



Julio 2020 - ISSN: 1988-7833

DESJUDICIALIZAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA
DESJUDICIALIZACIÓN DE LA TOMA DE DECISIÓN APOYADA
DEJUDICIALIZATION OF THE SUPPORTED DECISION MAKING

¹ Paulo Celso Machado Filho.

Mestrando, Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu –PR, Brasil,
paulocelsomachado@hotmail.com

² Mauro César João De Cruz e Souza.

Mestrando, Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu –PR, Brasil,
maurocesar7@hotmail.com

³ Andreia Nakamura Bondezan.

Professora, Doutora, Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu –PR, Brasil,
andreiabondezan76@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Paulo Celso Machado Filho, Mauro César João De Cruz e Souza y Andreia Nakamura Bondezan (2020): “Desjudicialização da tomada de decisão apoiada”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio 2020). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/07/desjudicializacao-tomada-decisao.html>
<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss2007desjudicializacao-tomada-decisao>

RESUMO: O Brasil por meio do Decreto 6.949/09 incorporou à sua legislação, com *status* de emenda constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Posteriormente para adequar a legislação infraconstitucional à referida convenção foi promulgada a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com deficiência, que por sua vez, fez alterações no Código Civil de 2002, excluindo do rol dos absolutamente incapazes as pessoas com deficiência e instituiu a tomada de decisão apoiada como medida de apoio à pessoa com

¹ Mestrando na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Pós-graduado (Lato Sensu) em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp com formação para o Magistério Superior, na área de Direito.

² Mestrando na Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Pós-graduado (Lato Sensu) Especialização em Direito Tributário pela UDC - União Dinâmica de Faculdades Cataratas.

³ Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Maringá. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, trabalhando com a disciplina de Fundamentos da Educação Especial e Prática de Ensino no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – SOCIEDADE, CULTURA E FRONTEIRAS (Nível – Mestrado e Doutorado) na UNIOESTE, tutora deste artigo.

deficiência diversa da interdição. O presente artigo analisa o sistema de capacidade no direito civil brasileiro, as mudanças proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, suas repercussões na área civil, o procedimento judicial da tomada de decisão apoiada, a desjudicialização de procedimentos na legislação brasileira e a possibilidade de desjudicialização da tomada de decisão apoiada. Conclui-se que apesar dos avanços na legislação o Brasil ainda tem um caminho a ser percorrido para efetivação da Convenção.

PALAVRAS CHAVE: Pessoa com deficiência; capacidade de desjudicialização; tomada de decisão com apoio;

DESJUDICIALIZACIÓN DE LA TOMA DE DECISIÓN APOYADA

RESUMEN: Brasil, mediante el Decreto 6.949 / 09, incorporó a su legislación, con estado de enmienda constitucional, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, firmado en Nueva York, el 30 de marzo de 2007. adaptando la legislación infraconstitucional a dicha convención, se promulgó la Ley 13.146 / 2015 - Estatuto de la persona con discapacidad, que a su vez introdujo cambios en el Código Civil de 2002, excluyendo a las personas con discapacidad de la lista de decisiones absolutamente incapaces e instituidas apoyado como medida de apoyo para personas con discapacidades que no sean interdicción. Este artículo analiza el sistema de capacidad en el derecho civil brasileño, los cambios provocados por el Estatuto de las personas con discapacidad, sus repercusiones en el área civil, el proceso de toma de decisiones judiciales respaldado, la desregulación de los procedimientos en el derecho brasileño y la posibilidad de desregulación toma de decisiones con apoyo. Se concluye que a pesar de los avances en la legislación, Brasil todavía tiene un camino a seguir para la implementación de la Convención.

PALABRAS CLAVE: Persona con discapacidad; capacidad desjudicialización; toma de decisiones con apoyo;

DEJUDICIALIZATION OF THE SUPPORTED DECISION MAKING

ABSTRACT: Brazil, by means of Decree 6.949 / 09, incorporated its legislation, with the status of constitutional amendment, the International Convention on the Rights of Persons with Disability and its Optional Protocol, signed in New York, on March 30, 2007. adapting the infraconstitutional legislation to the conviction dictate, the Law was enacted 13.146 / 2015 - Statute of the person with disabilities, which in turn introduced changes in the Civil Code of 2002, excluding people with disabilities from the list of absolutely incapable decisions and instituted support as a support measure for people with disabilities that are not interdiction. This article analyzes the system of capacity in the Brazilian civil law, the changes caused by the

Statute of persons with disabilities, their repercussions in the civil area, the process of making judicial decisions supported, the deregulation of the procedures in the Brazilian law and the possibility of deregulation makes decisions with support. It is concluded that despite advances in legislation, Brazil still has a path to follow for the implementation of the Convention.

