas cegas para realizar exames em seios de mulheres, alcançando extraordinários níveis de sucesso⁸².

A diversidade, no âmbito da deficiência, está intrinsecamente ligada à dignidade humana, valor estruturante da CDPD (artigos 1º e 3º, alínea “a”). Nesse sentido, Filipe Venade de Sousa sustenta a natureza “multifuncional” da dignidade humana dentro da CDPD: a dignidade inerente possui uma dimensão principiológica (figurando no centro da CDPD, dando unidade axiológica ao sistema convencional, funcionando como fundamento de direitos e limite de atuação dos Estados-partes) e outra dimensão normológica (conferindo um estatuto de titular de direitos – sujeito de direitos – às pessoas com deficiência, que são fins em si mesmas, nunca podendo ser tratadas como objetos sem direito de escolha ou participação)⁸³.

Ainda na tônica do modelo de direitos, e retomando a segunda proposição apresentada por Theresia Degener, é valioso ressaltar o atributo da indivisibilidade dos direitos humanos. Conforme leciona Gauthier de Beco, de certa forma a CDPD apaga a distinção entre direitos políticos/civis e direitos sociais/econômicos, trazendo um novo entendimento acerca da indivisibilidade dos direitos humanos, já que determina uma interligação mútua entre os tais conjuntos de direitos⁸⁴. Em resumo, o autor sustenta seu argumento afirmando que a CDPD promoveu uma mistura entre direitos civis, políticos, econômicos e sociais, de modo que é fútil a tarefa de tentar categorizá-los. Além disso, a CDPD estabeleceu direitos *sui generis*, no

⁸⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – General Comment 6 (2018) on Equality and Non-discrimination. **International Human Rights Law Review**. p. 134.

⁸¹ ROSÁRIO, Pedro Trovão – Deficiência: valorização jurídica das qualidades especiais. In ROSÁRIO, Pedro Trovão [et al.] – **Direito Constitucional Luso e Brasileiro no âmbito da pacificação social**. p. 16.

⁸² *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.

⁸³ Embora reconheça a dificuldade conceitual em relação ao tema, o autor adota uma dupla dimensão da “dignidade inerente”, aceitando a existência de uma “dignidade intrínseca” (no sentido de “ser” humano) e uma “dignidade extrínseca” (“dispor/ter” condições de exercer e desfrutar dos direitos) (cf. SOUSA, Filipe Venade – A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência. **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. p. 52-57).

⁸⁴ BECO, Gauthier – The indivisibility of human rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Internacional e Comparative Law Quarterly**. p. 141.

sentido de que nunca foram dispostos em tratados anteriores⁸⁵. Um exemplo desses direitos é o da vida independente (artigo 19º), que possui viés de direito civil e político (evitando a institucionalização sem consenso com base apenas na incapacidade, violando o direito de liberdade), mas também econômico e social (já que os Estados-partes devem tomar medidas apropriadas para facilitar a inclusão das pessoas com deficiência na comunidade, ensejando a criação e o acesso a comunidades e serviços e suporte)⁸⁶.

Concluindo, portanto, este tópico, é possível afirmar que a adoção do modelo de direitos humanos como lente para entender a CDPD conduzirá a uma eficaz compreensão do entendimento do Comitê na aplicação dos dispositivos convencionais sobre a capacidade legal. Também é preciso ter em alta consideração que o modelo de direitos humanos determina uma solidariedade entre as pessoas com deficiência e todas as demais pessoas, o que ajuda a melhor entender as diretrizes do artigo 12º, nº 4, da CDPD, no tocante ao respeito à vontade e às preferências das pessoas com deficiência submetidas a alguma forma de auxílio/apoio.

Colocada a questão do paradigma de deficiência adotado pela CDPD, passa-se a analisar o texto convencional e o entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência acerca da capacidade legal (jurídica).

1.2 O conteúdo normativo da capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A CDPD, no seu artigo 12º, trata da igualdade das pessoas com deficiência perante a lei. Cuida-se de dispositivo deveras relevante, pois, além de repetir direitos consagrados em outros tratados de direitos humanos, traz salvaguardas específicas para a efetivação desta igualdade, em razão do peculiar quadro envolvendo as pessoas com deficiência.

⁸⁵ “Accordingly, the Convention has intermixed civil and political rights, on the one hand, and economic and social rights, on the other [...] In fact, the CRPD did more than intermixing civil and political and economic and social rights; rather, it literally has done away with the distinction between the two sets of rights altogether. It is futile to try and determine which category of rights each of the Convention rights belong to [...] The CRPD also did more than just take up existing rights. In addition to articulating these rights specifically with regard to disable people, the Convention has added a number of “sui generis” entitlements. These “sui generis entitlements” include aspects that were not anticipated in existing human rights treaties, in that they concern the participation of disable people in society as well as the promotion of their independence and autonomy” (BECO, Gauthier – The indivisibility of human rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Internacional e Comparative Law Quarterly**. p. 149/150).

⁸⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 151.

Pela redação do nº 1 do artigo 12º, os Estados-partes reafirmam o direito de as pessoas deficientes serem reconhecidas como pessoas perante a lei, reforçando o disposto no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Pelo nº 2 do artigo 12º, os Estados-partes reconhecem que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Abole-se, portanto, qualquer diferenciação no reconhecimento da capacidade legal com base em característica ou debilidade física ou mental/intelectual.

O conceito de capacidade legal (*legal capacity*) adotado pela CDPD abrange tanto a capacidade de ser titular de direitos quanto a capacidade de exercê-los. Durante as deliberações que antecederam a CDPD, houve larga discussão sobre a extensão do conceito de capacidade, prevalecendo o conceito em sua maior extensão. Em suma, para fins do artigo 12º da CDPD, não há distinção entre capacidade de ter direitos e capacidade de exercê-los⁸⁷.

Vale ressaltar, todavia, o expresso dissenso de alguns países a respeito. Por exemplo, em dezembro de 2006 uma carta foi enviada pelo representante do grupo dos países árabes ao AHC afirmando que o conceito de capacidade legal do nº 2 do artigo 12º da Convenção seria entendido pelos signatários da missiva apenas como capacidade de direitos, e não capacidade de agir, nos termos das respectivas legislações internas⁸⁸.

Determina o nº 3 do artigo 12º da CDPD que os Estados-partes tomarão medidas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio necessário para o exercício da capacidade legal.

Admite-se, portanto, que algumas pessoas com deficiência possam ter dificuldades de exercer a capacidade, motivo pelo qual os Estados-partes devem providenciar medidas de apoio para garantir o exercício da capacidade das pessoas com deficiência. Neste dispositivo está consagrado o denominado modelo de acompanhamento/apoio/suporte às pessoas com deficiência (*supported decision-making*), ou seja, um modelo composto por práticas, arranjos e acordos, de mais ou menos formalidade e intensidade, que visam ajudar a pessoa com deficiência a tomar decisões sobre sua vida ou comunicá-las⁸⁹.

⁸⁷ Conforme registra Robert Dinerstein: “*After much back-and-forth discussion, an alternative draft, and a last-minute footnote that purported to reject the concept of legal capacity to act on linguistic grounds, the States Parties adopted Article 12 and its commitment to recognizing legal capacity to the fullest extent*” (DINERSTEIN, Robert D. – Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. **Human Rights Brief**. p. 1-3).

⁸⁸ Carta datada de 5 de dezembro de 2006 do Representante Permanente do Iraque nas Nações Unidas [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8documents.htm>>.

⁸⁹ Conceito sintetizado a partir da seguinte nota de Robert Dinerstein: “*Supported decision-making can be defined as a series of relationships, practices, arrangements, and agreements, of more or less formality and intensity, designed to assist an individual with a disability to make and communicate to others decisions about the*

Discute-se sobre a possibilidade de existir alguma exceção ao referido modelo de suporte, isto é, se a CDPD admite, em alguma medida, a aplicação de institutos de substituição de vontade. O entendimento majoritário segue no sentido de inadmitir os modelos de substituição de vontade, salientando a mudança de paradigma da CDPD⁹⁰. Essa, inclusive, é a posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como será avaliado a seguir. Vozes dissonantes, entretanto, sustentam a necessidade de uma abordagem mais realística, admitindo-se, em excepcionais circunstâncias, algum modelo de substituição de vontade, respeitando-se todos os princípios e limites convencionais⁹¹.

O nº 4 do artigo 12º da CDPD dispõe que os Estados-partes devem assegurar medidas para prevenir abusos, elencando as seguintes características das medidas: proporcionalidade, adaptação às circunstâncias pessoais, brevidade e revisão regular por autoridade competente, independente e imparcial.

O referido item (nº 4) é criticado por sua ambiguidade e maleabilidade, com a possibilidade de admitir interpretações divergentes a partir do mesmo dispositivo. Coloca-se a seguinte questão: as salvaguardas do nº 4 são para garantir o suporte adequado a um modelo de assistência, a fim de que ele não se torne opressivo? Ou o nº 4 se refere a salvaguardas para os raros casos nos quais seria necessário algum instituto voltado ao modelo de substituição de vontade?

Essa ambiguidade, todavia, já foi vista como proporcionadora de vantagens, facilitando a adesão de diversos Estados à CDPD, em razão da “larga margem de compreensão e de conformação legislativa”⁹².

Como será pormenorizado a seguir, para o Comitê a CDPD não mais admite modelos de substituição de vontade.

Por fim, o nº 5 do artigo 12º da CDPD garante que as pessoas com deficiência terão direito de herança e controle das próprias finanças, além de terem acesso a serviços bancários e de crédito, assegurando destituições arbitrárias de bens.

individual's life.” (DINERSTEIN, Robert D. – Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. **Human Rights Brief**. p. 3).

⁹⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p.1.

⁹¹ Cite-se, por todos: “*Strong efforts would be required to promote supported decision-making, and respect advance directives, but substitute decision-making and treatment without consent would be permitted in exceptional circumstances, subject to appropriate safeguards and independent review*” (DAWSON, John - A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD. **International Journal of Law and Psychiatry**. p. 1).

⁹² VÍTOR, Paula Távora – Artigo 12º reconhecimento igual perante a lei. In GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora – **Comentário à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. p. 128.

Após breve enunciação do artigo 12º da CDPD, mas ainda na análise do conteúdo jurídico do dispositivo, é mister avaliar a posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja competência foi estabelecida pelo artigo 34º da CDPD e por seu Protocolo Facultativo, a fim de receber e analisar comunicações relativas a possíveis violações das normas convencionais. No âmbito de suas atividades, o Comitê tem a prerrogativa de realizar comentários e recomendações, a fim de garantir os direitos das pessoas com deficiência (artigo 6º do Protocolo Facultativo).

Exercendo suas atribuições, o Comitê, em março/abril de 2014, durante sua 11ª Sessão, publicou o Comentário Geral nº 1 (2014), acerca do artigo 12º da CDPD.

Além da importância de ter sido o primeiro comentário editado pelo Comitê, a relevância do documento está associada à escolha de direitos que eram tradicionalmente negligenciados às pessoas com deficiência, quais sejam, a igualdade perante a lei e a garantia de exercício da capacidade legal em condições semelhantes aos não deficientes⁹³.

O Comitê principia a análise do artigo 12º assumindo a majoritária postura de que a CDPD não criou direitos, porém elencou elementos específicos para garantir o direito à igualdade perante a lei das pessoas com deficiência⁹⁴.

Partindo da premissa de que o modelo de deficiência adotado pela CDPD foi o de direitos humanos (conforme analisado no tópico anterior), o Comitê deixa clara sua postura de que a CDPD adotou o modelo de apoio (*supported decision-making*), removendo medidas condizentes com o modelo substitutivo (*substitute decision-making paradigm*)⁹⁵. Pode-se dizer que, para o Comitê, a CDPD adotou um modelo “puro” de assistência, já que não admite qualquer exceção a respeito. Trata-se, na visão do referido órgão, de prestigiar a interpretação que melhor se harmoniza aos princípios do artigo 3º da CDPD, especialmente de autonomia, liberdade, participação e inclusão.

Veja-se, assim, que o Comitê afasta a interpretação do nº 4 do artigo 12º da CDPD que admite, ainda que excepcionalmente, medidas discriminatórias de substituição de vontade, tais

⁹³ Afetando, em consequência, o exercício de outros direitos fundamentais, como a constituição de família, direitos reprodutivos, direito ao voto, consentimento para tratamentos de saúde, entre outros (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 2).

⁹⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 1.

⁹⁵ Veja-se o importante trecho a seguir: “On the basis of the initial reports of various States parties that it has reviewed so far, the Committee observes that there is a general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under article 12 of the Convention. Indeed, there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision making” (*Idem* – **Ibidem**).

como tutelas, guardas e tratamentos mentais forçados, que devem ser abolidos pelos Estados-partes⁹⁶.

Considerando o objeto desta dissertação, referente às pessoas com deficiência intelectual, vale sublinhar o reconhecimento do Comitê de que elas estão desproporcionalmente mais sujeitas a decisões de substituição de vontade, em prejuízo de sua capacidade legal⁹⁷. Nesse sentido, admite-se que há diferença entre os conceitos de capacidade legal e da “controversa” capacidade mental (sendo que esta varia de pessoa para pessoa, por diferentes fatores, não sendo verificado por mero fenômeno científico natural, mas também pelo contexto social). Nada obstante a distinção de conceitos, segundo o Comitê o artigo 12º, nº 2, da CDPD não autoriza que eventual diminuição da capacidade mental (relembrando a controvérsia sobre esse conceito) não pode justificar qualquer tipo de negação ou diminuição da capacidade legal⁹⁸.

Ao analisar os relatórios dos Estados-partes que substanciaram o comentário geral, os membros do Comitê observaram que as medidas de substituição de vontade têm sido mantidas, ao arrepio da CDPD, em razão dos seguintes fatores: (1) um diagnóstico de deficiência, geralmente de ordem intelectual (*status approach*); (2) a tomada de decisão com consequências negativas (*outcome approach*); e (3) deficiência nas habilidades para tomadas de decisão (*functional approach*)⁹⁹.

Tais medidas não estão endossadas pela CDPD, que claramente determina a adoção de medidas de suporte pelo Estado-parte (nº 3 do artigo 12º), que podem ser de natureza formal ou informal, de vários tipos e intensidades, tais como: assistência pessoal de pessoas de confiança, apoio advocatício, assistente para comunicação, amparo para planejamento futuro e salvaguarda de suas vontades etc.¹⁰⁰.

Além das medidas de suporte, o Comitê entende que o conteúdo normativo do nº 4 do artigo 12º exige o respeito à vontade e às preferências das pessoas com deficiência. Acaso esgotados os meios de averiguá-los, deve-se buscar a melhor interpretação da vontade e das preferências (*best interpretation of will and preferences*), principalmente em adultos com deficiência, eliminando-se decisões de terceiros baseadas unicamente nos melhores interesses (*best interests*)¹⁰¹.

⁹⁶ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 2.

⁹⁷ *Idem* – **Ibidem**.

⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 3.

⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 4.

¹⁰⁰ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁰¹ “The ‘best interests’ principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The ‘will and preferences’ paradigm must replace the ‘best interests’ paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy

Tal observação é deveras relevante, pois responde aos defensores das medidas de substituição de vontade em hipóteses excepcionais. Com efeito, a posição do Comitê é firme no sentido de que a CDPD adotou unicamente o modelo de suporte e, acaso esgotados os meios de averiguar a vontade e as preferências, o apoio deverá ser prestado com base na melhor interpretação da vontade e preferência, que não devem ser substituídas pela vontade de terceiros, ainda que imbuídos de interesses de proteção.

Além do Comentário Geral nº 1 (2014), a posição do Comitê também é externada a partir da análise das decisões oriundas das comunicações que lhe são remetidas com esboço no artigo 5º do Protocolo Facultativo.

Em pesquisas junto ao banco de dados oficial, não há decisões disponíveis do Comitê envolvendo comunicações oriundas da República Portuguesa¹⁰².

O Brasil, por sua vez, já suportou comunicação de violação aos princípios de não-discriminação e igualdade (Comunicação nº 10/2013), em razão de demanda envolvendo direitos laborais e deficiência física advinda de acidente automobilístico. Todavia, em decisão do Comitê na sua 20ª Sessão (setembro/outubro 2014), a reclamação foi inadmitida, já que o autor não havia esgotado os recursos internos disponíveis (artigo 2º, nº 4, do Protocolo Facultativo)¹⁰³.

Junto ao repositório de jurisprudência do Comitê é possível investigar a respeito de diversas decisões envolvendo diretamente o artigo 12º da CDPD¹⁰⁴. Vale ressaltar que a capacidade legal funciona, nas palavras do próprio Comitê, como “chave” para a participação

the right to legal capacity on an equal basis with others” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 5).

¹⁰² Disponibilidade de pesquisa no banco de pesquisa jurisprudencial do Comitê em: <<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=4&sortOrder=Date>>. Pesquisa realizada em 20 de julho de 2022. Embora não haja decisões disponíveis a respeito de comunicações envolvendo Portugal, o Comitê disponibilizou relatórios confeccionados por organizações da sociedade civil portuguesa. Um dos mais relevantes, datado do ano de 2015, foi assinado por representantes de 241 organizações, a partir de estudos na Universidade de Lisboa sobre os direitos das pessoas com deficiência em Portugal. Dentre os diversos pontos do relatório, havia críticas aos institutos da inabilitação e interdição, em razão das restrições à capacidade civil das pessoas com deficiência (cf. OBSERVATÓRIO DA DEFICIÊNCIA E DIREITOS HUMANOS – **Parallel Report about the Monitoring of the Rights of Persons with Disabilities in Portugal** [Em linha]. [sl], 2015 [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICO%2fPRT%2f21113&Lang=en>).

¹⁰³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Communication No. 10/2013. Decision adopted by the Committee at its twelfth session (15 September–3 October 2014)** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <[file:///C:/Users/danielmiranda/Downloads/G1419272%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/danielmiranda/Downloads/G1419272%20(3).pdf)>.

¹⁰⁴ Banco de pesquisas disponível em: <<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=4&sortOrder=Date>>.

social das pessoas com deficiência, razão pela qual, indiretamente, acaba mencionada em várias decisões¹⁰⁵.

Passa-se a analisar decisões selecionadas do Comitê a respeito de comunicações nas quais se alegou violação direta ao artigo 12º da CDPD, com o objetivo de avaliar o entendimento jurisprudencial do referido órgão acerca do referido dispositivo convencional, subsidiando a posterior averiguação dos institutos portugueses e brasileiros¹⁰⁶.

Uma questão recorrente levada ao Comitê diz respeito à participação de pessoas surdas como juradas em tribunais do júri australianos. Na 30ª. Sessão do Comitê (março/abril de 2015), inadmitiu-se a Comunicação nº 12/2013, pois a autora nunca havia, pessoalmente, sido selecionada para participar do tribunal do júri, mas questionava a atitude das autoridades locais de excluírem, discriminatoriamente, outras pessoas surdas. Nesse caso, o Comitê inadmitiu a comunicação nos termos do artigo 1º, nº 1, do Protocolo Facultativo¹⁰⁷.

No ano seguinte (março/abril de 2016), o Comitê debruçou-se sobre duas comunicações semelhantes (Comunicação nº 11/2013¹⁰⁸ e Comunicação nº 13/2013¹⁰⁹), ambas da Austrália. Segundo os autores, o Estado-parte violou o artigo 12º, nº 3, da CDPD, já que a obrigação de performar perante o júri constitui dever fundamental abarcado pela dimensão da capacidade legal dos cidadãos adultos. Além disso, tratar-se-ia de garantir a aplicação dos princípios de não-discriminação e de acesso à justiça em igualdade de condições.

Em relação à Comunicação nº 11/2013 – na qual o autor havia requerido o suporte de intérprete para participar do julgamento como jurado –, o Comitê acabou cindindo o

¹⁰⁵ A expressão utilizada foi: “*It is the key to accessing meaningful participation in society*” (cf. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 3).

¹⁰⁶ Nesta investigação, privilegiou-se as decisões proferidas em comunicações diretamente relacionadas ao artigo 12º da CDPD, bem como aquelas nas quais o mérito foi enfrentado, colhendo dados a respeito do entendimento do Comitê sobre o referido dispositivo.

¹⁰⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Communication No. 12/2013. Decision adopted by the Committee at its thirteenth session (25 March–17 April 2015)** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2009>>.

¹⁰⁸ Trata-se do caso de Gemma Beasley (representada pela *Australian Centre for Disability Law*) que, em síntese, alegou ser pessoa surda e, após ser convocada para participar como jurada em julgamento criminal, afirmou ao setor responsável que necessitaria de um intérprete para participar da seleção dos jurados. Todavia, o referido suporte lhe foi negado, sob o argumento de que a confidencialidade do julgamento poderia ser prejudicada com a presença de um intérprete (terceiro não jurado) na sala de julgamento (cf. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 11/2013**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2142>>).

¹⁰⁹ Trata-se do caso de Michael Lockrey (representada pela *Australian Centre for Disability Law*), semelhante à Comunicação nº 11/2013, porém a autora fazia exigência do suporte de legendagem (“*steno-captioning*”) para participar do julgamento. (cf. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 13/2013**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2143>>).

julgamento, acolhendo o argumento do Estado-parte de que a introdução de um não jurado (no caso, o intérprete) no julgamento violaria a confidencialidade das deliberações. Tal circunstância não configuraria, segundo os membros do Comitê, violação à capacidade legal de exercer o dever de participar do júri, mesmo porque as autoridades, em nenhum momento, questionaram tal capacidade. Por tal razão, sobre a alegada violação ao artigo 12º, nº 3, a comunicação foi inadmitida com base no artigo 2º, item b, do Protocolo Facultativo¹¹⁰.

Sem embargo da inadmissão parcial, o Comitê analisou o mérito da comunicação e entendeu que houve violação ao artigo 5º, nºs 1 e 3, da CDPD, em razão da negativa de acomodação para a participação no júri, que constitui manifestação da cidadania. Determinou-se, assim, que o Estado-parte admitisse a participação da autora no dever cívico do júri, providenciando o suporte necessário, na forma de intérprete, de maneira a respeitar a confidencialidade dos procedimentos. Cumulativamente, no âmbito geral, o Comitê recomendou ao Estado-parte a adoção de medidas genéricas para evitar a repetição de casos¹¹¹.

Solução semelhante foi encaminhada à Comunicação nº 13/2013, também oriunda da Austrália, com a recomendação de que fosse conferido o suporte de legendagem (*steno-captioning*) à reclamante¹¹². Da mesma forma, o Comitê julgou, em agosto/2018, a Comunicação nº 35/2016, também proveniente da Austrália acerca do exercício da função de jurado por pessoa surda¹¹³.

Ainda envolvendo a Austrália e as disposições sobre a capacidade legal, o Comitê analisou o mérito da Comunicação nº 07/2012¹¹⁴, envolvendo autor aborígene-australiano que foi submetido a julgamento criminal pela prática de delitos de natureza sexual. Segundo decidiu o Comitê, durante as aparições nos tribunais australianos, o comunicante, pessoa com

¹¹⁰ “As regards the author’s claim under article 12 of the Convention that she was denied her right to enjoy legal capacity on an equal basis with others on account of the Sheriff’s refusal to provide her with Auslan interpretation, the Committee notes that the Sheriff justified her decision by asserting that introducing a non-jury person to provide Auslan interpretation would breach the principle of confidentiality of deliberations. The Committee therefore notes that the State party did not question at any time the author’s legal capacity to perform jury duty. Accordingly, the Committee concludes that the author’s claim is incompatible *ratione materiae* with article 12 and is therefore inadmissible under article 2 (b) of the Optional Protocol” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 11/2013**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2142>> p. 14).

¹¹¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.

¹¹² COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 13/2013**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2143>> p. 17.

¹¹³ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 35/2016**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2512>>.

¹¹⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 7/2012**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2144>>.

deficiência intelectual, por falta de suporte e adaptação razoável, não pôde exercer sua plena capacidade legal, declarando-se não culpado e, conseqüentemente, tendo a oportunidade de provar sua inocência¹¹⁵. Diante disso, o requerente ficou preso por anos, sem convicção da prática de crimes, mas apenas pelo risco potencial de sua deficiência intelectual¹¹⁶. Após alguns anos, o órgão acusador afirmou não ter a intenção de prosseguir com a acusação, já que o tempo de custódia já havia excedido eventual lapso de prisão no caso de condenação. Além disso, as evidências da prática delitiva seriam de baixa qualidade¹¹⁷. O Comitê, então, entendendo haver violação ao artigo 12º, nºs 2 e 3, da CDPD, recomendou a revogação das medidas de restrição cíveis impostas ao autor (mesmo após sua liberdade condicional), bem como determinou que o Estado-parte assegurasse medidas de suporte e adaptação para o exercício da capacidade legal por pessoas com deficiência mental e intelectual, em igual condições das demais pessoas¹¹⁸.

Da análise dos casos acima é possível extrair posicionamentos jurídicos importantes do Comitê. Primeiro: a reafirmação de que o conceito de capacidade legal da CDPD abrange tanto a capacidade de ser titular de direitos quanto de exercê-los em relações jurídicas¹¹⁹. Segundo: na análise da Comunicação nº 07/2012 acima retratada e em outras oportunidades (como a Comunicação nº 30/2015)¹²⁰, o Comitê admitiu que os Estados-partes possuem margem de apreciação para determinar aspectos processuais do exercício da capacidade legal,

¹¹⁵ “*In the present case, the decision that the author was unfit to plead because of his intellectual and mental disability resulted in a denial of his right to exercise his legal capacity to plead not guilty and to test the evidence against him*” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 7/2012**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2144>> p. 15).

¹¹⁶ “*The author’s detention was therefore decided on the basis of the assessment by the State party’s authorities of potential consequences of his intellectual disability, in the absence of any criminal conviction, thereby converting his disability into the core cause of his detention*” (Idem – **Op. Cit.** p. 16).

¹¹⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 7/2012**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2144>> p. 3.

¹¹⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 17.

¹¹⁹ “*The Committee recalls its general comment No. 1 (2014) on equal recognition before the law, according to which 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, and legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and to create, modify or end legal relationships*” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 35/2016**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2512>>. p. 7).

¹²⁰ Caso comunicado por Boris Makarov, em favor de sua mulher Glafira Makarova, vítima de acidente automobilístico que lhe causou grave deficiência, inclusive das faculdades mentais. Por causa das condições pessoais, a vítima não pôde comparecer ao julgamento e não tinha condições de contratar advogado. Seu marido formulou pedido de nomeação de assistente legal para a defesa dos interesses dela em juízo, o que lhe foi negado. O Estado da Lituânia recebeu recomendações pelo Comitê em razão da violação ao artigo 12º da CDPD (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 2 of the Optional Protocol, concerning communication No. 30/2015** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2392>>).

todavia é preciso que os direitos relevantes sejam respeitados¹²¹. Terceiro: a deficiência sensorial e a intelectual, por si sós, não são causa para se reconhecer incapacidade de exercício, mas deve haver adaptações necessárias para auxiliar na tomada de decisões.

Resumido o entendimento do Comitê sobre a capacidade legal, seja no Comentário Geral, seja na aplicação jurisprudencial, segue-se com as considerações do Comitê aos ordenamentos português e brasileiro, iniciando-se pelo primeiro.

Portugal aprovou, sem reservas, a CDPD, através da Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009¹²². A União Europeia também aprovou a CDPD pela Decisão do Conselho de 26 de novembro de 2009 (2010/48/CE)¹²³, apenas com a reserva referente à legislação comunitária sobre “não aplicarem às forças armadas o princípio da igualdade de tratamento por motivos de deficiência”.

O artigo 35º da CDPD preconiza a submissão de relatórios pelos Estados-partes ao Comitê. No ano de 2014, Portugal enviou relatório ao Comitê, falando a respeito das adaptações da legislação interna em relação à CDPD¹²⁴. No que concerne ao artigo 12º da CDPD, o relatório foi bastante sucinto, afirmando que a igualdade perante lei e o reconhecimento da capacidade jurídica estavam previstos na CRP e no artigo 66º do Código Civil Português (doravante CCP)¹²⁵.

Em análise ao referido relatório, o Comitê, em sessão de grupo de trabalho ocorrida em setembro de 2015, enviou uma lista de questões a Portugal. Especificamente sobre o artigo 12º da CDPD, solicitou que fosse informado quando haveria mudança na legislação em relação

¹²¹ “*The Committee considers that while States parties have a certain margin of appreciation to determine the procedural arrangements to enable persons with disabilities to exercise their legal capacity, the relevant rights of person concerned must be respected*” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 7/2012**. [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2144>>. p. 15). No mesmo sentido: COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 2 of the Optional Protocol, concerning communication No. 30/2015** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2392>> p. 6.

¹²² RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA n.º 56/2009. **Diário da República I Série, N° 146** (30-07-09), p. 4906-4929.

¹²³ DECISÃO DO CONSELHO de 26 de novembro de 2009 (2010/48/CE). **Jornal Oficial da União Europeia L 23/35 (27-01-2010)** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0048&from=PT>>.

¹²⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention. Initial reports of States parties due in 2011. Portugal** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2f1&Lang=en>.

¹²⁵ DECRETO-LEI n° 47.344/66. **Diário do Governo, Série I, n° 274** (25-11-66), p. 1883-2086.

ao internamento de pessoas com deficiência mental e ao fortalecimento de serviços de apoio a pessoas com deficiência¹²⁶.

Em resposta datada de janeiro de 2016, Portugal afirmou que o CCP se submeteria a uma reforma profunda quanto ao tema da incapacidade e das formas de supri-la, buscando fortalecer a autonomia e a dignidade das pessoas com capacidade diminuída¹²⁷.

Nos meses de abril e maio de 2016, o Comitê avaliou o relatório inicial, as questões formuladas e as respostas de Portugal, confeccionando observações conclusivas. A respeito do artigo 12º da CDPD, o Comitê afirmou que notava, com preocupação, o grande número de pessoas com deficiência privadas de direitos como votar, casar-se ou formar família, em razão de estarem sob tutela de terceiros. Na visão do Comitê, a então redação do CCP continuava dando substrato a tais violações. Portanto, recomendou-se: (1) a revogação dos institutos então vigentes; e (2) a adoção de sistema de *assisted decision-making*, nos termos do Comentário nº 1 (2014) do Comitê, a fim de promover o exercício de direitos por pessoas com deficiência, notadamente de voto, casamento, constituição de família e administração de bens¹²⁸.

O Brasil, por sua vez, aprovou a CDPD no âmbito interno com força constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186/08, de 9 de julho, e promulgou-a pelo Decreto nº 6.949/09, de 25 de agosto.

Também nos termos do artigo 35º da CDPD, um relatório inicial foi submetido ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência. O referido documento afirmava que houve

¹²⁶ “Please specify when the State party plans to repeal the provisions in its current legislation referring to the internment of “persons with mental disabilities” as the only means of ensuring an efficient treatment and as a security measure and to harmonize the legislation with the Convention. Please also indicate the measures being taken to strengthen community-based support services for persons with disabilities, including those with intellectual and/or psychosocial disabilities” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **List of issues in relation to the initial report of Portugal** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fQ%2f1&Lang=en> p. 2.

¹²⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Replies of Portugal to the list of issues** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=en>.

¹²⁸ “The Committee recommends that the State party take appropriate measures to ensure that all persons with disabilities who have been deprived of their legal capacity can exercise all the rights enshrined in the Convention, including the right to vote, marry, form a family or manage assets and property, as indicated in its general comment No. 1 (2014) on equal recognition before the law (article 12 of the Convention). The Committee also recommends that the State party repeal the existing regimes of full and partial guardianship, under which a person has no or limited legal capacity, and develop systems of assisted decision-making to enable and promote the realization of the rights of persons with disabilities, in accordance with article 12 of the Convention” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Concluding observations on the initial report of Portugal** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fCO%2f1&Lang=en> p. 4-5).

aprovação da CDPD na ordem interna com força constitucional e, em relação ao artigo 12º, aduzia que tramitavam propostas de alteração de institutos do Código Civil Brasileiro (CCB)¹²⁹.

Após análise do documento inicial, em maio de 2015, o Comitê formulou uma lista de questões acerca do relatório inicial. Destacam-se, nesta oportunidade, perguntas acerca do projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência (o então projeto nº 7.699/06), especialmente se ele previa disposição acerca da proibição de restrição da capacidade legal e de eventual introdução de institutos de suporte para a tomada de decisões¹³⁰.

Em resposta aos questionamentos do Comitê, o Brasil esclareceu que havia sido aprovado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que determinou emendas no CCB, estabelecendo um sistema de *supported decision-making*, proteção ao exercício de direitos pessoais e extinção de medidas discriminatórias, a fim de se conformar aos princípios da CDPD sobre capacidade legal¹³¹.

No mês de julho de 2015, o Comitê avaliou o relatório inicial, as questões formuladas e as respostas, confeccionando observações conclusivas externando preocupação com a reminiscência de institutos que promovem a substituição de vontade em determinadas circunstâncias, contrariando o artigo 12º da CDPD. O Comitê também demonstrou consternação não ausência de primazia ao respeito da vontade e preferências das pessoas com deficiência¹³².

Esse, portanto, é o delineamento geral do artigo 12º da CDPD, seu conteúdo jurídico e a forma como o Comitê entende a capacidade legal e a sua abrangência de aplicação. É em relação a esse paradigma que, nos próximos capítulos, proceder-se-á ao confronto dos institutos jurídicos de apoio e assistência à pessoa com deficiência existentes nos ordenamentos português e brasileiro.

¹²⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention. Initial reports of States parties due in 2010. Brazil** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2f1&Lang=en> p. 32.

¹³⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **List of issues in relation to the initial report of Brazil** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fQ%2f1&Lang=en> p. 2.

¹³¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Replies of Brazil to the list of issues** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=en> p.8.

¹³² COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Concluding observations on the initial report of Brazil** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fCO%2f1&Lang=en> p. 4

2. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS DAS PESSOAS MAIORES COM DEFICIÊNCIA EM PORTUGAL

Traçado um panorama acerca da capacidade jurídica na CDPD, do seu conteúdo normativo e da posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em relação ao artigo 12º, passa-se a explorar elementos do ordenamento jurídico português acerca da temática proposta. Concentra-se, pois, o presente capítulo nas disposições de Direito Civil, notadamente do CCP, acerca da capacidade jurídica e da capacidade de exercício de direitos das pessoas adultas.

Conquanto a centralidade do capítulo esteja na legislação civil portuguesa, em virtude da transversalidade do tema e da proximidade, por óbvio, com a temática dos direitos fundamentais, não é possível omitir breves apontamentos sobre o contexto europeu, além de dois dispositivos da CRP a respeito do tema.

No âmago do direito europeu, conforme registra Carlos Carranho Proença, os tratados que instituíram as três Comunidades estavam preponderantemente voltados para os interesses dos Estados-membros (e a integração econômica deles), não para interesses particulares¹³³. Por sua vez, o Tratado de Maastricht de 1992¹³⁴, que instituiu a União Europeia (TUE), preconizou que a União respeitaria aos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (CEDH) (artigo F, nº 2). Como dito alhures, embora a CEDH não cite expressamente a deficiência, o seu artigo 14º proíbe a discriminação quanto ao gozo de direitos e liberdades por “qualquer outra situação” não mencionada no rol apresentado. Operou-se, assim, um “salto qualitativo”¹³⁵ entre os tratados das Comunidades e o Tratado de Maastricht, no tocante à proclamação de direitos¹³⁶.

¹³³ Nesse sentido mencionam-se a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa) pelos Tratados de Roma de 1957, bem como a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), pelo Tratado de Paris de 1951. Os poucos direitos previstos para particulares estavam ligados à natureza remuneratória e econômica, por exemplo: igualdade de remuneração entre sexos (PROENÇA, Carlos Carranho – Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais. In **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia**. p. 249-252).

¹³⁴ UNIÃO EUROPEIA – Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº C 191 (29 Jul. 1992), p. 1-112. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>>. p. 5.

¹³⁵ PROENÇA, Carlos Carranho – Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais. In **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia**. p. 249.

¹³⁶ “Foi necessário esperar pela entrada em vigor do Tratado de Maastricht para que o comprometimento de respeito pelos direitos fundamentais fosse elevado à categoria normativa, dotada de vinculatividade, embora com reduzida coercibilidade, no articulado dos tratados institutivos” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 275).

Em verdade, no decorrer das décadas, houve um “progressivo alastramento da aplicação do direito da União aos particulares”¹³⁷, graças ao ativismo judicial (método pretoriano¹³⁸) e à progressiva proclamação de direitos em tratados sucessivos.

No âmbito do objeto ora investigado, o Tratado de Amesterdão de 1997¹³⁹, que alterou o TUE, incluiu a deficiência no rol das razões pelas quais não se admite discriminação (artigo 6º-A). Por sua vez, o Tratado de Lisboa de 2007¹⁴⁰ acrescentou que a União se funda no respeito a diversos valores, sendo que o primeiro citado no dispositivo é o da dignidade humana (artigo 1º-A)¹⁴¹.

A progressiva e formal proclamação de direitos não se limitou aos tratados que alteraram o TUE, mas alcançou grande evolução com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Novamente invocando as lições de Carlos Carrancho Proença, referido diploma teve o objeto inicial de refletir o acervo comunitário (*acquis communautaire*) em matéria de direitos fundamentais, englobando aqueles previstos na CEDH, em cartas sociais e aqueles oriundos do estatuto de cidadania da União Europeia¹⁴². Conforme alinhavado no capítulo anterior, em matéria de proclamação de direitos a CDFUE ultrapassa a barreira da mera proibição de discriminação (embora também a reforce no artigo 21º) e, no seu artigo 26º, assegura que medidas serão tomadas para a garantia da autonomia e da integração social e profissional das pessoas com deficiência, além de salvaguardar a participação delas na vida da comunidade.

Portanto, a aludida progressão de proclamação de direitos resultou em proteção das pessoas com deficiência em duas etapas: primeiro pela cláusula geral de não discriminação (com a cláusula de Maastricht sobre a CEDH e o formal reconhecimento da impossibilidade de

¹³⁷ PROENÇA, Carlos Carrancho – Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais. In **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia**. p. 249.

¹³⁸ Referindo-se ao chamado “método pretoriano”, especialmente do Tribunal de Justiça (*Idem* – **Op. Cit.** p. 253-254).

¹³⁹ UNIÃO EUROPEIA – Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses tratados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº C 340 (10 Nov. 1997), p. 1-144. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>. p. 26.

¹⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA – Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. Nº C 306 (17 Dez. 2007), p. 1-271. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>>. p. 11.

¹⁴¹ Como afirma Carlos Carrancho Proença, embora o reconhecimento da dignidade humana como valor fundante da União seja, ao lado do novo direito de cidadania europeia, o grande contributo do Tratado de Lisboa no âmbito do reconhecimento de direitos fundamentais, fato é que se pecou pela demora em reconhecer valor tão importante no âmbito jurídico (PROENÇA, Carlos Carrancho – Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais. In **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia**. p. 288).

