



University of
Texas Libraries



e-revist@s



Centro Unversitário Santo Agostinho

revistafsa

www4.fsnet.com.br/revista

Rev. FSA, Teresina, v. 15, n. 6, art. 5, p. 95-112, nov./dez. 2018

ISSN Impresso: 1806-6356 ISSN Eletrônico: 2317-2983

http://dx.doi.org/10.12819/2018.15.6.5

DOAJ DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

WZB
Wissenschaftszentrum Berlin
für Sozialforschung



Tomada de Decisão Apoiada: Aspectos Constitucionais e de Direito Internacional

Decision-Making Support: Constitutional Aspects and International Law

Ruan do Espírito Santo Silva

Graduado em Direito pela Faculdade Cnec Varginha
E-mail: ruandireito2013@hotmail.com

Leandro José Paiva

Mestre em Direito da Infância e Juventude pela Universidade Bandeirante de São Paulo
Professor da Faculdade Cnec Varginha
E-mail: 1916.leandrojose@cnecc.br

Terezinha Richartz

Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professora da Faculdade Cnec Varginha
E-mail: 1916.terezinhasantana@cnecc.br

Endereço: Ruan do Espírito Santo Silva

Rua Professor Felipe Tiago Gomes, 173 - Vila Bueno,
Varginha - MG, 37006-020 – Brasil.

Endereço: Leandro José Paiva

Rua Professor Felipe Tiago Gomes, 173 - Vila Bueno,
Varginha - MG, 37006-020 – Brasil.

Endereço: Terezinha Richartz

Rua Professor Felipe Tiago Gomes, 173 - Vila Bueno,
Varginha - MG, 37006-020 – Brasil.

Editor-Chefe: Dr. Tonny Kerley de Alencar Rodrigues

Artigo recebido em 21/08/2018. Última versão
recebida em 10/09/2018. Aprovado em 11/09/2018.

Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review
pelo Editor-Chefe; e b) Double Blind Review
(avaliação cega por dois avaliadores da área).

Revisão: Gramatical, Normativa e de Formatação



RESUMO

O presente artigo, sem nenhuma pretensão de exaurir a discussão sobre o assunto, busca uma análise do novel instituto da Tomada de Decisão Apoiada, incluído no Código Civil de 2002, pela lei 13.146/15, em face da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo ratificado, internamente, pelo Congresso Nacional. Pretende-se ressaltar, em aspectos gerais, a capacidade plena da pessoa com deficiência, assim como fomentar a discussão, ainda prematura, sobre o recente instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Em última análise, busca-se demonstrar que não é mais concebível subjugar o deficiente e colocá-lo numa situação de sujeição frente aos direitos já conquistados, em respeito ao princípio do não retrocesso. A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa bibliográfica, pautada no método dedutivo, com foco em livros da área da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa Deficiente, da lei 13.146/15, e pesquisa de artigos *on-line*, relacionados ao assunto. Ao final, conclui-se que os parágrafos 3º, 5º e 6º, do Art. 1.783-A, do Código Civil de 2002 são inconstitucionais e inconventionais, na medida em que violam a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, enquanto norma constitucional, e a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras¹ de deficiência, ao retirarem do deficiente a sua capacidade plena, independência, autossuficiência e autonomia individual, além da igualdade de oportunidades e respeito às diferenças sem discriminação.

Palavras-chave: Direito Civil. Processo Civil. Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Lei 11.146/15. Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT

This article, without any pretension to exhaust the discussion on the subject, seeks an analysis of the novel institute of the Supported Decision Making, included in the Civil Code of 2002, by the law 13.146/15, in the face of the International Convention on the Rights of the Person with its optional protocol, ratified, internally, by the National Congress. It is intended to emphasize, in general aspects, the full capacity of the disabled person, as well as to foment the discussion, still premature, about the recent institute of the Decision-Making Supported. Ultimately, it seeks to demonstrate that it is no longer conceivable to subjugate the disabled and place them in a position of subjection to the rights already won, in respect of the principle of non-retrocession. The methodology is based on literature review, based on the deductive method, focusing on books of the International Convention area on the Rights of the Disabled, Law 13,146 / 15, and online research articles, related to the subject. In the end, it is concluded that paragraphs 3, 5 and 6 of Article 1.783-A of the Civil Code of 2002 are unconstitutional and unconventional in that they violate the Convention on the Rights of Persons with Disabilities as a constitutional norm, and the Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, removing their full capacity, independence, self-reliance and individual autonomy from the disabled, as well as equal opportunities and respect for non-discriminatory differences.