KEY WORDS: Person with disability; disjudicialization capacity; making decisions with support;

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo de verificar a necessidade da desjudicialização do procedimento de tomada de decisão apoiada para estabelecer de fato a capacidade da pessoa com deficiência na legislação brasileira. Este estudo, de caráter bibliográfico, feito através da pesquisa de artigos publicados entre os anos de 2016 e 2018 e busca apresentar tendências e referenciais legais lançadas nas publicações científicas com o intuito de melhorar a vida da pessoa com deficiência por meio da prática social. Após o estudo de autores como Marques (2014); Menezes (2016); Pereira (2017), dentre outros, foram observadas tendências do tema na construção no campo do conhecimento jurídico importantes para o desenvolvimento do direito posto e a busca da transformação social por meio da efetivação do direito da pessoa com deficiência. Verifica-se a importância da construção dos saberes baseados na pesquisa.

Os estudos também foram ancorados na legislação civil brasileira, bem como seus reflexos nos atos da vida civil, medidas judiciais que limitam a capacidade das pessoas com deficiência e as mudanças proporcionadas pela Lei n. 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a qual instituiu a tomada de decisão apoiada.

Justifica o tema aqui estudado em razão de sua atualidade e das mudanças que trouxeram a legislação brasileira no tratamento da capacidade da pessoa com deficiência, tanto no plano do direito material como no plano do direito processual.

2 A CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS CÓDIGOS CÍVIS BRASILEIROS

No Brasil a pessoa com deficiência teve que lutar muito para conseguir se estabelecer como um cidadão de direitos. A legislação foi trazendo diferentes formas de compreensão e tratamento a elas. Por muito tempo foram compreendidas como loucas, incapazes e, por isso, sem direitos a participação social. De acordo com Pablo Stolze Gagliano incapacidade absoluta traduz a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de direito, ou seja, que está impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade (GAGLIANO, 2011, p. 134).

O Código Civil de 1916 trazia em seu art. 5º rol dos absolutamente incapazes, assim prevendo:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (BRASIL, 1916, art. 5).

Observa-se que pelo Código Civil de 1916 as pessoas com deficiência eram separadas em dois grupos “os loucos de todo o gênero” e “os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade”.

O Código Civil de 2002 estabelecendo um conceito mais técnico para definir os absolutamente incapazes, trouxe em seu art.3º a seguinte redação:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2002, art. 3).

O novo Código Civil abrandou o termo “loucos de todos os gêneros” para enfermidade e deficiência mental⁴, porém em nada alterou a compreensão acerca da capacidade da pessoa com deficiência, a qual continuou a ser absolutamente incapaz segundo a legislação em comento.

No ano de 2007 a Organização das Nações Unidas – ONU promulgou a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada pelo Brasil em 2008 por meio do Decreto 186, vindo mais tarde ser promulgada a Lei 13.146/2015 que passou a ser conhecida como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A referida lei revogou parte do art. 3º do Código Civil o qual passou a prever como absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos e inseriu na legislação brasileira o instituto da tomada de decisão apoiada.

⁴O Termo atualmente utilizado é Deficiência Intelectual (AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES) embora na Lei 13.146/2015 são apresentadas as pessoas com deficiência mental e intelectual, sem os devidos conceitos.

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CAPACIDADE CIVIL

A Emenda Constitucional nº 45/04 que acrescentou o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, trouxe a previsão que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004, art. 5).

Embora não haja qualquer obrigatoriedade quanto a isso (para não ferir a independência do Poder Legislativo), há uma recomendação doutrinária prevalente neste sentido (GARCIA, 2014, p. 62).

Atualmente as únicas convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados à legislação brasileira com *status* de emenda constitucional foram relativos a pessoas com deficiência sendo a primeira Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto 6.949/09) e posteriormente o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto 9.522/2018).

Para adequar a legislação infraconstitucional aos termos da convenção foi promulgada a lei 13.146/2015 a qual passou a ser denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão. Sobre a referida lei Gagliano leciona:

A partir de sua entrada em vigor, a pessoa com deficiência – aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º não deve ser mais tecnicamente considerado civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa. (GAGLIANO, 2016, s/p.)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe não só a previsão de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, mas também uma série de direitos, destinados a assegurar e promover, conforme previsto em seu art. 1º, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Dentre tais direitos trouxe em seu art. 84 *caput* o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Sendo-lhe facultado o exercício do processo de tomada de decisão apoiada.