¹⁴² *Idem* – **Op. Cit.** p. 301.

discriminação por “deficiência” operado pelo Tratado de Amesterdão); segundo com disposições específicas, inclusive com menção à garantia da autonomia individual (com a CDFUE).

No que se refere à proclamação formal de direitos, portanto, observa-se, no âmbito europeu, o mesmo movimento que ocorreu no direito internacional mundial relativo à proteção das pessoas com deficiência.

Voltando-se para a esfera constitucional portuguesa e mais especificamente para a capacidade jurídica, o artigo 26º, 1, da CRP reconhece o direito à “capacidade civil” a todas as pessoas, sem que haja discriminação. O nº 4 do mesmo dispositivo preconiza que eventuais restrições à capacidade civil só poderão ocorrer nos termos legais, e nunca por motivos políticos, reforçando a universalidade do referido direito.

A respeito do referido dispositivo, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que ele constitui verdadeiro “direito subjetivo fundamental do indivíduo” que expressa a esfera de liberdade pessoal do sujeito autônomo e com autodeterminação decisória. O conteúdo normativo do dispositivo, segundo os mesmos autores, compreende as dimensões a seguir sintetizadas: (i) livre formação da personalidade, sem planificação estatal de determinado modelo de personalidade; (ii) proteção da liberdade de agir conforme o projeto de vida de cada pessoa; e (iii) proteção da integridade da pessoa, garantindo a esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento das decisões¹⁴³.

Aplicando o mencionado artigo constitucional à temática das limitações enfrentadas pelas pessoas com deficiência, Alexandra Chícharo das Neves anota que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido no artigo 26º, 1, da CRP não apenas protege a autonomia e a autodeterminação, como é o fundamento da “...proibição da incapacidade geral de exercício, do direitos das pessoa com deficiência à liberdade sexual, do direito à procriação e a dispor do próprio corpo e do direito ao exercício das responsabilidades parentais, ao casamento, à adoção, à perfilhação, entre outros direitos”¹⁴⁴.

Por sua vez, o artigo 71º da CRP, conhecido por conferir um estatuto constitucional às pessoas com deficiência¹⁴⁵, no seu nº 1 afirma que os cidadãos com deficiência gozam de

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, 4ª ed. p. 463-464.

¹⁴⁴ NEVES, Alexandra Chícharo das – **Os novos paradigmas que balizam o Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”**, 1ª ed. p. 62.

¹⁴⁵ O artigo 71º da CRP conferiu um “estatuto constitucional” às pessoas com deficiência, buscando reforçar alguns direitos. O fato de o mencionado artigo figurar no título dos direitos econômicos, sociais e culturais poderia gerar ambiguidades, no sentido de se entender que os direitos ali previstos possuem menor força jurídica ou estariam subordinados a uma implementação condicionada à reserva do possível. O autor lança mão de outros princípios constitucionais, como da dignidade, da universalidade dos direitos e da igualdade para afastar tais ambiguidades

direitos e estão sujeitos a deveres, “com ressalva do exercício ou do cumprimento” daqueles para os quais estiverem “incapacitados”.

O nº 2 do mesmo dispositivo preconiza, em apertada síntese, que o Estado realizará uma “política nacional de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência”, sensibilizando a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade, além do suporte aos encargos da efetivação dos direitos de tais pessoas. Tudo isso sem descuidar dos direitos e das obrigações dos pais ou tutores de pessoas com deficiência, conforme expresso no final do citado item.

Por fim, o nº 3 do dispositivo supracitado determina o apoio estatal às organizações de cidadãos portadores de deficiência.

Conforme detalhado no tópico introdutório, a terminologia utilizada pela CRP para se referir às pessoas com deficiência sofreu evolução¹⁴⁶. Nada obstante, buscando entender o espírito da época e o contexto de reconhecimento de direitos, António de Araújo elogia a expressão “cidadãos” portadores de deficiência. Segundo o autor, ela busca “inverter a lógica de apátrida social”, ou seja, deixa claro que as pessoas com deficiência não devem ser tratadas como excluídas sociais, mas como dotadas de “cidadania plena”¹⁴⁷. Referida plenitude, aliás, é mencionada na primeira frase do nº 1 do artigo 71º da CRP e está intrinsecamente ligada ao tema da capacidade jurídica.

Jorge Miranda e Rui Medeiros asseveram que do nº 1 do artigo 71º, associado a outros princípios constitucionais, é possível extrair norma diretamente aplicável, no sentido de se assegurar os princípios da dignidade (condições mínimas de existência condigna) e da igualdade às pessoas com deficiência¹⁴⁸. Por sua vez, ainda segundo os referidos constitucionalistas, o nº 2 do artigo 71º está envolvido na “dimensão programática” de se desenvolver uma política nacional de prevenção, tratamento, reabilitação, integração e apoio das famílias das pessoas com deficiência¹⁴⁹.

equivocadas (GOMES, Joaquim Correia – Constitucionalismo, deficiência mental e discapacidade: um apelo aos direitos. **Julgar**. p. 131-132).

¹⁴⁶ O artigo 44º da Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro (Quarta Revisão Constitucional), determinou a substituição da expressão “física ou mentalmente deficientes” para “portadores de deficiência física e mental” (LEI CONSTITUCIONAL nº 1/97. **Diário da República, Série I-A**, nº 218/1997 (20-09-97), p. 5130-5196).

¹⁴⁷ ARAÚJO, António de – **Cidadãos Portadores de Deficiência**. 1.ª ed. p. 119.

¹⁴⁸ Conforme se observa em: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo 1, 2ª ed.** p. 1398.

No mesmo sentido, Pedro Trovão do Rosário, em artigo científico no qual trata de deficiência e cidadania – tomando esta não apenas como um conceito relacionado a direitos políticos –, sustenta que “...o artigo 71º da Constituição, no seu número um, é essencialmente o enunciado do princípio da igualdade. Não é um direito, não prevê, reconhece ou atribui tanto um direito: Afirma um princípio, o da igualdade” (ROSÁRIO, Pedro Trovão – Cidadania e Deficiência. **Jurismat Revista Jurídica**. p. 315).

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo 1, 2ª ed.** p. 1398.

Alguns autores, como António de Araújo, defendem que a CRP, seguindo as tendências de seu tempo, promoveu, em Portugal, o início da passagem do modelo médico para o modelo social na abordagem das deficiências¹⁵⁰. Todavia, o nº 2 do artigo 71º tem sido alvo de críticas, por traduzir uma abordagem médica (modelo médico ou de integração) da deficiência, centrada em tratamento e reabilitação¹⁵¹.

A despeito das críticas, a preocupação da CRP com os direitos das pessoas com deficiência constituiu um avanço no âmbito do ordenamento jurídico português, especialmente ao se reforçar, no nº 1 do artigo 71º, que as pessoas com deficiência estão no mesmo plano de igualdade dos demais.

Em relação à parte final do artigo 71º, nº 1, da CRP, que trata das ressalvas de exercício da capacidade, Filipe Venade de Sousa defende que “...a norma do art. 12º da CDPD esclarece o sentido e alcance da norma constitucional do art. 71º, nº 1, *in fine*, da CRP”¹⁵². Melhor explicando: partindo da redação do artigo 16º, nº 1, da CRP, o autor defende a aplicação dialógica entre os dois diplomas, em “...uma interação complementar dos catálogos constitucionais e convencionais dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência sob o enfoque do princípio *pro homine*”¹⁵³. Na esteira do referido princípio, busca-se eleger a solução que melhor proteja os direitos das pessoas com deficiência, e, neste caso, a CDPD constitui uma fonte privilegiada de aplicação e interpretação¹⁵⁴. Cuida-se de prestigiar a “tutela multinível” de direitos, em uma espécie de “atualização e concretização” dos direitos constitucionalmente consagrados, por autorização da própria CRP, no seu artigo 16º. Em síntese, admitem-se os direitos do catálogo convencional como “materialmente fundamentais”, atualizando-se, via de consequência, o conteúdo da norma constitucional que preconiza ressalvas de exercício da capacidade pelas pessoas com deficiência¹⁵⁵.

¹⁵⁰ ARAÚJO, António de – **Cidadãos Portadores de Deficiência**. 1.ª ed. p. 121.

¹⁵¹ “Transmite-se ideia de que são essas pessoas que devem ‘normalizar-se’, adaptando-se à sociedade, que devem ser curadas e apoiadas e não que deve também ser a sociedade que deve ser inclusive, universal, adaptada a toda a diversidade humana, que deve assegurar recursos para permitir uma vida com o máximo de autonomia e capaz de assegurar a participação na comunidade de todos” (NEVES, Alexandra Chícharo das – **Os novos paradigmas que balizam o Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”**, 1ª ed. p. 48).

¹⁵² SOUSA, Filipe Venade – A bússola do Direito Constitucional dialógico: a atualização e efetividade dos direitos fundamentais. **Católica Law Review**. p. 20.

¹⁵³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.

¹⁵⁴ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁵⁵ “No seio do catálogo dos direitos consagrados pela CDPD, o art. 16º, nº 1º, da CRP proporciona uma incorporação material do catálogo dos direitos recebidos para integrar o sistema constitucional dos direitos fundamentais. O significado das expressões ‘consagrados na Constituição’ e ‘não excluem’ determina que a Constituição reconhece alcance de proteção adicional e complementar às normas internacionais, ou seja, o estatuto e força constitucional” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 18). Em outra passagem, o autor afirma: “Utilizando como exemplo o art. 71º da CRP, enquanto elemento do direito formalmente fundamental atribuído às pessoas com deficiência, pode dizer-se que este pode ser considerado como enumeração aberta, no sentido de preencher ou completar os direitos fundamentais, através do catálogo dos direitos recebidos pela CDPD” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 20).

Sobre o nº 3 do artigo 71º da CRP, acrescentado pelo artigo 41º da Segunda Revisão Constitucional¹⁵⁶, e no qual se garante o apoio estatal às organizações de cidadãos portadores de deficiência, deve-se entender como incluídas também as associações de familiares de cidadãos com deficiência, na linha de proteção à família, segundo o próprio texto constitucional¹⁵⁷.

Como dito, os referidos dispositivos constitucionais estão intrinsecamente relacionados ao tema e à evolução legislativa pela qual passou o CCP a respeito da capacidade de exercício das pessoas maiores.

Na esfera infraconstitucional civilista, é impossível falar-se em capacidade sem tangenciar o tema da personalidade jurídica.

A personalidade tem sido definida como a “qualidade de ser pessoa”¹⁵⁸. Personalidade jurídica, por sua vez, é conceituada como a “suscetibilidade de direitos e obrigações ou de titularidade, ou seja, de ser sujeito de direitos e obrigações ou de situações jurídicas”¹⁵⁹. Do referido conceito extrai-se a definição de pessoa jurídica como o “centro de imputação de situações jurídicas ativas ou passivas, de direitos ou obrigações”¹⁶⁰.

O CCP não formula definição legal para a personalidade jurídica, preferindo explicitar o começo e o termo da personalidade nos artigos 66º e 68º, respectivamente. Em seguida, o CCP dispõe, em seção específica, a respeito dos “direitos de personalidade”, iniciando-se pela tutela geral da personalidade e prosseguindo com os direitos especiais da personalidade (artigos 70º e seguintes)¹⁶¹.

¹⁵⁶ LEI CONSTITUCIONAL nº 1/89. **Diário da República nº 155/1989, I Série**, Suplemento nº 1 (08-07-1989), p. 2-69.

¹⁵⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo – **Constituição da República Portuguesa Comentada**. p. 183.

¹⁵⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. p. 37.

¹⁵⁹ *Idem* – **Ibidem**.

¹⁶⁰ *Idem* – **Ibidem**.

O referido autor ainda assume a postura de que o Direito não pode deixar de reconhecer a personalidade às pessoas humanas, nem mesmo condicioná-la e limitá-la. Com isso, a suscetibilidade de direitos e obrigações (ou seja, a personalidade jurídica) é uma “consequência da personalidade e não a sua causa” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 39).

¹⁶¹ Conquanto não seja objeto desta investigação, vale anotar que há elevado debate jurídico acerca da natureza do artigo 70º do CCP e da existência do denominado “direito geral da personalidade”. Acerca desse debate, tem-se oposição entre a escola de Coimbra (que, majoritariamente, aceita a existência do direito geral da personalidade) e a escola de Lisboa (que, majoritariamente, concretiza a tutela geral da personalidade sem recorrer à construção de um direito geral). Sobre a referida batalha jurídica, cite-se Diogo Costa Gonçalves, que rejeita a ideia de um direito geral da personalidade, embora aceite a tutela geral da personalidade consagrada no artigo 70º do CCP, que compreenderá um conjunto de direitos de personalidade, exemplificativamente tipificados em lei (GONÇALVES, Diogo Costa – **Pessoa e Direitos da Personalidade. Fundamentação ontológica da tutela**. p. 88-89 e 93). Vale anotar, também, o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos para quem existe o direito subjetivo geral de personalidade do artigo 70º do CCP, sendo os chamados “direitos subjetivos especiais” apenas poderes que integram o direito subjetivo geral. Assim, entende o autor, superado o dualismo entre o direito geral e os direitos especiais de personalidade. Veja-se o seguinte trecho: “O direito à vida, ou à honra, ou à integridade física, ou à privacidade, ou à imagem, por exemplo, não constituem direitos subjetivos autónomos, mas antes poderes jurídicos

Por sua vez, no tocante à capacidade jurídica, o artigo 67º do CCP a define como a possibilidade de as pessoas serem sujeitos de relações jurídicas.

Como dito acima, existe íntima relação entre os conceitos de personalidade e capacidade, todavia eles não se confundem. A diferença de natureza, qualitativa da personalidade e quantitativa da capacidade, tem sido a principal distinção no campo teórico.

Conforme lição de Pedro Paes de Vasconcelos: “A capacidade jurídica não deve confundir-se com a personalidade. Esta, como ficou já exposto, é uma qualidade, é um conceito qualitativo, enquanto a capacidade jurídica é de natureza quantitativa. Assim, a personalidade existe ou não existe, não pode ser graduada, nem restringida, nem condicionada, nem limitada. Diferentemente, a capacidade pode ser restringida por lei e pode, nesse sentido, ser mais ou menos ampla”¹⁶².

No mesmo sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto sustenta que a capacidade jurídica é inerente à personalidade jurídica. Esta consiste na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas”¹⁶³, enquanto aquela na “aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relação jurídicas”¹⁶⁴. Em suma, quem tem capacidade necessariamente possui personalidade.

É ponto sedimentado que a capacidade jurídica se desdobra nas noções de titularidade de direitos (a denominada de capacidade de gozo ou capacidade de direito) e de exercício pessoal e livre de tais direitos (a chamada capacidade de exercício ou capacidade de agir).

A capacidade jurídica, portanto, enquanto capacidade de gozo, já foi identificada, por diversos autores, com a própria personalidade jurídica¹⁶⁵.

A respeito do tema, Diogo Costa Gonçalves afirma que, no plano puramente abstrato, é possível conceber os conceitos separados, mas “na concretização do processo aplicativo do Direito, a capacidade consome a personalidade”¹⁶⁶. Em outras palavras, quando a personalidade é atribuída a determinado titular de direitos, ela perde sua autonomia, pois se confunde com a noção de capacidade de gozo ou direitos. Assevera o citado autor que: “Podemos ir mais longe: a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo,

que integram o direito de personalidade do seu titular, poderes estes que são exercidos quando a dignidade do seu titular for posta em causa através de ameaças ou ofensas àqueles específicos bens da personalidade” (VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.^a ed. p. 46).

¹⁶² *Idem* – **Op. Cit.** p. 94.

¹⁶³ MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.^a ed. p. 201.

¹⁶⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 220.

¹⁶⁵ Nesse sentido há substancial artigo de Diego Costa Gonçalves fazendo um apanhado histórico-jurídico da relação ente personalidade jurídica e capacidade jurídica. O autor afirma que importantes civilistas portugueses do início do século XX, como Cunha Gonçalves e José Tavares, defenderam a ausência de distinção entre capacidade de gozo e personalidade jurídica (GONÇALVES, Diogo Costa – Personalidade vs. Capacidade Jurídica. Um regresso ao monismo conceptual? **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 127/128).

¹⁶⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 131.

apenas «existe», por si e desligada da capacidade, quando independente de um sujeito. No momento em que a personalidade inere a um concreto sujeito (por reconhecimento ou atribuição normativa), ela confunde-se com a noção de capacidade de gozo e perde autonomia”¹⁶⁷.

Além da perda da autonomia da noção de personalidade, Diogo Costa Gonçalves ainda critica a distinção de natureza qualitativa/quantitativa, que é irrelevante no plano prático de resolução de casos¹⁶⁸. Embora o autor defenda a manutenção de ambos os conceitos, respeitando-se a evolução histórico-cultural do sistema jurídico português, ele aponta a suficiência prática da noção de capacidade jurídica¹⁶⁹. Cumulativamente, ele propõe a rediscussão da elaboração dogmática do conceito de personalidade jurídica, deslocando-a para o universo da tutela geral estabelecida no artigo 70º do CCP¹⁷⁰.

A capacidade de exercício, por seu turno, já foi definida como a “susceptibilidade que a pessoa tem de exercer pessoal e livremente os direitos e cumprir as obrigações que estão na sua titularidade, sem a intermediação de um representante legal ou o consentimento de um assistente”¹⁷¹.

A titularidade de um direito não implica a possibilidade de exercê-lo pessoal e livremente. Diante de tal realidade, o ordenamento português estabelece casos nos quais a capacidade de exercício é restringida, são as denominadas “incapacidades”. Historicamente, muitos foram os fatores e as circunstâncias que ensejaram o reconhecimento de incapacidade jurídica. A menoridade costuma ser o principal deles, por ser de amplo consenso que a pessoa em formação não possui pleno discernimento para a prática de determinados atos civis, necessitando de proteção¹⁷².

No ordenamento português há casos de incapacidade que são catalogadas como de gozo (e, conseqüentemente, de exercício ao mesmo tempo). Por exemplo, o impedimento absoluto de casamento ao menor de 16 (dezesseis) anos (artigo 1601º do CCP¹⁷³). Note-se que não se trata apenas da impossibilidade de exercer o direito pessoalmente, porque tal direito

¹⁶⁷ GONÇALVES, Diogo Costa – Personalidade vs. Capacidade Jurídica. Um regresso ao monismo conceptual? **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 132.

¹⁶⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 140.

¹⁶⁹ “Basta-nos, assim, um único conceito para operar o processo aplicativo do Direito: o conceito de capacidade jurídica. A capacidade consiste na susceptibilidade da titularidade de direitos e obrigações. É um conceito qualitativo [...] na medida em que expressa uma aptidão ou faculdade, inerente a certo sujeito. Mas é igualmente um conceito quantitativo, já que qualidade e quantidade não se excluem: a qualidade da capacidade jurídica é atribuída ao sujeito em certa medida de direitos e obrigações (capacidade de gozo)” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 144).

¹⁷⁰ “O conceito de personalidade jurídica pode e deve, portanto, manter-se; mas a sua elaboração dogmática desloca-se agora para o universo normativo do art. 70.º CCP e para os padrões juscientíficos da tutela geral da personalidade” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 147/148).

¹⁷¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. p. 95.

¹⁷² Regime da incapacidade dos menores estabelecida nos artigos 122º e seguintes do CCP.

¹⁷³ O item “a” do artigo 1601º do CCP traz hipótese de impedimento dirimente absoluto ao casamento.

sequer foi consagrado para os menores de 16 (dezesseis) anos. Ainda na esteira do casamento, torna-se hipótese de mera incapacidade de exercício para os menores de 18 (dezoito) e maiores de 16 (dezesseis) anos, pois estes podem se casar com autorização dos pais ou do tutor (artigo 1612º, nº 1, do CCP).

A deficiência das pessoas adultas também já foi elencada, e não faz muito tempo, como um fator de incapacidade. Tal circunstância foi objeto de críticas que conduziram à evolução legislativa do CCP, como será tratado a seguir.

Assim, expostos alguns aspectos da noção de capacidade jurídica na CRP e no CCP, objetiva-se, no tópico a seguir, explorar os institutos da interdição e da inabilitação, que vigoraram durante muito tempo em Portugal como medidas “de proteção”. Em seguida, discorrer-se-á sobre o modelo vigente de acompanhamento dos maiores, a fim de promover o cotejo com as disposições da CDPD sintetizadas no capítulo anterior.

2.1 Do regime anterior à Lei nº 49/18, de 14 de agosto (considerações sobre os institutos da interdição e da inabilitação)

Conforme dito alhures, há pessoas que são titulares de direitos e, nada obstante, não podem agir, pessoal e livremente, para exercê-los. Em sua redação original, o CCP previa restrições à capacidade de exercício no caso dos menores de dezoito anos (artigos 122º e 123º), dos interditos (antiga redação do artigo 138º) e dos inabilitados (antiga redação do artigo 152º). A incapacidade em razão da menoridade continua prevista na codificação, porém os institutos da interdição e da inabilitação foram recentemente revogados pela Lei nº 49/18, de 14 de agosto.

Nos termos da revogada redação do artigo 138º, o adulto com anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, que se mostrasse incapaz de governar sua pessoa e seus bens, poderia ser interditado no exercício de seus direitos. Em verdade, a interdição já poderia ser requerida no ano anterior ao da maioridade, a fim de produzir efeito assim que cessasse a menoridade.

Surdez, mudez e cegueira claramente se referiam a deficiências de ordem física e sensorial. Por sua vez, a expressão anomalia psíquica é bastante ampla e nela estavam abrangidas as “deficiências do intelecto, da afectividade ou da vontade”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 235.

Em verdade, o rol do artigo 138º do CCP possuía natureza exemplificativa, sendo determinante, para fins de decretação da interdição, o fato de a pessoa ser incapaz de governar-se a si mesma e a seus bens¹⁷⁵.

Por expressa disposição legal, o regime da interdição se equiparava, *mutatis mutandis*, ao da menoridade¹⁷⁶. Tal equiparação era tão forte que os pais, caso fossem nomeados tutores do filho adulto incapaz, cumpririam o múnus como se estivessem exercendo as responsabilidades parentais (antigo poder paternal)¹⁷⁷.

Os efeitos da interdição eram deveras severos, de modo que o interdito suportaria uma “incapacidade geral de exercício”¹⁷⁸. Tal incapacidade haveria de ser suprida por um tutor judicialmente nomeado, na condição de representante legal, lembrando-se da clássica lição de que a representação “é a forma de suprimento de incapacidade traduzida em ser admitida a agir outra pessoa em nome e no interesse do incapaz”¹⁷⁹.

A interdição poderia ser decretada provisoriamente, com nomeação de tutor para providências urgentes de proteção¹⁸⁰.

Vale destacar que a alegada intenção do legislador, segundo o paradigma de sua época, era de proteger os incapazes. Nesse sentido existiam disposições obrigando o tutor a zelar pela saúde do interdito, a ponto de justificar a alienação de bens (obtendo a autorização judicial, se necessário) para tal desiderato¹⁸¹. Cuidava-se de disposição consonante com o alegado objetivo da interdição de cuidar da pessoa e de seus bens.

Além disso, o CCP preocupou-se em estabelecer um regime de invalidade dos atos civis praticados pelo interdito. Por disposição legal, os atos praticados após o registro da sentença que decretou a interdição definitiva seriam anuláveis (antiga redação do artigo 148º). Também seriam anuláveis os negócios jurídicos praticados durante o trâmite da ação de interdição, desde que provado prejuízo ao interdito e tenha havido a decretação definitiva da interdição (antiga redação do artigo 149º)¹⁸². Por fim, aos negócios celebrados antes da ação,

¹⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 535.

¹⁷⁶ Vide a revogada redação do artigo 139º do CCP. O revogado artigo 140º do CCP ainda conferia ao juízo da ação de interdição a mesma competência atribuída ao tribunal de menores.

¹⁷⁷ Vide a revogada redação dos artigos 144º e 1878º do CCP.

¹⁷⁸ A respeito do regime revogado, buscou-se versão anterior da obra: VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. p. 111.

¹⁷⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 223.

¹⁸⁰ Vide a revogada redação do artigo 142º do CCP.

¹⁸¹ Vide a revogada redação do artigo 145º do CCP.

¹⁸² Discutia-se acerca do momento no qual deveria ser averiguado o prejuízo: na prática do ato (conclusão do negócio) ou da ação de averiguação da invalidade. Prevalecia que deveria ser avaliar no momento da conclusão do negócio, seja porque a revogada redação do artigo 149º do CCP conjugou o verbo no passado (“causou prejuízo”), seja porque não seria possível ter em conta eventualidades ulteriores que tornaria o negócio não

aplicar-se-iam as disposições do negócio celebrado em estado de incapacidade acidental, nomeadamente o artigo 257º do CCP, ainda em vigor (antiga redação do artigo 149º).

Cessada a causa que determinou a interdição, o próprio interdito, bem como os legitimados a requererem a interdição, poderiam solicitar o levantamento dela, que só ocorreria mediante decisão judicial¹⁸³.

Por sua vez, a inabilitação constituía-se em um regime mais brando (ou “maleável”¹⁸⁴) do que a interdição. Poderiam ser inabilitadas aquelas pessoas com anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira permanentes (desde que não tão graves a ponto de justificar a interdição), bem como os pródigos habituais ou abusadores do álcool e estupefacientes, acaso incapazes de reger o patrimônio de forma conveniente¹⁸⁵.

Em relação ao primeiro grupo (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira permanentes, mas não tão graves), Carlos Alberto da Mota Pinto defendia que estavam abarcadas as hipóteses da antiga “interdição parcial”, abolida pelo CCP de 1966¹⁸⁶. Considerando o tênue limite entre os institutos, diferenciados apenas pela gravidade que seria apurada durante o processo, havia dispositivo processual indicando que o tribunal não estava vinculado ao pedido do requerente, podendo decretar interdição em pedidos de inabilitação e vice-versa¹⁸⁷.

O segundo grupo (casos de prodigalidade habitual) abrangeria as hipóteses de intensa dilapidação patrimonial, não se confundindo com a mera administração infeliz dos bens ou indesejada quebra.

Para o terceiro grupo (abusadores do álcool e estupefacientes), a lei não exigiu repercussões psíquicas do vício, mas uma “alteração de caráter” que ensejasse perigo atual ao patrimônio¹⁸⁸.

Com efeito, a tônica da inabilitação era o cuidado do patrimônio, enquanto a da interdição era o cuidado da pessoa e do patrimônio.

Pedro Pais de Vasconcelos lecionava que a inabilitação, de certo modo, ostentava um “modo residual”, para casos não tão graves¹⁸⁹. Portanto, considerando que o conceito de

vantajoso, trazendo insegurança. Nesse sentido, defendia: MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 238.

¹⁸³ Vide a revogada redação do artigo 151º do CCP.

¹⁸⁴ Na feliz expressão retirada de: VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. p. 112.

¹⁸⁵ Vide a revogada redação do artigo 152º do CCP.

¹⁸⁶ Cf. MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 241. Anota-se ainda que o Código Seabra de 1867 admitia a interdição parcial no seu art. 314º, §1º, em razão de alteração promovida pelo Decreto nº 19.126, de 16 de dezembro.

¹⁸⁷ Vide a revogada redação do artigo 901º, nº 1, do CPCM.

¹⁸⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 242.

¹⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. p. 113.

anomalia psíquica é bastante ampliado, poder-se-ia “...aceitar que deficiências emergentes, por exemplo, de prodigalidade e abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes sejam de tal modo graves que justifiquem interdição em vez de inabilitação...”¹⁹⁰.

Através deste instituto, ao inabilitado constituía-se um curador, que, de modo geral, prestar-lhe-ia assistência. Especificamente para atos de disposição de bens entre vivos e outros atos especificados em sentença (de acordo com a necessidade concreta), o curador deveria dar o seu consentimento ou autorização¹⁹¹. Caso necessário, a autorização do curador para os referidos atos poderia ser suprida pelo juiz¹⁹².

Ao contrário do tutor-representante do interdito, o curador-assistente não substituíria o inabilitado nos atos da vida civil, mas autorizava-o a agir, impedia-o de agir ou intervinha ao lado dele.

Além da assistência regular e da autorização para disposição de bens, a própria administração dos bens do inabilitado, a depender do caso, poderia ser juridicamente atribuída a um curador. Neste caso, um conselho de família era constituído, a quem o curador prestaria contas¹⁹³.

Diferentemente da interdição, a lei estabelecia prazo de cinco anos do trânsito em julgado da sentença que decretou o pedido de inabilitação para o levantamento da medida. Isso para as hipóteses de inabilitação por causa de prodigalidade habitual ou de abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes¹⁹⁴. A *ratio* de tal delimitação estaria em colocar o inabilitado em um “período de prova”, evitando-se riscos de dissimulação¹⁹⁵.

As demais disposições da inabilitação eram, com as adaptações devidas, aquelas da interdição¹⁹⁶.

Além do modo de suprimimento da incapacidade e das hipóteses de incidência (fundamentos), outra discrepância substancial entre as duas figuras residia no domínio do exercício dos direitos de natureza pessoal, já que o curador do inabilitado não poderia tomar medidas de ingerência nessa área¹⁹⁷. Isso porque, segundo a lógica legal, o inabilitado

¹⁹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. p. 113.

¹⁹¹ Vide a revogada redação do artigo 153º, 1, do CCP.

¹⁹² Vide a revogada redação do artigo 153º, 2, do CCP.

¹⁹³ Vide a revogada redação do artigo 154º do CCP. Sob a perspectiva da administração total do patrimônio, havia quem defendesse que o curador agia, excepcionalmente, como um representante do inabilitado, e não apenas assistente (COSTA, Marta – A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade. **Lusíada Revista de Direito**. p. 135-136).

¹⁹⁴ Vide a revogada redação do artigo 155º do CCP.

¹⁹⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 244.

¹⁹⁶ Vide a revogada redação do artigo 156º do CCP.

¹⁹⁷ Nesse sentido: “A especial diferença entre a interdição e a inabilitação mantinha-se, nessa altura, no domínio das situações de natureza pessoal; o curador – ao contrário do tutor – não podia tomar quaisquer medidas no tocante

conservava sua capacidade de exercício no tocante a assuntos diversos daqueles ligados à regência de patrimônio (disposição de bens e, a depender do caso, administração deles), os chamados direitos pessoais.

Em comum entre os institutos, a interdição e a inabilitação funcionavam como regimes especiais de proteção destinados a pessoas maiores, embora, como dito acima, pudessem ser requeridas e decretadas no último ano da menoridade para produzirem efeitos já no primeiro dia da maioridade¹⁹⁸. António Alfredo Mendes anotou que a doutrina portuguesa, muito severa nas críticas, não elaborou com tanta intensidade sobre o real propósito (*ratio legis*) dos referidos institutos, que seria de proteção e segurança de pessoas maiores indefesas, que eram alvos de manipulação por familiares e/ou aventureiros¹⁹⁹.

Outra semelhança era que ambos os institutos demandavam afetação permanente das hipóteses justificadoras, ou seja, ambos os casos exigiam permanência e durabilidade²⁰⁰. Com efeito, a afetação temporária ou acidental, desde que notória, poderia ser causa de invalidade de negócio jurídico pontual, ensejando a aplicação do quanto preconizado no artigo 257º do CCP, ainda em vigor²⁰¹. O revogado artigo 152º do CCP expressamente exigia o “caráter permanente” da causa justificadora da inabilitação. Tal caráter ainda poderia ser implicitamente extraído das disposições da interdição, com causas de decretação mais graves e regime de representação mais extenso, equiparado às responsabilidades parentais dos pais sobre os filhos menores, que naturalmente são de longo prazo. A permanência não significava continuidade absoluta, ou seja, eventuais intervalos de lucidez não impediam a decretação da interdição, segundo o magistério de Carlos Alberto da Mota Pinto²⁰².

Os institutos da interdição e da inabilitação não estavam imunes a críticas, que se intensificaram no decorrer dos anos, especialmente a interdição.

ao inabilitado, o qual se conservava livre, na esfera pessoal” (CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 542).

¹⁹⁸ O revogado artigo 131º do CCP ainda preconizava que, caso a maioridade sobreviesse na pendência de ação de interdição ou inabilitação, o poder paternal ou a tutela seriam mantidas até o trânsito em julgado. Cuida-se de norma excepcional, que buscava impedir a capacidade plena advinda da maioridade mencionada no artigo 130º do CCP.

¹⁹⁹ Enfatizando a finalidade protetiva dos institutos, ainda na vigência do antigo regime, o autor se preocupa com a realidade dos tribunais, muitas vezes recebendo ações de aventureiros, deturpando o real propósito da interdição e da inabilitação. A propósito: “Embora esta ideia seja muito pouco tratada e evidenciada na nossa doutrina, acompanha-nos a convicção de que este propósito é a verdadeira ‘ratio legis’ das normas que estão na base do instituto supracitado” (MENDES, António Alfredo – A interdição como instrumento de proteção ao incapaz. **Jurismat Revista Jurídica**. p. 204, 206 e 209).

²⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. p. 112.

²⁰¹ Alguns exemplos de aplicação do artigo 257º do CCP: embriaguez, hipnose, intoxicação, delírio, entre outros (cf. MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 249).

²⁰² Nesse sentido: “As deficiências fisio-psíquicas que são fundamento da interdição devem ser habituais ou duradouras – o que não significa, pelo menos quanto à interdição por anomalia psíquica, continuidade absoluta, sem remissões – e actuais” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 235).

A alegada finalidade protetiva passou a ser largamente confrontada, especialmente diante da tensão existente entre os valores de proteção e autonomia. Com a crescente valorização da autonomia pessoal no cenário jurídico (suplantando o antigo ideal de maior proteção), as críticas partiam do postulado de que, entre os adultos, a plena capacidade de exercício é a regra (artigo 130º do CCP), enquanto o regime das incapacidades é a exceção. Logo, mesmo no regime de exceção, dever-se-ia buscar preservar o máximo possível da capacidade da pessoa, valorizando, por exemplo, as manifestações antecipadas de vontade e a eleição de um representante para eventual e futura incapacitação. Assim, considerando a excepcionalidade das restrições aos direitos, a regra deveria ser a autonomia (associada à capacidade) e a exceção a proteção (associada à incapacidade)²⁰³.

Sobre a proteção do patrimônio dos incapazes, à época já havia alerta para a necessidade de nortear-se pela “óptica da pessoa”²⁰⁴. Em outras palavras, a administração do patrimônio dos incapazes (pessoas com capacidade diminuída) não poderia ser temerária, sujeita a altos e baixos, como uma pessoa capaz pode fazer, mas também não pode seguir a óptica da pura conservação, sem se preocupar com as preferências do incapaz²⁰⁵.

Ainda no âmbito da administração do patrimônio das pessoas incapazes, mas especificamente em relação àquelas com capacidade diminuída por anomalia psíquica, Paula Távora Vítor arrola alguns valores que deveriam reger a administração, quais sejam: (1) promoção da autonomia (buscando preservar o máximo da capacidade do interdito e do inabilitado); (2) valorização da autodeterminação na esfera de interesses do incapaz (entendendo-se a autodeterminação como conceito diverso da autonomia)²⁰⁶; e (3) a busca da alternativa menos restritiva, que prega a eleição de meios menos lesivos aos direitos fundamentais²⁰⁷.

Outra severa crítica lastreava-se na premissa de que o Direito Civil historicamente se preocupou muito com os direitos patrimoniais, mas esse paradigma mudou, especialmente diante da valorização do princípio da dignidade humana. Atualmente, impõe-se a prevalência da proteção da pessoa e do livre desenvolvimento de sua personalidade sobre os direitos

²⁰³ Crítica levantada por vários autores, que foi aprofundada no âmbito da proteção do patrimônio dos incapazes por: VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Patrimônio das Pessoas com Capacidade Diminuída**. p. 15-16.

²⁰⁴ Na feliz expressão de Paula Távora Vítor (*Idem* – **Op. Cit.** p. 13).

²⁰⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 13-14 e 24.

²⁰⁶ Para a autora, a autonomia seria a ausência de coerção externa e/ou de compulsão interna para constituir determinada relação jurídica. Já a autodeterminação é o poder de gerir seus interesses de acordo com suas vontades e preferências, ou seja, de orientar a sua vida (VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Patrimônio das Pessoas com Capacidade Diminuída**. p. 19).

²⁰⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 14-31.

patrimoniais, o que não se via nas disposições revogadas. Nos dizeres de Alexandra Chícharo das Neves, em relação à tutela, “...não se consagra como regra a autodeterminação e autonomia da pessoa na gestão de sua vida e do seu património...”²⁰⁸. Em outras palavras, a interdição, enquanto medida judicial que determinava uma incapacidade geral (leia-se patrimonial e pessoal), deixava de valorizar a pessoa com deficiência como sujeito de direitos com autonomia para reger, por exemplo, seu corpo, sua liberdade, sua escolha de profissão, a constituição de sua família, entre outros²⁰⁹.

Nesse sentido, as comparações com outros ordenamentos eram constantes, já que outros países europeus haviam mudado a concepção relativamente aos adultos com capacidade diminuída²¹⁰. Todavia, Portugal ainda se mantinha apegado a institutos do Direito Romano excessivamente patrimoniais e incompatíveis com os atuais ideais de proteção²¹¹.

Paralelamente ao fato de o tutor ter poucas limitações legais no exercício de suas atribuições, censurava-se também a falta de um eficaz e periódico controle das suas atividades como representante legal do interdito²¹².

Na mesma esteira das limitações aos direitos pessoais, levantavam-se questionamentos acerca de violações aos direitos de casar-se, procriar, perfilhar e adotar, diante da incapacidade de exercício imposta aos interditos.

Conforme anota Jorge Duarte Pinheiro, também não estavam isentos de menção desonrosa a morosidade e os custos dos processos de interdição e inabilitação, o estigma e o fato de não abrangerem as hipóteses de incapacidade temporária grave²¹³. Marta Costa também incluía nesse rol o custo emocional dos processos, incrementado pelas publicações impostas pela lei, além da marginalização oriunda de restrições não só à capacidade de exercício, mas também à capacidade de gozo em relação aos interditos²¹⁴.

A equiparação da interdição ao regime da menoridade era outro fato que incomodava. Dizia-se que a regra ostentava cunho paternalista, tratando a pessoa adulta com deficiência – que deveria, em regra, ser plena titular de direitos – como uma criança sob os cuidados de um

²⁰⁸ NEVES, Alexandra Chícharo das – Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova concepção da pessoa com deficiência. **Revista do Ministério Público**. p. 80.

²⁰⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 92.

²¹⁰ Dentre os exemplos, o principal seria o da Alemanha, com o seu *Betreuung*, que é uma espécie de acompanhamento, com poderes restritos e em casos extremos, previsto já no ano de 1990 (*Idem* – **Op. Cit.** p. 81).

²¹¹ A crítica era de que a proteção dos adultos não poderia ser centrada na proteção do patrimônio, como o Direito Civil clássico, mas em valores existenciais, nos termos mais atuais (*Idem* – **Op. Cit.** p. 96).

²¹² *Idem* – **Op. Cit.** p. 92.

²¹³ PINHEIRO, Jorge Duarte – As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento. A visão do jurista. **Revista O Direito**. p. 475.