Keywords: Civil Law. Civil Proceedings. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Law 11,146 / 15. Decision-making Supported.

¹Não mais se admite o uso da terminologia constante da referida convenção, devido ao caráter pejorativo do termo “portadoras”.

1 INTRODUÇÃO

Mais do que normas e institutos que, *a priori*, visam resguardar direitos e promover o bem-estar social, é preciso que se tenha um arcabouço jurídico íntegro e um sistema de normas coerentes entre si, propiciando, tanto ao operador do direito, como ao próprio cidadão destinatário final da tutela legislativa, segurança jurídica e não retrocesso nos direitos que já foram adquiridos ao longo do tempo.

Nesse diapasão, o novel instituto da Tomada de Decisão Apoiada, incluído no artigo 1783-A e seguintes do Código Civil de 2002, trazido pela Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 (chamada Lei Brasileira de Inclusão) entra no ordenamento jurídico com as melhores intenções de propiciar à pessoa deficiente um novo mecanismo de auxílio para os atos da vida civil, tentando diminuir ao máximo a influência das debilidades físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais na consecução de seus objetivos.

Entretanto, como se sabe, nenhuma lei poderá permanecer no ordenamento jurídico se entrar em conflito com a norma positiva suprema². Daí advém a necessidade de se fazer uma análise crítica dos institutos que têm surgido, a fim de resguardar a coerência legislativa nacional.

Na análise do instituto, tomar-se-á como fundamento a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, bem como sua vigência interna, a partir do Decreto 6.949/2009, buscando demonstrar se sua criação corroborou com a idealização de propiciar às pessoas deficientes mecanismos úteis ao exercício de seus direitos ou se, ao revés, acabou por ser uma barreira burocrática e discriminatória, indo de encontro aos objetivos da República Federativa do Brasil, quando da adesão à Convenção já mencionada.

O presente artigo jurídico tem o objetivo de contribuir para a discussão e análise mais pormenorizada do instituto, especialmente em seu aspecto material, visando identificar alguma incoerência sistemática.

Seguindo essa perspectiva, o tema se justifica, pois é notável tratar-se de mecanismo cujo procedimento apresenta-se complexo e burocrático. Deve ser necessariamente alcançado através de processo judicial, com participação de equipe multidisciplinar e, ainda, oitiva do Ministério Público, o que não tem nenhuma razão de ser visto se tratar de processo de

²Termo utilizado por Hans Kelsen na sua teoria sobre a Constituição no aspecto jurídico-político, tratando-a como norma superior da qual decorrem todas as outras normas infraconstitucionais, gerando, por conseguinte, a noção de hierarquia das normas, com a criação da famigerada “pirâmide de Kelsen”.

jurisdição voluntária, a ser exercido por pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil. Esta é apenas a primeira fagulha de dúvida quanto à violação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e, conseqüentemente, da própria Constituição.

É importante destacar que houve o surgimento de princípios de fundada relevância para a preservação desses direitos, sendo um deles o Princípio do não retrocesso que, segundo José Roberto Machado, impede que o Estado aja de forma a abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização, mediante inércia ou omissão (MACHADO, 2014, p. 01). Destaca-se, ainda, que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 com eficácia interna, através do Decreto nº 678/92, em seu Artigo 29, item b, impede que tratados posteriores sejam interpretados no sentido de: “[...] limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra Convenção em que seja parte um dos referidos Estados” (BRASIL, 1992, p. 06).