Merece destaque o art. 6º da Lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b)

exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar, para os atos existenciais, há uma inclusão plena das pessoas com deficiência.

Vê-se que a capacidade da pessoa com deficiência só poderá ser relativizada no plano negocial, mas mesmo assim nunca lhe poderá ser reduzida a absolutamente incapaz, tal restrição da capacidade poderá ser apenas retroagida até o relativamente incapaz como preceitua o art. 4º, inciso III do Código Civil (BRASIL, 2002).

4 REPERCUSSÃO NOS ATOS NEGOCIAIS DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou-se a fluir regularmente a prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência, pois anteriormente a entrada da vigor da Lei 13.146/2015 o prazo prescricional/decadencial, por força do art. 198, inciso I e 208 do Código Civil, não corriam. A partir deste momento, passou a ser considerado como absolutamente incapaz no direito brasileiro apenas o menor de 16 (dezesesseis anos), fluindo normalmente o prazo para todos, pessoas com ou sem deficiência.

Sobre o assunto Taísa Maria Macena de Lima:

[...] não há como incluir a pessoa com deficiência no quadro dos absolutamente incapazes, ainda que, em razão da deficiência, tenha o seu discernimento gravemente comprometido. Desse modo, os prazos prescricionais e decadenciais terão fluência normal. Essa é uma consequência da substituição da dignidade-vulnerabilidade pela dignidade-liberdade na disciplina da deficiência. (LIMA, 2015, p.232)

Verifica-se que o legislador ao excluir do rol dos absolutamente incapazes as pessoas que por enfermidade ou deficiência intelectual, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil de modo reflexo abriu a possibilidade de contra eles correrem normalmente a prescrição e decadência. Deixando a salvo dessa forma preclusiva do direito, apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Outra repercussão negativa no direito civil foi no campo das nulidades, pois mesmo havendo discernimento mental reduzido, em razão da deficiência intelectual, a partir da Lei 13.146/2015, não mais poder ser considerado uma pessoa absolutamente incapaz os negócios

jurídicos por ele praticado não mais se enquadrarão como nulos, conforme previsão do art. 166, inciso I do Código Civil cumulado com o art. 104 do mesmo código.

Como a incapacidade absoluta por enfermidade ou deficiência intelectual deveriam ser declaradas judicialmente, até 2015 para se declarar nulo o negócio jurídico realizado, neste quadro, deveria ser observada a data da sentença de interdição ou a boa-fé do contratante, nesse sentido, apoiado em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esclarece Sebastião de Assis Neto:

enquanto não houver sentença de interdição da pessoa incapaz, o ato por ele praticado é inválido (nulo), mas essa invalidade dependerá da inexistência de boa-fé do terceiro contratante e da existência de prova inequívoca da anomalia; se já existe a interdição, o ato é plenamente nulo. Ressalta-se que o embasamento jurídico para esta afirmação é a própria regra geral de validade dos negócios jurídicos, insculpida no art. 104 do CC, que requer em seu inciso I, para a validade do negócio jurídico, “*agente capaz*”. (ASSIS NETO, 2015, p.117)

A partir de 2016, em razão da alteração do art. 3º do Código Civil (BRASIL, 2002, art.171, inciso II), não mais se pode declarar a nulidade de um negócio jurídico realizado por uma pessoa que tenha o discernimento intelectual reduzido, vez que ele não mais é considerado incapaz. Porém, dependendo das circunstâncias em que o negócio jurídico foi realizado poderá ser alegada sua anulabilidade por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

5 TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) assegura às pessoas com deficiência o direito de exercerem sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, facultando à ela a adoção do processo de tomada de decisão apoiada.

Referido estatuto incluiu no Código de Processo Civil o art. 1.783-A o qual assim dispõe:

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, incluído pela Lei n. 13.146 de 2015).

Quanto ao procedimento para instituição trata-se um ato personalíssimo da pessoa com deficiência pois o Código Civil traz previsão que o pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio.