²¹⁴ COSTA, Marta – A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade. **Lusíada Revista de Direito**. p. 137 e 155.

tutor²¹⁵. Mesmo o regime da inabilitação, mais maleável, não se preocupava com dimensões diversas dos atos de carácter patrimonial²¹⁶

Observa-se que os principais fundamentos das censuras lançadas contra o regime das interdições e das inabilitações estavam calcados em documentos internacionais, tanto em âmbito global quanto europeu. Instrumentos de *soft law* lançaram luzes sobre a causa até que a CDPD consagrou a necessidade de garantia da autodeterminação das pessoas com deficiência, ainda que haja necessidade de auxílio no exercício de direitos (capacidade de exercício), consoante mencionado em capítulo anterior.

António Menezes Cordeiro, escrevendo antes da aprovação da Lei do Maior Acompanhado, alertava para a importância de que algumas recomendações do Conselho da Europa (*soft law*) fossem levadas em alta consideração na reforma, especialmente a Recomendação nº R(99)4, de 23 de fevereiro de 1999²¹⁷.

Embora não seja a pretensão minuciar documentos de âmbito internacional diversos da CIDPC, vale anotar o destaque da Recomendação nº R(99)4, de 23 de fevereiro de 1999, do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, que elenca alguns princípios que os institutos de apoio às pessoas com capacidade reduzida ou diminuída deveriam ostentar, tais como: flexibilidade da resposta legal aos diferentes graus de incapacidade (Princípio 1), máxima preservação da capacidade (Princípio 3), necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade das medidas de proteção aos graus de incapacidade (Princípios 5 e 6)²¹⁸.

²¹⁵ Nesse sentido: VÍTOR, Paula Távora – Capacidade e incapacidades. Resposta do ordenamento jurídico português e o artigo 12º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Sociedade e Trabalho**. p. 55. No mesmo rumo, em relação ao paternalismo e à equiparação com a menoridade, cf.: NEVES, Alexandra Chícharo das – Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova conceção da pessoa com deficiência. **Revista do Ministério Público**. p. 96.

²¹⁶ Observa-se que, diante das críticas ao regime da inabilitação inclusive, há muito já havia defensores da completa substituição das figuras tradicionais por outra altamente flexível e sob a ótica da maximização da capacidade, como em outros ordenamentos (COSTA, Marta – A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade. **Lusíada Revista de Direito**. p. 156).

²¹⁷ O autor cita a R(98) 9, de 18 de setembro de 1998, a R(99) 4, de 23 de fevereiro de 1999, a R(2006) 5, de 5 de abril de 2006 e a R(2009) 6, de 8 de julho de 2009. Afirma ainda que todas elas merecem atenção pelo fato de suas medidas terem sido envolvidas pela CDPD (Cf. CORDEIRO, António Menezes – Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**. p. 535-536). Nesse mesmo artigo, escrito antes da aprovação da Lei do Maior Acompanhado, o autor defendeu que, dentre os projetos apresentados, o Parlamento deveria privilegiar aquele que apresentasse uma solução monista, com solução lata para as diversas soluções, na esteira da CDPD (*Idem* – **Op. Cit.** p. 545-546).

²¹⁸ Segundo Jorge Duarte Pinheiro, a referida Recomendação, em razão do princípio da máxima preservação da capacidade, abarca a doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual “a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efectuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de proteção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida”. Com isso, o autor propunha uma “reinterpretação” da tutela na interdição, até que o ordenamento português fosse alterado, de modo a garantir maior participação do interdito nas decisões (na medida da capacidade dele), assim como o tutor aos pupilos mais maduros (PINHEIRO, Jorge Duarte – As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e Suprimento. A visão do jurista. **Revista O Direito**. p. 477, 479-480).

É interessante verificar que cerca de vinte anos após a Recomendação nº R(99)4, de 23 de fevereiro de 1999, entrou em vigor a Lei nº 49/18, em 11 de fevereiro de 2019, adotando vários dos princípios preconizados naquele documento, como será explanado no próximo tópico.

Em suma, afirma-se que em Portugal a mudança legislativa foi pautada pela incompatibilidade do regime anterior ao novo espírito regente das questões alusivas às pessoas adultas com deficiência iniciado por documentos de *soft law* e com o ápice na CDPD.

2.2 Do regime jurídico do maior acompanhado (Lei nº 49/18, de 14 de agosto)

A Lei nº 49/18, de 14 de agosto, criou a figura jurídica do maior acompanhado e revogou os institutos da interdição e inabilitação²¹⁹. Pelo novel regime, o artigo 138º do CCP, preferindo a expressão “impossibilitado [...] de exercer” a “incapazes de governar” (redação revogada), preconiza que medidas de acompanhamento serão deferidas a quem sofrer restrição no exercício pessoal, pleno e consciente de direitos e no cumprimento de deveres por motivos de saúde, deficiência ou em razão do próprio comportamento.

A exclusão do termo “incapazes” do texto legal leva à conclusão de que o regime das incapacidades cessou, em Portugal, no tocante às pessoas maiores²²⁰.

Registre-se, por oportuno, que não é mais necessário declarar a incapacidade de uma pessoa maior para auxiliá-la nos atos da vida civil, o que era um dos grandes inconvenientes da interdição e da inabilitação. Atualmente, em Portugal, como regra, “uma pessoa maior com deficiência deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder sua capacidade de exercício!”²²¹.

Observa-se que o legislador abandonou o modelo dualista para adotar um modelo monista, passando a vigorar apenas um instituto relativo à proteção e ao apoio dos maiores com capacidade de exercício diminuída.

²¹⁹ O regime das incapacidades não foi totalmente revogado, subsistindo para os menores não emancipados (artigos 122º, 123º, 132º e 133º do CCP).

²²⁰ A afirmação não é unânime. Como será mais bem explorado no tópico seguinte deste capítulo, ensina António Pinto Monteiro que não é rigoroso afirmar que o regime da incapacitação foi abolido, pois “...mesmo no novo regime, poderá haver situações que devam qualificar-se dogmaticamente como casos de incapacidade de exercício de direitos, ainda que só excepcionalmente e dependendo, em cada caso, da decisão do tribunal” (MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 72).

²²¹ MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 76.

A adoção de um modelo monista, longe de um engessamento, promove a flexibilização, permitindo que a decisão judicial determine os limites da incapacidade no caso concreto, ajustando o apoio apenas ao necessário, salvaguardando os interesses das pessoas com restrições de exercício pessoal de direitos e cumprimento de deveres. Segundo António Menezes Cordeiro, a flexibilização é o “objetivo mais marcante da reforma”, pois, havendo dois ou mais institutos, é necessário tipificá-los, fixando os conteúdos de cada um, muitas vezes reduzindo a aplicação prática a temáticas conceituais em detrimento da realidade²²². O novo regime, segundo o mencionado autor, é uma adaptação do Direito Civil português, voltando-se para as pessoas idosas e/ou deficientes, cujo número é crescente em terreno português²²³.

O legislador poderia ter reformulado o regime da interdição e da inabilitação, configurando-os conforme os novos ditames de valorização da pessoa com deficiência. Todavia, optou-se por uma reforma mais profunda, revogando institutos que já ostentavam estigma negativo²²⁴. A própria expressão “maior acompanhado” pretendeu dignificar os envolvidos, constituindo-se num conceito que trouxesse prestígio e fosse mais “convidativo” que seus antecessores²²⁵.

Ao contrário do regime anterior, que procurava minudenciar os casos de incidência de interdição (ao mencionar, por exemplo, cegueira, surdez-mudez e anomalia psíquica), a atual redação legal não traz uma lista fechada das hipóteses suscetíveis de acompanhamento, mas condiciona o deferimento da medida ao preenchimento de requisitos gerais, um de natureza subjetiva e outro de natureza objetiva²²⁶.

²²² António Menezes Cordeiro ainda afirma que a adoção de um modelo monista é o preferível pela CDPD, além de ser realidade em outros ordenamentos, notadamente o alemão, com seu *Betreuung* ou acompanhamento (CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 551). Ainda nesse sentido de maior flexibilidade, foi o parecer da Ordem dos Advogados em razão da Proposta de Lei nº 110/XIII, convertida na Lei nº 49/18, de 14 de agosto, segundo o qual “...a rigidez da dicotomia interdição/inabilitação que obsta à maximização dos espaços de capacidade de que a pessoa ainda é portadora” (ORDEM DOS ADVOGADOS – Parecer da Ordem dos Advogados. Proposta de lei nº 110/XIII: estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos de interdição e da inabilitação **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 495).

²²³ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 544-547.

²²⁴ Nessa direção, havia quem defendesse que a “reforma mínima” não seria satisfativa. A mudança radical alcançaria um valor simbólico importante, relegando institutos associados a um “...lastro sancionatório, constituindo causa de suspeita e descrédito social” (ALVES, Raúl Guichard – Alguns aspectos do instituto da interdição. In **Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação**. p. 116).

²²⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 554.

²²⁶ Conforme ensina: BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 53. Há quem coloque a questão em termos de causa (razões de saúde, deficiência e comportamento) e consequência (impossibilidade de exercer os direitos e cumprir os deveres de forma plena, pessoal e consciente). Nesse sentido: MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 80.

O requisito subjetivo consiste na impossibilidade de a pessoa exercer plena, pessoal e conscientemente seus direitos e cumprir seus deveres.

Aponta-se aqui importante diferença em comparação com o antigo regime, qual seja, não há necessidade de habitualidade ou durabilidade da afetação da capacidade. Conforme lecionada Mafalda Miranda Barbosa, situações transitórias e temporárias podem embasar o pedido de acompanhamento, desde que haja “uma certa ideia de constância”, como o internamento em virtude de um acidente, por exemplo²²⁷.

O requisito objetivo, por sua vez, diz respeito à causa da impossibilidade de exercício pessoal, que pode ser oriunda de diversas situações. A lei enumera as seguintes: a) saúde e deficiência: mais amplas do que anomalia psíquica, surdez-mudez e cegueira a que se referia o artigo 138º antes da alteração legislativa, englobando, inclusive, as pessoas idosas; e b) comportamento pessoal: abrangendo os antigos casos de prodigalidade e abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, além de outros que se encaixem no enunciado geral²²⁸.

Em relação ao primeiro grupo, desde já se anuncia que estão excluídos os casos relativos a limitações de natureza física, uma vez que, embora necessário algum apoio para a execução ou exteriorização da vontade, o problema não está propriamente na formação da vontade. Portanto, evita-se medida intrusiva do acompanhamento, havendo outros meios de auxílio à maioria das pessoas com deficiência física²²⁹.

No que concerne à hipótese do comportamento pessoal, a lei não está imune a críticas. Aliás, ainda no trâmite legislativo, a Ordem dos Advogados demonstrou sérias reservas em relação a tal previsão e à margem de ambiguidades interpretativas dela decorrentes, apontando que “...não deixa de ser intrusiva e cerceadora no que se refere à autodeterminação pessoal e liberdade de disposição patrimonial”²³⁰.

²²⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 54.

²²⁸ Sobre a interpretação do “pelo seu comportamento”, parece contemplar as antigas causas de abuso de bebidas alcoólicas e estupefacientes, além dos pródigos em situação de compulsão, excluindo-se, por óbvio, as causas de doações ideológicas ou por vocação (o exemplo da doação total dos bens para ingressar em alguma ordem mendicante) (*Idem* – **Op. Cit.** p. 56-57).

²²⁹ VÍTOR, Paula Távora – Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 131.

²³⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS – Parecer da Ordem dos Advogados. Proposta de lei nº 110/XIII: estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos de interdição e da inabilitação **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 502.

Em suma, as hipóteses de cabimento foram alargadas, contribuindo, consoante a lição de António Pinto Monteiro, com a alteração da lógica da taxatividade para a lógica da flexibilidade²³¹.

A legitimidade para o requerimento do acompanhamento foi conferida, como regra, ao próprio maior que dele necessitar. Cuida-se de corolário da manutenção da capacidade daqueles que serão acompanhados, além de prestígio à sua autodeterminação. Além do acompanhado, mas mediante a autorização deste, é possível o requerimento pelo cônjuge, pelo unido de facto ou outro parente. Trata-se de previsão que tende a afastar os pedidos de limitação de exercício de direitos por virtuais herdeiros interessados apenas na preservação do patrimônio da pessoa com capacidade diminuída²³². Excepcionalmente, o Ministério Público pode efetuar o requerimento, ainda que sem autorização da pessoa que será acompanhada (artigo 141º do CC).

Nos casos iniciados pelo Ministério Público, considerando os paradigmas legais e os princípios convencionais, há quem defenda a necessidade de uma compensação, exigindo-se análise mais profunda na verificação dos requisitos a serem analisados, pois iniciada sem a autorização do acompanhado²³³. Vale ainda notar que, mesmo nos casos cuja iniciativa da ação foi do acompanhado ou de familiar, o Ministério Público será chamado a se manifestar, inclusive em prestação de contas, podendo recorrer da decisão²³⁴.

Além de a legitimidade principal para requerer a medida ser atribuída à pessoa que carece de medida(s) de acompanhamento, ela também tem a faculdade de escolher o seu acompanhante, nos termos do artigo 143º, nº 1, do CCP. Na ausência de eleição pelo acompanhado, a lei estabelece o rol de virtuais acompanhantes, mas a escolha deverá levar em conta a capacidade de melhor salvaguardar o interesse do acompanhado (artigo 143º, nº 2, do CCP). Facultou-se ainda a designação de vários acompanhantes, com funções diversas, todas

²³¹ Segundo o citado civilista, “...de um modelo, do passado, rígido e dualista, de tudo ou nada, em que prepondera a substituição, deve partir-se para um modelo flexível e humanista, baseado em medidas adoptadas casuisticamente e periodicamente revista, prioritariamente destinada a apoiar quem delas necessite...” (MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 79).

²³² Nesse sentido: “...o que interromperá previsivelmente a prática antiga de parentes sucessíveis requererem a interdição daqueles de quem contavam herdar, com o fim de evitar que praticassem atos que pudessem diminuir o património hereditário com o qual estavam a contar” (VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. p. 128). No mesmo sentido, ainda sob a égide do regime anterior, acerca de “aventureiristas” e familiares com propósitos obscuros, já havia outros alertas doutrinários (cf. MENDES, António Alfredo – A interdição como instrumento de proteção ao incapaz. **Jurismat Revista Jurídica**. p. 213).

²³³ Cf. BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 59.

²³⁴ Artigos 948º e 985º do CCP.

determinadas pela decisão judicial (artigo 143º, nº 3, do CCP). Esta última possibilidade é interessante, pois permite a divisão de tarefas, deixando de sobrecarregar pessoa específica. Ademais, também aumenta o número de pessoas buscando o melhor interesse do acompanhado, além de cumprir com a promessa de flexibilidade do novo regime.

O Supremo Tribunal de Justiça julgou um caso no qual a perícia concluiu pela necessidade de acompanhamento nas áreas de disposição patrimonial e de saúde, e o acórdão recorrido havia nomeado dois acompanhantes: a irmã da acompanhada para atribuições patrimoniais e o companheiro da acompanhada para gestão das questões de saúde. Fundamentou-se a decisão no fato de o companheiro viver diariamente com a acompanhada, podendo-lhe ministrar os remédios e ajudar nos demais cuidados de saúde. Todavia, como no passado o companheiro tentou sacar grande quantidade de dinheiro da herança do pai da acompanhada, não foi considerado o mais apto a lidar com a questão financeira²³⁵.

O Tribunal da Relação de Guimarães também julgou um interessante caso no qual os cinco filhos da beneficiária alegaram indisponibilidade para assumir das funções de acompanhante, o que levou o tribunal a nomear todos os filhos, em regime de rotatividade, por período de seis meses cada um, mesmo porque o acompanhamento, no caso, se restringia a poucas questões de natureza patrimonial²³⁶.

Além disso, como consequência da CDPD, a letra da lei determinou que, como regra, o exercício dos direitos pessoais e os negócios da vida corrente permanecem dentro da esfera da autonomia do maior impossibilitado (artigo 147º, nº 2, do CCP). Os negócios da vida corrente são aqueles “que a generalidade das pessoas celebra o para satisfação das necessidades do dia a dia ou para satisfação de necessidade que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida”²³⁷. Sobre os direitos pessoais, o texto trouxe longa lista exemplificativa, mencionando os direitos de casar-se, constituir situações de união, procriar,

²³⁵ SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão do Processo nº 2076/16.0T8CSC.L2.S1, de 10 de março de 2022**. Relator Rosa Tching [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0ce5bae85121ae1f8025880d005c95b0?OpenDocument>>.

²³⁶ TRIBUNAL da Relação de Guimarães – **Acórdão do processo 2015/20.5T8EPS.G1, de 20 de janeiro de 2022**. Relator Rosália Cunha [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/08d9febe1e497440802587e3004b19b3?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

²³⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 65.

perfilhar ou adotar, cuidar e educar os filhos, escolher profissão, deslocar-se no país ou no estrangeiro, fixar domicílio e residência, estabelecer relações com quem entender e testar²³⁸.

Trata-se de importante alteração, cedendo à crítica mencionada no tópico anterior de que o Direito Civil deveria se preocupar mais com os direitos existenciais do que patrimoniais. Com efeito, a pessoa adulta com deficiência tem plena titularidade de direitos e o exercício deles (principalmente dos direitos pessoais) não pode ser relegado a terceira pessoa sem que haja estudo, caso a caso, das reais impossibilidades do acompanhado.

Todavia, vale salientar as exceções preconizadas no artigo 147º, nº 1, do CCP, que permite à lei e à decisão judicial disporem em contrário sobre os direitos pessoais. Nesse sentido, o CCP, mesmo após a aprovação da Lei do Maior Acompanhado, prevê algumas limitações a direitos pessoais, como aos de casar-se, perfilhar e testar.

A alínea b) do artigo 1.601º do CCP dispõe que o casamento é obstado quando a decisão de acompanhamento determinar a restrição a tal direito pessoal. Veja-se que, em relação ao acompanhado, a exceção ao exercício do direito pessoal de casar-se está prevista em lei, mas também exige o requisito cumulativo de determinação em sentença, diferentemente do regime anterior, no qual o impedimento dirimente já estava posto pela lei nos casos de demência notória e interdição/inabilitação por razões de anomalia psíquica²³⁹. O mesmo raciocínio se aplica às uniões de facto, pois o artigo 2º, alínea b), da Lei nº 7/2011, de 11 de maio, também foi alterado para colocar como impedimento à atribuição de direito na união de facto por maior acompanhado, se assim estabelecer a sentença (exceto se posterior ao início da união).

O artigo 1.850º, nº 1, do CCP dispõe que os maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais não têm capacidade de perfilhar. Uma eventual perfilhação ao arrepio do citado dispositivo poderá ser anulada no prazo de um ano (artigo 1.861º do CCP). Uma vez que, pela letra da lei, a regra é o pleno exercício dos direitos pessoais dos acompanhados (artigo 147º do CCP), a restrição do artigo 1.850º, nº 1, do CCP só pode ser aquela judicial, na sentença que decretar o acompanhamento. Ao contrário, a redação anterior

²³⁸ A lista é exemplificativa, pois, neste caso, todos os direitos da personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais (BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 65).

²³⁹ A generalidade da norma revogada, abarcando todas as interdições/inabilitações por deficiência psíquica era objeto de críticas doutrinárias, sob o argumento de que os avanços da medicina e dos métodos contraceptivos admitem que pessoas com deficiência, a depender do contexto, exerçam o direito de se casar e perfilhar. Nesse sentido: NEVES, Alexandra Chícharo das – Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova concepção da pessoa com deficiência. **Revista do Ministério Público**. p. 104-112.

do dispositivo mencionava a incapacidade de perfilhar para os interditos por anomalia psíquica, ou seja, independia de decisão judicial²⁴⁰.

O artigo 2.189º do CCP prevê a incapacidade de testar dos maiores acompanhados apenas nos casos em que a sentença do acompanhamento o determine. A redação anterior nada mencionava sobre sentença, apenas afirmava a incapacidade de testar dos interditos por anomalia psíquica, gerando nulidade do testamento realizado nessas condições (artigo 2190º do Código Civil).

Partindo da premissa doutrinária portuguesa de que os artigos 1.601º, 1.850º e 2.189º tratam de exceções à capacidade de gozo (não de exercício, ou seja, não há suprimimento da incapacidade, os atos não podem ser concluídos por terceiros em nome do titular do direito, nem por autorização deste conferida àquele)²⁴¹, Mafalda Miranda Barbosa sustenta que “o novo regime do acompanhamento de maiores alarga a capacidade de gozo dos sujeitos”, uma vez que a incapacidade depende de decisão judicial ao avaliar o caso concreto do acompanhado²⁴².

Por outro lado, existem críticas a tais restrições, mormente em virtude do direito de constituir família estabelecido pelo artigo 23º da CDPD e artigo 26º da CRP.

Já no regime anterior entendia-se que a proibição de contrair matrimônio ou união de facto negava à pessoa importante meio de relação do desenvolvimento pessoal e da criação de laços afetivos estáveis²⁴³.

O regime antigo impunha limites legais à atuação do tutor em relação ao patrimônio do interdito. Veja-se, a título de exemplo, o artigo 1.937º do CCP, com vedação de disposição gratuita de bens do tutelado, bem como a celebração de negócios que possam gerar obrigações para o tutelado em prol do próprio tutor. Nada obstante, no campo do exercício dos direitos

²⁴⁰ Vale anotar que, em relação a perfilhar, o artigo mencionado não especifica que a sentença deve restringir tal direito (como na capacidade de casar-se e de testar), mencionando que basta haver restrições ao exercício dos direitos pessoais. Ora, como é possível restringir alguns direitos pessoais e outros não, a melhor interpretação precisa ser a restritiva, ou seja, só se a decisão mencionar expressamente a incapacidade para perfilhar. Nesse sentido: VÍTOR, Paula Távora – Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 135.

²⁴¹ Há restrições ao posicionamento acima. Raúl Guichard Alves afirma que se pode duvidar do que seriam incapacidades de gozo, pois está em causa a prática de determinado ato, e não a titularidade da relação. No exemplo do casamento, interditos ou inabilitados por anomalia psíquica poderiam já estar casados quando da medida de interdição/inabilitação. Além disso, no caso do casamento, a lei previa apenas a consequência da anulabilidade (ALVES, Raúl Guichard – Alguns aspectos do instituto da interdição. In **Coleção de Formação Inicial Interdição e Inabilitação**. p. 63).

²⁴² BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 67.

²⁴³ Nessa direção, apontava-se que, em razão do disposto no artigo 156º do Código Penal português, “...no plano extraconjugal, não será muito fácil ao portador de anomalia psíquica manter relações sexuais, quando mais não seja atendendo ao valor dissuasor da eventual qualificação penal do comportamento do parceiro...” (ALVES, Raúl Guichard – Alguns aspectos do instituto da interdição. In **Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação**. p. 65).

personais, não havia maior regulamentação legal, o que ocasionava, em vários casos, privação da vontade do interdito, que era exclusivamente manifestada por seu representante legal. Nesse toar, Mafalda Miranda Barbosa ensina que havia um desgaste de instrumentos tão rígidos quanto a interdição e a inabilitação, pois muitas vezes ocasionavam “efeito estigmatizador” e “(...) intrusão injusta, com conotações discriminatórias e infamantes²⁴⁴”.

Em resumo, não se descurando da proteção do patrimônio dos interditos e inabilitados, a grande questão se colocava nas dificuldades de autodeterminação no âmbito dos direitos pessoais, principalmente no tocante ao interdito. O casamento, a constituição de união, a procriação, o trabalho, dentre outros atos, dependiam mais da vontade do representante do que do próprio interdito, situação dissonante dos princípios de vida independente, autodeterminação e alternativa menos restritiva de direitos. Isso mudou, pelo menos no campo legislativo.

O regime do maior acompanhado está envolvido em dois princípios regentes: a subsidiariedade e a necessidade.

O princípio da subsidiariedade encontra respaldo no artigo 140º, nº 2, do CCP, ao afirmar que o acompanhamento não terá lugar se os objetivos se mostrarem garantidos pelos deveres gerais de cooperação e de assistência²⁴⁵. Isso quer dizer: não é qualquer limitação que determinará o regime do acompanhamento, uma vez que há situações nas quais a família pode prestar assistência sem a necessidade de nomeação de acompanhante. Veja-se, por exemplo, os deveres de auxílio mútuo (cooperação) e contribuir para encargos (assistência) entre os cônjuges, estabelecidos pelos artigos 1674º e 1675º do CCP, respectivamente.

Geraldo Rocha Ribeiro inclui nas disposições do artigo 140º, nº 2, do CCP os contratos de cuidado (e.g.: prestação de serviços integrada por alojamento ou prestação de apoio domiciliário) e o Modelo de Apoio à Vida Independente – MAVI (Decreto-Lei n.º 129/2017, de 09 de outubro, cujo artigo 6º prevê atividades de apoio em deslocações, higiene, alimentação, entre outros, a serem promovidas em Centros de Apoio à Vida Independente – CAVI)²⁴⁶.

Além das hipóteses acima regulamentadas, estão os próprios “meios informais de cuidado” que ocorrem no âmbito familiar²⁴⁷.

²⁴⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade? **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 235.

²⁴⁵ António Menezes Cordeiro chama ao princípio da subsidiariedade de supletividade e exemplifica dizendo que, a depender do caso, até mesmo alguns contratos de internamento solicitados pela própria pessoa a ser ajudada são suficientes para garantir o exercício de direitos, sem a necessidade do acompanhamento (CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 559).

²⁴⁶ RIBEIRO, Geraldo Rocha – O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar online**. p. 22.

²⁴⁷ Os meios informais de cuidado são exercidos no bojo da própria família, evitando-se as medidas institucionais ou formais, conforme ensina: VÍTOR, Paula Távora – Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade

Vale ressaltar que a figura do acompanhante não se confunde com a de um cuidador, no sentido material ou de facto. Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Guimarães já decidiu que “os atos materiais de cuidado e supervisão diária do beneficiário, as prestações de cuidados de saúde não constituem o objeto do acompanhamento, antes os poderes-deveres que asseguram a realização destes atos materiais de cuidado”²⁴⁸.

Por sua vez, o princípio da necessidade foi textualmente consagrado no artigo 145º, nº 1, do CCP. A lei estabeleceu diversas possibilidades de regime para o acompanhante, ao qual pode ser conferido o exercício das responsabilidades parentais (passam-se ao acompanhante as responsabilidades parentais que o acompanhado casualmente tenha em relação a menores), a representação geral ou especial do acompanhado, a administração total ou parcial dos bens do beneficiado, ou a autorização prévia para a prática de determinados atos. Veja-se que há situações extremas de representação e outras mais amenas de mera assistência, mas os poderes do acompanhante serão apenas os necessários para a consecução das finalidades da medida, avaliando-se cada caso, e sempre se preservando o exercício dos direitos pessoais.

Nas palavras de António Pinto Monteiro, procurou-se “(...) abandonar o regime da interdição, medida radical e rígida, substituindo-o por um regime flexível, que permita ao juiz, qual alfaiate, fazer um fato à medida, do necessário, adequando as medidas à situação concreta de cada pessoa”²⁴⁹.

A cessação da medida com o desaparecimento da causa que o justificou, assim como a modificação dos poderes, em havendo alteração das circunstâncias, também são corolários do princípio da necessidade.

No que diz respeito ao exercício da função de acompanhante, este deve buscar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência de um bom pai de família (artigo 146º, nº 1, do CCP). Nessa esteira, fala-se em “supremo interesse do acompanhado”²⁵⁰.

O legislador ainda possibilitou às pessoas maiores constituírem mandatário para a gestão de seus interesses na hipótese de previrem futura necessidade de acompanhamento, especificando se haverá poderes de representação e quais direitos serão abrangidos. O mandato

diminuída. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 137-138.

²⁴⁸ TRIBUNAL da Relação de Guimarães – **Acórdão do processo 45/21.7T8VLN.G1, de 02 de junho de 2022**. Relator Conceição Sampaio [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/2f51db249e013fe3802588640049ecdb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>> p. 10.

²⁴⁹ MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 78.

²⁵⁰ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 61.

poderá ser revogado a qualquer momento pelo mandante. Ele também caducará se houver decisão judicial determinando o acompanhamento, mas o tribunal aproveitará, no todo ou em parte, o mandato ao definir quem será o acompanhante e qual o âmbito de proteção (art. 156º do CCP).

Um exemplo bastante lembrado é o da pessoa com *Mal de Alzheimer* ou outra condição degenerativa progressiva que cause impedimento de longo prazo, a qual, a depender do diagnóstico, sabe que perderá suas faculdades e poderá chegar a um estado clínico de impossibilidade de exercício de suas vontades. Para tanto a lei faculta-lhe eleger um acompanhante para o futuro²⁵¹.

No que concerne aos atos praticados pelo acompanhado sem representação ou assistência, não se verificaram alterações substanciais da redação legal. Quando os atos forem posteriores ao registro, são anuláveis. Também serão anuláveis se praticados durante o processo, mas após decisão final que decreta o acompanhamento, desde que prejudiciais ao acompanhado (artigo 154º do CCP). Por sua vez, aos atos anteriores ao processo aplica-se o conhecido regime da incapacidade acidental do artigo 257º do CCP.

Em duas recentes oportunidades, o Tribunal Constitucional Português decidiu acerca das normas de publicidade, que indiretamente estão relacionadas ao interesse de terceiros buscarem a invalidação de atos praticados por acompanhados sem a observância das medidas de acompanhamento.

Nesses casos o Tribunal Constitucional foi acionado para decidir a respeito de decisão oriunda da primeira instância, que recusou a aplicação do artigo 153º do CCP (que determina a publicidade do início e decisão final do processo de acompanhamento), ao fundamento de inconstitucionalidade material, por violação à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional (artigo 26º, nº 1, da CRP). A decisão final foi pela não inconstitucionalidade da norma que, seguindo os padrões de necessidade e subsidiariedade da reforma implementada pela Lei nº 49/18, de 14 de agosto, conferiu ao juiz a análise de cada caso sobre a ocorrência, o conteúdo e o meio da publicação, ao contrário do regime anterior. Com isso, a nova regra restringe o direito à reserva da intimidade da vida privada de forma contida e proporcional, não se podendo exigir o sacrifício da solução diversa (de completa proibição de publicação), pois excluiria a possibilidade de ação de terceiros de boa-fé e prejudicaria o regime especial de anulabilidade do artigo 154º do CCP²⁵².

²⁵¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 555.

²⁵² TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 507/2022 (Processo n.º 1063-A/2020), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em:

Vale ressaltar, como nota final, que o artigo 26º da Lei nº 49/18, de 14 de agosto, trouxe disposições interessantes sobre a aplicação temporal do novo instituto do acompanhamento, estendendo o seu regime aos processos em curso e aos já finalizados. Destaque-se que nas interdições já decretadas foram conferidos poderes gerais de representação aos acompanhantes, e nas inabilitações cabe ao acompanhante autorizar aqueles atos que estavam previstos ao curador fazer. Os tutores e curadores passaram a ser acompanhantes e ficou autorizada a revisão da interdição/inabilitação pelo próprio acompanhado, bem como requerimentos para o juiz autorizar a prática de atos pessoas sem o acompanhante.

O Tribunal Constitucional Português já decidiu pela não inconstitucionalidade do artigo 26º, nº 1, da Lei do Maior Acompanhado conjugado com o artigo 904º, nº 1, do CPCP²⁵³, no sentido de que a morte do beneficiário gera a extinção da instância, mesmo se houver requerimento do interessado para prosseguir e exames periciais realizados, ainda que em ações de interdição iniciadas antes da lei²⁵⁴.

Sobre a norma do artigo 26º, nº 5, da Lei nº 49/2018, o Tribunal da Relação de Lisboa indeferiu pedido de autorização de acompanhante para testar em nome do acompanhado. No caso, o beneficiário foi interditado e não possuía capacidade de testar. Com a alteração do regime, entendeu o requerente e acompanhante que o juiz poderia autorizá-lo a testar em nome do acompanhado, com fundamento no artigo 26º, nº 5, da Lei nº 49/18. Ocorre que o tribunal confirmou a sentença de primeira instância que denegou o pedido, afirmando que o direito a testar é personalíssimo e não pode ser praticado por terceiros. Conforme constou do acórdão, o dispositivo acima, em verdade, admite que o juiz autorize que o acompanhado pratique atos, direta e livremente, que não poderia praticar no regime antigo²⁵⁵.

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220507.html>>. Cite-se também: TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 506/2022 (Processo nº 1062-A/2020), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220506.html>>.

²⁵³ LEI nº 41/13. **Diário da República, Série I**, nº 121 (26-06-2013), p. 3518-3665.

²⁵⁴ A questão de fundo girava em torno da expectativa que o requerente da interdição (transformada em acompanhamento) teria de obter decisão comprovante da incapacidade para facilitar a anulação de atos jurídicos praticados pelo requerido antes da sentença. Em suma, sob o pálio da segurança jurídica e da proteção da confiança, o Tribunal Constitucional reconheceu que o exame pericial poderia ser usando pelo requerente em eventual ação anulatória autônoma e entendeu que as razões materiais da opção legislativa deveriam prevalecer (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 477/2020 (Processo nº 979/2019), de 1º de outubro de 2020**. Relator Gonçalo de Almeida Ribeiro [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200477.html>>).

²⁵⁵ TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão do Processo nº 4106/11.2TCLRS-B.L1-8, de 13 de janeiro de 2022**. Relator Cristina Lourenço. [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3310665f4d5f5ee8802587d1005251a8?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>> p. 8.

Cumprido o objetivo deste tópico de fazer um panorama geral das disposições civis do novo regime, conclui-se com a constatação de Pedro Pais de Vasconcelos, que sintetiza bem a reforma em Portugal: “o novo regime contém e vai além dos anteriores regimes de proteção”²⁵⁶.

2.3 Preservação da vontade, das preferências e da capacidade residual máxima das pessoas com deficiência intelectual no atual contexto normativo português

Após traçar os principais aspectos do vigente instituto jurídico do acompanhamento, destacando-se aqueles de direito material que o diferencia de seus antecessores (interdição e inabilitação), objetiva-se, neste tópico, averiguar como foram harmonizados os valores da CDPD de proteção da pessoa, do respeito à autonomia e da preservação da capacidade residual, no contexto das alterações promovidas no ordenamento jurídico português pela Lei nº 49/18, de 14 de agosto, em relação às pessoas adultas com deficiência intelectual.

Conforme desenvolvido no Capítulo 1 desta dissertação, a questão da deficiência, outrora esquecida, vem ganhando destaque no âmbito internacional após décadas de lutas e conquistas. Inicialmente, os tratados e pactos internacionais ignoravam o tema, depois passaram a tangenciá-lo em alguns aspectos, até que a CDPD inaugurou o chamado modelo de direitos humanos. Em outras palavras, com a aprovação da CDPD a abordagem da deficiência deve ocorrer sob nova perspectiva, qual seja, a de reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos.

Um dos mais relevantes direitos a ser salvaguardado é o da igualdade perante a lei e, umbilicalmente ligado a ele, o do reconhecimento da plena capacidade legal ou jurídica.

Retomando, parcialmente, os conceitos expostos na instrução desta dissertação, entende-se por princípio da proteção a máxima tutela dos incapazes frente a situações de risco ou desgoverno. Essa tutela, até o surgimento da CDPD, ensejava substituição da vontade do protegido. Por autonomia entende-se a liberdade de constitui relações jurídicas e por autodeterminação o poder de orientar a vida consoante as preferências próprias²⁵⁷. No âmbito da capacidade civil, especialmente no tocante às pessoas com deficiência, a mudança de paradigma colocou em tensão os valores jurídicos da proteção e da autonomia/autodeterminação.

Em contextos anteriores, sob o argumento de se buscar maior proteção, as pessoas com deficiência intelectual sofreram violações exatamente pelo não reconhecimento da capacidade

²⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. p.126.

²⁵⁷ Vide introdução da dissertação e notas a respeito da previsão dos dois valores/princípios na CDPD.

legal em condições iguais às demais pessoas. Por essa razão, a CDPD expressamente reconhece a capacidade legal às pessoas com deficiência e acrescenta que, em havendo necessidade de alguma medida de apoio para o pleno exercício da capacidade, os Estados-partes devem assegurar que tais medidas respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa beneficiada.

Essas disposições convencionais apenas reforçam, no campo da capacidade jurídica, a prioridade da CDPD com a autodeterminação e a autonomia das pessoas com deficiência. A autonomia, inclusive, foi estabelecida ao lado da dignidade como os primeiros princípios gerais do artigo 3º, alínea a), da CDPD.

Decorrente do próprio princípio da autonomia é a denominada doutrina da alternativa menos restritiva que, transposta para o campo da capacidade civil, foi sintetizada por Jorge Duarte Pinheiro da seguinte forma: “a defesa das pessoas com capacidade diminuída deve efectuar-se com a menor restrição possível dos direitos fundamentais, mediante o recurso a instrumentos de proteção que permitam assegurar àquelas o máximo controlo sobre a sua vida”²⁵⁸.

Sobre a referida doutrina, Paula Távora Vítor sustenta que foi concebida por construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana, mas, no âmbito europeu da proteção de incapacitados, é reconhecida na Recomendação nº R (99) 4 do Conselho da Europa, relativa aos princípios respeitantes à proteção jurídica dos maiores incapazes. A citada Recomendação, embora desprovida de carácter vinculante, tornou-se um marco que inspirou alterações legislativas no continente europeu, como já dito alhures. A alternativa menos restritiva pode ser extraída dos princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade das medidas de proteção aos graus de incapacidade (Princípios 5 e 6)²⁵⁹.

Além dos documentos internacionais, a alternativa menos restritiva também encontra guarida no âmbito constitucional português por estar relacionada aos princípios da proibição do excesso. A CRP afirma a capacidade civil como um direito fundamental que pode sofrer restrição legal (artigo 26º, nºs 1 e 4), porém tais restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos (artigo 18º, nº 2).

Anote-se que a busca por alternativas menos restritivas e a preservação da vontade e das preferências da pessoa com deficiência são objetivos interligados que devem reger qualquer

²⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e Suprimento. A visão do jurista. **Revista O Direito**. p. 477.

²⁵⁹ VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída**. p. 27-29.

medida que se anuncie como protetiva. Diante do modelo de direitos estabelecido pela CDPD, é inviável falar-se em medida de proteção sem garantir a máxima preservação da capacidade (ainda que residual) do protegido.

Retomando a questão da harmonização/acomodação da autonomia e proteção no novo regime de acompanhamento em Portugal, algumas respostas parciais podem ser anunciadas, o que se fará, subsequentemente, em forma de itens numerados.

1. Portugal adotou um modelo de apoio/auxílio às decisões das pessoas com deficiência (*supported decision-making*), conquanto não seja um modelo de acompanhamento “puro”.

Por diversas razões já anunciadas, especialmente a ausência de maleabilidade/flexibilidade, as restrições ao exercício de direitos pessoais e o caráter paternalista, os institutos da interdição e da inabilitação não atendiam ao disposto no artigo 12º da CDPD.