Nesse ínterim, e cientes da tão peculiar conquista das pessoas deficientes em galgar o seu espaço social como pessoas plenamente capazes, deixando para trás a nebulosa época em que eram tratadas como “loucos de todo o gênero”, como no Código Civil de 1916, pergunta-se: em que pese a evidente intenção de propiciar integração social ao indivíduo com deficiência, expô-lo a um processo com mecanismos notadamente voltados para resguardo de direitos de incapazes, não seria subjugar-lo e submetê-lo a um verdadeiro retrocesso social?

A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa bibliográfica³, pautada no método dedutivo⁴, com foco em livros, além de apostilas, artigos virtuais e periféricos da área jurídica, tal qual a Convenção Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência, a lei 13.146/15, o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1 Condição de pessoa com deficiência

Para fins legais, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu protocolo facultativo, ratificado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, promulgado internamente pelo Decreto nº

6.949, de 25 de agosto de 2009 e incorporado no ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional, são consideradas pessoas com deficiência:

Art. 1º da Convenção: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2012, p. 26).

Igualmente, o Art. 12, item 2, assevera ser dever do Estado: “[...] reconhecer que a pessoa com deficiência goza de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (BRASIL, 2012, p. 37).

2.1.1 Histórico das Pessoas com Deficiência no Brasil

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstrou que 24% dos brasileiros possuem algum tipo de deficiência: 10% a mais do que o apurado no ano 2000. Tal elevação pode se justificar, segundo o próprio Instituto, pelo fato de, nos últimos anos, as pessoas deficientes estarem conquistando seus direitos e assumindo posição de capacidade frente à sociedade. Porém, nem sempre foi assim.

Historicamente, a deficiência era enxergada como um estigma ou castigo divino, sendo que, em 1.500 a. C. o código indiano de Manu já demonstrava essa realidade, em seu Art. 612: “[...] os eunucos, os homens degradados, os cegos, surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados, não serão admitidos a herdar” (DAMASCENO, 2015, p. 02).

Somente por volta de 1945, com o término da 2ª guerra mundial e, em 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a consagração da Dignidade da pessoa humana como valor fundamental, é que as pessoas deficientes começaram a conquistar, de fato, direitos fundamentais e igualdade diante das pessoas sem deficiência.

³ “[...], o pesquisador deve iniciar amplo levantamento das fontes teóricas (relatórios de pesquisa, livros, artigos científicos, monografias, dissertações e teses), com o objetivo de elaborar a contextualização da pesquisa e seu embasamento teórico, o qual fará parte do referencial da pesquisa na forma de uma revisão bibliográfica (ou da literatura), buscando identificar o “estado da arte” ou o alcance dessas fontes.” (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 131).

⁴ “O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, a construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão” (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 27).

Prova disso é a disposição do Art. 5º, II do Código Civil de 1916, em que eram considerados absolutamente incapazes os “loucos de todo gênero”, classificação em que se enquadravam muitas das pessoas deficientes (LOBO, 2015, p. 01).

Hoje em dia, a palavra de ordem é integração, e a regra é a capacidade plena da pessoa deficiente para os atos da vida civil. Nesse sentido, existem várias passagens no preâmbulo da Convenção:

⁵c) *Reafirmando* a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação; (BRASIL, 2012, p. 21, grifo do autor).

[...]

e) *Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas; (BRASIL, 2012, p. 22, grifo do autor).

[...]

h) *Reconhecendo* também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano; (BRASIL, 2012, p. 22, grifo do autor).

[...]

k) *Preocupados* com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo; (BRASIL, 2012, p. 23, grifo do autor).

[...]

n) *Reconhecendo* a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, **inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas**; (BRASIL, 2012, p. 23, grifo nosso).

Como se vê, a referida Convenção impulsiona a busca incessante de exclusão de qualquer barreira que impeça a pessoa com deficiência de exercer livremente seus direitos, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esta é, inclusive, a perspectiva trazida pelos chamados direitos fundamentais de 4ª geração, em que se propõem o respeito à democracia, ao direito de ser diferente e à pluralidade em seus mais diferentes aspectos (SANTOS, 2010, p. 11).