A adequação aos ditames convencionais, por opção legislativa, ocorreu com uma profunda alteração no ordenamento. Todavia, remanesce opinião contrária à mudança substancial. A respeito, cite-se Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, que assume postura mais crítica em relação ao novo regime, suscitando pontos de discussão quanto ao propósito e à redação da Lei nº 49/18. Segundo aduz, o regime antigo poderia ter sido mantido, com a inclusão de disposições interpretativas que possibilitassem a “interdição limitada” e a “inabilitação com abrangência pessoal”, garantindo, assim, maior flexibilidade, que já existia²⁶⁰. Sob a óptica do mencionado autor, a utilização de expressões estranhas à dogmática civil portuguesa também dificulta a aplicação, por exemplo, englobando-se institutos de natureza diversa como “direitos pessoais” (artigo 147º do CCP), apenas para seguir a CDPD²⁶¹. E arremata afirmando que, em sua redação anterior, o CCP já respeitava a CDPD, desde que devidamente interpretado, pois a causa do problema não era a fonte do Direito, mas os aplicadores dele²⁶².

²⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente. In **Formação Contínua. Direitos das Pessoas com Deficiência**. p. 128.

²⁶¹ “Os chamados “direitos pessoais” não são nem direitos, nem pessoais. São o resultado de se recorrer uma terminologia destinada a satisfazer o ónus de prova da República Portuguesa de respeito pela Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, em vez de o legislador estar preocupado em proteger determinadas pessoas, do melhor modo possível, opta por recorrer a uma terminologia perigosa para essas pessoas, movido pelo interesse de provar às Nações Unidas que cumpriu uma convenção. É um caso de conflito de interesses entre a República e os Cidadãos” (*Idem – Op. Cit.* p. 136).

²⁶² “Esta linguagem é, contudo, plenamente desadequada no nosso Direito Civil. Por um lado, porque o nosso Direito Civil (ou, o nosso Código Civil, quando devidamente interpretado e já respeitava a referida Convenção. Outras áreas do Direito e da organização do Estado podiam não respeitar, mas no Código Civil (ou no Direito Civil decorrente do Código Civil) não havia problemas. Note-se que tal não significa que, em casos concretos, não

Não obstante as abalizadas críticas, é reconhecido que, com a Lei nº 49/18, Portugal passou para um modelo de apoio (*supported decision-making*), removendo institutos voltados a um modelo de substituição de vontade (*substitute decision-making paradigm*).

Todavia, não é correto dizer que houve adoção de um modelo puro, especialmente devido a situações excepcionais que geralmente envolvem pessoas com graves deficiências de ordem mental/intelectual.

A respeito, António Menezes Cordeiro leciona que “a Convenção de Nova Iorque aponta para a primazia do acompanhamento, seguramente o mais aprazível. Mas não é possível um modelo de acompanhamento ‘puro’. O deficiente profundo, o doente de *Alzheimer* em estado avançado ou o paciente em coma *dépasse* não têm nem manifestam qualquer vontade; terão mesmo de ser representados; no limite, pelo Ministério Público”²⁶³.

Em outras palavras, na visão do autor, excepcionalmente nos casos de deficiência severa, geralmente de ordem intelectual, exigem representação geral e substituição da vontade do representado.

No mesmo sentido trilha António Pinto Monteiro, ao afirmar: “mas tudo isto sem cair na posição *irrealista* de ignorar os *hard cases*, ou seja, aquelas situações de absoluta *incapacidade* do necessitado, pelo que, sem deixar o acompanhamento de ser hoje um modelo de *apoio e de assistência*, não pode deixar de transigir – em casos-limite e excepcionalmente – com medidas de *substituição*: daí o recurso entre as medidas que o tribunal pode escolher para melhor talhar o ‘*fato à medida*’, ao instituto da *representação legal* (art. 145º)”²⁶⁴.

Veja-se que o autor não titubeia ao afirmar que, mesmo no novel regime, entre pessoas maiores há “...situações que devam qualificar-se dogmaticamente como casos de incapacidade de exercício de direitos...”²⁶⁵, ressaltando-se sempre a decisão do tribunal, a excepcionalidade da medida para hipótese de falta ou afetação profunda da vontade (*hard cases*) e o respeito aos princípios da dignidade, adequação e proporcionalidade²⁶⁶. Nesse sentido, ao prever a representação geral, entende o civilista que a novel legislação portuguesa assumiu a palavra de ordem internacional, mas o fez com “realismo” em relação aos casos-limite²⁶⁷.

ocorressem problemas, não significa que nunca nada tenha corrido mal no passado. Significa apenas que o Código Civil e, em geral o Direito Civil, não eram a causa dos problemas. O problema não estava na fonte de Direito, mas na interpretação e aplicação que dela se fazia e na violação do Direito que por vezes ocorria” (VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente. In **Formação Contínua. Direitos das Pessoas com Deficiência**. p. 137).

²⁶³ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas**. 5.ª ed. p. 552.

²⁶⁴ MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. p. 82.

²⁶⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 72.

²⁶⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 78-79.

²⁶⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 82 e 84.

Na mesma perspectiva, Mafalda Miranda Barbosa admite que “...situações pontuais podem conduzir à exclusão da capacidade do sujeito”²⁶⁸. A autora ressalta que tais hipóteses são excepcionais, dependem da real necessidade do caso e de decisão judicial, não sendo estabelecidas de forma generalizante pela própria lei, com na revogada interdição²⁶⁹. Por fim, admite que a solução legislativa não exclui, por completo, a possibilidade da incapacitação total de pessoa maior: “Contudo, contra o que era a intenção originária dos estudiosos na matéria, não se garantiu – como não se poderia garantir – que não houvesse uma situação de total incapacidade do sujeito”²⁷⁰.

O debate sobre as situações excepcionais não é inédito. Mesmo antes da Lei nº 49/18, no esforço de se aplicar os princípios convencionais no contexto da interdição, a questão dos *hard cases* já era objeto de discussão. Margarida Paz, à luz do regime antigo, apontava que a tutela parcial poderia funcionar como solução para “casos absolutamente excepcionais”, ressaltando a necessidade de controle judicial e respeito aos interesses e à vontade do tutelado. Mesmo assim, a autora frisava que a CDPD não acolhe a possibilidade de tutela parcial²⁷¹.

Já sob o novo regime, integrando o que parece ser o entendimento majoritário, Margarida Paz afirma que a previsão de representação geral e especial pelo artigo 145º do CCP constitui o último recurso para “casos absolutamente excepcionais”. Mesmo assim, a autora ressalta que o representante deve levar em conta a vontade e preferências do acompanhado, ainda que seja a vontade presumida em casos de impossibilidade de exprimi-la²⁷².

Vale anotar que, no campo jurisprudencial, o Tribunal da Relação de Lisboa, invocando a lição de António Pinto Monteiro, possui acórdão mencionando os *hard cases* e a

²⁶⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade? **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 257/258.

²⁶⁹ “Contudo, consoante a modelação que, em concreto, a medida possa conhecer, pode ser atribuído ao acompanhante o poder para representar genérica ou especificamente ao beneficiário ou para o autorizar a celebrar determinados negócios. Significa isto que, em determinada situação, o regime do acompanhamento pode redundar na limitação (mas não exclusão) da capacidade de exercício do indivíduo. Falamos de limitação e não de exclusão por dois motivos. Em primeiro lugar, ao contrário do que sucedia ao nível da interdição, a representação pode não ser determinada em termos genéricos; em segundo lugar, ainda que assim seja, continua a ser livre a celebração de negócios da vida corrente, nos termos do artigo 147º/1 CC, exceto se por decisão judicial ou por prescrição legislativa se determinar o contrário. Onde, afinal, aquela exclusão poderá ter lugar. Serão, porém hipótese excepcionais e ainda assim determinadas pela necessidade comunicada pelo caso concreto” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 247).

²⁷⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 258. Além da mencionada citação, em outra publicação a autora claramente afirma que: “Vistas as coisas, o acompanhado pode sofrer uma restrição tão ampla da sua capacidade que, na prática, fica equiparado a um interdito. Simplesmente, tal só acontece quando as circunstâncias concretas do sujeito o imponham. O que antes era a regra, hoje é a exceção” (BARBOSA, Mafalda Miranda – Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. p. 1473).

²⁷¹ PAZ, Margarida – A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In **Coleção Formação Contínua: Direitos das Pessoas com Deficiência**. p. 45.

²⁷² PAZ, Margarida – O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado. In **Coleção Formação Contínua: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. p. 121

possibilidade da representação em situação excepcional de “verdadeira incapacidade de exercício”²⁷³.

Em síntese, Portugal harmonizou os princípios da proteção, da autonomia e da preservação de vontade na construção de um modelo “não puro” de acompanhamento, admitindo-se hipóteses excepcionais de substituição de vontade.

2. Embora a Lei nº 49/18 tenha correspondido a uma evolução legislativa frente aos ditames da CDPD, não satisfaz, por completo, o entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em relação à capacidade legal.

O fato de Portugal admitir uma janela para a substituição de vontade contrasta com a posição do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que manifesta, claramente, o entendimento de que a CDPD adotou um modelo de medidas de *supported decision-making*, inadmitindo aquelas voltadas para o modelo de substituição (*substitute decision-making*). Em razão do que determina o artigo 35º da CDPD, os Estados-partes enviaram relatórios ao Comitê, a respeito de eventuais alterações legislativas. Após análise de vários relatórios, no seu comentário geral a respeito da capacidade legal, o Comitê afirmou que há um equívoco geral na compreensão da CDPD, devendo ser abolidos todos os institutos de substituição de vontade²⁷⁴.

3. O acompanhante, ainda que com amplos poderes de representação, deve sempre pautar-se pelo paradigma convencional de respeito à vontade e às preferências do acompanhado.

O Comitê não admite a existência de institutos de substituição de vontade e, por tal razão, estabelece, segundo seu entendimento da CDPD, patamares para a máxima preservação da vontade da pessoa com deficiência sob medida de auxílio/apoio.

A regra geral é a oitiva e o respeito à vontade do beneficiado. Nos *hard cases*, o Comitê afirma que, caso esgotados os meios de averiguar a vontade da pessoa a ser auxiliada, deve-se buscar a melhor interpretação da sua vontade e preferências (*best interpretation of will and*

²⁷³ TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão do Processo nº 1637/16.1T8OER.L1, de 13 de abril de 2021.** Relator José Capacete [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ab4681cc37d6acda802586bf0045b756?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>> p.1 e 7.

²⁷⁴ Cite-se: “On the basis of the initial reports of various States parties that it has reviewed so far, the Committee observes that there is a general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under article 12 of the Convention. Indeed, there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision making” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 2).

preferences), principalmente em adultos com deficiência, eliminando-se decisões de terceiros baseadas unicamente nos melhores interesses (*best interests*)²⁷⁵.

Tem-se, aqui, portanto, uma chave para a melhor interpretação do apoio a ser conferido nos casos de extrema incapacitação (*hard cases*), mormente quando o ordenamento português autoriza o regime da representação geral do artigo 145º, nº 2, alínea b), do CCP. O acompanhante, ainda que tenha poderes de representação geral e administração total, ao realizar atos em prol do acompanhado, deve buscar interpretar qual a vontade e as preferências deste.

Nos dizeres de Geraldo Rocha Ribeiro, a abordagem entre os deveres de proteger e de garantir a autonomia deve ser dinâmica e casuística, mesmo nos casos de absoluta inaptidão da pessoa²⁷⁶.

Vale anotar que o artigo 12º, nº 4, da CDPD não foi corretamente traduzido para português pelo texto da Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, pois retirou a ideia de que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica devem respeitar os direitos, vontade e preferências do beneficiário. Esse equívoco já foi apontado como prejudicial por doutrinadores portugueses²⁷⁷, mas não pode servir para negar a aplicação aos ditames convencionais.

Posto o entendimento acima, é forçoso registrar críticas ao artigo 146º, nº 1, do CCP, quando determina ao acompanhante privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado como um bom pai de família.

²⁷⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 5.

²⁷⁶ Nessa perspectiva, mesmo antes da Lei nº 49/18, o autor afirmava que: “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. Mesmo para os casos em que não exista uma vontade previamente manifestada. O foco de tensão entre autonomia e proteção é transportado para uma abordagem dinâmica e predominantemente casuística, o que traz consigo a necessidade de garantias procedimentais a favor da pessoa com deficiência que assegurem o exercício da sua capacidade remanescente de decisão e participação” (RIBEIRO, Geraldo Rocha – O sistema de protecção 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 Lúcia – **Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos, vol. II.** 1.ª ed. p. 1112-1113).

²⁷⁷ Consta do texto da Resolução que, no artigo 12º, nº 4, “tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas...”. O texto original não fala apenas “em relação aos direitos”, mas em respeito dos direitos, vontade e preferência (“*shall ensure that measures...*”). Nesse sentido, confira-se: GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. p. 65-66. Também alertou a respeito dos prejuízos da tradução equivocada, vide: PAZ, Margarida – A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In **Coleção Formação Contínua: Direitos das Pessoas com Deficiência**. p. 38-39. Por fim, anota-se que o Decreto nº 6.949/09, de 25 de agosto, que promulgou a CDPD no Brasil, traduziu mencionando o “respeito” aos direitos, vontade e preferência (“essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa...”).

O acompanhante não deve apenas “privilegiar” o bem-estar do acompanhado, mas sim buscar, no exercício da sua função, cumprir a vontade dele, ainda que, nos extremos casos de incapacitação, tenha que buscar interpretá-la. Ademais, remeter-se à diligência de um pai de família rememora a revogada equiparação dos interditos aos menores (revogado artigo 139º do CCP). E, sob esse ângulo, parece conferir ao acompanhante a possibilidade de substituir-se à vontade do acompanhado (como o pai diligente substitui à do filho menor), quando, na verdade, em se tratando de adultos, deve interpretar qual seria a vontade do acompanhado, seja por suas preferências, seja por outras circunstâncias. Enfim, aplicando-se a visão do Comitê ao contexto português, não basta o acompanhante substituir a vontade do acompanhado pela sua, ainda que no melhor interesse deste (*best interests*). Deve-se sim, repita-se, interpretar qual seria a vontade e as preferências do acompanhado (*best interpretation of will and preferences*).

Registre-se que a proposta de lei do Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito de Coimbra era mais condizente com a orientação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando comparada ao atual artigo 146º do CCP. Com efeito, naquele documento propunha-se uma ordem de preferência para a proteção do beneficiário: primeiro, a vontade real presente; segundo, a vontade previamente manifestada; terceiro, a vontade presumida; e, por último, o melhor interesse do beneficiário²⁷⁸.

Em suma, mesmo que a legislação tenha estabelecido amplos poderes de representação para casos extremos, deve-se buscar preservar a máxima capacidade do acompanhado, ainda que seja interpretando qual seria vontade presumida, prestigiando os princípios convencionais e constitucionais da autonomia e da autodeterminação.

4. A vontade e as preferências do acompanhado podem ser verificadas a partir de comportamentos pretéritos e/ou manifestações diretivas.

É cediço que, em alguns casos, a interpretação da vontade do acompanhado não constitui tarefa fácil. Há, entretanto, fontes nas quais o acompanhante (ou mesmo o juiz, nas hipóteses que a lei exige autorização) pode verificar quais seriam as vontades e as preferências do acompanhado.

A primeira fonte é o padrão de comportamento do acompanhado ao longo da sua vida, se é que experimentou períodos de plena capacidade, ou seja, é a vontade que já foi consolidada em decisões pretéritas (*sedimented life preferences*). A busca desse padrão de comportamento

²⁷⁸ Cf. o artigo 140º da referida proposta de lei (CENTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – **Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade** [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.centrodedireitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017/%E2%80%9Cproposta-de-lei-sobre-condi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de>>).

pode ocorrer com a oitiva de familiares e pessoas próximas²⁷⁹. Nada impede, contudo, como alerta Paula Távora Vítor, que a preferência também seja buscada em períodos de lucidez, ainda que parcial²⁸⁰.

Cautela maior será exigida na busca da vontade presumida quando se está perante cuidados de saúde. Acerca disso, Patrícia Cardoso Dias defende que as declarações de vontade que exprimem consentimento/dissentimento para intervenções médicas não podem ser equiparadas àquelas relativas a direitos patrimoniais²⁸¹. Partindo dessa premissa, salvo em casos de anomalias psíquicas severas, e invocando a doutrina da alternativa menos restritiva de direitos, a autora assevera que “...uma avaliação casuística pelo profissional de saúde, permitiria avançar para a admissão de casos em que o adulto incapaz, na medida em que conseguisse compreender a situação clínica e o motivo do tratamento ou intervenção cirúrgica, deveria não apenas ser informado, mas prestar o seu consentimento ou dissentimento”²⁸².

Nesse sentido, as manifestações antecipadas de vontade também podem funcionar como fontes de vontade, ainda que para assuntos laterais ao que foi tratado como principal. De um testamento vital podem-se extrair vetores que ajudem a interpretar a vontade patrimonial do declarante, caso não haja diretivas expressas em sentido contrário, nem mesmo seja possível averiguá-la a partir da capacidade residual. Por exemplo, pode ser que do testamento conste a vontade de preservar a vida em qualquer situação, inclusive com o recebimento de tratamentos novos ou experimentais. Ao administrador dos bens cabe tomar providências para que isso ocorra, ainda que importe alienação de importantes ativos do beneficiário.

Nesse contexto de harmonização de princípios e de fontes de preferências para se chegar à vontade presumida, importante inovação foi o estabelecimento do mandato com vista ao acompanhamento. Superou-se, finalmente, a ferrenha crítica ao ordenamento português de não ter resposta adequada para o planejamento patrimonial futuro em casos de impedimentos graduais, especialmente as advindas da própria idade²⁸³.

A instituição do referido mandato faculta à pessoa salvaguardar a forma como pretende seja realizada a gestão de seus interesses e patrimônio em futuro contexto de

²⁷⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha – O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar online**. p. 35.

²⁸⁰ VÍTOR, Paula Távora – Capacidade e incapacidades. Resposta do ordenamento jurídico português e o artigo 12º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Sociedade e Trabalho**. p. 44.

²⁸¹ DIAS, Patrícia Cardoso – A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direito: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. **Revista de Direito e Medicina**. p. RR-7.5.

²⁸² *Idem* – **Op. Cit.** p. RR-7.5.

²⁸³ BARBOSA, Mafalda Miranda – Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. p. 1453.

privação/diminuição da capacidade. Sucede, porém, que a autonomia da vontade não é absoluta, já que, havendo decretação do acompanhamento, o mandato caduca²⁸⁴. Nada obstante, o tribunal deve aproveitar as disposições do mandato, tanto sobre a extensão das medidas de proteção quanto na escolha do acompanhante (artigo 156º, nº 3, do CCP).

Ainda nesse campo, a Lei n.º 49/18, de 14 de agosto, também alterou dispositivos da Lei nº 25/12, de 16 de julho²⁸⁵, que regulamenta o chamado testamento vital como instrumento de diretiva antecipada de vontade. Estabeleceu-se como um dos requisitos de capacidade para a outorga de documento de diretivas antecipadas de vontade, em substituição aos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, que a pessoa não esteja em situação de acompanhamento com sentença restringindo o direito pessoal de testar.

A alteração desperta críticas. Nos termos do artigo 2º, nº 1, da Lei nº 25/12, as diretivas antecipadas de vontade estão relacionadas com os cuidados de saúde que se deseja receber em caso de eventual impossibilidade de expressar vontade pessoal. Portanto, a capacidade relacionada à intervenção médica difere-se da capacidade negocial. Em síntese: confundiu-se um direito pessoal de natureza patrimonial (testar) com um direito personalíssimo alusivo às decisões médicas (outorgar o testamento vital)²⁸⁶.

Assim como acontece com o mandato do artigo 156º do CCP, a Lei nº 49/18 estabeleceu que a decisão judicial determinando o acompanhamento também revoga a procuração de cuidados de saúde a que se refere o artigo 11º da Lei nº 25/12, conforme redação do acrescido nº 3 ao artigo 14º.

Ainda acerca das diretivas antecipadas, Joaquim Correia Gomes advoga a possibilidade de aglutinar as disposições da Lei nº 25/12 e do atual artigo 156º do CCP, a fim de construir um “mandato global de planeamento futuro”, de modo a possibilitar a coexistência dos cuidados de saúde e da gestão do património em um único procurador/acompanhante²⁸⁷.

²⁸⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. p. 59.

²⁸⁵ LEI nº 25/12. **Diário da República, Série I**, nº 136 (16-07-12), p. 3728-3730.

²⁸⁶ “Deixa transparecer uma (ligeira) confusão entre o direito de testar (direito pessoal, mas de cariz patrimonial) e o direito de outorgar um testamento vital (de cariz pessoalíssimo e referente a decisões médicas). Ora, o facto de um sujeito ver cortado o seu direito (patrimonial) de testar, em nada deve obstaculizar à sua capacidade para elaborar um testamento vital (t.v.) ou uma procuração de cuidados de saúde (p.c.s.), porquanto são campos de actuação diametralmente distintos e sobretudo porque as causas que podem originar a aplicação de uma medida de acompanhamento são muito diversas -, podendo estas não ser impeditivas de tomada de decisões a nível médico” (RIBEIRO, Lucas Nóbrega – O maior acompanhado e as directivas antecipadas de vontade. **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. p. 64). Em sequência, o referido autor ainda defende que a confusão acima viola o disposto no artigo 12º, nº 4, da CDPD (*Idem* – **Op. Cit.** p. 65).

²⁸⁷ GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 69.

Em resumo, a vontade e as preferências do acompanhado podem ser verificadas a partir de comportamentos pretéritos e/ou manifestações antecipadas. Estas estabelecem diretivas patrimoniais e/ou de saúde, a fim de que a autonomia seja exercida pela própria pessoa para eventual futuro de diminuição das capacidades, evitando substituições arbitrárias de vontade.

5. A valorização da autonomia/autodeterminação e a preservação da capacidade residual devem pautar a atividade judicial e a interpretação dos novos dispositivos.

Não somente o acompanhante está obrigado a respeitar a autonomia do acompanhado. Com efeito, a autonomia constitui vetor axiológico a nortear, também, a atividade judicial, seja na interpretação de dispositivos legais, seja quando for necessário autorizar determinados atos. Convocam-se, aqui, dois dispositivos para discussão: o artigo 145º, nº 3, e o artigo 148º, nº 1, do CCP.

O primeiro artigo, que exige autorização judicial prévia e específica para a disposição de bens imóveis, é omissivo relativamente ao autor do ato de disposição.

Se a norma se refere a ato de disposição promovido pelo acompanhante com poderes de representação, a redação é inócua, já que o nº 4 do mesmo artigo remete a representação ao regime da tutela, que possui amplo regimento a respeito da alienação e gestão de bens nos artigos 1938º, nº 1, e 1889º, ambos do CCP. Caso o dispositivo se refira a atos praticados pelo acompanhado de forma livre, também há contradição, uma vez que, se o juiz não excepcionou o exercício de disposição de bens, é porque o acompanhado pode fazê-lo sem autorização judicial prévia (suponha-se o caso de acompanhamento para outros fins que não patrimoniais, por exemplo). Por fim, considerando-se os casos nos quais o acompanhado necessita de mera assistência do acompanhante, a atuação conjunta de ambos parece afastar a relevância da norma, pois está devidamente promovido o controle de um sobre o outro.

A questão é tormentosa, mas assiste razão ao raciocínio segundo o qual a *mens legis* é de “impedir abusos por parte do acompanhante”²⁸⁸. Não é possível cogitar que uma norma construída sob o pálio da proteção tolha a autonomia do acompanhado. Portanto, o juiz deve se pautar pela interpretação que mais favoreça a autonomia do acompanhado, não se exigindo autorização para a alienação de imóveis nas hipóteses que este possa dispor de bens livremente ou com mero auxílio do acompanhante.

Acerca da interpretação da nova legislação, leciona Geraldo Rocha Ribeiro que, caso o aplicador não se atenha aos princípios “...corre sério risco de uma interpretação turva quantos

²⁸⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda – Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. p. 1486.

aos propósitos da aplicação do novo regime”²⁸⁹. E acrescenta o autor que é preciso se desvencilhar do “pecado original” de interpretar a nova legislação a partir dos pressupostos dos antigos modelos de substituição²⁹⁰.

Além de se desvencilhar do ranço dos antigos institutos, é preciso fazer uma interpretação multinível da capacidade, voltando-se para os preceitos da CDPD²⁹¹.

Portanto, afigura-se mais razoável, harmonizando-se os princípios da proteção e do respeito à autonomia, que a referida norma vise reforçar as disposições da tutela, principalmente nos casos de representação geral. Em consequência, deve-se afastar a sua aplicação para casos nos quais o acompanhado pode agir livremente ou meramente assistido (sem disposição expressa em sentença de modo contrário). A CDPD se afasta dos modelos de substituição de vontade, inclusive do Poder Judiciário, cuja atuação deve ser pontual, subsidiária e proporcional à necessidade.

Outra norma que despoleta o interesse está consubstanciada no artigo 148º do CCP, segundo o qual o internamento do maior acompanhado depende de autorização judicial. Por causa da redação genérica do dispositivo, discute-se a respeito de qual tipo de internamento se está tratando.

O Tribunal Constitucional (acórdão nº 509/2022), recentemente, pronunciou-se a respeito do tema, afirmando que o objeto da norma não é o internamento da Lei de Saúde Mental (Lei nº 36/98, de 24 de julho²⁹²), mas internamento enquanto determinação de residência do acompanhado ou sua colocação em lar ou estabelecimento/instituição similar²⁹³.

²⁸⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha – O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar online**. p. 4.

²⁹⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 26.

²⁹¹ SOUSA, Filipe Venade – A bússola do Direito Constitucional dialógico: a atualização e efetividade dos direitos fundamentais. **Católica Law Review**. p. 18-20. No mesmo sentido: GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 70.

²⁹² LEI nº 36/98. **Diário da República, Série I-A**, nº 169 (24-07-98), p. 3544-3550.

²⁹³ O caso consistia em um requerimento de internamento compulsivo para acompanhado (com “debilidade mental”), nos termos da Lei de Saúde Mental, em razão da prática de ilícitos criminais. O Juízo de primeira instância entendeu que o internamento referido no artigo 148º do CCP não se confunde com aquele da Lei de Saúde Mental. Houve interposição do Ministério Público ao Tribunal Constitucional, cujo objeto não foi conhecido por falta de utilidade, uma vez que o Juízo *a quo* já havia determinada a notificação da autoridade de saúde para fins da Lei de Saúde Mental. Nada obstante, o Tribunal Constitucional adentrou ao conteúdo normativo do artigo 148º do CCP, afirmando que objeto da norma não é o internamento da Lei de Saúde Mental, mas internamento enquanto determinação de residência do acompanhado ou sua colocação em lar ou estabelecimento similar. O internamento hospitalar depende de decisão médica e tem outros requisitos, enquanto o artigo 148º do CCP está voltado para questão de residência do acompanhado, em lar ou instituição (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 509/2022 (Processo nº 278/2022, 3ª Secção), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220509.html>> p.16).

Colhe-se do mencionado acórdão que o Ministério Público, nas razões de seu recurso, apontou que alterações de residência causam relativo impacto na vida e nas relações de uma pessoa, daí a importância de avaliar a capacidade de o acompanhado decidir a questão de forma autónoma, evitando-se decisões à sua revelia²⁹⁴.

A preocupação do Ministério Pública é legítima. A tensão entre proteger e respeitar a preferência fica explícita em casos de mudança de residência. Exemplifique-se com o caso de acompanhado que precisa estar mais próximo de recursos de saúde (proteger), mas que morou durante longos anos em localidade rural ou afastada (preferência). Sendo possível extrair a vontade atual do acompanhado, a tarefa do juiz pode ser mais simples. Todavia, se não for possível, e não havendo manifestação antecipada registrada, a decisão é complexa e dependerá das circunstâncias do caso.

Fato é que o magistrado deve ficar atento àqueles pedidos de alterações de residência ou institucionalizações que ocorrem por mera conveniência do acompanhante, por exemplo para facilitar as visitas periódicas do acompanhante (artigo 146º, nº 2, do CCP).

Resume-se, assim, que a valorização da autonomia e o respeito da capacidade residual também vinculam a atividade judicial na interpretação legal e nos atos de autorização.

6. Em geral, o novo regime ampliou a capacidade de gozo e de exercício de direitos por pessoas com deficiência intelectual, mas ainda remanescem dispositivos restritivos fundamentados em “(in)capacidade” mental.

Para o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos do nº 2 do artigo 12º, o eventual déficit de capacidade mental não pode justificar qualquer negação ou diminuição da capacidade legal²⁹⁵.

É certo que o acompanhamento acabou com a “supressão automática” de direitos em razão da mera declaração de interdição, o que muitas vezes tolhia a própria capacidade de gozo²⁹⁶.

Como minuciado no tópico anterior, direitos como os de perfilhar e testar eram obstados com a mera decretação da interdição por anomalia psíquica. O direito de casar-se também o era com a decretação de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica. Com o

²⁹⁴ A preocupação do Ministério Público com base na doutrina de Geraldo Rocha Ribeiro (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 509/2022 (Processo nº 278/2022, 3ª Secção), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220509.html>> p. 9).

²⁹⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 20 Jul. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 3.

²⁹⁶ PAZ, Margarida – O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado. In **Coleção Formação Contínua: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. p. 124.

regime do acompanhamento, a restrição a eventual direito pessoal necessita ser justificada e não constitui efeito automático da medida. Portanto, não somente o exercício de direitos, mas a capacidade de gozo também foi ampliada.

Nada obstante, permanecem limitações vinculadas à deficiência intelectual expressas no texto legal. A título de exemplo: o artigo 1601º do CCP impede o casamento de quem possui “demência notória, mesmo durante intervalos de lucidez”, e o artigo 1850º não admite a perfilhação pelos “afetados por perturbação mental notória”. Note-se que tais previsões funcionam paralelamente às hipóteses de acompanhamento, ou seja, elas obstam os direitos mencionados independentemente de decisão judicial a respeito.

Ante o exposto, conquanto tenha havido larga evolução para garantir os direitos das pessoas com deficiência física (cegueira e surdez-mudez não conduzem à interdição de direitos), em relação às deficiências de natureza mental/intelectual remanescem dispositivos mais restritivos (ou discriminatórios, a depender do ponto de vista), ao arrepio do entendimento do Comitê a respeito das disposições da CDPD sobre a capacidade legal.

7. Finalizando a questão da harmonização/acomodação dos valores e deveres de proteção, do respeito à autonomia e da preservação da capacidade residual em Portugal, colacionam-se interessantes julgados diretamente relacionados às respostas parciais que se buscou dar ao problema proposto neste tópico²⁹⁷.

O primeiro acórdão a que se faz referência é do Tribunal da Relação de Coimbra, que julgou um caso aparentemente simples e que pode ajudar na elucidação da questão relativa à capacidade residual e ao respeito pelas preferências do acompanhado²⁹⁸.

Em apertada síntese, trata-se de caso no qual houve requerimento do acompanhante visando a obter autorização judicial para adquirir um veículo para o acompanhado. Este, desde nascença, possui paralisia cerebral, que implica, dentre outras, deficiência motora grave. O acompanhado também suporta dificuldade de raciocínio, mas “é possível com ele comunicar e o mesmo fazer-se entender”²⁹⁹. Como causa de pedir, o acompanhante informa que utilizava seu veículo pessoal para levar o acompanhado a diversas consultas e terapias, entre outros. Todavia, o carro avariou e o transporte do acompanhado passou a ser feito por táxis especiais.

²⁹⁷ Realizou-se pesquisa junto aos sistemas dos principais tribunais de Portugal, em busca de acórdãos relacionados ao tema. Priorizaram-se acórdãos mais recentes, que aplicaram a Lei nº 49/18. Anote-se que nos itens anteriores também se fez menção a interessantes julgamentos relacionados ao regime do maior acompanhado.

²⁹⁸ TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 1787/09.0TBMGR-B.C1, de 15 de fevereiro de 2022**. Relator Mário Rodrigues da Silva [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7a50750ff7b9665080258800006836cb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

²⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 1.

O acompanhante pediu autorização para compra de um veículo para o acompanhado, a ser financiado em parcelas mensais deduzíveis das receitas deste. O veículo seria utilizado em benefício do acompanhado. Em primeira instância, negou-se o pedido, sob o argumento que a aquisição e a manutenção de um veículo comportam muitas despesas, elencando-as. Houve recurso para o Tribunal de Relação de Coimbra, que autorizou a compra, afirmando que o custo mensal era inferior a um quarto do rendimento mensal do acompanhado, além do que este “...deixará de precisar de táxi ou de boleias, com os evidentes transtornos que tal sempre acarreta”³⁰⁰.

Como dito acima, parece um caso corriqueiro. Percebe-se, todavia, com todo o respeito, que se mostrou equivocada a decisão inicial de indeferimento, concentrando-se nos custos do bem a ser adquirido, ignorando os demais benefícios ao acompanhado. Ademais, o procedimento também parece equivocado à luz das disposições da CDPD, pois o acompanhado não foi ouvido (não há menção a respeito), mesmo com a informação inicial de que “é possível com ele comunicar e o mesmo fazer-se entender”³⁰¹. Não obstante, um familiar mais próximo foi citado e se manifestou pela necessidade do veículo.

A decisão do Tribunal da Relação superou a questão patrimonial, com os cálculos apresentados no processo, e focou-se na necessidade do bem para tratamentos, terapias e passeios. Embora acertada ao final, as razões que conduziram à autorização advieram de uma análise do melhor interesse (*best interests*) do acompanhado³⁰².

Em síntese, à luz dos princípios acima referidos e da própria CDPD, ainda que a solução fosse idêntica, o caso deveria ter sido abordado de outra maneira. As conclusões a seguir foram tomadas com base unicamente nos dados fornecidos no acórdão.

Considerando que a doença é congênita (portanto, não há mandato ou diretiva estabelecida em eventual momento de plena capacidade), o ideal teria sido o juiz ouvir o acompanhado, em busca de seu consentimento, tendo em vista a informação de que há uma capacidade residual de comunicação. Caso não fosse possível, impunha-se a necessidade de interpretar a preferência do acompanhado, que, pelos dados do acórdão, poderia ser extraída da manifestação do parente próximo que foi ouvido, mas também do relato de comportamento anterior (*sedimented life preferences*). Algo que pode passar despercebido numa leitura

³⁰⁰ TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 1787/09.0TBMGR-B.C1, de 15 de fevereiro de 2022**. Relator Mário Rodrigues da Silva [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7a50750ff7b9665080258800006836cb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>. p. 8.

³⁰¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 1.

³⁰² *Idem* – **Op. Cit.** p. 7.

desatenta do acórdão é a seguinte narrativa do acompanhante: “que o acompanhado solicita vários passeios por forma a que possa sair de casa, o que a acompanhante vai proporcionando na medida do possível”³⁰³.

Repita-se, embora a conclusão tenha sido a mesma, existem duas formas de abordagem: uma voltada unicamente a buscar o melhor interesse do beneficiário em solução de heterodeterminação e outra a construir uma decisão a partir da vontade manifestada ou presumida do beneficiário, chegando-a em um resultado que prestigia a autodeterminação.

Aproveitando o ensejo, anota-se que o caso citado acima cuida de medida de acompanhamento já decretada e, mesmo assim, a oitiva do acompanhado seria útil (se possível, como parece que o era) para estabelecer a melhor decisão.

Registrem-se ainda outros dois acórdãos sobre a mudança de paradigma interpretativo. Não se pode interpretar o novo regime do acompanhamento com o viés dos institutos revogados. Se o modelo atual é conferir suporte e apoio, a vontade preponderante é a do beneficiário/acompanhado. A respeito, passa-se a analisar, brevemente, um acórdão sobre a necessidade de oitiva averiguação da situação e, após, outros dois acórdãos sobre a prevalência da vontade do beneficiário.

O Tribunal da Relação de Coimbra julgou um caso no qual o juiz dispensou a audiência direta e pessoal do beneficiário em processo para decretação da medida de acompanhamento, graças ao grave estado clínico dele. Todavia, a decisão foi revertida, prevalecendo o entendimento de que a oitiva deve ocorrer em todos os casos e, mesmo quando não for possível, o juiz deverá verificar o caso pessoalmente. Cuida-se de privilegiar o princípio da imediação. Existem outros julgados a respeito, mas o presente chama a atenção porque, ao que tudo indica, seria um caso extremado de incapacitação (um *hard case*). Segundo a perícia, o acompanhado havia tentado suicídio com arma de fogo, resultando em “estado vegetativo permanente e irreversível”, com “sequelas neurológicas graves”, impossibilitado de exercer plena, pessoal e conscientemente seus direitos (inclusive os pessoais do artigo 147º, nº2, do CCP) ou cumprir seus deveres³⁰⁴. Mesmo diante da gravidade, o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que o juiz deveria avaliar pessoalmente o acompanhado, a conferir a necessidade da medida. O

³⁰³ TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 1787/09.0TBMGR-B.C1, de 15 de fevereiro de 2022**. Relator Mário Rodrigues da Silva [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7a50750ff7b9665080258800006836cb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>. p. 2.

³⁰⁴ TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 635/19.8T8CNT-A.C1, de 8 de setembro de 2020**. Relator Luís Cravo [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3820035bd101a795802586080038bb2c?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

entendimento anterior, de que, a depender das circunstâncias do caso, a perícia poderia suprir a oitiva, não pode prosperar no novo regime.

Outro interessante caso julgou o Tribunal da Relação do Porto, no qual, em síntese, o filho do beneficiário pediu ao tribunal que fosse suprida a autorização do genitor/beneficiário para a instauração de ação de acompanhamento. Isso porque, como já explanado no tópico precedente, o artigo 144, nº 1, do CCP exige a autorização do beneficiário para que familiares legitimados formulem o requerimento. No caso, a autorização foi negada pelo beneficiário e o tribunal também negou o pedido de suprimento de autorização, uma vez que se comprovou que, mesmo aos 80 anos da idade, o beneficiário estava em plenas condições de gerir, livre e conscientemente, o seu património, não possuindo qualquer perturbação mental ou física. Concluiu-se ainda que: “Uma mudança significativa de comportamento de um homem com mais de 80 anos, que casa de novo, com uma mulher cerca de 30 anos mais nova e passa a gastar a sua poupança acumulada ao longo de anos, sendo ele pessoa sã do ponto de vista neuropsiquiátrico, não traduz necessariamente um caso de prodigalidade relevante para efeitos de acompanhamento”³⁰⁵. A decisão final afigura-se acertada, pois privilegiou a vontade do beneficiário, dando máxima prevalência ao princípio de necessidade, garantindo tanto a proteção quanto a autonomia. Em outras palavras, intervenções no campo da capacidade de exercício não se justificam para a manutenção de interesses patrimoniais de virtuais herdeiros.

Neste ponto, parece importante fazer uma ligação entre o caso concreto e o entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, segundo o qual é necessário proteger a pessoa com deficiência auxiliada de influências indevidas (mormente aquelas que trazem sentimento de medo, agressão e manipulação), mas tal proteção não pode ocorrer de forma a tolher até mesmo o direito de cometer erros e de se submeter a riscos³⁰⁶. Parece ser o caso dos autos, pois, ainda que o beneficiário esteja gastando o seu património

³⁰⁵ TRIBUNAL da Relação do Porto– **Acórdão do Processo nº 4254/19.0T8MTS.P1, de 29 de abril de 2021.** Relator Filipe Carço [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/576c4b6a59173594802586e7004d990c?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

³⁰⁶ “All people risk being subject to “undue influence”, yet this may be exacerbated for those who rely on the support of others to make decisions. Undue influence is characterized as occurring, where the quality of the interaction between the support person and the person being supported includes signs of fear, aggression, threat, deception or manipulation. Safeguards for the exercise of legal capacity must include protection against undue influence; however, the protection must respect the rights, will and preferences of the person, including the right to take risks and make mistakes” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível na internet: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 5).

(sem caracterizar prodigalidade), os exames indicaram que ele tem plena capacidade de entender o que está fazendo e as consequências de suas escolhas.

A prevalência da vontade do acompanhado também deve ser realidade na escolha do acompanhante. Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Coimbra, julgando caso no qual o acompanhado manifestou que não queria a esposa como acompanhante, decidiu pela prevalência da vontade do beneficiário, pois ele tinha condições mentais de avaliar acerca de quem pretende exercer o encargo e a relação de confiança é que deve reger a escolha³⁰⁷. Importante notar, nesse caso, que foram conferidos muitos poderes ao acompanhante, já que o acompanhado possuía sérias restrições. Todavia, entendeu-se que ele tinha capacidade residual para escolher o acompanhante.

Ainda sobre a escolha do acompanhante, e tangenciando o tema da interpretação da vontade e das preferências do acompanhado, cite-se o caso no qual o Supremo Tribunal de Justiça manteve o diretor de instituição como acompanhante de pessoa com deficiência, em detrimento de membro da família dela (irmão). Algumas circunstâncias que conduziram à decisão foram: o fato de o irmão residir em outro país (França), a ausência de disponibilidade para visitas, a precária informação sobre os futuros cuidados da irmã, o perfil pouco receptivo em entrevista social e a falta de “proximidade afetiva” (há anos sem visitar a irmã acompanhada). Com isso, em juízo de ponderação, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que o “interesse imperioso do beneficiário” do artigo 143º do CCP reporta, dentre outros valores, à ampliação da autonomia. No caso, a acompanhada padece de afasia e quadro de demência crônico e irreversível, portanto, avaliaram os Juízes Conselheiros que os profissionais do local onde ela se encontra há vários anos “...terão uma consciência mais apurada das suas necessidades, gostos, forma de comunicação e significado desta, estando, por isso, em melhores condições de prover às suas necessidades...”³⁰⁸.

³⁰⁷ “...essa confiança promove o seu bem-estar emocional, dado que lhe transmite um sentimento de segurança contribuindo, por isso, para que o mesmo desfrute de uma vida mais saudável. E o inverso, a desconfiança, despromove, pelas mesmas razões, o seu bem-estar emocional” (TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 156/19.9T8OHP.C1, de 3 de novembro de 2020**. Relator Alberto Ruço [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/270cc779ed0f1c4e802586460057c602?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>).

³⁰⁸ “...há cerca de seis anos, a acompanhada já é conhecida das pessoas que dela cuidam, as quais, por força da continuidade dos cuidados prestados e do contacto mantido ao longo do tempo, terão uma consciência mais apurada das suas necessidades, gostos, forma de comunicação e significado desta, estando, por isso, em melhores condições de prover às suas necessidades [...] apesar da gravidade dos problemas de saúde que apresenta, tem, como qualquer pessoa, hábitos, amizades e afetos no local onde vive há cerca de seis anos, cuja rutura é suscetível de provocar, nas pessoas idosas, um agravamento da saúde e diminuição do bem-estar psíquico” (SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão do Processo nº 5095/14.7TCLRS.L1.S1, de 17 de dezembro de 2020**. Relator Maria Clara Sottomayor [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2022]. Disponível em:

Portanto, com a referência aos “gostos” da beneficiária, conferiu-se o ônus de ser acompanhante a quem possui melhores condições de interpretar a vontade da acompanhada a partir de suas preferências expressadas ao longo de anos e, possivelmente, quando ela ainda possuía maior capacidade. Privilegiou-se a autonomia, mesmo em casos graves e progressivos de inaptidão para os atos da vida civil, seguindo-se os princípios e a gradação da CDPD.

Essas, portanto, são algumas conclusões parciais de como se harmonizaram os deveres de proteção, de respeito à autonomia e da proteção da capacidade residual no âmbito legal e jurisprudencial português, após a Lei nº 49/2018 de 14 de agosto, sob a influência da CDPD.

3. A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS DAS PESSOAS MAIORES COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Assim como o capítulo anterior se reserva à análise dos institutos jurídicos relacionados à incapacidade de exercício de direitos e cumprimento de deveres de pessoas adultas em Portugal, objetiva-se, neste capítulo, explorar o ordenamento jurídico brasileiro no tocante à mesma temática. Tal como realizado anteriormente, o foco estará nas disposições de direito substantivo em relação à capacidade civil, com a sutil diferença de que as normas a respeito não estão concentradas apenas no Código Civil Brasileiro, mas também na Lei nº 13.146/15, de 6 de junho, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto de Pessoa com Deficiência (doravante EPD)³⁰⁹.

Antes de adentrar à legislação infraconstitucional, é imperioso avaliar, ainda que brevemente, as disposições constitucionais a respeito dos direitos das pessoas com deficiência.

Diferentemente da CRP, a Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CRFB) não dedica capítulo específico para tratar dos direitos das pessoas com deficiência. Sem embargo, pode-se afirmar que existe um estatuto de tutela da pessoa com deficiência disseminado no texto constitucional.

Sem a pretensão de esgotar todas as menções aos direitos das pessoas com deficiência, alguns dos principais dispositivos constitucionais pertinentes à temática ora proposta são: artigo 7º, inciso XXXI (proíbe a discriminação de salários ao trabalhador com deficiência); artigo 23, inciso II (compete aos entes públicos cuidar da saúde, assistência, proteção e garantia das pessoas com deficiência); artigo 203, inciso IV (determina que a política de assistência social terá por objetivo a habilitação/reabilitação e a integração comunitária da pessoa com deficiência) e inciso V (garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência que não possua meios de manutenção própria); artigos 227, §1º, inciso II, §2º, e 244 (tratam de facilitação ao bens e serviços, eliminação de obstáculos e acessibilidade em veículos de transporte coletivo e edifícios públicos).

Anota-se que a CRFB possui dispositivos preocupados com a habilitação ou reabilitação física, quando possível, além da eliminação de barreiras e garantia de acessibilidade, ostentando, assim, traços de influência tanto do modelo médico quanto do modelo social de entendimento da deficiência. É certo que a CRFB, ao tratar da acessibilidade,

³⁰⁹ LEI nº 13.146/15. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CLII, nº 127 (07-07-15), p. 2.

centra-se naquela de natureza física (acesso e mobilidade), mas o princípio geral de garantir a eliminação de barreiras está constitucionalmente consagrado.

Ainda do ponto de vista constitucional, o aspecto de maior relevância, e que diferencia o Brasil de muitos signatários da CDPD, foi a incorporação desta, ao direito interno, com *status* de equivalência às emendas constitucionais.

Existe larga discussão a respeito da natureza dos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil, mas o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em regra, possuem natureza infraconstitucional, porém supralegal, de modo que a legislação hierarquicamente inferior deve se conformar às disposições dos referidos documentos³¹⁰.

Todavia, é possível admitir-se maior hierarquia aos tratados de direitos humanos. Consoante prevê o artigo 5º, §3º, da CRFB, os tratados e as convenções sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com quórum (três quintos de cada Casa do Congresso Nacional) e procedimentos (dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional) das emendas constitucionais serão a elas equivalentes.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, eventuais tratados ou convenções aprovados sob a sistemática do artigo 5º, §3º, da CRFB “...passarão a compor nosso ‘bloco de constitucionalidade’, garantindo maior eficácia às suas previsões, pois poderão servir de paradigma para impugnações de leis ou atos normativos que não observem o absoluto respeito e efetividade dos direitos humanos”³¹¹.

A incorporação de convenção de direitos humanos nos termos acima ocorreu, pela primeira vez no Brasil, com a CDPD, que foi aprovada pelo Congresso Nacional seguindo o quórum e os procedimentos de aprovação de uma emenda constitucional (Decreto Legislativo nº 186/08, de 9 de julho³¹²), com posterior promulgação pela Presidência da República (Decreto nº 6.949/09, de 25 de agosto³¹³).

Em suma, no Brasil a CDPD está incorporada ao ordenamento interno com natureza equivalente à emenda constitucional, conferindo *status* constitucional aos direitos convencionalmente consagrados e servindo de paradigma para fins de controle das normas infraconstitucionais³¹⁴.

³¹⁰ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão proferido no RE nº 349.703, de 05 de junho de 2009**. Relator Carlos Britto [Em linha]. [Consult. 19 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>>.

³¹¹ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 38ª ed. p. 168.

³¹² DECRETO LEGISLATIVO nº 186/08. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXLV, nº 131 (10-07-08) p. 1.

³¹³ DECRETO nº 6.949/09. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXLVI, nº 163 (26-08-09) p. 3.

³¹⁴ Nessa direção, acerca dos tratados incorporados na forma do artigo 5º, §3º, da CRFB: “Esse novo instituto passou a permitir, inclusive, o controle concentrado de constitucionalidade pelo STF – Ação Direta de

Frise-se, todavia, que, em havendo norma de menor hierarquia mais benéfica às pessoas com deficiência, esta deve prevalecer, por força do princípio *pro homine*³¹⁵.

Portanto, assim como em Portugal, para garantir as salvaguardas das pessoas com deficiência, algumas vezes sugere-se recorrer à interpretação multinível das disposições constitucionais e convencionais³¹⁶, no Brasil, como as disposições da CDPD já possuem natureza material de norma constitucional, é mister que se interprete a legislação infraconstitucional à luz das normas de tais normas, conferindo-se maior segurança e efetividade aos direitos do público-alvo.

O Supremo Tribunal Federal já se utilizou da CDPD, após sua equivalência à emenda constitucional, como paradigma de julgamento em algumas ações. A mais destacada delas foi a ADI nº 5357MC-REF/DF, na qual dispositivos do EPD foram arguidos como inconstitucionais, por obrigar estabelecimentos privados de ensino a promoverem investimentos de razoável custo para ofertar atendimento educacional adequado e inclusivo aos alunos com deficiência. Na oportunidade, o Sodalício entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, ao abrigo do princípio de educação inclusiva estabelecido na CDPD, ora integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro³¹⁷. Cita-se o presente exemplo apenas para ilustrar a força e a vinculação conferidas às salvaguardas da CDPD no ordenamento brasileiro.

Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e ADI-omissão –, em relação a todo ordenamento jurídico interno que contrarie tratados sobre direitos humanos devidamente incorporados na forma do § 3º do art. 5º da CF; garantindo maior eficácia e efetividade à proteção à dignidade da pessoa humana” (MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 38ª ed. p. 168).

³¹⁵ A respeito, vale destacar a seguinte observação doutrinária: “Destaque-se, porém, que na aplicação da Convenção – tal qual na aplicação das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais – os juízes devem sempre levar em conta as disposições mais benéficas aos seres humanos em questão, pois os tratados de direitos humanos têm uma lógica de aplicação totalmente distinta da dos tratados tradicionais ou comuns, baseada na escolha da norma que mais proteja os interesses das pessoas (ao que se nomina de ‘princípio *pro homine*’). Assim, apesar de ter ‘equivalência’ de emenda constitucional no Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência irá prevalecer sobre a legislação interna brasileira apenas quando for mais favorável ao indivíduo, pois no Direito Internacional dos Direitos Humanos o que tem importância não é a hierarquia formal das normas jurídicas, senão o conteúdo material (e, sempre, mais benéfico) previsto indistintamente no mosaico normativo vigente num determinado Estado” (MAZZOULI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos das pessoas com deficiência**. In MAZZOULI, Valério de Oliveira – **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. p. 291).

³¹⁶ A propósito da interpretação multinível em âmbito português, já referida no capítulo anterior, cf.: SOUSA, Filipe Venade – A bússola do Direito Constitucional dialógico: a atualização e efetividade dos direitos fundamentais. **Católica Law Review**. p. 18-20; e GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. p. 70.

³¹⁷ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão proferido na ADI nº 5357MC-REF/DF, de 11 de novembro de 2016**. Relator Edson Fachin [Em linha]. [Consult. 19 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur359744/false>>.

Outros reflexos favoráveis da “constitucionalização” da CDPD estão: (i) na opção pela expressão “pessoa com deficiência” (o texto original mantém a ultrapassada locução “pessoa portadora de deficiência”); e (ii) na inserção, dentro do bloco de constitucionalidade, de uma definição clara sobre quem se encaixa no conceito de pessoa com deficiência (artigo 1º da CDPD)³¹⁸.

Feitas essas breves notas de índole constitucional, suficientes para a sequência da explanação, passa-se ao plano infralegal de direito material civil.

No terreno dos conceitos, a civilística brasileira, assim como a portuguesa, supera o monismo conceitual e diferencia personalidade de capacidade. Personalidade jurídica é a “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”³¹⁹, reconhecida pela ordem jurídica brasileira a todas as pessoas naturais, indistintamente. A capacidade³²⁰, por sua vez, é a medida da personalidade ou “um dos atributos da personalidade”³²¹. A capacidade pressupõe a personalidade e desmembra-se na capacidade de direito, de gozo ou de aquisição (ligada à noção de aquisição/titularidade de direitos) e na capacidade de fato, de exercício ou de ação (aptidão para exercer, pessoal e livremente, os direitos por si mesmo ou por procurador livre e voluntariamente constituído).

Anota-se a lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o conceito de capacidade completa o de personalidade, de modo que a total privação daquela frustraria esta³²². Em outras palavras, negar a capacidade jurídica, de forma total, a alguém é negar-lhe a própria personalidade. A principal diferença estabelecida reside na natureza qualitativa da

³¹⁸ Sobre a expressão, a simples inserção levou à constitucionalização de uma “noção mais personalizada (e humanista)” em relação ao referido grupo (Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 388).

³¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Vol. I.** 34ª ed. p. 181

³²⁰ Alguns autores brasileiros tomam o conceito de “capacidade jurídica” como gênero do qual desmembram-se a capacidade de direito e a capacidade de exercício (cf. DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil.** 28ª ed. p. 168; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 381). Outros, porém, preferem tratar como gênero a “capacidade civil” e usam a expressão capacidade jurídica como sinônimo de capacidade de direito ou de gozo (cf. LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral.** p. 117; LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** p. 9).

³²¹ FRANÇA, Rubens Limongi – **Instituições de Direito Civil.** p. 53.

³²² “Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Vol. I.** 34ª ed. p. 223).

personalidade e na quantitativa da capacidade (no sentido de medida da suscetibilidade de ser titular de direitos e deveres)³²³.

Não se olvide que, assim como parte da doutrina portuguesa (conforme já dito alhures), Orlando Gomes toma o conceito de capacidade de direito ou de gozo no mesmo sentido de personalidade³²⁴; na mesma esteira o fazem outros civilistas³²⁵.

O CCB, já no seu artigo 1º, preconiza que toda pessoa é “capaz de direitos e deveres”, tratando, assim, da capacidade de direitos. Assim como o CCP, o CCB não trouxe definição de incapacidade, mas passou a elencar suas hipóteses a partir do seu artigo 3º. Portanto, a regra é a capacidade plena, presumida caso não se verifique qualquer hipótese das numeradas nos artigos 3º e 4º do CCB.

No Brasil, diferentemente de Portugal³²⁶, prepondera o entendimento de que não existem hipóteses de incapacidade de direito para as pessoas naturais (físicas, humanas), mas apenas incapacidade de exercício, seja em razão da redação do artigo 1º do CCB, seja em virtude da relação umbilical da capacidade de direito ou de gozo com a personalidade. Sobre esse aspecto, Maria Helena Diniz argumenta que “a capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despiando-o dos atributos da personalidade”³²⁷.

É justo, entretanto, registrar posição em sentido contrário. Rubens Limongi França admite limitações à capacidade de direito, mas nunca de forma total³²⁸. Para ele a incapacidade relativa por ser de fato ou de direito, pois a redação legal menciona “certos atos” ou “à maneira de exercer” (referia-se ao revogado artigo 6º, *caput*, do CCB/1916, porém a mesma redação

³²³ Até aqui, não parece haver diferenças substanciais com a doutrina portuguesa (vide Capítulo 2).

³²⁴ “A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de ter direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. Não obstante, admitem-se restrições de caráter especial. Há pessoas que são privadas do gozo de certos direitos” (GOMES, Orlando – **Introdução ao Direito Civil**. 22ª ed. p. 119).

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1**. 18ª ed. p. 383.

³²⁶ A doutrina portuguesa admite casos de incapacidade de direito e um dos principais é o impedimento absoluto do casamento de menor de 16 anos (artigo 1601º, a, do CCP). Caminhando nessa direção: “Não se trata de uma simples limitação ao exercício pessoal e livre: o menor com idade inferior a dezasseis anos não pode casar, nem mesmo representado ou assistido pelos titulares do poder paternal” (VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro L. P. – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9ª ed. p. 95).

³²⁷ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. p. 167. Em sentido idêntico: GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral**. 19ª ed. p. 41.

³²⁸ “Além disso, enquanto a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerados. Por exemplo, o recém-nascido é incapaz não só de fato como de direito para o serviço militar, e no entanto, tem personalidade jurídica” (FRANÇA, Rubens Limongi – **Instituições de Direito Civil**. p. 54).

está no atual artigo 4º, *caput*, do CCB)³²⁹. Segundo o autor “a incapacidade absoluta, ou inexistência de capacidade, só pode existir de fato ou de exercício, porque a simples personalidade implica um mínimo da capacidade de direito”³³⁰.

Para os que admitem hipóteses de incapacidades de direito, por exemplo, o fato de que o cônjuge não poder negociar imóveis do patrimônio comum sem a anuência do outro seria uma redução da capacidade de direito ou de gozo. Tais impedimentos, por sua vez, são explicados, pelo entendimento preponderante no Brasil, em razão da posição da pessoa na relação jurídica, a qual está relacionada à legitimação (o casado que não pode alienar imóveis comuns sem autorização do outro cônjuge, o indigno de herdar, o tutor que não pode gravar bens imóveis sem autorização especial etc.). Essas pessoas – o cônjuge, o herdeiro e o tutor – mantêm a capacidade de gozo, porém estão impedidos de determinados atos dentro da relação jurídica na qual se encontram³³¹. Tais impedimentos são estabelecidos por razões morais³³².

Portanto, delineados alguns aspectos relativos à incorporação da CDPD no Brasil e às noções de capacidade de direito (ou gozo) e de fato (ou exercício) no âmbito civil, objetiva-se, no tópico a seguir, explorar alguns aspectos do regime de incapacidades previsto na redação original do CCB. Em seguida, discorrer-se-á sobre o modelo vigente, instaurado com o EPD e, ao final, no último tópico deste capítulo, pretende-se promover o cotejo necessário com as disposições da CDPD.

3.1 Do regime anterior à Lei nº 13.146/15, de 6 de julho (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

Em sua redação original, o CCB tratava da incapacidade de exercício para os atos da vida civil em dois níveis: incapacidade absoluta e relativa. O fundamento geral da teoria das incapacidades consistia na proteção dos incapazes, e a razão específica dessa proteção em dois níveis residia na variação de grau de discernimento, seja pela idade, seja por questões alusivas à saúde ou a algum *status* mental.

O artigo 3º do CCB trazia o rol das hipóteses de incapacidade absoluta de exercício pessoal de direitos: os menores de 16 anos; os enfermos e deficientes mentais sem o necessário

³²⁹ “Enquanto a incapacidade absoluta é sempre de fato, a incapacidade relativa pode ser de fato ou de direito” (FRANÇA, Rubens Limongi – **Instituições de Direito Civil**, p. 56).

³³⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 54.

³³¹ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**, 28ª ed. p. 170.

³³² PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Vol. I**, 34ª ed. p. 230.

discernimento para os atos da vida civil; e aqueles que não poderiam exprimir vontade, mesmo por causa transitória, estavam enquadrados³³³. As duas últimas hipóteses, registre-se, referiam-se a pessoas adultas.

Em relação aos enfermos e deficientes mentais sem o necessário discernimento para atos da vida civil (artigo 3º, inciso II), a hipótese englobava os motivos de ordem congênita ou adquirida que ensejassem comprometimento do discernimento. Conquanto o inciso restringisse à deficiência de ordem mental, o termo enfermidades poderia contemplar doenças graves de natureza físico-psíquicas (por exemplo: rigidez muscular extrema). Exigia-se, em qualquer caso, que o estado incapacitante fosse duradouro³³⁴.

Anote-se que não era a enfermidade ou a deficiência mental que, por si só, ensejava a incapacidade, fazendo-se necessário, cumulativamente, provar a ausência do discernimento da pessoa doente ou com deficiência, ou seja, provar a inaptidão de analisar circunstâncias e compreender fatos para tomar decisões³³⁵. A propósito, Brunello Stancioli e Fabio Queiroz Pereira asseveravam que: “deve ser destacado, ainda, que a simples deficiência mental nunca foi geradora da aplicação de um regime de incapacidades, devendo ser sempre cogitada em somatório à ausência ou à redução do discernimento do indivíduo”³³⁶.

A previsão legal de discernimento (completo ou reduzido), aliás, foi o grande diferencial do CCB de 2002 na teoria das incapacidades, corrigindo o termo genérico e discriminatório do CCB de 1916³³⁷, “loucos de todo o gênero” (artigo 5º, inciso II). Com isso, possibilitou-se fazer gradações em relação às deficiências, dentre aquelas que geram incapacidade (absoluta ou relativa) e aquelas que não importam inaptidão para atos da vida civil.

No tocante à previsão relativa àqueles que não podem exprimir vontade, mesmo por causa transitória (artigo 3º, inciso III), João Baptista Villela argumentou que o CCB supõe que

³³³ Como o artigo falava em absolutamente incapazes, o *caput* se referia apenas ao exercício pessoal de direitos, uma vez que não pode, pela dogmática civil brasileira, haver casos de incapacidade total de direitos (ou gozo) para as pessoas naturais, sob pena de extirpar a própria personalidade.

³³⁴ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. p. 174.

³³⁵ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. p. 121.

³³⁶ STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz – Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 109.

³³⁷ LEI nº 3.071/16. **Diário Oficial da União, Seção 1** (05-01-16), p. 133.

a pessoa pode formar sua vontade validamente, mas não pode externalizá-la: “nos casos do art. 3º, II, do Código Civil, é-se incapaz. Nos casos do art. 3º, inciso III, *está-se* incapaz”³³⁸.

O autor asseverou que nesse inciso o CCB não trabalhava com a ideia de incapacidade permanente e duradoura, exemplificando com situações nas quais não há deficiência ou enfermidade, mas não é possível exprimir vontade: pessoa submetida a experimento científico, pessoas ilhadas, tripulações incomunicáveis (a exemplo do submarino russo *Kursk*), sequestros, entre outros³³⁹. A crítica era que o CCB ampliou muito a hipótese de incapacidade neste inciso, porém deixou de contemplar o estatuto de suprimimento de vontade no artigo 1.767, que previa a curatela para os que não pudessem exprimir vontade apenas por causa duradoura (inciso II). As soluções para a impossibilidade transitória de expressão de vontade, então, seriam: (i) houve previsão e a pessoa proveu sua representação por mandato ou gestão de negócios; ou (ii) não houve previsão e a curatela poderia ser instituída por interpretação sistemática, especialmente dos artigos 1.780 e 1.768 do CCB³⁴⁰.

Aponte-se que, no sistema português, esses casos de incapacidade acidental, cujos exemplos são semelhantes aos que a doutrina brasileira, em não havendo habitualidade, são enquadrados como incapacidade transitória de exprimir vontade, sem a necessidade de interdição, inabilitação ou, atualmente, de acompanhamento, possuindo regramento próprio no artigo 257º do CCP³⁴¹.

O regime brasileiro das incapacidades absolutas “...sempre se mostrou estanque e generalista – sem possibilidade, por exemplo, de ratificação do negócio firmado pelo absolutamente incapaz”³⁴². Nesse sentido, a lei “desprezava”³⁴³ a vontade do absolutamente incapaz, por presumir que era inapto a compreender os atos da vida civil. Tanto é verdade, que ao absolutamente incapaz era nomeado curador com poderes de representação, substituindo-se à vontade do interdito, como será tratado à frente.

Por seu turno, o artigo 4º do CCB, na sua redação original, enumerava aqueles tidos por relativamente incapazes: os menores de 18 anos e maiores de 16 anos; os pródigos; os ébrios

³³⁸ VILLELA, João Baptista – Incapacidade transitória de expressão. In AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo – **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas. Homenagem a Tullio Ascarelli**. 2ª ed. p. 358-359.

³³⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 357.

³⁴⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 361, 367-368.

³⁴¹ Alguns exemplos de aplicação do artigo 257º do CCP: embriaguez, hipnose, intoxicação, delírio, entre outros (cf. MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. p. 249).

³⁴² LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 71.

³⁴³ *Idem* – **Ibidem**.

habituais, viciados em tóxicos e deficientes mentais com discernimento reduzido; além dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo³⁴⁴.

No tocante aos ébrios e viciados em tóxicos, a hipótese contemplava aqueles casos crônicos que afetassem o discernimento. O uso eventual e espontâneo de tais substâncias não conduzia à incapacidade³⁴⁵. Aqui, novamente, o discernimento aparecia como pedra de toque, inclusive em relação aos deficientes mentais.

Ao mencionar os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (artigo 4º, inciso III), incluíam-se, principalmente, aqueles que possuíam inteligência diminuída, e os exemplos mais citados eram de pessoas com Síndrome de *Down*³⁴⁶.

A previsão legal da prodigalidade como causa de incapacidade relativa tinha (e ainda tem) seus críticos, como Paulo Lôbo, para quem a inclusão dela no rol das incapacidades privilegiava o patrimônio à autonomia da pessoa, que poderia se desfazer de seus bens por ideologia, razões de foro íntimo e/ou sentimento religioso (aqui, o autor invocava o exemplo de São Francisco de Assis)³⁴⁷.

Ressalte-se que a prodigalidade pode se manifestar apenas como uma consequência de enfermidade ou doença mental, caso no qual, havendo comprovação da ausência de discernimento, o caso deveria ser enquadrado no artigo 3º, inciso II³⁴⁸.

Em todos os casos de incapacidade relativa, dizia-se que havia uma interdição parcial de direitos, uma vez que o incapaz possuía algum discernimento, estando apto à prática de atos da vida civil, desde que auxiliado. Na dicção de Viviane Limongi, “na incapacidade relativa, o sentido de proteção sempre existiu mas de modo flexível e elástico, graças à presunção *ex lege* de maior discernimento e experiência do relativamente incapaz”³⁴⁹. Note-se que, mesmo com maior flexibilidade, a lei não deixou de cumprir o propósito protetivo.

Cumprir ressaltar que as hipóteses de incapacidade (absolutas ou relativas) não eram definitivas, de modo que, cessada a razão que determinou a interdição total ou parcial, a capacidade poderia ser readquirida via decisão judicial.

³⁴⁴ Em razão de o *caput* do dispositivo falar em incapacidade relativa “a certos atos” ou “à maneira de os exercer”, alguns entendiam que haveria incapacidade de direito (relativa, nunca total), como dito alhures.

³⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 398.

³⁴⁶ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil.** 28ª ed. p. 190; e LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral.** p. 123.

³⁴⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 124.

³⁴⁸ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil.** 28ª ed. p. 191.

³⁴⁹ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** p. 72.

Os civilistas insistiam que as deficiências físicas, por si sós, desde que não ensejassem impossibilidade de exprimir vontade por qualquer forma, não conduziam à incapacidade absoluta³⁵⁰. Tratava-se de evolução, por exemplo, no tocante ao caso dos surdos-mudos, previsto na codificação anterior como hipótese de incapacidade absoluta (artigo 5º, inciso III, do CCB de 1916).

Conquanto a deficiência física, por si só, não fosse causa de incapacidade, o CCB possibilitava que a pessoa com deficiência física (ou alguns legitimados) solicitasse a nomeação de curador para cuidados de negócios e bens (artigo 1.780, redação revogada)³⁵¹. Nada obstante, existe a previsão de outros instrumentos menos burocráticos e que não precisavam passar pelo crivo judicial, como o mandato, o que esvaziava o instituto da curatela especial.

Diferentemente de Portugal, cujo regime anterior previa o suprimimento da vontade do interdito por um tutor (com poderes de representação) e do inabilitado por um curador (em regra, com poderes de assistência), no Brasil a tutela estava relacionada apenas com o regime de proteção de menores.

Aos menores incapazes com pais falecidos, ausentes ou destituídos do poder familiar, é nomeado um tutor, a quem cabe dirigir-lhes a educação, prestar-lhes alimentos, administrar os bens em proveito dos tutelados (com restrições de atos que dependem de autorização judicial)³⁵². Ao tutor, assim como aos pais, compete representar os menores de 16 anos (absolutamente incapazes) e assistir os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (relativamente incapazes)³⁵³. Com a maioridade, emancipação ou adoção, cessa-se a tutela³⁵⁴. Tal sistemática permanece em vigor, pois o EPD não tocou no regime de incapacidade de menores.

Os demais casos de incapacidade, absoluta ou relativamente, estavam sujeitos ao regime da curatela, após um processo judicial de interdição. O curador deveria representar o maior absolutamente incapaz ou assistir o relativamente incapaz.

³⁵⁰ Nesse rumo: “Percebe-se que pelo novo código não se pode estender a incapacidade: a) ao deficiente físico, ao surdo-mudo ou ao cego, que, apesar da falta de locomoção, da audição ou da visão que lhe dificulta o contato perfeito com o ambiente em que vive, se adapta à sociedade com grande facilidade, devido a uma compensação fisiológica, que lhe desenvolve outros sentidos, possibilitando trabalho e vida social” (DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. p. 179). Também, cite-se: “Deficiências física não mentais, como a cegueira, a surdo-mudez, a paraplegia e até mesmo a tetraplegia, não mais causam incapacidade civil” (LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. p. 119).

³⁵¹ O exemplo de Glauber Salomão Leite é elucidativo: pessoa sequelada por AVC que ficasse com limitações físicas e precisasse de alguém para administrar determinado negócio (LEITE, Glauber Salomão – O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. p. 308).

³⁵² Art. 1.740 e 1.741 do CCB.

³⁵³ Art. 1.747, inciso I, do CCB.

³⁵⁴ Art. 1.763 do CCB.

No instituto da representação, como é sabido, o representante expressa vontade própria, porém os efeitos recaem sobre a esfera jurídica do representado³⁵⁵. Por sua vez, a assistência funciona como “esteio da segurança de manifestação de vontade dos relativamente incapazes”, ou seja, a vontade do assistente soma-se à do assistido³⁵⁶.

A maior flexibilidade em relação aos relativamente incapazes estava no texto legal, em pelo menos dois momentos. Primeiro, quando se admitia a anulabilidade dos atos praticados sem assistência (ao contrário da nulidade daqueles praticados por pessoas absolutamente incapazes sem representação). Segundo, quando possibilitava ao juiz fixar limites variados para a curatela, segundo o estágio de desenvolvimento mental (artigo 1.772 do CCB, redação anterior à revogação).

A respeito dessa possibilidade, estabelecia-se a chamada “curatela parcial”³⁵⁷, ou seja, apenas os atos definidos em sentença não poderiam ser praticados diretamente pelo interdito, e geralmente eram atos de disposição patrimonial. Assim como ocorre na curatela do pródigo, em dispositivo ainda vigente, que a interdição só o priva de praticar, pessoalmente, atos de disposição patrimonial que não sejam de mera administração (artigo 1.782 do CCB).

As disposições eram de boa técnica legislativa. Todavia, como não havia normativa semelhante acerca do absolutamente incapaz, reforçava-se o entendimento de que, nesse caso, a curatela era total, ou seja, para todos os atos da vida civil³⁵⁸. Aliás, a posição tradicional era que, nos casos de interdição total, o curador tinha prerrogativas “...para reger a pessoa e administrar bens de maior que, por si só, não está em condições de fazê-lo...”³⁵⁹.

Ressalve-se, contudo, que, em posição mais restritiva acerca dos poderes do curador, Paulo Lôbo afirmava que a finalidade do regime das incapacidades era proteger a pessoa, mas que a incapacidade de exercício era sempre dos direitos patrimoniais. Consoante o autor, “os direitos existenciais não são alcançados pela incapacidade absoluta ou relativa”³⁶⁰.

Em suma; a curatela era a medida de proteção; a interdição era o processo declaratório da incapacidade e constitutivo do regime cautelar; e a vontade do absolutamente incapaz

³⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. – **Código Civil Comentado**. 11ª ed. p. 299.

³⁵⁶ *Idem* – ***Ibidem***.

³⁵⁷ LEITE, Glauber Salomão – O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. p. 306.

³⁵⁸ *Idem* – ***Ibidem***.

³⁵⁹ DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. p. 201.

³⁶⁰ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. p. 119. E acrescenta o autor: “A capacidade de exercício não abrange os direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”. (*Idem* – ***Op. Cit.*** p. 118).

(totalmente interditado) era suprida por meio de um representante, enquanto a do relativamente incapaz (parcialmente interditado) era completada por um assistente.

Estabelecidos os principais contornos do chamado regime das incapacidades do CCB de 2002 (portanto antes das alterações promovidas pelo EPD), registrem-se algumas críticas dirigidas ao referido sistema.

Anderson Schreiber anotou que a lógica original do CCB, de tudo ou nada, de capazes e incapazes, não mais satisfazia à proteção da dignidade humana na sua vertente de autodeterminação pessoal. Segundo o autor, o ideal é um sistema de “modulação da incapacidade”³⁶¹, garantindo a ampla participação do incapaz. Isso se justifica porque o regime de proteção se converteu em “instrumento de abordagem excludente”, mormente diante de a prática forense mostrar que os incapazes foram tolhidos do exercício de seus direitos existenciais durante muitos anos³⁶².

Embora o CCB previsse um sistema de gradação das incapacidades construído durante anos de aprimoramento da teoria brasileira das incapacidades, alguns civilistas registram que a prática forense, na maioria das vezes, priorizava a interdição total, especialmente em relação às pessoas com deficiência mental, provocando certa “indução apriorística”, ao tratá-las como absolutamente incapazes³⁶³.

No mesmo rumo, Glauber Salomão Leite alertava, com base em dados estatísticos, que a interdição era total na quase totalidade dos casos e os tribunais pouco se utilizavam do disposto no artigo 1.772 do CCB (que possibilitava diminuir a extensão da curatela conforme o caso), chamando o fenômeno de “padronização da curatela”³⁶⁴. Além disso, a interdição assumiu forte interesse patrimonial, deixando em plano secundário os direitos existenciais oriundos da personalidade. Essa visão patrimonialista estava dissociada dos princípios constitucionais, especialmente depois da CRFB, que passou a valorizar a pessoa humana e os direitos existenciais advindos da personalidade³⁶⁵.

Grife-se que o autor supramencionado, fundamentado nos princípios constitucionais e na CDPD (já com *status* de emenda constitucional), propôs, mesmo antes da edição do EPD,

³⁶¹ SCHREIBER, Anderson – **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 5ª ed. p. 42.

³⁶² *Idem* – **Ibidem**.

³⁶³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 50.

³⁶⁴ LEITE, Glauber Salomão – O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. p. 306-316.

³⁶⁵ Diz o autor: “...oriunda dessa inaptidão para zelar pelos seus interesses econômicos, a pessoa também acaba privada do exercício dos direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente” (*Idem* – **Op. Cit.** p. 314).

interpretação na qual a curatela parcial fosse a regra do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive para as incapacidades absolutas de maiores. Com isso, a interdição total deveria ficar restrita a “situações excepcionais”. E arrematava, asseverando que o CCB estava em desconformidade com a CDPD ao prever incapacidades absolutas para adultos com deficiência, e não poderia prevalecer por efeito da hierarquia dos diplomas³⁶⁶.

3.2 Do atual regime da curatela e da tomada de decisão apoiada instituído pela Lei nº 13.146/15, de 6 de julho (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

A ratificação da CDPD pelo Brasil e a incorporação dela ao ordenamento jurídico interno com equivalência à emenda constitucional foram as principais razões que conduziram à edição do EPD, com alterações no CCB no tocante à capacidade civil.

Ocorre que, mesmo antes da aprovação da CDPD pela ONU, algumas impropriedades técnicas já eram suscitadas acerca do inciso II do artigo 3º do CCB, hoje revogado. A principal delas residia no fato de o dispositivo tratar dos casos de enfermidade e de deficiência mental conjuntamente, dando a impressão de equiparação entre situações de naturezas diversas: doença e deficiência³⁶⁷.

Sem embargo, foram as críticas ao então regime da incapacidade de adultos, formuladas a partir dos princípios da CDPD e pormenorizadas no tópico anterior – dentre as quais: o paternalismo protetivo, a rigidez em relação às medidas impostas às pessoas absolutamente incapazes, a intervenção nos direitos existenciais dos interditos, a lógica do tudo ou nada, a desproporcionalidade das medidas, entre outras –, que ensejaram a profunda reformulação de um sistema que, em suas linhas gerais, perdurava no país desde a codificação do Direito Civil, em 1916.

Se existe um ponto no qual há relativo consenso é o seguinte: as mudanças foram profundas e geraram rupturas. Daí em diante, instala-se a divergência, havendo quem defenda “...a bela e coerente arquitetura esculpida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a teoria

³⁶⁶ LEITE, Glauber Salomão – O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.], **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. p. 317-318.

³⁶⁷ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 108-109.

das incapacidades³⁶⁸ e, em sentido oposto, quem sustenta que “...no tocante à teoria das incapacidades, foi um verdadeiro retrocesso”³⁶⁹.

A profundidade das alterações era inevitável, uma vez que o legislador brasileiro, influenciado pela CDPD, mudou sua compreensão acerca da forma de abordagem da deficiência, refletindo essa nova óptica no instituto da capacidade civil.

Como registrado no Capítulo 1 desta dissertação, a deficiência já foi percebida por diversos ângulos, variando, de forma não-linear, a depender do contexto histórico e cultural. Embora com alguns avanços, inclusive na ordem constitucional, o CCB ainda estava tomado pela influência do modelo médico, centrado no indivíduo, buscando tutelar as pessoas em razão de algum *status* biopsicológico, em consequência de um viés protetivo que, não raro, desconsiderava a vontade do protegido.