Nesse sentido, surge o papel dos operadores do direito em procurarem coibir, direta ou indiretamente, qualquer ato que venha a atentar contra as minorias, especialmente, neste caso, qualquer circunstância que possa ser nociva à capacidade plena da pessoa com deficiência.

⁵Foram usadas apenas as alíneas do preâmbulo da convenção que têm relação com o tema do trabalho.

Daí a necessidade imperiosa de se analisar o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, frente aos objetivos da Convenção supra, como se passará a fazer no tópico seguinte.

2.2 Tomada de decisão apoiada, aspectos gerais

A tomada de decisão apoiada foi incluída no Art. 1.783-A do Código Civil, pela lei 13.146/15, segundo a qual:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2002, p. 83).

Pelo *caput* do artigo, percebe-se o caráter assistencial do instituto, que surge, num primeiro momento, como ferramenta de apoio à pessoa com deficiência para os atos da vida civil. A sua utilização depende, como *conditio sine qua non*, de pleno discernimento para os atos da vida civil por parte do apoiado, conforme lição do eminente doutrinador César Fiuza: “É fundamental, para que se aplique o instituto da tomada de decisão apoiada que o deficiente seja capaz. Em outras palavras, não pode enquadrar-se na categoria daqueles que não possam exprimir sua vontade, por lhes faltarem ou terem reduzido o discernimento” (FIUZA, 2015, p. 86).

Sobre a natureza jurídica do instituto, o supracitado doutrinador tem entendimento no sentido de que:

O instituto da tomada de decisão apoiada se baseia, portanto, numa convenção, cuja natureza é *sui generis*. Não se trata de representação, uma vez que os apoiadores não atuam em nome do apoiado, representando-o perante terceiros; não se trata de mandato em representação, porque os apoiadores não agem por sua própria conta, em benefício do apoiado. É instituto único, em que apoiado e apoiadores agem em conjunto, em benefício daquele. (FIUZA, 2015, p. 86).

Portanto, há que se notar que a criação do referido mecanismo veio com a intenção de auxiliar a pessoa com deficiência na prática de determinados atos, sendo que, em momento algum, esta deixa de ser plenamente capaz para os atos da vida civil, pois o instituto nasce como suporte, jamais como restrição, como no caso da interdição.

Tanto é verdade que o doutrinador Flávio Tartuce, em seu livro *Manual de Direito Civil*, apresenta jurisprudência que corrobora com esta conclusão, ao prever que a Tomada de Decisão Apoiada não se confunde com a curatela, sendo medida voltada apenas para pessoas

com deficiência que estejam com total discernimento para os atos da vida civil, porém necessitadas do apoio de pessoas confiáveis:

Curatela. Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC. Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade. Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil. Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela. Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima. Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP, Apelação 000629033.2013.8.26.0242, Acórdão 9478873, Igarapava, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j.02.06.2016, *DJESP* 02.08.2016). (TARTUCE, 2017, p. 923).

Demonstrados a natureza jurídica e o âmbito de aplicação do instituto, passar-se-á a desmembrá-lo, através de seus parágrafos, e confrontá-lo com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

2.2.1 §3º do Art. 1.783-A do Código Civil – equipe multidisciplinar e intervenção do Ministério Público

O parágrafo 3º do Artigo em comento estabelece:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

[...]

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (BRASIL, 2002, p. 83).

A existência da previsão de equipe multidisciplinar auxiliando o magistrado na condução do processo é louvável. Isto porque, embora se trate de pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil, os impedimentos de longo prazo existem e devem ser levados em conta na sentença. Tudo com vistas a suprir a necessidade de apoio da pessoa com deficiência, com total observância de suas debilidades.

Entretanto, ao fazer previsão de oitiva do Ministério Público, o legislador não se atentou às hipóteses de intervenção do *parquet*. Corroborando com esta perspectiva, Anderson Schreiber, ao comentar o instituto, assevera:

A oitiva do Ministério Público, aliás, é uma exigência equivocada. Trata-se, aqui, de pessoa que, segundo o próprio Estatuto, é plenamente capaz, de modo que a intervenção do Parquet não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios rumos. (SCHREIBER, 2016, p. 02).

Ademais, Fredie Didier Jr., ao tecer comentários sobre a participação do Ministério Público, como fiscal do ordenamento jurídico, explica:

Disponibilidade motivada de intervenção do Ministério Público: lembre-se que a lei deve ser interpretada em conformidade com a Constituição e, para tanto, as normas atuais tem previsto a intimação do Ministério Público sem exigir a sua necessária intervenção, quer dizer, o MP é intimado para intervir se entender presentes as causas de sua intervenção, constituindo-se em espécie de disponibilidade motivada, ou seja, é obrigatória a intervenção, desde que presentes os direitos e interesses tutelados pelo Ministério Público. (DIDIER JR., 2015, p. 71).

É exatamente o que ocorreu com a Lei 13.146/15, ao incorporar a tomada de decisão apoiada no Código Civil de 2002, já que previu a necessária intervenção do Ministério Público, sem observância dos direitos e interesses tutelados por ele.

Segundo o eminente doutrinador, as causas de intervenção do Ministério Público, como fiscal do ordenamento jurídico, ficam adstritas às estabelecidas no Art. 178 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:
I - Interesse público ou social;
II - Interesse de incapaz;
III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. (BRASIL, 2015b, p. 30).

Obviamente, as “hipóteses previstas em lei” devem estar em consonância com Constituição Federal/88 e o próprio CPC. Daí pode-se notar que não há qualquer motivo que justifique a sua necessidade, já que, como dito, não há interesse de incapaz envolvido, não há interesse público ou social e, muito menos, incidência na hipótese do item III supra.

O novo Código de Processo Civil – Constitucional não mais faz referência expressa à intervenção do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico nas causas

concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade, conforme fazia no antigo Art. 82, II do CPC de 1973, o que corrobora a lógica de que o Ministério Público só haverá de intervir em hipóteses em que, realmente, haja um dos interesses previstos no Art. 178 supra. O Artigo 721 do Código de Processo Civil de 2015, dentro do capítulo concernente aos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, induz a esta perspectiva, ao afirmar: “Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, **nos casos do art. 178**, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias” (BRASIL, 2015b, p. 126, grifo nosso).

Portanto, a previsão de intervenção do Ministério Público circunscreve-se aos casos previstos no Art. 178 do CPC, sendo que sua previsão no processo da tomada de decisão apoiada confirma a hipótese de que, em verdade, está-se a discriminar a pessoa com deficiência, tratando-a como se incapaz fosse porque, somente nessa circunstância far-se-ia justificável a sua intervenção.

Ao cometer tal equívoco, criando mecanismo próprio da tutela de pessoas incapazes ao deficiente que possui capacidade plena para os atos da vida civil, o legislador acabou por violar dispositivos expressos da própria Lei 13.146/15, conforme se verifica: “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]” (BRASIL, 2015a, p. 3);

Art. 79. O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, **em igualdade de oportunidades com as demais pessoas**, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva. (BRASIL, 2015a, p 20, grifo nosso).

Art. 83. Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, **devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade**.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no **caput** deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência. (BRASIL, 2015a, p. 21, grifo nosso).

Eis a incontestável incongruência: em determinados dispositivos, a Lei Brasileira de Integração prevê a capacidade plena destas pessoas, a igualdade de oportunidades e, ainda, o impedimento de se criarem condições diferenciadas na prestação de serviço em cartório, o que, numa interpretação extensiva, conduziria à mesma conclusão no âmbito do Poder Judiciário, quando da incorporação do instituto da tomada de decisão apoiada no Código Civil acabou por violá-las, por prever intervenção obrigatória do Ministério Público (criando, portanto, condições diferenciadas para as pessoas com deficiência, além de subjugá-las à condição de incapazes).

Não bastasse isso, o Art. 2º da Convenção prevê a vedação às diversas formas de discriminação que estas pessoas possam sofrer:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável. (BRASIL, 2012, p. 27).

Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 2012, p. 27).