Ora, com a mudança do paradigma em relação à deficiência, o reflexo na teoria das incapacidades era implacável. A principal alteração do EPD, em afinidade com o artigo 12º da CDPD, foi afirmar o princípio do *in dubio pro capacitas*, reconhecendo a plena capacidade como a regra para as pessoas com deficiência³⁷⁰.

Como corolários do reconhecimento da plena capacidade, citem-se: a restrição no uso e na extensão da curatela, a diminuição dos poderes (ou atribuições, funções, competências) do curador e a maior valorização da vontade do curatelado. Consequências essas que se busca pormenorizar a seguir.

Com as alterações promovidas pelo EPD, o artigo 3º do CCB passa a prever a incapacidade absoluta de exercício de direitos apenas aos menores de 16 anos. A hipótese de enfermidade ou deficiência mental com ausência de discernimento para atos civis (antigo inciso II) foi revogada. Por fim, a previsão do antigo inciso III, que englobava os casos de impossibilidade de expressão de vontade, ainda que por causas transitórias, resta transposta ao artigo 4º do CCB, como caso de incapacidade relativa.

Por seu turno, o artigo 4º do CCB mantém, como casos de incapacidade relativa, os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os

³⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 404.

³⁶⁹ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** p. 143.

³⁷⁰ Nesse sentido: “Consequência natural da mudança de paradigma da deficiência – transposição da análise médica do *status* individual à análise das barreiras sociais, políticas e econômicas – é a alteração do regime das incapacidades [...] o legislador ratificou o art. 12 da Convenção – que reconhece que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida...” (LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** p. 131).

pródigos (incisos I, II e IV). Foram revogadas as previsões acerca de deficientes mentais com discernimento reduzido e excepcionais sem desenvolvimento mental completo (antigos incisos II, parte final, e III). Além disso, como dito acima, aqueles que não podem exprimir vontade, por causa transitória ou permanente, passam a integrar o rol desse dispositivo (inciso III).

Extraí-se do novo texto legal que, sobre a incapacidade absoluta, o CCB mantém apenas o critério objetivo etário como definidor da hipótese mais drástica de restrição da capacidade.

No que concerne às pessoas maiores, as referências a “deficiência mental” e “excepcionais” estão extirpadas do texto legal, afastando-se do critério biológico. Da mesma forma, o requisito do “discernimento”, voltado ao entendimento, resta eliminado. Em suma, o critério biopsicológico deixa de ser adotado para fins de eleger hipóteses de incapacidade de qualquer natureza³⁷¹.

A conclusão lógica a que os civilistas chegam é a de que não é mais possível correlacionar incapacidade jurídica com deficiência³⁷². Há, todavia, quem faça o contraponto, afirmando que a mera deficiência mental, no plano do CCB de 2002, nunca foi, por si só, hipótese de incapacitação, mas somente se houvesse afetação, total ou parcial, do discernimento³⁷³.

O contraponto está correto no sentido de que não havia correspondência absoluta. Todavia, não se pode olvidar que subsistia uma íntima conexão (uma indução) entre incapacidade e deficiência. O critério era biopsicológico, exigia-se, assim, a deficiência mental como condição biológica (influência do modelo médico, reconhecendo a deficiência apenas no *status* físico, mental ou sensorial do indivíduo) e a afetação do discernimento como condição psicológica. Portanto, de certa forma, pode-se afirmar, sim, que havia uma inclinação apriorística à associação “deficiência-incapacidade”, pois a pessoa com deficiência mental era forte candidata à interdição de direitos.

Ressalte-se que afastar os conceitos de incapacidade e deficiência não significa deixar de reconhecer as barreiras, de diversas naturezas, que se impõem às pessoas com deficiências,

³⁷¹ Em elucidativo trecho, Viviane Limongi resume a evolução do Direito Civil brasileiro no tocante aos critérios adotados pelo CCB/1916 e pelo CCB/2002 (em sua versão original), *in verbis*: “A teoria das incapacidades no direito brasileiro, no séc. XX, fundou-se inicialmente na análise do estado biológico e etário das pessoas, para, ao depois, no Código Civil de 2002, adotar a análise dos estados individuais biopsicológico e etário, porquanto a falta de saúde e imaturidade ensejam ausência de discernimento e, por conseguinte, de autonomia para os atos jurídicos” (LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 145).

³⁷² Por todos: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1**. 18ª ed. p. 385.

³⁷³ STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz – Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 109.

muito menos a condição de vulnerabilidade delas. O EPD presume a condição de vulnerabilidade da pessoa com deficiência em situações de emergência e de calamidade pública (artigo 10, parágrafo único) e para fins de proteção social (artigo 39). Todavia, a vulnerabilidade em determinadas situações ou relações jurídicas, por si só, não enseja o impedimento do exercício pessoal de atos da vida civil.

Diante disso, as alterações nas hipóteses de incapacidade previstas no CCB indicam que a regra passou a ser a plena capacidade das pessoas com deficiência. Essa plenitude também está consagrada por expressa determinação do *caput* do artigo 6º do EPD, que preceitua: “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa...”.

Partindo de uma rigorosa leitura do artigo 6º do EPD, há quem defenda que a pessoa com deficiência é sempre capaz, independentemente das circunstâncias. Por esse entendimento, mesmo que uma pessoa com deficiência se valha da curatela, ela ainda será plenamente capaz. Daí, Carlos Roberto Gonçalves sustentar que “o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) inova ao admitir a interdição de pessoa capaz”³⁷⁴.

Ocorre que, analisando-se os diplomas de forma sistemática, prevalece o entendimento de que a pessoa com deficiência, excepcionalmente, pode ser considerada relativamente incapaz (ou de capacidade diminuída), caso não consiga exprimir vontade, sendo submetida ao regime da curatela.

O critério volitivo ganhou relevo no atual inciso III do artigo 4º do CCB, englobando os casos de impossibilidade de expressão de vontade, por causas transitórias ou permanentes. Note-se que a incapacidade relativa (ou diminuição da capacidade) não é consequência de condição pessoal (*status* mental), mas de uma circunstância – impossibilidade de exprimir vontade – que pode alcançar quaisquer pessoas, independentemente de deficiência.

Entretanto, subsiste abalizada construção doutrinária crítica da alocação de tais casos no atual inciso III do artigo 4º do CCB. Primeiro, porque a hipótese ali prevista foi desenvolvida para os casos pessoas em coma ou impossibilitadas de se comunicar. Segundo, porque “...um deficiente mental, com sério comprometimento em sua capacidade de cognição, pode ser capaz de expressar a sua vontade...”³⁷⁵, ou seja, ela pode conseguir exteriorizar alguma vontade, mas a formação dela estar viciada. Assim, apenas os casos de deficientes com efetiva

³⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral**. 19ª ed. p. 45.

³⁷⁵ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 128.

impossibilidade de expressar vontade – paralisia cerebral severa ou *Alzheimer* avançado – se encaixariam na hipótese³⁷⁶.

Sem embargos das críticas, o novo critério adotado pelo legislador foi o volitivo. Não é mais possível buscar enquadrar as pessoas com deficiência como incapazes à luz do critério biopsicológico.

Melhor elucidando a questão, Carolina Ferraz e Glauber Salomão Leite afirmam que: “...não cabem eventuais restrições à capacidade civil com base em critério médico, ou seja, a existência de um diagnóstico não é fundamento bastante para justificar restrições ao exercício de direitos ...”³⁷⁷. E arrematam, asseverando que interferência na capacidade de exercício apenas com fundamento na deficiência seria tão arbitrário quanto limitações baseadas em raça, religião, entre outros³⁷⁸.

Portanto, pela novel legislação, pessoas com deficiência que têm condições de exprimir vontade são capazes, podendo recorrer a medidas de apoio, como a tomada de decisão apoiada (TDA), que oportunamente será analisada.

Com efeito, pode-se discordar do critério eleito, mas a lógica estabelecida é que, para fins do atual inciso III do artigo 4º do CCB, o nível da vontade (ou sua expressão) é mais importante que o da cognição. Eventuais casos de pessoas com deficiência que conseguem exteriorizar vontade, mas não a formulam apropriadamente, são analisados pela doutrina e jurisprudência, de forma excepcional (como será visto).

A curatela, enquanto medida de “proteção” (ou de apoio), também sofreu modificações. Como afirmado, o regime da curatela será atribuído às pessoas com deficiência quando incorrerem na impossibilidade de exprimir vontade (inciso III do artigo 4º do CCB). Nesses casos, após perícia multidisciplinar e entrevista judicial, o juiz deve nomear curador ao relativamente incapaz (ou à pessoa com capacidade diminuída).

É importante registrar que, na esteira da ressignificação de termos e conceitos, o EPD evita o termo “incapaz”, mesmo quando reconhece a necessidade da curatela. O artigo 84, §1º, do referido diploma legal apenas afirma a submissão à curatela “quando necessário” e “conforme a lei”. No mesmo contexto, o EPD deixa de ser referir a processo de “interdição”, embora apareça o vocábulo “interdito” em dispositivos alterados do CCB.

³⁷⁶ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 129.

³⁷⁷ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão – Comentários aos artigos 4º a 7º. In LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. p. 81-82.

³⁷⁸ *Idem* – **Ibidem**.

Nesse ambiente de ressignificação de termos e diante da renovação dos princípios e alteração substancial de paradigmas, alguns autores afirmam que a ação específica que instaura o processo de nomeação de curador é a ação de curatela, não mais ação de interdição³⁷⁹. Por outro lado, há a oposição que sustenta a permanência da interdição, ainda que repaginada, uma vez que expressamente previsto nos artigos 747 e seguintes de CPCB³⁸⁰. Essa última parece preponderar na jurisprudência³⁸¹.

A celeuma não evolve apenas nomenclatura, mas um conflito aparente de normas. O atual CPCB foi promulgado em 16.03.2015 e teve *vacatio legis* de um ano, entrando em vigor em 18.03.2016. Durante a *vacatio legis* do CPCB, o EPD foi promulgado em 06.07.2015 e entrou em vigor no dia 02.01.2016. O EPD fala em nomeação de curador, mas o CPCB preconiza interdição de “incapazes” e “doença mental grave”, além de revogar dispositivos que o EPD incluiu no CCB. Traduzindo, houve uma espécie de revogação de dispositivo cuja redação foi modificada por terceira lei, enquanto a lei revogadora estava em *vacatio legis*.

Ainda que se admita a interdição como *nomen iuris* do procedimento de jurisdição voluntária que conduz à nomeação de curador e proteção do incapaz, fato é que não mais existe a chamada “interdição total”, pois que revogada a previsão para se declarar a absoluta incapacidade de adultos.

A solução doutrinária para o impasse é reconhecer à prevalência das normas que garantam, ao máximo, a capacidade das pessoas com deficiência, interpretando-as à luz dos princípios da CDPD³⁸².

Exemplificando. O EPD admitiu a possibilidade de autocuratela (o próprio interessado requerer a medida) ao acrescentar o inciso IV ao artigo 1.768 do CCB. Por sua vez, o CPCB, que já estava em *vacatio legis*, havia determinado a revogação de todo o artigo 1.768 do CCB,

³⁷⁹ “A interdição não encontra mais assento no sistema jurídico contemporâneo, muito embora o novel Diploma Processual Civil tenha insistido na equivocada denominação, por restringir de maneira brutal os direitos fundamentais da pessoa restritiva em sua capacidade, excluindo-o da sociedade civil, colocando-o a margem das relações extrapatrimoniais, contrariando de forma cediça o objetivo da Convenção da Organização das Nações Unidas e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que possui como paradigma social a inclusão” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini – O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais**. Item 4). No mesmo sentido, citem-se: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. Vol. 1. 18ª ed. p. 414; e LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 140).

³⁸⁰ LEI nº 13.105/15. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CII, nº 51 (17-03-15), p. 1-51.

³⁸¹ Pelo menos no Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdãos que serão apresentados na sequência da exposição.

³⁸² “Com isso, os comandos da LBI em relação à curatela e prevalência da capacidade das pessoas com deficiência (com as ressalvas vistas acima) devem ser seguidos. Por sua vez, os dispositivos do CPC referentes à interdição devem ser interpretados à luz dos comandos da LBI e da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (RAMOS, André de Carvalho – Direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais. In RAMOS, André de Carvalho – **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. p. 913).

e não trouxe disposição semelhante. Analisando-se a mera sucessão de leis no tempo, a lei adjetiva revogou a possibilidade de autocuratela, que vigorou apenas por cerca de dois meses. Todavia, diante da estranha situação de uma lei ter revogado disposição inserida por outra que ainda não estava em vigor, considerando que a última manifestação do legislador a respeito foi o EPD e, principalmente, tendo em vista a prevalência das normas de maior proteção, deve-se, sim, considerar a possibilidade de a pessoa iniciar o processo de sua própria curatela.

A mesma interpretação deve ser conferida à escolha do curador, pois o EPD havia determinado que o juiz levaria em conta a vontade e as preferências do curatelado (artigo 1.772, parágrafo único, do CCB), em dispositivo também revogado pelo CPCB. Trata-se de privilegiar a autodeterminação pessoal, lembrando do mote que inspirou a própria CDPD: “nada de nós, sem nós” (*nothing about us without us*).

Aqui, vale outro paralelo com Portugal, cujo regime vigente expressamente possibilitou ao próprio beneficiário requerer o acompanhamento (ou autorizar que outro legitimado o faça, exceto o Ministério Público), bem como escolher o acompanhante, importantes modificações no ordenamento português (artigo 141º, nº 3 e artigo 143º, nº 1, respectivamente), conferindo concretude aos princípios da autonomia e da autodeterminação sem a necessidade de esforços interpretativos.

Voltando à trilha das alterações da curatela, não somente as hipóteses de cabimento, mas a extensão dos poderes (ou funções) do curador também sofreu alteração legal, figurando entre as mais relevantes mudanças advindas com o EPD.

Como explorado no tópico anterior, exceto em algumas hipóteses de incapacidade relativa (artigo 1.772, revogado, e artigo 1.782 do CCB), o curador acabava tendo ingerência sobre direitos existenciais (entendidos como os não patrimoniais) do curatelado.

O artigo 85, *caput*, do EPD traz expressa determinação no sentido de que a curatela afeta apenas atos que dizem respeito a direitos patrimoniais ou negociais. O §1º do mesmo dispositivo ainda prevê lista exemplificativa, a fim de confirmar o preceito do *caput*, preconizando que estão excluídos da curatela os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, à privacidade, à educação, ao matrimônio, ao trabalho e ao voto.

Com fundamento nesse dispositivo e no citado artigo 6º do EPD, Paulo Lôbo defende que existem duas modalidades de capacidade civil: a geral do CCB e a específica do EPD. Na visão dele, a pessoa com deficiência nunca é absoluta ou relativamente incapaz nos termos do CCB, mas possui capacidade irrestrita para atos existenciais e restrita para atos patrimoniais.

No último caso, a pessoa com deficiência sujeita-se à curatela específica do EPD (sem interdição) ou à TDA³⁸³.

A posição não tem sido a mais aceita, mesmo porque falar-se em dois tipos de capacidade civil parece ferir o princípio da igualdade. A situação é diversa, contudo, quando se reconhece a existência de uma capacidade civil geral, mas com regras específicas de proteção às pessoas com deficiência, a fim de lhes garantir o máximo de autodeterminação, evitando-se medidas extremas.

Ainda na esteira da tendência interpretativa de estabelecer regimes diversos de acordo com o diploma legal (CCB de um lado e EPD de outro), surgem defensores de um “duplo regime curatelar”, qual seja: é possível se submeter a uma “curatela interditiva” do CPCB (para as hipóteses do artigo 4º do CCB, incluindo pessoas com deficiência com impossibilidade de exprimir vontade, atingindo direitos patrimoniais ou não) ou a uma “curatela de apoio” do EPD (para pessoas com deficiência capazes, mas que necessitem de algum auxílio, atingindo apenas questões patrimoniais)³⁸⁴.

Também essa não tem sido a compreensão predominante. O legislador não instituiu dois sistemas de curatela, mesmo porque o §1º do artigo 84 determina que a submissão à curatela ocorrerá “conforme a lei”, remetendo, por inferência lógica, às normas do CCB e do CPCB.

Em relação à extensão da curatela, o artigo 85, *caput*, do EPD restringe o alcance da medida ao exercício de atos relacionados com direitos patrimoniais ou negociais, excluindo os direitos existenciais, ou seja, aqueles que não são essencialmente patrimoniais.

Entrementes, existe considerável celeuma no que diz respeito aos casos excepcionalmente graves (*hard cases*), uma vez que, diferentemente do regime de acompanhamento português, a literalidade da lei brasileira não prevê a possibilidade de representação para adultos incapazes.

A respeito, até mesmo os elogiosos do EPD, reconhecem alguma dificuldade. Viviane Limongi admite a lógica do novo sistema, mas sustenta que a realidade dos fatos traz casos nos

³⁸³ “A capacidade jurídica da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil, nem com as hipóteses de incapacidades absoluta e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do CC. São duas modalidades de capacidade jurídica, que transitam paralelamente, sem se confundirem: a capacidade civil geral, prevista no Código Civil, e a capacidade geral específica, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A pessoa com deficiência não é absolutamente incapaz nem relativamente incapaz. É dotada de capacidade jurídica irrestrita para os atos jurídicos não patrimoniais e de capacidade jurídica restrita para os atos jurídicos patrimoniais, para os quais fica sujeita a curatela temporária e específica, sem interdição transitória ou permanente, ou a tomada de decisão apoiada” (LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. 8ª ed. p. 128).

³⁸⁴ EXPÓSITO, Gabriela – O duplo regime curatelar inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: apresentação de aspectos civis e processuais. **Revista dos Tribunais**. p. 74-77.

quais não há apenas comprometimento de expressão de vontade, mas também de cognição, o que demanda intervenções protetivas mais drásticas³⁸⁵.

As soluções apontadas para tais casos têm sido diversas.

Capitaneando posição mais crítica, José Fernando Simão, escrevendo durante a *vacatio legis* do EPD, convidou a comunidade jurídica à reflexão, apontando, sob o pálio do princípio da proteção, que “a solução é ignorar a mudança legislativa” no que tange à declaração da incapacidade relativa de pessoas com deficiência impossibilitadas de exprimir vontade³⁸⁶.

Lado outro, parecem preponderar as soluções doutrinárias que conduzem à chamada “hibridização de institutos”³⁸⁷.

Waldir Macieira da Costa Filho, propondo uma interpretação sistemática e integrativa do sistema para os casos excepcionais de desprovemento de discernimento e impossibilidade de exprimir vontade, advoga a possibilidade de nomeação de curador com poderes de representação em processo de interdição, mas declarando-se a pessoa como absolutamente incapaz³⁸⁸.

Alguns precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo caminham nesse sentido, confirmando sentenças de primeira instância que, em ações de interdição, mesmo na vigência do EPD, declararam a incapacidade absoluta de pessoa com deficiência mental. Entenderam os julgadores que a interdição parcial e o reconhecimento da incapacidade relativa seriam inócuos e esvaziados de tutela (proteção), devendo o curatelado ser representado e não assistido³⁸⁹.

³⁸⁵ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 148-149.

³⁸⁶ SIMÃO, José Fernando – **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**.

³⁸⁷ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 154-156.

³⁸⁸ “Obviamente, tratando-se a interdição de medida protetiva, em casos excepcionais, de pessoas com deficiência grave, desprovidas totalmente de discernimento e possibilidades de exercício de todos os seus direitos, por exemplo, uma pessoa em estado vegetativo prostrado em uma cama hospitalar, sem condições de exprimir nenhuma vontade, teremos um processo de interdição de modo a considerá-la como absolutamente incapaz, mas sempre a partir de uma interpretação sistemática e integrativa e levando em conta os direitos humanos e os princípios constitucionais” (COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentário ao Capítulo II do Título I do Livro II do Estatuto**. In LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. p. 429). O autor ainda cita o entendimento de parte dos integrantes do Ministério Público Federal do Distrito Federal e Territórios que, em reunião de trabalho logo após a edição do EPD, propuseram a discussão de enunciado em sentido semelhante para orientação da atuação funcional (*Idem* – **Op. Cit.** p. 435).

³⁸⁹ Dentre vários julgados nessa direção, citem-se os seguintes: TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1007607-79.2015.8.26.0565, de 27 de junho de 2017**, Relator Fábio Henrique Podestá [Em linha]. [Consult. 20 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10552339&cdForo=0>>; TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1006780-56.2017.8.26.0223, de 29 de outubro de 2019**, Relator Luis Mário Galbetti [Em linha]. [Consult. 20 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13020851&cdForo=0>>; e TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1005523-80.2017.8.26.0292, de 13 de março de 2019**, Relator

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, convocando o princípio da proporcionalidade, afirmam que, em havendo um mínimo de guarda de compreensão, a extensão da curatela deve preservar os direitos existenciais possíveis. Em casos extremos, como o de alguém em estado vegetativo, “...deve o magistrado conceder-lhe uma curatela de grau mais amplo, conferindo ao seu curador funções existenciais e patrimoniais”³⁹⁰. Em consequência, os autores defendem a possibilidade de o curador ser um mero assistente, ser representante para todos os atos jurídicos ou, em regime misto, representante para alguns e assistente para outros. E concluem dizendo que a sentença da ação de curatela deve corresponder a um “projeto terapêutico individual”³⁹¹, que, inclusive, leve em consideração a vontade e as preferências do curatelado³⁹².

Heloisa Helena Barboza segue no mesmo sentido, alertando que a curatela para efeitos patrimoniais já é excepcional, logo eventual curatela com poderes para atos não patrimoniais é excepcionalíssima. Para a autora, o artigo 755 do CPCB funciona como fundamento legal para conferir ao curador a possibilidade de intervir no exercício de direitos existenciais, com o fim de proteger o curatelado. O referido dispositivo é o que fundamenta a realização de uma “curatela sob medida”³⁹³.

A posição acima, de hibridização em casos extremos, já foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve a sentença de primeiro grau declarando pessoa maior com doença de *Alzheimer* absolutamente incapaz para os atos da vida civil, nomeando curador com poderes de representação³⁹⁴. O acórdão recorrido fundamentou a manutenção da sentença sob o argumento de que a declaração de incapacidade relativa conduziria à “falta de proteção jurídica” do curatelado. O recurso para o Superior Tribunal de Justiça argumentava no sentido

Fernanda Gomes Camacho [Em linha]. [Consult. 20 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12302522&cdForo=0>>.

³⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 415.

³⁹¹ *Idem* – ***Ibidem***.

³⁹² Os autores foram criticados por realizarem “contorcionismo hermenêutico” e “camuflar” a incapacidade absoluta dentro da representação. Para os críticos, ainda que respeitada a interpretação proposta, ela é forçada, ante ao equívoco do legislador de ignorar as situações graves de incapacidade (ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** p. 65-66).

³⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena – A importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil. **Revista da EMERJ.** p. 217 e 221.

³⁹⁴ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9), em 27 de abril de 2021.** Relator Marco Aurélio Bellizze [Em linha]. [Consult. 23 Ago. 2022]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002328829&dt_publicacao=04/05/2021>.

de que inexistia incapacidade absoluta de adultos após o EPD, determinando a reforma parcial da decisão.

Deu-se provimento ao recurso especial, sob as seguintes razões jurídicas: (i) não é mais possível considerar pessoas com deficiência mental como absolutamente incapazes; (ii) a curatela é medida excepcional e a regra é a plena capacidade das pessoas com deficiência mental; e, (iii) como o laudo pericial psiquiátrico informou que a beneficiária não consegue exprimir vontade, é possível que ela seja declarada relativamente incapaz nos termos do inciso III do artigo 4º do CCB.

Nada obstante o provimento dado ao recurso especial para declarar a incapacidade relativa da beneficiária, o Superior Tribunal de Justiça manteve a curadora nomeada e a extensão da curatela tal qual fixada na sentença de primeira instância, ou seja, conferindo poderes de representação.

Paralelamente às modificações efetuadas na curatela, o EPD introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da tomada de decisão apoiada (TDA), prevista no artigo 1.783-A do CCB.

Trata-se de instituto no qual a pessoa com deficiência capaz – de qualquer natureza (física, intelectual, sensorial etc.) – escolhe ao menos duas pessoas idôneas e de sua confiança para lhe prestarem apoio na tomada de decisões relativa a atos da vida civil, fornecendo-lhe elementos e informações para o exercício da capacidade civil.

O interessado pode requerer a medida ao juiz, indicando os apoiadores, os limites do apoio, o prazo de vigência e o compromisso com os direitos e a vontade da pessoa que será apoiada. A pessoa que será apoiada é a legitimada para formular o pedido, e o órgão judiciário deve ouvir os envolvidos (requerente e apoiadores), solicitar apoio de equipe multidisciplinar e oportunizar a manifestação do Ministério Público (§§ 1º a 3º do artigo 1.783-A do CCB).

As decisões da pessoa apoiada que forem tomadas dentro dos limites do apoio são válidas perante terceiros, que podem solicitar a assinatura conjunta dos apoiadores no contrato ou acordo (§§ 4º e 5º do artigo 1.783-A do CCB). Nesse ponto, já se afirmou tratar-se de uma espécie de “legitimação espontânea” (um requisito extra para a prática de certos atos)³⁹⁵ ou um reforço à validade de negócios, fechando qualquer brecha à invalidação³⁹⁶.

³⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1.** 18ª ed. p. 407.

³⁹⁶ “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados.” (REQUIÃO, Maurício – As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo.** Item 5).

Em havendo divergência entre os apoiadores e o negócio tiver potencial para trazer risco à pessoa apoiada, cabe ao juiz decidir a questão (§6º do artigo 1.783-A do CCB).

Eventual negligência do apoiador pode gerar sua destituição e substituição por outro, mediante decisão judicial, após ouvida a pessoa apoiada. O desligamento voluntário do apoiador e o término da medida a pedido da pessoa apoiada também dependem de decisão judicial (§§ 7º a 10º do artigo 1.783-A do CCB).

A TDA, portanto, constitui-se em um modelo de proteção (e apoio) intermediário para as pessoas com deficiência que podem exprimir sua vontade (portanto excluídas da hipótese de incapacidade relativa), mas que necessitam de alguma atenção diferenciada para o exercício da capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É um *tertium genus* protetivo, ao lado da tutela e da curatela (mas sem caráter de suprimento ou substituição de vontade), inserido no ordenamento como forma de garantir proteção àquele grupo de pessoas que deixou de figurar nas listas dos artigos 3º e 4º do CCB³⁹⁷. Como explicita César Fiuza, não é uma representação (pois os apoiadores não atuam em nome próprio) e não é um mandato sem representação (porque apoiadores não agem por sua própria conta em benefício do apoiado), cuida-se de “instituto único, em que apoiado e apoiadores agem em conjunto, em benefício daquele”³⁹⁸.

Frise-se que a TDA se destina a pessoas com deficiência plenamente capazes que precisam de auxílio e suporte para exercer sua capacidade. É mais um daqueles institutos que o EPD previu em virtude da vulnerabilidade (e não incapacidade) das pessoas com deficiência, a fim de concretizar o disposto no artigo 12º, nº 3, da CDPD³⁹⁹.

A doutrina traz alguns exemplos de quem pode se beneficiar da TDA: as pessoas com Síndrome de *Down* (que possuem retardamento psíquico, sem perder o controle sobre sua própria vontade)⁴⁰⁰, tetraplégicos, obesos mórbidos e sequelados de AVC⁴⁰¹, surdos-mudos, cegos, pessoas com Mal de *Alzheimer* em estágio inicial⁴⁰², entre outros.

³⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista – **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**, 2ª ed. p. 341.

³⁹⁸ FIUZA, César – Tomada de decisão apoiada. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 162.

³⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1**. 18ª ed. p. 405.

⁴⁰⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 404.

⁴⁰¹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 406

⁴⁰² FIUZA, César – Tomada de decisão apoiada. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 159.

A previsão legal do número de dois apoiadores é criticável, haja vista a possibilidade de o beneficiado confiar em apenas uma única pessoa⁴⁰³.

A participação do Ministério Público na situação é controversa, havendo quem defenda sua legitimidade para solicitar a medida com posterior anuência do interessado (sob o argumento de que, se ele pode pedir a curatela, também poderia solicitar medida menos invasiva)⁴⁰⁴, ao passo que outros defendem ser prerrogativa “personalíssima” da pessoa com deficiência, que poderá acionar o Judiciário por meio de advogado, defensor público ou, até mesmo, pelo Ministério Público⁴⁰⁵.

Em posição mais radical, há quem sustente a ilogicidade jurídica da participação do Ministério Pública, cuja atuação em processos cíveis, nos termos do artigo 178, inciso II, do CPCB, e das leis orgânicas ministeriais, deve ocorrer quando há interesses de incapazes, que não é o caso da TDA⁴⁰⁶.

O instituto é de grande valia, uma vez que consubstancializa o princípio da autodeterminação, em sua vertente futura. Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Cristina Paganini Toledo expõem a vantagem da TDA como um instrumento de programação para eventual/futura perda da capacidade de exercício: “Inovadora é a possibilidade da pessoa com deficiência programar a evolução da perda gradativa da sua capacidade, planejar o seu futuro no aspecto das relações subjetivas patrimoniais e existenciais, por meio de um ato jurídico de eficácia futura. No primeiro momento, a capacidade é plena, razão pela qual a validade da manifestação de vontade se preserva. No segundo momento, há redução das aptidões e a tomada de decisão apoiada se faz suficiente. Por fim, num último momento, frente à impossibilidade de realização de quaisquer atos, a pessoa com deficiência constitui a autocuratela”⁴⁰⁷.

⁴⁰³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 70.

⁴⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1**. 18ª ed. p. 408.

⁴⁰⁵ COSTA FILHO, Waldir Macieira da – Comentário ao Capítulo II do Título I do Livro II do Estatuto. In LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. p. 430.

⁴⁰⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 69.

⁴⁰⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini – O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais**. Item 5.

Para finalizar o regramento da TDA, suscita-se a questão da natureza de direitos englobada pela medida. O *caput* do artigo 1.783-A do CCB dispõe, genericamente, sobre “atos da vida civil”, mas os parágrafos seguintes falam a respeito de negócios jurídicos celebrados pelo apoiado, pendendo para atos de natureza patrimonial.

Uma posição mais restritiva entende que a TDA se limita ao auxílio para atos patrimoniais, haja vista que nem ao curador, como regra, foram delegados poderes de interferência no campo dos direitos existenciais⁴⁰⁸. Outro entendimento pondera que a TDA também possui um viés de planejamento e engloba disposições a respeito de direitos existenciais, inclusive cuidados médicos em caso de eventual quadro de incapacitação⁴⁰⁹.

Abordadas as principais alterações promovidas pelo EPD no âmbito da capacidade de exercício, da curatela e da TDA, conquanto sejam reconhecidos os avanços em relação à tutela dos direitos das pessoas com deficiência, não faltam críticas sobre as alterações atinentes à capacidade civil. As censuras são de diversas naturezas: atecnia da linguagem jurídica (“...sob o pretexto de humanização no uso da linguagem, olvidou-se da acepção técnica do termo ‘incapaz’⁴¹⁰); atecnia legislativa (“...o Estatuto, equivocadamente, volta a fazer uso da palavra matrimônio, que foi substituída por casamento no Código Civil de 2002, no intuito de afastar o cunho religioso...fala em idade núbia, quando o correto seria idade núbil. Núbia se refere a uma região no nordeste da África...”⁴¹¹); e ausência de interação com outras leis, especialmente com o CPCB de 2015, em relação aos desencontros e revogações já tratadas acima.

A crítica, contudo, que se afigura mais grave é de que as alterações trouxeram desproteção às pessoas com deficiência, especialmente de natureza mental e intelectual. Nesse sentido: “na ânsia de valorizar a autonomia das pessoas com graus de deficiência cognitiva diversos, optou-se por desprotegê-las”⁴¹². E ainda: “na ânsia de ser politicamente correto, o

⁴⁰⁸ FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto – Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 29.

⁴⁰⁹ “Tenha-se presente que nesse instrumento o declarante poderá indicar os apoiadores, o curador, a forma de administração de seu patrimônio e os limites do exercício dos seus direitos existências, tais como tratamento médico a que será submetido entre outras escolhas pessoais da vida” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini – O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais**. Item 5).

⁴¹⁰ STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz – Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 111.

⁴¹¹ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 137.

⁴¹² STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz – Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 112.

Estatuto da Pessoa com Deficiência, com relação aos atos da vida civil, acabou por abandonar os deficientes à própria sorte”⁴¹³.

A desproteção, conforme o alegado, é potencializada em razão da falta de sistematização do EPD que, ao excluir as pessoas com deficiência mental e discernimento comprometido do rol dos absolutamente incapazes, sem mudar outros dispositivos, automaticamente faz com que: (1) o prazo prescricional corra contra elas, pois não estão mais sob o abrigo do artigo 198, inciso I, do CCB; (2) igualmente, o prazo decadencial, por força do artigo 208 do CCB; (3) exige a expressa concordância para receber doação pura, não mais se aplicando o artigo 543 do CCB⁴¹⁴; e (4) os atos praticados por pessoas com deficiência mental/intelectual não são nulos, nem anuláveis (salvo, neste caso, se não puder expressar vontade e, mesmo assim, a anulabilidade só pode ser alegada pela própria parte e no prazo de quatro anos – artigos 177 e 178 do CCB).

Lado outro, mesmo admitindo a necessidade de ajustes legislativos pontuais, há que se reconhecer o EPD como instrumento de mudança de paradigma e valorização da pessoa, cumprindo com os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. A interpretação sistemática de EPD, CCB e CPCB pode superar eventuais dificuldades, como no caso dos poderes do curador em casos graves de deficiência mental (*hard cases*). O importante é buscar interpretar as alterações legislativas segundo os princípios e paradigmas da CDPD, e não com as orientações do antigo regime das incapacidades.

3.3 Preservação da vontade, das preferências e da capacidade residual máxima das pessoas com deficiência intelectual no atual contexto normativo brasileiro

Após traçar os principais contornos dos vigentes institutos jurídicos da curatela e da TDA, destacando-se aqueles aspectos de direito civil substancialmente alterados após a aprovação do EPD, pretende-se, neste tópico, averiguar como foram harmonizados os valores da CDPD de proteção da pessoa, do respeito à autonomia e da preservação da capacidade residual, no contexto das alterações promovidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.136/15, de 6 de julho, em relação às pessoas adultas com deficiência intelectual.

⁴¹³ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de – A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 31.

⁴¹⁴ Se a pessoa não pode manifestar vontade e é declarada relativamente incapaz, ela somente seria assistida por curador. Como ela não pode expressamente aceitar, em razão de não exprimir vontade, a doação pura, que não lhe traz nenhuma condição ou prejuízo, perderia o benefício. Isso, em não se considerando a solução híbrida proposta por parte da doutrina e já explorada no texto acima.

Conforme desenvolvido no Capítulo 1 desta dissertação, a questão da deficiência, outrora esquecida, ganhou destaque no âmbito internacional, após décadas de lutas, chegando ao seu ápice com a aprovação da CDPD.

A CDPD foi aprovada em 2006, com abertura para assinaturas em 2007 e, no ano seguinte, o Brasil fez o depósito do instrumento de ratificação. Finalizou-se o processo de incorporação ao ordenamento interno brasileiro com equivalência à emenda constitucional em 2008. Em 2009, sanando a discussão interna a respeito da vigência, editou-se um decreto promulgando o instrumento.

A despeito da força normativa constitucional conferida à CDPD, no plano da capacidade civil os esforços para garantir o disposto no artigo 12º da referida Convenção foram tímidos e restritos ao âmbito interpretativo. Foi necessária a aprovação de uma lei ordinária (o EPD), de mesmo nível hierárquico do CCB, para que alguma mudança real e efetiva ocorresse em relação à capacidade jurídica das pessoas com deficiência. Entrementes, em vez de pacificar, a nova legislação elevou as discussões jurídicas a respeito do tema.

Nesse contexto, concernentemente à questão acima proposta, algumas repostas parciais serão, numeradamente, anunciadas a seguir.

1. Analisando-se, isoladamente, o texto legal do EPD, verifica-se uma aproximação do modelo de apoio/auxílio à tomada de decisões (*supported decision-making model*) preconizado pela CDPD.

Consoante explorado anteriormente⁴¹⁵, o modelo de acompanhamento/apoio/suporte às pessoas com deficiência nas suas decisões (*supported decision-making model*) é aquele composto por práticas, arranjos e acordos, de mais ou menos formalidade e intensidade, que visam a ajudar a pessoa com deficiência a tomar decisões sobre sua vida ou comunicá-las⁴¹⁶.

O Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência deixa clara sua postura de que a CDPD adotou o modelo de *supported decision-making*, removendo medidas de *substitute decision-making paradigm*⁴¹⁷. Pode-se dizer que, na visão do Comitê, a CPDP preconiza um modelo “puro” de assistência.

⁴¹⁵ Vide Capítulo 1.

⁴¹⁶ Conceito sintetizado a partir do trabalho de Robert Dinerstein, já citado alhures (DINERSTEIN, Robert D. – Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. **Human Rights Brief**. p. 3).

⁴¹⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>. p. 2.

Analisando-se apenas o EPD, é possível afirmar que se aproxima muito do modelo acima, especialmente os artigos 84, 85 e 116, que tratam das medidas de apoio para o exercício da capacidade.

Anote-se que o *caput* do artigo 84 do EPD é praticamente uma cópia do artigo 12º, nº 2, da CDPD. Já os parágrafos daquele dispositivo consubstanciam os princípios insculpidos nºs 3 e 4 do citado artigo convencional.

A TDA, prevista no §2º do artigo 84 e no artigo 116 do EPD, tem natureza de medida apoio (o próprio nome já explicita isso), não exige prévia decisão de incapacitação, tem contornos que previnem abusos (como a prestação de contas e o controle judicial em casos específicos), pode cessar quando o apoiado assim o requerer, dentre outros. Mas a principal característica da TDA é a de ser uma medida de apoio que, como deve ser, não substitui a vontade do apoiado. Como explanado no tópico anterior, os apoiadores não são representantes, nem mandatários, mas agem em conjunto com a pessoa apoiada, na busca dos interesses e na preservação da vontade dela.

Por sua vez, a curatela, tal como delineada no artigo 85 do EPD, também cumpre com os princípios convencionais da prestação de contas, da proporcionalidade, do menor tempo (brevidade) e do respeito ao livre exercício dos direitos existenciais (ou pessoais, no sentido de não patrimoniais).

Portanto, se a análise se restringisse ao EPD, poder-se-ia dizer que houve aproximação de um modelo puro de *supported decision-making*, removendo-se as medidas de substituição de vontade.

Todavia, conforme explanado no tópico anterior, não é possível aplicar-se, isoladamente, as disposições do EPD a respeito da curatela, sob pena de ferir a unidade e a sistematização do ordenamento.

No Brasil, o instituto da curatela está delineado em três diplomas legais: CCB, CPCB e EPD. Além disso, está incluída dentro de um sistema geral de incapacidades. Embora haja entendimento em contrário – na direção de entender a curatela do EPD como medida à parte do CCB e do CPCB⁴¹⁸ – não é a posição majoritária, nem foi adotada por tribunais superiores. Caso o EPD tivesse criado um sistema de curatela próprio, ele minudenciaria o procedimento, os legitimados, as escusas, a prestação de contas, enfim, todo o arcabouço de um novo instituto. Todavia, o EPD alterou o CCB e o CPCB em relação à curatela/interdição, indicando que, na verdade, pretendeu reformar o instituto da curatela de incapazes já existente no ordenamento.