A intervenção do Ministério Público, neste caso, não pode ser considerada adaptação razoável, na medida em que cria diferenciação no tratamento entre a pessoa com deficiência e a pessoa sem deficiência, além de submetê-la a procedimento que se justificaria apenas se incapaz fosse. Retroceder aos tempos em que a pessoa com deficiência era considerada incapaz violaria, desta forma, o princípio constitucional do não retrocesso social.

A inconstitucionalidade do referido parágrafo é evidente, ao violar mandamento expresso da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que o Brasil, ao aderi-la, comprometeu-se respeitá-la conforme seu Artigo 5, item 1: “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei” (BRASIL, 2012, p. 31).

O item 2, do mesmo artigo, prevê: “Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo” (BRASIL, 2012, p. 31).

Portanto, prever intervenção do Ministério Público em processo em que não há pessoa incapaz, somente pelo fato de ser promovido por uma pessoa com deficiência, é discriminatório e viola, frontalmente, a Convenção em comento.

2.2.2 §5º do Art. 1.783-A do Código Civil – contra-assinatura dos apoiadores

O Art. 1.783-A, em seu §5º, prevê o seguinte:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão

sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

[...]

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação comercial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (BRASIL, 2002, p. 83).

Em termos práticos, tal dispositivo prevê que, se o terceiro com quem o apoiado contratar tenha interesse, poderá condicionar a eficácia do negócio jurídico à contra-assinatura dos apoiadores, caso em que será obrigatória a assinatura tanto do apoiado, como dos apoiadores, sob pena de o negócio jurídico não surtir efeitos. Este dispositivo derruba todas as perspectivas criadas pela Convenção, especialmente no que tange ao ideal de autonomia e independência das pessoas com deficiência. Neste sentido, é o Art. 3º da Convenção:

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a **autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;**
- b) **A não-discriminação;**
- c) **A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;**
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) **A igualdade de oportunidades;**
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (BRASIL, 2012, p. 28, grifo nosso).

Embora pareça repetitivo, não é demais repisar a condição de plenamente capaz da pessoa com deficiência, sendo que restrições dessa estirpe só servirão para obstar a sua participação em igualdade de condições com as outras pessoas na sociedade.

Condicionar a eficácia dos negócios jurídicos contraídos pelas pessoas com deficiência à contra-assinatura de seus apoiadores é, implicitamente, colocá-las numa condição de relativamente incapazes, cujos atos só geram eficácia depois de ratificados pelos responsáveis legais. Beira o absurdo admitir que tal dispositivo permaneça em vigor, eliminando a capacidade plena e a autonomia da pessoa com deficiência, conquistas que foram caras e demoradas ao longo dos séculos.

Em verdade, aprioristicamente, parece que o legislador não se ateu à Convenção para a elaboração deste instituto, pois a ideia inicial de colaboração e incentivo acabaram por redundar em dispositivos extremamente discriminatórios e desproporcionais.

Nesse diapasão, sábias são as palavras de Ana Paula Crosara de Resende e Flávia Maria de Paiva Vital ao comentarem a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em seus dizeres:

O momento político atual de diálogo, pactuação de políticas e de um ambiente propício a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência exige um trabalho urgente de aprofundamento em relação às questões sociais, econômicas e políticas, para sustentar a capacidade de intervir e propor soluções efetivas de inclusão nos mais diversos campos da realização da cidadania desta expressiva parcela do povo brasileiro. Neste contexto, o movimento em defesa dos direitos humanos e de vida independente assume o papel de ser um indutor das transformações sociais visando caminhar para uma sociedade inclusiva. (RESENDE; VITAL, 2008, p. 18).

[...]

O princípio do movimento de vida independente está valorizado quando se assinala a autonomia e independência individuais das pessoas com deficiência, inclusive da liberdade delas fazerem suas próprias escolhas, e participarem ativamente das decisões relativas a programas e políticas públicas, principalmente as que lhes dizem respeito diretamente. Nada sobre nós, sem nós. (RESENDE; VITAL, 2008, p. 24, grifo nosso).

Como se vê, a atual conjuntura sócio-política brasileira, no que se refere à tutela das pessoas com deficiência, está empenhada na sua independência e autonomia, sendo que, certas acessibilidades ainda se justificam em face de suas limitações. Não podem, porém, ser confundidas com discriminação, preconceito e subjugação.

Inclusive, corroborando com a conclusão de que o parágrafo 5º do Art. 1.783-A do Código Civil é inconstitucional, existe em trâmite, no Senado Federal, o Projeto de lei nº 757 de 2015, de autoria dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, visando, caso seja aprovado, incluir, no referido artigo, mais três parágrafos, dentre eles o parágrafo 12, que prevê o seguinte: “§ 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, **ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo**” (BRASIL, 2015c, p. 1, grifo nosso).

Ou seja, o incremento de tal parágrafo visa, não só resguardar direitos de terceiros, mas garantir que a pessoa com deficiência tenha a liberdade de fazer suas próprias escolhas, e que estas surtam efeitos, independente da anuência ou participação de quem quer que seja, deixando, com isso, de violar, manifestamente, o Artigo 3º da Convenção, conforme demonstrado anteriormente.

2.2.3 §6º do Art. 1.783-A do Código Civil – suprimento judicial

Por fim, o parágrafo 6º do Art. 1.783-A do Código Civil assevera:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

[...]

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (BRASIL, 2002, p. 83).

Esse dispositivo, igualmente, não se coaduna com o sistema, já que, se o objetivo maior da Tomada de Decisão Apoiada é servir de auxílio para a consecução dos fins almejados pelo apoiado, como pode sua vontade não prevalecer quando em conflito com a dos apoiadores?

A própria condição de “apoiador” não poderia dar margem à “impugnação” à vontade do apoiado, mas tão somente orientá-lo sobre qual é a melhor escolha a ser feita diante do caso concreto, ou seja, os apoiadores não são curadores ou procuradores, mas tão somente auxiliares de uma pessoa capaz.

Mais uma vez, parece que o legislador quis tratar o deficiente/apoiado como incapaz. Afinal, muito parecido com este caso de suprimento judicial, quando da divergência de opiniões, é o caso do menor púbere que precisa de autorização dos pais para contrair matrimônio, no caso de denegação de consentimento injusta por parte de algum deles⁶.

Ora, no caso do suprimento judicial para autorização de casamento, o juiz agirá com base no melhor interesse do adolescente, seguindo princípio informador do Estatuto da Criança e do Adolescente. E no caso deste suprimento judicial previsto para a Tomada de Decisão Apoiada? O juiz haverá de suprir judicialmente interesses de pessoa plenamente capaz, num procedimento de jurisdição voluntária, cujo único objetivo é auxiliar esta pessoa em alguns dos seus atos da vida civil. Portanto, seria plausível a hipótese de o magistrado suprir judicialmente a divergência de opiniões em desfavor do apoiado?

Acredita-se que, neste caso, estar-se-ia, novamente, violando diversos dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, conforme se nota no Artigo 4º, item 1, alínea “d”, *in verbis*:

⁶Art. 1.519 do Código Civil de 2002: A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

[...]

d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e **assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção.** (BRASIL, 2012, p. 29, grifo nosso).

Uma vez que a convenção tem como princípios a autonomia individual, liberdade para fazer as próprias escolhas, independência das pessoas e não discriminação (Art. 3º da Convenção), o Estado deve assegurar a efetividade destes princípios, não permitindo suprimimento judicial em relação às pessoas plenamente capazes, ainda que deficientes, já que, segundo tais princípios, a sua vontade deve, sempre, prevalecer.

Parece que não só a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é violado por este dispositivo, mas a própria Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, ratificada pelo Brasil, pelo Decreto nº 3.956/01, que aduz em seus Artigos III e IV:

ARTIGO III

Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a:

1. Tomar as **medidas de caráter legislativo**, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para **eliminar progressivamente a discriminação** e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, **o acesso à justiça** e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; (BRASIL, 2001, p. 2, grifo nosso).

[...]

ARTIGO IV

Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a:

[...]