⁴¹⁸ EXPÓSITO, Gabriela – O duplo regime curatelar inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: apresentação de aspectos civis e processuais. **Revista dos Tribunais**. p. 74-77.

Tanto é verdade que o §1º do artigo 84 admite a submissão à curatela “conforme a lei”, remetendo à legislação diversa do próprio EPD.

2. A legislação infraconstitucional brasileira permanece arraigada a um sistema de incapacidades, mas a revogação das hipóteses de incapacidade absoluta para adultos com deficiência constitui inequívoco avanço na salvaguarda da autodeterminação pessoal dessas pessoas.

André de Carvalho Ramos afirma que o EPD foi promulgado “buscando estar em linha com o modelo de direitos humanos introduzido pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”⁴¹⁹. Embora o autor admita como sinônimos o modelo de direitos humanos e o modelo social⁴²⁰, a conclusão é invariável: foi aprovado para alinhar-se ao modelo estabelecido na CDPD. Ora, se assim o foi, o EPD precisa ser interpretado à luz do seu paradigma, necessariamente.

Estabelecida essa premissa, não é possível reduzir-se a força do EPD, especialmente quando ele repete comandos convencionais. Por exemplo, ao preconizar que a pessoa com deficiência tem direito ao exercício da “capacidade legal” em igualdade de condições com as demais (artigo 84, *caput*), o EPD espelha a redação do artigo 12º, nº 2, da CDPD. Entrementes, existe entendimento doutrinário na direção de compreender a locução “capacidade legal” apenas como capacidade de gozo ou de direito⁴²¹.

Como tratado no Capítulo 1 desta dissertação, analisando-se o contexto histórico e as discussões que conduziram à aprovação da CDPD, a expressão *legal capacity* deve ser entendida na sua máxima abrangência, como gênero que abarca a capacidade de direito e a capacidade de fato.

⁴¹⁹ RAMOS, André de Carvalho – Direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais. In RAMOS, André de Carvalho – **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. p. 911.

⁴²⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 910.

⁴²¹ Sobre essa argumentação, Fábio Pereira e Mariana Lara asseveram que houve equivocada compreensão do artigo 12, nº 2, da CDPD, pois o legislador “...parece ter compreendido ‘capacidade legal’ como ‘capacidade de fato’ [...] O referido dispositivo, em verdade deveria ter sido interpretado como atinente à ‘capacidade de direito’, não podendo ser os deficientes excluídos da possibilidade de titularizarem direitos e obrigações” (PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 129). Na mesma esteira: ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 55; e FIUZA, César – Tomada de decisão apoiada. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p. 154.

Portanto, a melhor compreensão é a de que o EPD estabeleceu a plena capacidade (de gozo e de exercício) como regra para as pessoas com deficiência⁴²².

Nada obstante as alterações do EPD, a legislação infraconstitucional⁴²³ brasileira ainda mantém um regime de incapacitação de adultos, ou seja, para que seja aplicada a medida de proteção da curatela, é preciso reconhecer-se uma das hipóteses do rol de incapacidades⁴²⁴. Diferentemente de Portugal, que excluiu o sistema de incapacidade de adultos e possibilitou o estabelecimento do acompanhamento, com diferentes extensões e poderes ao acompanhante, porém sem a necessidade de declarar a incapacidade de alguém⁴²⁵. Nesse sentido, o próprio artigo 138º do CCP substituiu a expressão “incapacitado” por “impossibilitado”.

Conquanto haja quem defenda a existência de dois tipos de capacidade⁴²⁶, é preponderante que há apenas um regime de capacidade civil para todas as pessoas, e está genericamente determinada no CCB. No caso das pessoas com deficiência, o EPD confirmou a regra geral de plena capacidade, mas elas não estão excluídas das exceções do CCB em relação à capacidade de exercício⁴²⁷.

Mesmo nesse ambiente, grande evolução consubstanciou-se na revogação da previsão de absoluta incapacidade de exercício de direitos em relação às pessoas adultas. Trata-se de alteração importante, pois reconhece que, em certa medida, sempre existe alguma capacidade residual, que deve ser levada em consideração, à luz da doutrina da alternativa menos restrita⁴²⁸. Em outras palavras, o regime da curatela deve efetuar a menor restrição possível nos direitos do curatelado, permitindo, ao máximo, o exercício da sua autodeterminação.

No que diz respeito às pessoas com deficiência mental e intelectual, também houve evolução ao dissociá-las, aprioristicamente, do conceito de incapacidade, especialmente da incapacidade absoluta, com a eliminação de qualquer referência a deficiência mental ou “excepcionais” no rol das hipóteses de incapacitação.

⁴²² Nesse sentido: BARBOZA, Heloisa Helena – A importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil. **Revista da EMERJ**, p. 215.

⁴²³ Embora também haja referência constitucional a respeito (artigo 15, inciso II, da CRFB).

⁴²⁴ Essa é uma das razões pelas quais ainda se mantém o procedimento chamando de interdição, com o fim de reconhecer/declarar a existência de incapacidade para, em consequência, nomear um curador.

⁴²⁵ Ressalvando-se o entendimento contrário detalhado no Capítulo 2.

⁴²⁶ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. 8ª ed. p. 128.

⁴²⁷ Anderson Schreiber critica o EPD, afirmando que retomou a questão do “tudo ou nada” ao preconizar a capacidade das pessoas com deficiência. Nessa direção: “Ao agir dessa forma, em vez de valorizar o dado concreto da realidade, o Estatuto acabou por criar outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é “sempre capaz”, ingressando, mais uma vez, no velho modelo do tudo ou nada” (SCHREIBER, Anderson – **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 5ª ed. p. 42). Ocorre que o EPD apenas consubstanciou o disposto da CDPD e, como afirmado acima, não significa que as pessoas com deficiência não possam ser consideradas relativamente incapazes.

⁴²⁸ A respeito da referida doutrina, vide conceitos expostos no tópico 2.3.

Diante desse contexto, ainda que alguns pontos da reforma exijam interpretações e até os chamados “hibridismos”, qualquer solução – legislativa ou jurídica – que pretenda reconhecer casos de incapacidade absoluta de adultos afigura-se “injustificável retrocesso” ao regime anterior⁴²⁹.

Parece ser mais fácil ajustar, por via interpretativa ou legislativa, os desencontros em relação à fluência do prazo prescricional, à aceitação da doação pura e à invalidade dos atos praticados, do que retomar um regime estanque, de total interdição, que não preservava a capacidade residual.

Anota-se que, mesmo em relação os menores impúberes, tidos por absolutamente incapazes, a legislação assume que possuem capacidade para consentir com determinados atos (o mais destacado é a exigência do consentimento dos adolescentes quanto à sua colocação em família substituta – art. 28, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³⁰). Nessa direção também caminha o Enunciado nº 138 do Conselho da Justiça Federal (aprovado na III Jornada de Direito Civil): “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”⁴³¹.

Ora, se a vontade dos menores absolutamente incapazes tem relevância à medida que vão amadurecendo, a vontade das pessoas com deficiência sob o regime da curatela também precisa ser respeitada. Aliás, isso é preceito convencional. Portanto, retornar à incapacidade absoluta, mesmo para os casos extremos (*hard cases*), entraria em rota de colisão com os princípios da proibição do retrocesso e do respeito à autonomia e à autodeterminação. É possível proteger as pessoas com deficiência e, paralelamente, reconhecer que existe capacidade residual, ainda que mínima, ou, em casos extremos, uma vontade a ser interpretada.

3. Como regra geral, a reformulação do instituto da curatela pelo EPD endossa os princípios da CDPD, mas as soluções encontradas para os casos extremos (*hard cases*) se aproximam do modelo de substituição de vontade.

Tendo em vista que os adultos somente podem ser inseridos no rol dos relativamente incapazes, a assistência passa a ser o modo geral de suprimimento de vontade. O curador, em regra, não mais ostenta, como dantes, poderes de representação, quando se fazia substituir à vontade do curatelado, especialmente acerca da direitos existenciais.

⁴²⁹ Nesse sentido: BARBOZA, Heloisa Helena – A importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil. **Revista da EMERJ**. p. 214.

⁴³⁰ LEI nº 8.069/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXXVIII, nº 135 (16-07-90), p. 1-15.

⁴³¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – **Enunciados da III Jornada de Direito Civil** [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>>.

Portanto, as mudanças operadas pelo EPD se afastam do modelo de substituição de vontade, endossando vários princípios da CDPD, pois a curatela, atualmente, está marcada, dentre outros: (1) pela prestação de contas anuais (artigo 84, §4º, do EPD, salvaguardando a prevenção de abusos referida no nº 4 e a garantia de não destituição dos bens do nº 5, ambos do artigo 12º da CDPD); (2) pela restrição a atos relacionados com direitos patrimoniais e negociais (artigo 85, *caput* e §1º, do EPD, garantindo a proporcionalidade e o ajuste às circunstâncias do beneficiário previstos do nº 4 do artigo 12º da CDPD); e (3) pelo caráter extraordinário da medida e a necessidade de motivação judicial (artigo 85, §2º, do EPD, salvaguardando, por via reflexa, a brevidade e a proporcionalidade previstas do nº 4 do artigo 12º da CDPD).

Sem embargo, conforme já explicitado, a principal crítica dirigida à reforma consiste no fator de “desproteção” às pessoas com grave deficiência intelectual, cuja nomeação de curador com meros poderes de assistência é tida como insuficiente para a realização de atos da vida civil.

Algumas “soluções” interpretativas são apresentadas e, como exposto no item anteriore, aquelas que pretendem o reenquadramento dos casos como incapacidade absoluta não parecem as mais adequadas, embora se reconheça a necessidade de ajustes, legislativos e/ou judiciais, em relação à prescrição, doação pura etc.

Outra saída, a partir da chamada “hibridização”, é conferir poderes de representação ao curador, mesmo na hipótese de incapacidade relativa, o que já foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme citado anteriormente⁴³². Vale anotar que o entendimento do referido Tribunal tem larga importância, uma vez que possui competência de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional e o Supremo Tribunal Federal, em decisão censurável⁴³³, já deixou de enfrentar o mérito, entendendo haver apenas ofensa reflexa à CRFB⁴³⁴.

⁴³² SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9), em 27 de abril de 2021**. Relator Marco Aurélio Bellizze [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002328829&dt_publicacao=04/05/2021>.

⁴³³ Com todo respeito, a decisão parece equivocada. Como a CDPD possui equivalência à emenda constitucional e foram convocados à discussão dispositivos do EPD que reproduzem a CDPD (como o *caput* do artigo 6º), não há mera ofensa reflexa à CRFB. Caso o Supremo Tribunal Federal ingressasse no mérito da questão, a respeito da interdição em casos de incapacidade relativa, poderia determinar a interpretação conforme de dispositivos do CCB, dando total prevalência aos princípios da CDPD. Todavia, negou-se seguimento ao recurso extraordinário por obstáculo formal de ausência da chamada ofensa direta.

⁴³⁴ SUPREMO Tribunal Federal – **Decisão Monocrática proferida no ARE 1276258/SP, em 24 de maio de 2021**. Relator Gilmar Mendes [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1202149/false>>.

Ocorre que, na sistemática jurídica brasileira, a representação implica substituição de vontade, não satisfazendo ao entendimento do Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, para quem a CDPD adotou um modelo de apoio puro, não se admitindo qualquer medida de heterodeterminação.

Rememore-se que, mesmo após o Brasil ter apresentado relatório informando da aprovação do EPD e de seus avanços⁴³⁵, o Comitê manifestou preocupação com os remanescentes institutos de substituição de vontade em relação às pessoas com deficiência⁴³⁶.

Isso porque ainda existe no Brasil um sistema que se pode dizer misto: há medida de apoio e assistência (a TDA), mas também há medida (curatela) que, ainda que se apresente como de suporte, exige o reconhecimento de uma incapacidade relativa e abre espaço para a substituição de vontade em casos excepcionálíssimos.

4. Em qualquer caso, o curador, ainda que com poderes de representação, deve pautar-se pelo paradigma convencional de respeito à vontade e às preferências do curatelado. Esse dever também se aplica ao juiz.

O Comitê não admite a existência de institutos de substituição de vontade e, por tal razão, estabelece patamares para a máxima preservação da vontade da pessoa com deficiência sob medida de auxílio/apoio.

Retome-se que a regra geral é a oitiva e a busca da vontade do beneficiado. Nos *hard cases*, o Comitê afirma que, caso esgotados os meios de averiguar a vontade atual da pessoa a ser auxiliada, deve-se buscar a melhor interpretação da sua vontade e preferências (*best interpretation of will and preferences*), principalmente em adultos com deficiência, eliminando-se decisões de terceiros baseadas unicamente nos melhores interesses (*best interests*)⁴³⁷.

Tem-se, aqui, portanto, uma chave para a melhor interpretação do apoio a ser conferido nos casos de maior gravidade (*hard cases*).

Esse é um ponto que parece esquecido na doutrina brasileira, muito preocupada em encontrar soluções para as lacunas já anunciadas, pouco laborando a respeito de critérios de atuação do curador e do juiz, quando chamado a autorizar atos específicos.

Com a licença devida, tudo indica que alguns estão interpretando o novo regime com os parâmetros do antigo, buscando aplicar incapacidade absoluta a pessoas adultas com

⁴³⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Replies of Brazil to the list of issues** [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=en> p. 8.

⁴³⁶ *Idem* – **Op. Cit.** p. 4.

⁴³⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 5.

deficiência e defendendo a substituição de vontade de curatelados, sob o argumento de proteção. Todavia, esse entendimento de proteção está nebulado pelo viés do modelo médico, mais tratando a pessoa com deficiência como objeto de tutela do que como sujeito de direitos.

A reforma priorizou sentido oposto, buscando privilegiar a autonomia e a autodeterminação da pessoa com deficiência, sem anular a proteção, mas compreendendo a proteção como conceito diverso de anulação de vontade. O novo paradigma é buscar a vontade da pessoa a todo instante e, se não for possível obtê-la no momento presente, averiguá-la a partir de diretivas antecipadas ou do comportamento durante o período de lucidez (*sedimented life preferences*). Isso é diferente (e mais trabalhoso) do que o representante apenas tomar decisões, ainda que no melhor interesse do representado. Pode até ser que, em alguns casos, o resultado seja o mesmo, independentemente do caminho percorrido, mas o Comitê entende que os princípios da proteção e da autonomia melhor se harmonizam na busca da melhor interpretação da sua vontade e preferências (*best interpretation of will and preferences*).

A correta interpretação da legislação infraconstitucional brasileira, à luz dos princípios da CDPD, confere subsídios para afirmar a categórica necessidade de respeito à vontade e às preferências do curatelado. Esse dever se aplica ao curador e ao juiz.

No tocante ao curador, o artigo 758 do CPCB assenta que ele deve buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito. O dispositivo está enviesado do modelo médico, presumindo que autonomia é consequência de uma “normalidade” biológica e só pode ser alcançada se houver tratamento e apoio. Portanto, o dispositivo deve ser lido pelas lentes da CDPD, especialmente do princípio geral de autonomia do artigo 3º, ‘a’, da seguinte forma: o curador deve buscar respeitar e potencializar a autonomia do curatelado, seja valorizando a capacidade residual, seja interpretando as vontades e preferências.

No que concerne ao juiz, o CPCB dispôs a respeito em três oportunidades: (i) no artigo 751, o juiz entrevistará o interditando, dentre outros, a respeito de suas “vontades, preferências;” (ii) o §3º do mesmo disposto admite o uso de recurso tecnológicos para que o interditando expresse suas “vontades e preferências”; e (iii) o inciso II do artigo 755 dispõe que na sentença o juiz deverá considerar sobre as habilidades, “vontades e preferências”.

Note-se que a atividade judicial durante o processo judicial está extremante vinculada ao respeito pela vontade e pelas preferências do interditando. Tal vinculação, inclusive, é razão para que o juiz leve em consideração a manifestação do interditando na escolha do curador, mesmo com a revogação do artigo 1.772, parágrafo único, do CCB (que dispunha que o juiz deveria levar em conta “a vontade e as preferências do interditando” na escolha do curador).

Em interessante caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, deu-se provimento ao recurso de apelação do Ministério Público interposto contra sentença que havia nomeado curador a pessoa reconhecida como relativamente incapaz. A cizânia jurídica, nesse caso, não envolvia hibridismo ou lacuna legal, mas a necessidade de uma perícia completa, que levasse em consideração a necessidade de apontar os parâmetros que conduziram à conclusão do perito, especialmente em relação às vontades e às preferências do interditando. Observou-se que o beneficiário respondeu a todas as perguntas na entrevista e que o laudo apontou a parcial possibilidade de se expressar. Segundo o recorrente, a TDA seria uma saída viável no caso. Nesse contexto, o Tribunal decidiu por anular a sentença e determinar a complementação do laudo pericial, a fim de garantir pormenorizadas conclusões técnicas sobre vontades e preferências do interditando⁴³⁸.

O entendimento do acórdão supracitado é louvável no sentido de se garantir que o inciso II do artigo 755 do CPCB e, por via reflexa o artigo 12º, nº 3, da CDPD, não se tornem letra morta. Ora, se a perícia não era satisfatória em afirmar as vontades e preferências da pessoa beneficiária, como o juiz poderia levá-las em consideração na sentença? Ademais, segundo constou do acórdão, havia parcial capacidade de expressão e discernimento, o que restou comprovado no laudo e na entrevista. Portanto, embora haja necessidade de suporte, inclusive para fins de regularização e recebimento de benefício previdenciário (pois consta que a beneficiária tem com dificuldades de mobilidade), tal apoio poderia se dar pela TDA, o que será reavaliado pela instância de origem.

A síntese é a seguinte: tanto a atividade do juiz quanto a do curador (com poderes de representante e/ou de assistente) devem se pautar pelo respeito às preferências e à vontade do curatelado, buscando garantir e potencializar a capacidade residual do curatelado.

5. A tomada de decisão apoiada (TDA) constitui importante instituto de salvaguarda da autodeterminação de pessoas com deficiência, devendo ser compreendida, também, como instrumento de planejamento para eventual e futura restrição da capacidade de exercício.

Retomando, em linhas gerais, o que fora dito, a TDA tem natureza de medida apoio/suporte, não exige prévia decisão de incapacitação e não determina substituição de vontade do apoiado. Portanto, cuida-se de medida menos invasiva e preferível à curatela, desde que haja capacidade mínima da pessoa com deficiência de exprimir sua vontade.

⁴³⁸ TRIBUNAL de Justiça do Estado do Paraná – **Acórdão proferido na Apelação Cível nº 0007975-53.2018.8.16.0024, em 11 de dezembro de 2019.** Relator Sigurd Roberto Bengtsson [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009878851/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0007975-53.2018.8.16.0024>>.

A TDA é uma espécie de medida de suporte *stricto sensu* que pode ser inserida no modelo de apoio preconizado pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lembre-se que o Comitê admite haver margem de discricionariedade dos signatários da CDPD quanto à instituição das medidas de suporte a serem adotadas, bem como os procedimentos, nomenclatura e responsabilidades. O importante é que tais instrumentos não sirvam para heterodeterminação das pessoas com deficiência.

De certa forma, a TDA sucedeu o revogado artigo 1.780 do CCB, que admitia a chamada curatela especial para pessoas com deficiência física, a fim de nomear curador para determinados negócios. Ainda assim, a TDA é mais ampla, podendo dela lançar mão pessoas com deficiências de qualquer natureza, e não possui o estigma da curatela.

Existem pontos a serem aprimorados em relação à TDA, como, por exemplo, facilitar-se a sua constituição também pela via extrajudicial (por instrumento público, por exemplo), a fim de garantir a celeridade e a discricionariedade necessárias. Dever-se-ia possibilitar, alternativamente, a constituição dos apoiadores pelos dois caminhos, deixando a escolha a critério da pessoa a ser apoiada.

Também, o número de apoiadores merece crítica. O intuito legal, ao estabelecer dois apoiadores, parece ter sido o de não sobrecarregar um deles, e mesmo de evitar eventuais abusos, podendo um controlar o outro. Ocorre que pode haver casos nos quais o interessado só tenha uma pessoa a indicar. Portanto, a lei poderia estabelecer que seriam preferencialmente dois apoiadores. Ora, se a curatela pode ser exercida por apenas uma pessoa, não há razões para exigir-se duas na TDA.

Nada obstante a existência de pontos a serem aprimorados, a TDA pode ser útil àquelas pessoas com deficiência física ou sensorial que lançam mão da curatela apenas para fins de recebimento e regularização de benefícios previdenciários, mesmo conseguindo exprimir vontade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou um caso no qual o requerente, com comprometimento motor oriundo de acidente automobilístico, requereu a curatela especial com base no revogado artigo 1.780 do CCB. Após a alteração legislativa, formulou-se pedido sucessivo para o deferimento da tomada de decisão apoiada, que foi acatado pelo acórdão, a fim de conferir apoio para o requerente receber valores de aposentadoria, realizar transações bancárias e outros atos da vida civil⁴³⁹.

⁴³⁹ TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais – **Acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0459.12.002446-6/002, em 11 de dezembro de 2019.** Relator Sigurd Roberto Bengtsson [Em linha]. [Consult.

A TDA ainda tem relevância em relação aos casos de interdição já consolidados antes do EPD, pois há pessoas com deficiência mental cuja interdição foi decretada, mas que podem exprimir vontade e, mediante o apoio necessário, exercerem a capacidade em igualdade de condições com os demais.

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴⁰, no qual se discutiam questões processuais a respeito da citação e da intervenção do Ministério Público, algumas conclusões a respeito das alterações do EPD foram registradas a título de *obiter dictum*. Duas delas são bastante relevantes: (i) a dissociação entre transtorno mental e incapacidade; e (ii) a necessidade do pedido de levantamento de interdição para os casos já decretados antes do EPD, a depender das circunstâncias do caso⁴⁴¹.

Aliás, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência já havia recomendado ao Brasil que informasse a respeito dos novos regimentos às pessoas sob curatela decretada antes do EPD⁴⁴².

A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou pedido de levantamento de curatela formulado por pessoa interditada no ano de 2014, em razão de sequelas de traumatismo cranioencefálico, mas que apresentou melhoras ao longo dos anos, conforme destacado em perícia médica. O laudo pericial indicou atos da vida civil que o requerente não conseguiria realizar sozinho, mas mediante apoio de terceiros. Com isso, o Tribunal reformou a sentença de primeiro grau e determinou o levantamento integral da

24 Ago. 2019]. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10459120024466002>.

⁴⁴⁰ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1 1.694.984 - MS (2017/0012081-0), em 14 de novembro de 2017**. Relator Luis Felipe Salomão [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018>.

⁴⁴¹ Houve discussão a respeito das interdições já decretadas. Há defensores da imediata revogação, afirmando-se tratar de direito relacionado ao “estado” das pessoas, portanto com aplicação imediata. Por outro lado, existem aqueles que entendem por privilegiar a coisa julgada, mormente diante da sensibilidade dos casos de interdição. O STJ, no acórdão citado, não foi chamado a decidir essa questão diretamente, mas marcou posição em favor da necessidade do levantamento judicial: “Nessa linha de raciocínio, a meu ver, o que a legislação inovadora cria para os deficientes mentais e intelectuais é uma razão robusta o bastante para que seja pleiteado ao Judiciário a revisão dos motivos que fundamentaram o pedido de interdição, até mesmo para a segurança do próprio interdito, mas não a revogação pura e simples, inclusive da coisa julgada” (*Idem – Ibidem*).

⁴⁴² “It further recommends that all persons with disabilities currently under guardianship be kept duly informed about the new legal scheme, and that the exercise of the right to supported decision-making be guaranteed in all cases” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Concluding observations on the initial report of Brazil** [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fCO%2f1&Lang=en> p. 4).

curatela, afirmando que o requerente poderia valer-se de ação própria para estabelecer a tomada de decisão apoiada, caso fosse do seu interesse⁴⁴³.

Por fim, cumpre salientar a importância da TDA como instrumento de planejamento. Exemplificando. Uma pessoa com deficiência neurodegenerativa oriunda do Mal de *Alzheimer* pode se valer da TDA, para programar o seu futuro, enquanto está no gozo de sua plena capacidade. O §1º do artigo 1.783-A do CCB dispõe que o termo do pedido deve conter prazo de vigência, limites do apoio e o compromisso dos apoiadores com a vontade e os direitos do interessado na medida. Portanto, nada impede que o interessado deixe consignado: (i) preferências relativamente à gestão de seu patrimônio, caso haja recrudescimento da doença e diminuição da capacidade; (ii) preferências em relação a direitos não patrimoniais, como cuidados de saúde, domicílio, internamento (ou não) em lar ou instituição de cuidado; e (iii) preferências quanto à escolha de eventual e futuro curador.

Em síntese, a TDA pode funcionar como instrumento de diretivas antecipadas de vontade e, no eventual caso de diminuição da capacidade, facilitar o juiz e o curador no cumprimento do dever de interpretar a vontade e as preferências da pessoa com deficiência, garantindo o máximo de sua autodeterminação.

⁴⁴³ TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1000811-46.2019.8.26.0302, de 23 de junho de 2020**, Relator Carlos Alberto de Salles [Em linha]. [Consult. 24 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13679843&cdForo=0>>.

CONCLUSÃO

A presente dissertação tem por objetivo principal analisar as alterações nas legislações civis portuguesa e brasileira – promovidas pela Lei nº 49/18, de 14 de agosto, e pela Lei nº 13.146/15, de 6 de julho, respectivamente – a respeito da capacidade civil (ou jurídica), especificamente na sua vertente de capacidade de exercício (de fato ou de ação) de direitos das pessoas com deficiência, e confrontá-las com o disposto no artigo 12º da CDPD, a fim de verificar se houve evolução na efetiva garantia de respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual.

Para cumprir esse desiderato e responder ao problema principal, investigou-se a respeito do conteúdo jurídico do artigo 12º da CDPD, que dispõe acerca da capacidade legal das pessoas com deficiência⁴⁴⁴.

Justifica-se a escolha da CDPD como paradigma para o cotejo pretendido graças à sua importância, associada à consagração de direitos das pessoas com deficiência no âmbito dos tratados multilaterais temáticos, após anos na condição de invisibilidade daquela que é considerada a “maior minoria do mundo”⁴⁴⁵.

A aprovação da CDPD consubstanciou uma mudança de paradigma em relação à abordagem da deficiência. Após passar por estágios de negligência e esquecimento, duas foram as abordagens mais difundidas: o modelo médico (centrado na questão individual e biológica, objetivando a reabilitação, promovedor de políticas assistencialistas e de proteção) e o modelo social (centrado na coletividade, objetivando a remoção de barreiras que a sociedade coloca às pessoas com deficiência, promovedor de políticas de emancipação e de busca de vida independente).

A CDPD constituiu-se numa virada de paradigma não somente porque adotou princípios de ambos os modelos prevalentes ou um modelo misto (biopsicossocial), mas porque inaugurou um novo, chamado de modelo de direitos humanos (*the human rights model of disability*)⁴⁴⁶.

Esse novo modelo ultrapassa os demais por várias razões, dentre as quais: (i) não foca apenas na pessoa com deficiência, mas é relevante para todos os seres humanos (prestigiando a universalidade dos direitos humanos); (ii) engloba e tutela tanto dos direitos civis e políticos

⁴⁴⁴ Vide Capítulo 1.

⁴⁴⁵ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 43.

⁴⁴⁶ Adotando-se o entendimento de importantes juristas, dentre eles, Theresia Degener (Vide Capítulo 1, especialmente a nota 57).

quanto dos direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas com deficiência (prestigiando a indivisibilidade dos direitos humanos), ultrapassando os demais modelos, mormente porque há direitos das pessoas com deficiência que não estão restritos a um catálogo específico, a exemplo do próprio artigo 12º da CDPD⁴⁴⁷; (iii) busca valorizar a diversidade biológica, conferindo conteúdo ético e humano à deficiência⁴⁴⁸; (iv) fortalece o caráter identitário entre grupos de pessoas com deficiência⁴⁴⁹; e (v) valoriza políticas de prevenção sem caráter discriminatório⁴⁵⁰.

O artigo 12º da CDPD reafirma direitos de igualdade já consagrados em outros tratados (nºs 1 e 2) e, cumulativamente, traz diretrizes para os Estados-partes salvaguardarem o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais (nºs 3, 4 e 5). Trata-se de um dos mais debatidos dispositivos da CDPD, tanto que foi objeto do primeiro geral do Comitê (ou Comissão) sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência. Anota-se que o Comitê tem interpretado o conteúdo jurídico do artigo 12º da CDPD com fundamento nos princípios do modelo de direitos humanos.

Reforce-se que o conceito de capacidade legal (*legal capacity*) adotado pela CDPD abrange tanto a capacidade de ser titular de direitos quanto a capacidade de exercê-los, conforme deliberado da comissão *ad hoc* de sua elaboração⁴⁵¹.

É cediço que a CDPD consagrou o denominado modelo de acompanhamento/apoio/suporte às pessoas com deficiência no exercício da capacidade legal (*supported decision-making model*). Em consequência, os signatários deverão garantir medidas proporcionais, adaptadas às circunstâncias pessoais, breves, com possibilidade de regular revisão por órgão judicial e imparcial, que respeitem a vontade das pessoas a serem apoiadas em suas decisões.

Quanto a tais medidas de apoio, a redação do artigo 12º, nº 4, da CDPD tem forma ambígua e maleável⁴⁵², havendo quem a interprete no sentido de existirem raras exceções nas quais se admitem medidas de substituição de vontade, que precisam seguir os parâmetros estabelecidos, para não se tornarem abusivas. Nada obstante, o Comitê, no seu Comentário Geral nº 1 (2014) acerca do artigo 12º da CDPD, deixa clara sua postura de que a CDPD adotou um modelo puro de *supported decision-making*, removendo medidas de *substitute decision-*

⁴⁴⁷ O artigo 12º, nº 1, da CDPD é tido como um direito civil, porém as medidas de suporte ao exercício da capacidade jurídica (artigo 12º, nº 3, da CDPD) dificilmente serão compreendidas longe das categorias de direitos sociais, culturais e econômico (Vide Capítulo 1, especialmente as notas 59 e 62).

⁴⁴⁸ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 63.

⁴⁴⁹ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 65.

⁴⁵⁰ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 67.

⁴⁵¹ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 87.

⁴⁵² Vide Capítulo 1, especialmente a nota 92.

*making paradigm*⁴⁵³. O Comitê, assertivamente, também estabeleceu que um eventual déficit de capacidade mental/intelectual não pode justificar qualquer negação ou diminuição da capacidade legal⁴⁵⁴.

A propósito da prevalência da vontade e das preferências da pessoa com deficiência submetida a medida de apoio, afirma o Comitê que, esgotados os meios de averiguá-las de forma direta, deve-se buscar a melhor interpretação da vontade e das preferências (*best interpretation of will and preferences*), eliminando-se decisões de terceiros baseadas unicamente nos melhores interesses (*best interests*)⁴⁵⁵. Em outras palavras, aquelas decisões tomadas unicamente com base no que se entende ser o melhor para a pessoa apoiada configuram substituição de vontade.

Na busca por preservar a capacidade legal das pessoas com deficiência, o Comitê tem apreciado comunicações oriundas de diversos países sobre o artigo 12º da CDPD. Observa-se que as recomendações do Comitê vão na direção de garantir a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais, ainda que sejam necessários suportes e adaptações razoáveis nos termos do artigo 2º da CDPD. Em algumas decisões, o Comitê afirmou que os Estados-partes possuem margem de apreciação para determinar aspectos processuais para o exercício apoiado da capacidade legal⁴⁵⁶.

O Comitê também se pronunciou a respeito dos relatórios referidos no artigo 35º da CDPD, enviados pelas autoridades portuguesas e brasileiras. Em relação a Portugal, a análise foi realizada antes da Lei nº 49/18, de 14 de agosto, tendo o Comitê recomendado a revogação dos institutos vigentes e a adoção de sistema de *assisted decision-making*, nos termos do Comentário nº 1 (2014) do próprio Comitê⁴⁵⁷. Acerca do Brasil, o relatório inicial foi enviado antes da aprovação do EPD, mas as respostas aos questionamentos do Comitê foram remetidas poucos dias após a aprovação do EPD, ainda em *vacatio legis*. Mesmo assim, a conclusão do Comitê foi de preocupação concernentemente à reminiscência de institutos que promovem a substituição de vontade, ao arrepio do artigo 12º da CDPD⁴⁵⁸.

Posto o conteúdo jurídico do artigo 12º da CDPD e anotadas as premissas de entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, algumas conclusões podem ser enunciadas, a título de respostas ao problema principal (se houve evolução na efetiva

⁴⁵³ Vide Capítulo 1, especialmente as notas 95 e 101.

⁴⁵⁴ O próprio Comitê entende ser controversa a questão da “capacidade mental” (Vide Capítulo 1, especialmente a nota 98).

⁴⁵⁵ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 101.

⁴⁵⁶ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 121.

⁴⁵⁷ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 128.

⁴⁵⁸ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 132.

garantia de respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual), anotadas, numeradamente, a seguir.

1. As alterações legislativas portuguesa e brasileira atenderam, parcialmente, à premissa estabelecida pelo Comitê no sentido de que a diminuição da capacidade mental/intelectual não pode ensejar diminuição da capacidade legal⁴⁵⁹.

No contexto português, a revogada redação do artigo 138º do CCP estabelecia que o adulto com “anomalia psíquica” poderia ser interditado, caso se mostrasse “incapaz” de governar sua pessoa e seus bens. Referida interdição implicava uma incapacidade geral de exercício, suprida por tutor judicialmente nomeado com poderes para representar o interdito no exercício de direitos patrimoniais e não patrimoniais⁴⁶⁰.

No atual regime do acompanhamento, não há necessidade de incapacitar para deferir-se medidas de proteção. O atual artigo 138º do CCP não faz referência específica à deficiência mental, nem mesmo fala em incapacidade, mas dispõe que o maior “impossibilitado” de exercício (por razões de saúde, deficiência ou comportamento) pode se valer das medidas de acompanhamento⁴⁶¹.

No cenário brasileiro, a deficiência mental era uma das hipóteses expressamente previstas em lei como casos de incapacidade, absoluta ou relativa, a depender do grau e do comprometimento do discernimento (redações do revogado inciso II do artigo 3º e dos modificados incisos II e III do artigo 4º, ambos do CCB)⁴⁶².

O EPD revogou as previsões relativas a “deficiência mental” e “excepcionais” (termo que, de alguma forma, remetia à deficiência mental/intelectual, ainda que de grau reduzido) do rol dos incapazes, de modo a desvincular a relação apriorística que havia entre deficiência mental e incapacidade⁴⁶³.

Nesse cenário, pode-se afirmar que houve um atendimento parcial à premissa do Comitê no sentido de não relacionar capacidade mental com capacidade jurídica. Com efeito, tanto em Portugal quanto no Brasil, deixou-se de fazer referência expressa aos deficientes mentais/intelectuais como candidatos à incapacidade. Isto é: não há mais uma relação apriorística entre incapacidade e deficiência mental/intelectual.

⁴⁵⁹ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 98. O Comitê reconhece como controverso o conceito de capacidade mental, todavia afirma que é conceito diverso da capacidade jurídica (legal). Assim, eventual redução ou déficit da capacidade mental não implica diminuição da capacidade legal.

⁴⁶⁰ Vide Capítulo 2, tópico 2.1.

⁴⁶¹ Vide Capítulo 2, tópico 2.2.

⁴⁶² Vide Capítulo 3, tópico 3.1.

⁴⁶³ Vide Capítulo 3, tópico 3.2.

É certo que a legislação portuguesa se voltou mais intensamente aos anseios da CDPD, pois aboliu o sistema de incapacitação de adultos⁴⁶⁴. Não é mais necessário interditar a pessoa, no sentido e incapacitá-la, para deferir-se medida de acompanhamento.

Nesse particular, o ordenamento jurídico de Portugal mostrou-se mais evoluído que o brasileiro. Isso porque no Brasil – embora a deficiência não seja mais uma causa de incapacidade por si só (como no CCB/1916) ou uma hipótese apriorística de incapacidade, em faltando discernimento (como no CCB/2002) – o ordenamento ainda exige reconhecer-se a relativa incapacidade de alguém, por meio de um processo de interdição, para então lhe deferir a curatela⁴⁶⁵. Em relação às pessoas com deficiência intelectual, a curatela ainda pode ser deferida na hipótese de impossibilidade de exprimir vontade (atual inciso III do artigo 4º do CCB). Registre-se que a pessoa com deficiência que consegue exprimir vontade pode requerer a TDA, sem a necessidade de processo de interdição ou reconhecimento de incapacidade relativa.

Em suma, a reforma portuguesa foi mais profunda, não somente porque revogou os institutos antigos (interdição e inabilitação), criando uma figura de natureza e dimensão diversas (o maior acompanhado), mas também porque eliminou o sistema de incapacitação quanto aos adultos. Reflexo dessa maior extensão está no fato de haver norma de transição (artigo 26º da Lei nº 49/18) modificando todas as interdições e inabilitações já decretadas. O Brasil, por sua vez, manteve um sistema de incapacidade relativa de adultos, claro que mais restrito do que antes e com mais garantias aos interditos. Existe, portanto, um regime misto em relação às pessoas com deficiência (curatela ou TDA). As interdições já decretadas, com base em absoluta incapacidade, precisam de intervenção judicial para serem revistas ou levantadas⁴⁶⁶.

2. As alterações legislativas portuguesa e brasileira atenderam, parcialmente, à compreensão do Comitê acerca da adoção de um modelo “puro” de medidas de apoio/auxílio às pessoas com deficiência no exercício da capacidade legal (*supported decision-making*).

Como já explanado, o Comitê rechaça qualquer interpretação da CDPD que pretenda estabelecer medidas de substituição de vontade, pois, sob a óptica do citado órgão, a CDPD somente autoriza medidas de apoio e suporte, nos termos e princípios anunciados no seu artigo 12º. Diante disso, pode-se dizer que o Comitê defende a adoção de um modelo “puro”, no

⁴⁶⁴ Registrando-se entendimento contrário, no sentido de ainda haver incapacitação para os casos extremos (*hard cases*) (Vide Capítulo 2, especialmente a nota 220).

⁴⁶⁵ Registrando-se que há abalizado entendimento contrário em relação ao fim do processo de interdição após o EPD (Vide Capítulo 3, tópico 3.2).

⁴⁶⁶ Entendimento prevalente, inclusive com julgado do Superior Tribunal de Justiça (Vide Capítulo 3, tópico 3.3).

sentido de somente admitir institutos jurídicos de apoio ao exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência⁴⁶⁷.