2. Colaborar de forma efetiva no seguinte:

[...]

b) desenvolvimento de meios e recursos destinados a **facilitar ou promover a vida independente, a auto-suficiência e a integração total**, em condições de igualdade, à sociedade das pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 2001, p. 2, grifo nosso).

Ao serem analisados os parágrafos 3º, 5º e 6º do Art. 1.783-A do Código Civil, em face das Convenções que tratam sobre as pessoas com deficiência, percebe-se, claramente, que tais dispositivos estão na contramão do que se espera dos Estados-partes signatários das referidas convenções.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou demonstrado, é obrigação dos Estados-partes da Convenção em análise não só observarem suas normas, mas promoverem a sua aplicabilidade no âmbito interno, seja através de ações positivas, como políticas públicas, seja com abstenções, como a de não violarem os preceitos trazidos pelo diploma internacional.

Além do mais, dentro de todos os documentos internacionais que trabalham a tutela das pessoas com deficiência, pode-se perceber que, com unanimidade, a busca é sempre pelo reconhecimento da capacidade e autonomia individual destas pessoas, sendo verdadeiro mandamento aos Estados-partes que observem esses objetivos e tomem iniciativas para galgar este intento.

Diante de tudo o que foi apontado, chegou-se à conclusão de que os parágrafos 3º, 5º e 6º do Art. 1.783-A do Código Civil de 2002 são inconstitucionais e inconventionais, na medida em que violam a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, como norma constitucional, assim como violam outras convenções das quais o Brasil é signatário, como a própria Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, ao retirar do deficiente a sua capacidade plena, independência, autossuficiência e autonomia individual, além da igualdade de oportunidades e respeito às diferenças, sem discriminação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 janeiros 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 08 fev. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência**: Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm> Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência**: protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. 4. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. 100 p. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>> Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015a. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 08 fev. 2017

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015b. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 fev. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 757/2015**. Altera a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, para incluir os parágrafos 12, 13 e 14 no Art. 1.783-A. 2015c. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>> Acesso em: 19 abr. 2017.

DIDIER JUNIOR, F. (Coord.). **Ministério Público**: Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015. 309 p. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/331851957/Ministerio-Publico-Repercussoes-do-Novo-CPC-Fredie-Didier-2016-pdf#>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

DAMASCENO, L. R. S. Direitos das pessoas com deficiência: sistemas internacionais de proteção. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4320, 30 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32710>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

FIUZA, C. Direito Civil: curso completo. 2. ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2015. p. 80-105.

LOBO, P. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Consultor Jurídico**, [S.l.], ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MACHADO, J. R. **Direitos Humanos**: princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. EBEJI: Escola Brasileira de Ensino Jurídico pela Internet, [S.l.], 2014. Disponível

em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

PREDANOV, C. C; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013. p. 27, 131.

RESENDE, A. P. C; VITAL, F. M. P. (Coord.) **A convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília, DF. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. 165 p. Disponível em: < <https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>> Acesso em: 11 nov. 16.

SANTOS, L. F. **Quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais: pluralismo, democracia e o direito de ser diferente**. Porto Alegre: [s.n.], 2010, 18 p. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/712/Direito%20Publico%20n352010_Leonardo%20Fernandes%20dos%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 07 jun. 2017.

SCHREIBER, A. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 20 set. 2016.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil: volume único**, 7. Ed, Rio de Janeiro. Forense. 2017. p. 900-925.

Como Referenciar este Artigo, conforme ABNT:

SILVA, R. E. S; PAIVA, L. J; RICHARTZ, T. Tomada de Decisão Apoiada: Aspectos Constitucionais e de Direito Internacional. **Rev. FSA**, Teresina, v.15, n.6, art. 5, p. 95-112, nov./dez. 2018.

Contribuição dos Autores	R. E. S. Silva	L. J. Paiva	T. Richartz
1) concepção e planejamento.	X	X	X
2) análise e interpretação dos dados.	X	X	X
3) elaboração do rascunho ou na revisão crítica do conteúdo.	X	X	X
4) participação na aprovação da versão final do manuscrito.	X	X	X