Em Portugal, a Lei nº 49/18, de 14 de agosto, ao revogar os institutos da inabilitação e, principalmente, da interdição, avançou no sentido de garantir a autonomia e a autodeterminação dos adultos com deficiência. Com efeito, a interdição impunha um sistema de incapacidade geral, ou seja, o tutor tinha poderes de representação, podendo reger o patrimônio e a pessoa do interdito.

Por outro lado, com o regime do maior acompanhado, os direitos pessoais e os negócios da vida corrente não ficam atingidos pelo acompanhamento, exceto se houver previsão na sentença que decretar a medida. Excepcionalmente, ainda é possível conferir ao acompanhante poderes de representante geral ou específico, substituindo-se à vontade do acompanhado que estiver em grave situação de impossibilidade (*hard cases*).

No Brasil, a Lei nº 13.146/15, de 6 de julho, também representou avanços na busca de um modelo de garantia de autonomia e autodeterminação, priorizando medidas de apoio e suporte, em vez de medidas de substituição de vontade. Ainda que no Brasil seja necessário reconhecer a incapacidade de alguém para nomear um curador (o que não acontece com a TDA), a reforma procurou restringir os poderes do curador a atos patrimoniais e, ao revogar as hipóteses de incapacitação absoluta de adultos, reconheceu que a regra seria um curador com poderes de assistência em tais casos.

Diferentemente do regime português, cuja reforma expressamente previu a representação (artigo 145º, nº 2, alínea b), do CCP), a reforma brasileira nada referiu a respeito em termos legais. Mesmo assim, há construção doutrinária e jurisprudencial, com base nos princípios da proporcionalidade das medidas e da proteção (tutela) da pessoa incapaz, sustentando a concessão de poderes de representação ao curador nomeado a pessoas em casos graves (*hard cases*), inclusive para atos que envolvam direitos não patrimoniais.

Observa-se, portanto, que a existência de casos de grave “incapacitação” (ou de profunda diminuição da capacidade), os chamados *hard cases*, justificou, em ambos os países, medidas de representação que, em última instância, configuram substituição de vontade. Por tal razão, inviável falar-se em sistema puro de apoio/assistência/suporte, pois há casos, ainda que excepcionais, nos quais os ordenamentos admitem a substituição de vontade.

⁴⁶⁷ Vide Capítulo 1, tópico 1.2.

Conquanto os casos excepcionais não sejam a melhor “inspiração” para a construção de um sistema de capacidade civil⁴⁶⁸, eles não podem ser ignorados. A reforma portuguesa deixou clara a possibilidade da representação (claro, mediante justificativa e observando-se a proporcionalidade) e foi elogiada por seu “realismo”, não ignorando os casos extremos⁴⁶⁹.

Por sua vez, a reforma brasileira nada mencionou acerca dos casos extremos em texto legal, conduzindo à solução doutrinária de conferir ao curador poderes de representação, mediante críticas de falta de realidade e desproteção⁴⁷⁰.

Tais críticas, todavia, também merecem censura. Parece que, quando se fala em realidade, está-se fazendo referência ao dado biológico (pessoas em grave estado de incapacitação), do qual a cultura jurídica, depois de anos voltada ao princípio da máxima proteção/tutela, não consegue se desvencilhar. E esse é ponto que diferencia a visão do Comitê, pois este não considera excepcionar *hard cases*, já que o dado biológico (*status* mental, principalmente) não cabe como fator de discriminação no atual modelo de direitos humanos.

É certo que a CDPD determina a proteção das pessoas com deficiência (artigos 5º, nºs 1 e 2, 11 e 17, por exemplo) e a proteção aos direitos humanos da pessoa com deficiência (artigos 4º, nº 1, c, e 33, nº 2, por exemplo). Mas a CDPD também afirma o respeito pela autonomia individual como princípio geral, elencado em segundo lugar no rol do artigo 3º, alínea a), após a menção ao princípio da dignidade. Portanto, ainda que exista o dever de proteger, especialmente em situações de vulnerabilidade, referida proteção não está dissociada do respeito à autonomia.

Portanto, os institutos de apoio criados ou remodelados pelas reformas portuguesa e brasileira não podem ser interpretados e aplicados à luz de uma proteção antiga (de substituição de vontade e heterodeterminação), mas sim segundo o novo entendimento do princípio da proteção, inseparável do respeito à autonomia e à autodeterminação.

A solução para os *hard cases* que harmoniza a proteção e a autodeterminação, como será visto nos itens a seguir, está na forma de exercício dos poderes de representação, seja pelo curador (Brasil), sejam pelo acompanhante (Portugal).

⁴⁶⁸ “...os casos mais difíceis (*hard cases*) são, sem dúvida, os de plena e profunda incapacidade mental, que existem, mas que não são a melhor inspiração para se ter um arquétipo da capacidade jurídica” (GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. p. 66).

⁴⁶⁹ Conforme anotado por vários autores (Vide Capítulo 2, tópico 2.3, notas 264 e 267).

⁴⁷⁰ Vide Capítulo 3, tópico 3.2, especialmente as notas 385, 412, 413 e 427.

3. Ambas as reformas legislativas privilegiaram os princípios da autonomia e da autodeterminação pessoal estabelecendo instrumentos de planejamento e antecipação de diretrizes quanto à vontade e às preferências do beneficiário.

Em Portugal, a Lei nº 49/18 possibilitou às pessoas maiores constituírem mandatário para a gestão de seus interesses na hipótese de previrem futura necessidade de acompanhamento, especificando, inclusive, se haverá poderes de representação e quais os direitos serão abrangidos. É certo que o disposto no mandato não é absoluto, podendo caducar em havendo acompanhamento por decisão judicial, mas o tribunal aproveitará, no todo ou em parte, a vontade revelada no mandato.

Considerando as faculdades de estabelecer procuração de cuidados de saúde e de outorgar o testamento vital, previstas na Lei nº 25/12, e tendo em vista o recente artigo 156º do CCP, afigura-se acertado o entendimento favorável à constituição de um “mandato global de planejamento futuro”⁴⁷¹, de modo a possibilitar a coexistência dos cuidados de saúde e da gestão do patrimônio em um único instrumento.

No Brasil, o EPD criou a tomada de decisão apoiada (TDA), que constitui importante instituto de salvaguarda da autodeterminação de pessoas com deficiência, devendo ser compreendido, também, como instrumento de planejamento para eventual e futura restrição da capacidade de exercício⁴⁷².

A respeito de tal medida de apoio, assume-se, como mais acertado, o entendimento que reconhece ao interessado a possibilidade de tratar de direitos patrimoniais e não patrimoniais no instrumento de requerimento de TDA, inclusive de manifestar preferência quanto a eventual curador (se necessário) e diretrizes para o exercício da curatela, caso seja decretada em eventual e futura fase de capacidade extremamente diminuída.

Uma diferença entre os institutos é que o mandato é celebrado na via extrajudicial, enquanto a TDA, por se constituir em uma medida formal de apoio à pessoa com deficiência, é determinada pela via judicial. Outra discrepância é que o mandato do artigo 156º do CCP pode ser celebrado por qualquer pessoa maior, enquanto a TDA apenas pode ser requerida por pessoas com deficiência.

Sem embargos das diversidades de natureza, formalização e legitimidade, fato é que, os instrumentos que autorizam o planejamento são extremamente úteis a pessoas com

⁴⁷¹ Vide Capítulo 2 especialmente a nota 287, em relação ao entendimento de Joaquim Correia Gomes.

⁴⁷² Vide Capítulo 3 especialmente a nota 407, em relação ao entendimento de Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Cristina Paganini Toledo.

deficiências oriundas de causas neurodegenerativas como o Mal de *Alzheimer*⁴⁷³, mas sem olvidar outras como *Parkinson*, que, em estado avançado, também pode comprometer seriamente a fala e a capacidade cognitiva.

4. Em ambos os ordenamentos, a tendência de tomada de decisões com base unicamente no melhor interesse do acompanhado/curatelado (*best interests*) é muito forte, mas há substrato legal e convencional para, na impossibilidade de obter a vontade atual do beneficiário e não havendo diretriz antecipada, buscar-se interpretar a vontade e as preferências do beneficiário (*best interpretation of will and preferences*).

Conforme pormenorizado no Capítulo 1, o Comitê entende que uma das características dos regimes de substituição de vontade está em decisões tomadas por um substituto com fundamento naquilo que ele entender ser o melhor interesse do beneficiário da medida de apoio, e não baseado na própria vontade e nas preferências deste.

De certa forma, pode-se estabelecer a seguinte ordem de preferência: primeiro, a busca da vontade atual da pessoa apoiada; segundo, se não for possível obtê-la, averiguar se houve diretiva antecipada da vontade em relação ao direito ou interesse em jogo; terceiro, caso nada disso seja possível, busque-se interpretar qual seria a vontade da pessoa apoiada, por meio de suas preferências expressadas ao longa da vida (*sedimented life preferences*), que, inclusive, podem ser obtidas com a oitiva de familiares ou pessoas próximas.

Ocorre que as reformas legislativas não deixaram esse ponto suficientemente claro.

Em Portugal, o artigo 146º, nº 1, do CCP dispõe que o acompanhante deve privilegiar o bem-estar e a recuperação do acompanhado, como um bom pai de família. Com todo o respeito, a disposição do referido artigo é insuficiente⁴⁷⁴. Não basta consignar um dever para privilegiar o bem-estar do acompanhado. Isso porque o acompanhante pode entender que está privilegiando o acompanhado, mesmo tomando decisões com fundamento no que ele (acompanhante) entender ser o melhor interesse do acompanhado. Em última instância, na visão do Comitê, aquele está substituindo-se à vontade deste. Assim, a melhor interpretação do referido artigo é de privilegiar a vontade do acompanhado no sentido de tomá-la com primazia, mesmo que seja necessário interpretá-la à luz das circunstâncias. Ademais, embora o legislador pareça ter agido com nobre intuito, mas referir-se à diligência de um pai de família rememora a anterior equiparação dos interditos aos menores (do revogado artigo 139º do CCP), quando o tutor-representante agia pautado por uma proteção que se substituía à vontade do interdito.

⁴⁷³ Como já tratado nos Capítulos 2 e 3, esse é o caso mais citado por doutrinadores portugueses e brasileiros ao tratarem dos correspondentes instrumentos.

⁴⁷⁴ Críticas ao dispositivo no Capítulo 2, tópico 2.3.

No Brasil, o EPD não tem dispositivo obrigando o curador a observar a vontade e as preferências do apoiado, apenas determinado o dever de prestar contas. Todavia, como a curatela será estabelecida “conforme a lei”, o artigo 84, §1º, do EPD remete ao CPCB, cujo artigo 758 determina ao curador buscar tratamento e apoio à conquista da autonomia pelo interdito. Trata-se de normativa influenciada pelo modelo médico, entendendo a autonomia como possível de ser conquistada pelo curatelado desde que haja tratamento. Portanto, o artigo afigura-se insuficiente⁴⁷⁵.

Sem embargo, o CPCB tem dispositivos que vinculam a atividade do juiz à vontade e às preferências do beneficiário da medida. O artigo 751 determina que o juiz entrevistará o interditando inquirindo-o a respeito de suas “vontades, preferências” e o inciso II do artigo 755 dispõe que na sentença o juiz deverá considerar sobre as “vontades e preferências” do interditando.

Em referência à TDA, o artigo 1.783-A, §1º, exige dos apoiadores o compromisso de respeito à vontade e às preferências do apoiado.

Portanto, se o juiz e os apoiadores devem respeitar a vontade e as preferências, idêntico dever cabe ao curador, sendo esta a melhor leitura do artigo 758 do CPCB, quando preconiza a respeito da “conquista” da autonomia.

Diante desse contexto, em ambos os contextos, é necessário interpretar as funções do acompanhante (Portugal) e do curador (Brasil) à luz do artigo 12º, nº 4, da CDPD, quando afirma que as medidas de salvaguarda assegurarão o respeito aos direitos, à vontade e às preferências do apoiado. Reconhece-se a dificuldade de assim o proceder em diversos casos, mas, além de prestigiar a autonomia e a autodeterminação, é o caso de valorizar a solidariedade existente entre as pessoas com deficiência e os demais, reconhecida pelo modelo de direitos humanos⁴⁷⁶.

Ante o exposto, em conclusão, pode-se afirmar que houve evolução nas alterações legislativas portuguesa e brasileira no que concerne à capacidade de exercício de direitos das pessoas com deficiência intelectual, especialmente acerca do respeito à vontade e às preferências.

Existem pontos juridicamente criticáveis, mas, no geral, as reformas concretizaram princípios da CDPD, ainda que não tenham aderido à totalidade do entendimento do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente em relação a medidas que, de

⁴⁷⁵ Críticas ao dispositivo no Capítulo 3, tópico 3.3.

⁴⁷⁶ Vide Capítulo 1, especialmente a nota 78.

alguma forma, promovem a substituição de vontade nos casos de extrema gravidade ou “incapacitação” (os *hard cases*).

Independentemente dos casos extremos, é necessário interpretar a legislação com o fim de garantir os princípios do artigo 12, nº 4, da CDPD, tanto no contexto português quanto no brasileiro, mormente sobre a salvaguarda do respeito à vontade e às preferências dos adultos com deficiência intelectual. Essa interpretação deve ocorrer ainda que não haja dispositivos legais expressos nesse sentido. Nenhum dispositivo em sentido contrário deve prevalecer frente ao comando da CDPD.

Busca-se, portanto, trazer como contributo aos aplicadores do Direito que, ao avaliarem as funções do julgador (seja na eleição e no estabelecimento da extensão de medidas de auxílio, seja em eventuais autorizações que a lei conclama intervenção judicial)⁴⁷⁷ e do apoiador em sentido amplo (acompanhante, curador ou apoiadores de TDA), tenham em mente o mandamento convencional de respeito à vontade e às preferências do beneficiário da medida. E mais, que em prol da autodeterminação pessoal levem em consideração os apontamentos do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência acerca da árdua tarefa de interpretar qual seria a vontade e as preferências, especialmente nos casos de capacidade extremamente diminuída, os chamados *hard cases*.

Cuida-se de importante obrigação que harmoniza os princípios da proteção e da autonomia. O princípio da proteção resta atendido porque defere-se o suporte necessário para o exercício da capacidade legal à pessoa com deficiência, de modo que ela não será privada de direitos por ausência de auxílio. Por sua vez, o princípio da autonomia é atendido ao privilegiar-se a autodeterminação pessoal em detrimento de heterodecisões tomadas unicamente com base na visão do apoiador sobre o que seria o melhor interesse do apoiado.

Por fim, ainda nessa esteira de máxima preservação da capacidade residual e respeito à vontade e às preferências das pessoas com deficiência sob medidas de apoio, deve-se prestigiar os instrumentos que, independentemente da forma de constituição (judicial ou extrajudicial), possibilitam e valorizam a antecipação de diretivas de vontade. Isso porque elas promovem a autodeterminação, permitem o planejamento realizado pela própria pessoa e funcionam como uma fonte da qual julgadores e apoiadores eventualmente poderão extrair elementos de interpretação da vontade e da preferência, em sendo impossível averiguar a vontade atual da pessoa com deficiência apoiada.

⁴⁷⁷ No Brasil e, principalmente em Portugal, já existem decisões judiciais que aplicaram os princípios convencionais de respeito à vontade e às preferências, em diversas ocasiões, conforme exposto nos Capítulos 2 e 3.

REFERÊNCIAS

1. FONTES DOCUMENTAIS:

ASSOCIATION, American Psychiatric – **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais** [Em linha]. 5ª ed. Porto Alegre: ARTMED, 2014. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>>. ISBN 9780890425558.

CENTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – **Proposta de Lei sobre a Condição Jurídica das Pessoas Maiores em Situação de Incapacidade**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2017 [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.centrodedireitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017/%E2%80%9Cproposta-de-lei-sobre-condi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Communication No. 10/2013. Decision adopted by the Committee at its twelfth session (15 September–3 October 2014)** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/791892>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Communication No. 12/2013. Decision adopted by the Committee at its thirteenth session (25 March–17 April 2015)** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2009>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Concluding observations on the initial report of Brazil** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fCO%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Concluding observations on the initial report of Portugal** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?>

symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fCO%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention. Initial reports of States parties due in 2010. Brazil** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention. Initial reports of States parties due in 2011. Portugal** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **General comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – General Comment nº 6 (2018) on Equality and Non-discrimination. **International Human Rights Law Review**. Leiden: Brill. ISSN 2213-1027. Vol. 7, nº 1 (2018), p. 131-161.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **List of issues in relation to the initial report of Brazil** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fQ%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **List of issues in relation to the initial report of Portugal** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fQ%2f1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Replies of Brazil to the list of issues** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fBRA%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Replies of Portugal to the list of issues** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=en>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 7/2012.** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2144>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 11/2013.** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2142>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 13/2013.** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2143>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 2 of the Optional Protocol, concerning communication No. 30/2015** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2392>>.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES – **Views adopted by the Committee under article 5 of the Optional Protocol, concerning communication No. 35/2016.** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2512>>.

CONSELHO DA EUROPA – **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – **Enunciados da III Jornada de Direito Civil** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União, Seção 1**, nº 191-A (05.10.88).

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Diário da República, Série I**, nº 86 (10-04-76).

DECISÃO DO CONSELHO de 26 de novembro de 2009 (2010/48/CE). **Jornal Oficial da União Europeia L 23/35 (27-01-2010)** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010D0048&from=PT>>.

DECRETO LEGISLATIVO nº 186/08. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXLV, nº 131 (10-07-08) p. 1.

DECRETO-LEI nº 47.344/66. **Diário do Governo, Série I**, nº 274 (25-11-66), p. 1883-2086.

DECRETO nº 6.949/09. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXLVI, nº 163 (26-08-09) p. 3.

DECRETO nº 99.710/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXXVIII, nº 223 (22-11-90) p. 2.

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 01/69. **Diário Oficial da União, Seção 1**, ano CVII, nº 201 (20-10-69), p. 1-2.

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 12/78. **Diário Oficial da União, Seção 1**, ano CXVI, nº 290 (19-10-78), p. 16857.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – **PNS 2019: país tem 17,3 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia>>.

LEI CONSTITUCIONAL nº 1/89. **Diário da República nº 155/1989, I Série**, Suplemento nº 1 (08-07-1989), p. 2-69.

LEI CONSTITUCIONAL nº 1/97. **Diário da República, Série I-A**, nº 218 (20-09-97), p. 5130-5196.

LEI nº 25/12. **Diário da República, Série I**, nº 136 (16-07-12), p. 3728-3730.

LEI nº 36/98. **Diário da República, Série I-A**, nº 169 (24-07-98), p. 3544-3550.

LEI nº 41/13. **Diário da República, Série I**, nº 121 (26-06-13), p. 3518-3665.

LEI nº 49/18. **Diário da República, Série I**, nº 156 (14-08-18), p. 4072-4086.

LEI nº 3.071/16. **Diário Oficial da União, Seção 1** (05-01-1916), p. 133.

LEI nº 8.069/90. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CXXVIII, nº 135 (16-07-90), p. 1-15.

LEI nº 13.105/15. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CII, nº 51 (17-03-15), p. 1-51.

LEI nº 13.146/15. **Diário Oficial da União, Seção 1**, Ano CLII, nº 127 (07-07-15), p. 2-11.

LIMA, Francisco – **Mensagens do Presidente do Instituto Nacional de Estatística, 16 de dezembro de 2021** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://censos.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=censos21&xpid=CENSOS21&xlang=pt>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtosdeficientes.pdf>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes Mentais** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-dtosdeficientesmentais.pdf>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência de 1993** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/normas-para-equiparacao-de-oportunidades-para-pessoas-com-deficiencia-onu-1993.pdf>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos-0>>.

NAÇÕES UNIDAS – **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/pacto-internacional-sobre-os-direitos-economicos-sociais-e-culturais>>.

OBSERVATÓRIO DA DEFICIÊNCIA E DIREITOS HUMANOS – **Parallel Report about the Monitoring of the Rights of Persons with Disabilities in Portugal** [Em linha]. [sl], 2015. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fICO%2fPRT%2f21113&Lang=en>.

ORDEM DOS ADVOGADOS – Parecer da Ordem dos Advogados. Proposta de lei nº 110/XIII: estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos de interdição e da inabilitação. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Vol. I e II, Ano 78º (jan. - jun. 2018), p. 495-503.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde de 2001** [Em linha]. São Paulo: Editora da USP, 2008. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42407/9788531407840_por.pdf?sequence=111>. ISBN 978-85-314-0784-0.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – **Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes de 1982** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.ct.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-com-deficiencia-onu-1982.pdf/view>>.

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA n.º 20/90. **Diário da República I Série**, nº 211 (12-09-1990), p. 3738 (2-20).

RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA n.º 56/2009. **Diário da República I Série**, Nº 146 (30-07-09), p. 4906-4929.

UNIÃO EUROPEIA – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº 364 (18 Dez. 2000), p. 1-22. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA – Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992). **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº C 191 (29 Jul. 1992), p. 1-112. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA – Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses tratados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias** [Em linha]. Nº C 340 (10 Nov. 1997), p. 1-144. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA – Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia** [Em linha]. Nº C 306 (17 Dez. 2007), p. 1-271. [Consult. 15 Set. 2022]. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>>.

UNITED NATIONS – **From Exclusion to Equality. Realizing the rights of persons with disabilities**. Geneva: United Nations, 2007. ISBN 978-92-9142-347-7.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – **International Classification of Diseases 11th** [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/31664821/mms/other>>.

2. JURISPRUDÊNCIA:

SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.694.984 - MS (2017/0012081-0), em 14 de novembro de 2017**. Relator Luis Felipe Salomão [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018>.

SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9), em 27 de abril de 2021**. Relator Marco Aurélio Bellizze [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002328829&dt_publicacao=04/05/2021>.

SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão do Processo nº 2076/16.0T8CSC.L2.S1, de 10 de março de 2022**. Relator Rosa Tching [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0ce5bae85121ae1f8025880d005c95b0?OpenDocument>>.

SUPREMO Tribunal de Justiça – **Acórdão do Processo nº 5095/14.7TCLRS.L1.S1, de 17 de dezembro de 2020**. Relator Maria Clara Sottomayor [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/18aedef8355a0068c80258678004caeca?OpenDocument>>.

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão proferido na ADI nº 5357MC-REF/DF, de 11 de novembro de 2016**. Relator Edson Fachin [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur359744/false>>.

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão proferido no RE nº 349.703, de 05 de junho de 2009**. Relator Carlos Britto [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>>.

SUPREMO Tribunal Federal – **Decisão Monocrática proferida no ARE 1276258/SP, em 24 de maio de 2021**. Relator Gilmar Mendes [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1202149/false>>.

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 477/2020 (Processo nº 979/2019), de 1º de outubro de 2020**. Relator Gonçalo de Almeida Ribeiro [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200477.html>>.

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 506/2022 (Processo n.º 1062-A/2020), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220506.html>>.

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 507/2022 (Processo n.º 1063-A/2020), de 14 de julho de 2022**. Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220507.html>>.

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão nº 509/2022 (Processo nº 278/2022, 3ª Secção), de 14 de julho de 2022.** Relatora Joana Fernandes Costa [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220509.html>>.

TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 156/19.9T8OHP.C1, de 3 de novembro de 2020.** Relator Alberto Ruço [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/270cc779ed0f1c4e802586460057c602?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 635/19.8T8CNT-A.C1, de 8 de setembro de 2020.** Relator Luís Cravo [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3820035bd101a795802586080038bb2c?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Coimbra – **Acórdão do Processo nº 1787/09.0TBMGR-B.C1, de 15 de fevereiro de 2022.** Relator Mário Rodrigues da Silva [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7a50750ff7b9665080258800006836cb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Guimarães – **Acórdão do processo 45/21.7T8VLN.G1, de 02 de junho de 2022.** Relator Conceição Sampaio [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/2f51db249e013fe3802588640049ecdb?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Guimarães – **Acórdão do processo 2015/20.5T8EPS.G1, de 20 de janeiro de 2022.** Relator Rosália Cunha [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/08d9febe1e497440802587e3004b19b3?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão do Processo nº 1637/16.1T8OER.L1, de 13 de abril de 2021.** Relator José Capacete [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ab4681cc37d6acda802586bf0045b756?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão do Processo nº 4106/11.2TCLRS-B.L1-8, de 13 de janeiro de 2022**. Relator Cristina Lourenço. [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3310665f4d5f5ee8802587d1005251a8?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL da Relação do Porto– **Acórdão do Processo nº 4254/19.0T8MTS.P1, de 29 de abril de 2021**. Relator Filipe Carço [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/576c4b6a59173594802586e7004d990c?OpenDocument&Highlight=0,maior,acompanhado>>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais – **Acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0459.12.002446-6/002, em 11 de dezembro de 2019**. Relator Renato Dresch [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10459120024466002>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1005523-80.2017.8.26.0292, de 13 de março de 2019**, Relator Fernanda Gomes Camacho [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12302522&cdForo=0>>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1006780-56.2017.8.26.0223, de 29 de outubro de 2019**, Relator Luis Mário Galbetti [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13020851&cdForo=0>>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1007607-79.2015.8.26.0565, de 27 de junho de 2017**, Relator Fábio Henrique Podestá [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10552339&cdForo=0>>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado de São Paulo – **Acórdão do processo nº 1000811-46.2019.8.26.0302, de 23 de junho de 2020**, Relator Carlos Alberto de Salles [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13679843&cdForo=0>>.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Paraná – **Acórdão proferido na Apelação Cível nº 0007975-53.2018.8.16.0024, em 11 de dezembro de 2019**. Relator Sigurd Roberto Bengtsson [Em linha]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009878851/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0007975-53.2018.8.16.0024>>.

3. FONTES BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de – Estatuto das Pessoas com Deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2123-5. p. 33-82.

ALVES, Raúl Guichard – Alguns aspectos do instituto da interdição. In **Coleção de Formação Inicial: Interdição e Inabilitação** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário, 2015. [Consult. 30 Ago. 2022]. p. 39-123. Disponível em: <<https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=k2dHshrqlHg%3d&portalid=30>>. ISBN 978-989-8815-06-4.

ARAÚJO, António de – **Cidadãos Portadores de Deficiência**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1027-4.

ARAÚJO, Luiz Alberto David – A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da – **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. ISBN 857-674-348-5. p. 203-211.

BARBOSA, Mafalda Miranda – Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** [Em linha]. Lisboa: CIPD. Ano 5, nº 1 (2019), p. 1449-1490.

[Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em:
<https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1449_1490.pdf>. ISSN 2183-539X.

BARBOSA, Mafalda Miranda – Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade? **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Vol. I e II, Ano 78º (jan. - jun. 2018), p. 231-258.

BARBOSA, Mafalda Miranda – **Maiores Acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto**. 1.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2018. ISBN 978-989-8951-00-7.

BARBOZA, Heloisa Helena – A importância do CPC para o Novo Regime de Capacidade Civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 20, nº 1 (jan.-abr. 2018), p. 209-223.

BARNES Colin – Deficiência, Trabalho e Proteção social: aplicação do modelo social. In MARTINS, Bruno Sena; FONTES, Fernando – **Deficiência e Emancipação Social. Para uma crise da normalidade**. Coimbra: CES, 2016. ISBN 978-972-40-6452-9. p. 79-99.

BECO, Gauthier – The indivisibility of human rights and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Internacional e Comparative Law Quarterly**. Cambridge: BIICL. ISSN 0020-5893. Vol. 68, parte 1, (janeiro 2019). p. 141-160.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I**, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de – A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-300-5. p. 13-34.

CORDEIRO, António Menezes – Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores.

Revista de Direito Civil. Coimbra: Almedina. ISSN 978-031-83-5535-1. Ano III, nº 3 (2018), p. 473-554.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil, IV, Parte Geral, Pessoas.** 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7897-7.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da – Comentário ao Capítulo II do Título I do Livro II do Estatuto. In LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-1210-9. p. 420-442.

COSTA, Marta – A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade. **Lusíada Revista de Direito.** Lisboa: Universidade Lusíada Editora. ISSN 2182-4118. [sd] nº 7 (2010), p. 109-162.

DAWSON, John - A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD. **International Journal of Law and Psychiatry** [Em linha]. Elsevier. Vol. 40 (May-Jun 2015). p. 70-79. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.04.003>>. ISSN 0160-2527.

DEGENER, Theresia – A Human Rights Model of Disability. In BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir – **Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights** [Em linha]. Londres: Routledge, 2016. [Consult. 30 Ago. 2022]. p. 31-49. Disponível em: <<https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9781315612881.ch3>>. ISBN 978-1315-612-881.

DEGENER, Theresia – Disability in a Human Rights Context. **MDPI Laws** [Em linha]. Vol. 5 (3), nº 35 (2016), p. 1-24 [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/laws5030035>>. ISSN 2075-471X.

DIAS, Patrícia Cardoso – A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direito: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída. **Revista de Direito e Medicina** [Em linha]. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 1 (jan.- mar. 2019), p. RR-7.1-7.20. [Consult. 30 Ago. 2022].

Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document>>. ISSN 2596-3163

DINERSTEIN, Robert D. – Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. **Human Rights Brief** [Em linha]. Washington: Washington College of Law. Vol. 19, nº 2 (2012), p. 7-12. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1816&context=hrbrief>.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10637-6.

EXPÓSITO, Gabriela – O duplo regime curatelar inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: apresentação de aspectos civis e processuais. **Revista dos Tribunais** [Em linha] São Paulo: RT. Vol. 1009 (nov. 2009), p. 71-97. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document>>. ISSN 2764-5347.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; e PINTO, Ronaldo Batista – **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. 2.ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. ISBN 978-854-4214-08-4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil, vol. 1**. 18ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. ISBN 978-85-442-3531-7.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão – Comentários aos artigos 4º a 7º. In LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da – **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-1210-9. p. 66-84

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto – Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In FIUZA, César – **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2123-5. p. 17-32.

FIUZA, César – Tomada de decisão apoiada. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-300-5. p. 153-164.

FONTES, Fernando – Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. . ISSN 2182-7435 [sd], nº 86 (set. 2009), p. 73-93.

FONTES, Fernando – **Pessoas com deficiência em Portugal**. 1.^a ed. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016. ISBN 978-989-8838-33-9.

FRANÇA, Rubens Limongi – **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. ISBN 978-85-0200-9073.

GOMES, Joaquim Correia – Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. ISBN 978-989-746-200-9. p. 45-70.

GOMES, Joaquim Correia – Constitucionalismo, deficiência mental e discapacidade: um apelo aos direitos. **Julgar**. ISSN 1646-6853. Coimbra: Almedina. Nº 29 (maio-ago. 2016), p. 119-151.

GOMES, Orlando – **Introdução ao Direito Civil**. 22.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8680-3

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021. ISBN 978-65-555-9284-9.

GONÇALVES, Diogo Costa – Personalidade vs. Capacidade Jurídica. Um regresso ao monismo conceptual? **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa: Ordem dos Advogados. ISSN 0870-8118. Vol. 75, nº 1 (2015), p. 121-150.

GONÇALVES, Diogo Costa – **Pessoa e Direitos da Personalidade. Fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-97-240-3296-2

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip – Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review** [Em linha]. Oxford: Oxford University Press. Vol. 8, nº 1 (2008), p. 1-34. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngm044>>. e-ISSN 1744-1021.

LAWSON, Anna; BECKETT, Anguarad – The social and human rights models of disability: towards a complementarity thesis. **The International Journal of Human Rights** [Em linha]. Vol. 25, n. 2 (2021), p. 348-379. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/13642987.2020.1783533>>. ISSN 1744-053X.

LEITE, Glauber Salomão – O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-17030-8.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza – **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-0828-0.

LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-2081697.

LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0786-0

MAZZOULI, Valério de Oliveira. Direitos humanos das pessoas com deficiência. In MAZZOULI, Valério de Oliveira – **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Método. ISBN 978-65-596-4231-1. p. 286-301.

MÉGRET, Frédéric - The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? **Human Rights Quarterly** [Em linha]. Baltimore: Johns Hopkins University Press. Vol. 30, nº 2 (Maio – 2008), p. 1-28. [Consult. 30 Ago 2022]. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1267723>>. ISSN 1085-794X.

MENDES, António Alfredo – A interdição como instrumento de proteção ao incapaz. **Jurismat Revista Jurídica**. Portimão: ISMAT. ISSN 2182-6900. [sd], nº 1 (2012), p. 201-227.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo 1, 2ª ed.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

MONTEIRO, António Pinto – Das incapacidades ao maior acompanhado: breve apresentação da Lei nº 49/2018. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Lisboa: Gestlegal. ISSN 0870-8487. Ano 148º, nº 4013 (Nov. - Dez. 2018), p. 72-84.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 38ª ed. Barueri: Atlas, 2022. ISBN 978-65.5977-185-1.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2102-2.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. – **Código Civil Comentado**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2014. ISBN 978-85-203-5501-5.

NEVES, Alexandra Chícharo das – Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova conceção da pessoa com deficiência. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. Nº 140 (Out. - Dez. 2014), p. 79-120.

NEVES, Alexandra Chícharo das – **Os novos paradigmas que balizam o Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”, 1ª ed.** Lisboa: Chiado Editora, 2015. ISBN 978-989-51-4393-1.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini – O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais** [Em linha]. [sd], nº 974 (Dez. 2016), p. 35-62. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document>>. ISSN 0034-9275

PAZ, Margarida – A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In **Coleção Formação Contínua: Direitos das Pessoas com Deficiência** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. [Consult. 30 Ago. 2022]. p. 33-49. Disponível em: <
https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=aZBfl_JkXdE%3d&portalid=30>. ISBN 978-989-8815-94-1.

PAZ, Margarida – O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado. In **Coleção Formação Contínua: O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. [Consult. 30 Ago. 2022]. p. 111-137. Disponível em: <
https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_nsidISl_rE%3d&portalid=30>. ISBN 978-989-8908-52-0.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Vol. I.** 34^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. ISBN 978-65-596-4420-9.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves – Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção?. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-300-5. p. 115-152.

PINHEIRO, Jorge Duarte – As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e Suprimento. A visão do jurista. In **Revista O Direito.** Coimbra: Almedina. Ano 142º, nº III, (2010). ISBN 978-972-4043-27-2. p. 465-480.

PIOVESAN, Flávia – Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In FERRAZ, Carolina Valença [et al.] – **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17030-8. p. 33-51.

PROENÇA, Carlos Carranho – Pressupostos substantivos da tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica europeia: primado e seus corolários, e sistema de proteção de direitos fundamentais. In **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas.** Lisboa: Petrony, 2017. ISBN 978-972-685-242-1. p. 217-313.

RAMOS, André de Carvalho – Direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais. In RAMOS, André de Carvalho – **Curso de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-85-536-1401-1. p. 909-918.

REQUIÃO, Maurício – As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. [Em linha]. [sd], nº 6 (Jan. - Mar. 2016), p. 37-54. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document>>. ISSN 2358-1433.

RIBEIRO, Geraldo Rocha – O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar online** [Em linha]. [sd] (maio 2020), p. 1-68. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <<http://julgar.pt/o-instituto-do-maior-acompanhado-a-luz-da-convencao-de-nova-iorque-e-dos-direitos-fundamentais/>>. ISSN 2183-3419.

RIBEIRO, Geraldo Rocha – O sistema de protecção 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 Lúcia – **Estudos em homenagem ao conselheiro presidente Rui Moura Ramos, vol. II**. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6579-3. p. 1105-1172.

RIBEIRO, Lucas Nóbrega – O maior acompanhado e as directivas antecipadas de vontade. **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Instituto Jurídico. ISSN 1646-0359. Ano 16, nº 31/32 (Jan.-Dez. 2019), p. 51-74.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. ISSN 2596-0466. Brasília: Senado Federal. Ano 41, nº 163 (jul.-set. 2004), p. 113-130.

ROSÁRIO, Pedro Trovão – Cidadania e Deficiência. **Jurismat Revista Jurídica**. Portimão: ISMAT. ISSN 2182-6900. [sd], nº 6 (Mai. 2015), p. 301-316.

ROSÁRIO, Pedro Trovão – Deficiência: valorização jurídica das qualidades especiais. In ROSÁRIO, Pedro Trovão [et al.] – **Direito Constitucional Luso e Constitucional no âmbito da pacificação social**. Curitiba: Juruá, 2020. ISBN 978-85-362-9343-1. p. 16-27.

SCHREIBER, Anderson – **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. ISBN 978-65-5362-239-5.

SEATZU, Francesco – The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and International Human Rights Law. **International Human Rights Law Review**. Leiden: Brill. ISSN 2213-1027. Vol. 7, nº 1 (2018), p. 82-102.

SIMÃO, José Fernando – **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)** [Em linha]. [sl], [sd]. [Consult. 30 Ago. 2022]. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>.

SOUSA, Filipe Venade – A bússola do Direito Constitucional dialógico: a atualização e efetividade dos direitos fundamentais. **Católica Law Review**. Lisboa: Universidade Católica Editora. ISSN 2183-9336. Vol. III, nº 1 (jan. 2019), p. 13-28.

SOUSA, Filipe Venade – A multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana e as pessoas com deficiência. **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. Braga: Universidade do Minho. ISSN 0870-8185. Tomo LXVIII, nº 349 (janeiro/abril 2019), p. 49-63.

SOUSA, Filipe Venade de – **Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas**. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5680-7.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo – **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: LEX, 2000. ISBN 972-949-5912.

STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz – Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana Alves – **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-300-5. p. 102-113.

VALLE, Jaime – A Protecção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência. In **O Direito**. Coimbra: Almedina. Ano 148, n. 3 (2016). ISBN 978-002-1843-72-5. p. 585-601.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – Maior acompanhado, “direitos pessoais” e negócios da vida corrente. In **Formação Contínua: Direitos das Pessoas com Deficiência**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019 [Consult. 30 Ago. 2022] p. 119-141. Disponível em: <<https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=eU9GO-8VIDE=&portalid=30>>. ISBN 978-989-8908-96-4.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6265-5.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8184-7.

VILLELA, João Baptista – Incapacidade transitória de expressão. In AZEVEDO, Antonio Junqueira; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo – **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas. Homenagem a Tullio Ascarelli**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 85-7674-339-6. p. 355-368.

VÍTOR, Paula Távora – **A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-3215-55-7.

VÍTOR, Paula Távora – Artigo 12º reconhecimento igual perante a lei. In GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora – **Comentário à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** [Em linha]. Lisboa: Imprensa Nacional, 2020. [Consult. 30 Ago. 2022]. p. 127-138. Disponível em: < <https://impresanacional.pt/wp-content/uploads/2022/03/Convencaosobreosdireitosdaspessoascomdeficiencia.pdf>>. ISBN 978-972-27-2872-0.

VÍTOR, Paula Távora – Capacidade e incapacidades. Resposta do ordenamento jurídico português e o artigo 12º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista**

Sociedade e Trabalho. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento. [sd], nº 39 (set. – dez. 2009), p. 39-55.

VÍTOR, Paula Távora – Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa – **Autonomia e Capacitação, os desafios dos cidadãos portadores de deficiência.** Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2018. ISBN 978-989-746-200-9. p. 125-146.