Quanto ao apoiado e apoiadores na instituição da tomada de decisão apoiada Ladya Gama Maio leciona:

Esse instituto novo consiste em uma alternativa de assistência, mas que não se confunde como uma forma derivada de incapacidade relativa, uma vez que a pessoa com deficiência continua plenamente capaz, tanto que poderá solicitar a modificação ou o término do acordo a qualquer tempo. As figuras dos apoiadores apenas auxiliam as figuras dos apoiadores apenas auxiliam a pessoa com deficiência na formação de sua vontade, tanto que na petição inicial deverá constar, além da indicação do nome dessas pessoas, os limites do apoio, compromissos dos apoiadores e o prazo de vigência deste acordo. Portanto, a pessoa submetida a esse instituto mantém a sua plena capacidade de fato e a decisão de se submeter, ou não, é personalíssima.(MAIO, 2018, p.21)

A natureza jurídica da tomada de decisão apoiada, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, é um acordo que necessita para se completar de um ato do Estado, assim comenta:

A partir do que dispõe o próprio artigo 1.783-A, do Código Civil Brasileiro, a tomada de decisão apoiada requer a provocação do interessado ao Judiciário, por meio de um processo de jurisdição voluntária. Mesmo assim, apresenta-se como um termo de *acordo*, consoante se extrai dos parágrafos 1º e 9º, constituindo um negócio jurídico que, para se completar, exige um ato do Estado.(MENEZES, 2016,p.45)

Apesar da pessoa com deficiência ser considerada plenamente capaz para instituição do termo de tomada de decisão apoiada antes de se pronunciar sobre o pedido o juiz, assistido

por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (BRASIL, 2002).

Após deferido pelo juiz da tomada de decisão apoiada a capacidade negocial do apoiado não é restringida podendo este tratar diretamente com terceiros ou por intermédio de seus apoiadores, havendo divergência a questão será resolvida judicialmente após oitiva do Ministério Público.

Sobre a autonomia do apoiado e a segurança dos terceiros com quem mantém relações negociais, Donizett Pereira esclarece:

A autonomia para estabelecer negócios jurídicos com terceiros também é presumida, e o terceiro com quem a pessoa apoiada mantiver relação poderá requerer que os apoiadores assinem o contrato ou acordo, especificando suas funções e relações com o apoiado, a fim de garantir ciência e segurança ao terceiro acerca do negócio jurídico estabelecido. (PEREIRA, 2017, p.93)

Considerando a natureza contratual da tomada de decisão apoiada, o apoiado poderá solicitar a qualquer tempo o término do acordo firmado, podendo também o apoiador solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

O Código Civil (BRASIL, 2002) traz ainda previsão que por motivo de negligência, pressão indevida e inadimplemento de obrigações assumidas são causas que podem dar azo à denúncia do apoiador e, conseqüentemente, se procedente culminar com sua destituição e que no concernente a prestação de contas deve ser aplicado, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

6 CURATELA COMO SUBSTITUTA DA INTERDIÇÃO

O art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), também em prol da inclusão com dignidade-liberdade, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Eventualmente, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

O mesmo artigo traz previsão que é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. Sendo os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Importante salientar que com a nova legislação a Curatela fica restrita aos atos de natureza negocial e patrimonial, não afetando os atos relacionados a casar-se e constituir

união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Observa-se que houve mudança na nomenclatura do instituto da interdição, passa a ser designada como curatela⁵, tal mudança não é apenas nominal, mas abrange sua essência e efeito. Sobre a interdição no atual panorama da legislação brasileira, Paulo Lôbo, esclarece:

[...] não há que se falar mais de ‘interdição’, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos (LOBO, 2015.s/p).

A ação de curatela está prevista no Código de Processo Civil e pode ser promovida pelo cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores, representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou pelo Ministério Público. É garantido ao curatelado direito de impugnar o pedido por meio de advogado por si contratado ou por curador especial, havendo previsão de participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interditado e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interditado poderá praticar autonomamente.

Com a curatela o curatelado não poderá praticar atos gerir seu patrimônio, nem praticar atos negociais sem a assistência do curador.

7 AS INTERDIÇÕES DECRETADAS E A CAPACIDADE LEGAL SUPERVENIENTE

Flávio Tartuce assevera:

⁵ Apesar do atual Código de Processo Civil ter sido promulgado contemporaneamente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência ainda utiliza em seu art. 747 a nomenclatura interdição, embora o Código Civil já utilizar o termo curatela no art. 1.767 e seguintes

Com o devido respeito, considerar que a pessoa interditada passa a ser plenamente capaz com a emergência do EPD afasta essa análise pontual, de acordo com o caso concreto, o que é primaz para a correta efetividade da curatela e para a estabilidade do Direito Civil. Como tenho escrito e defendido, o Estatuto traz uma análise mais maleável da situação existencial da pessoa com deficiência, o que somente é concretizado por meio de uma nova análise do seu enquadramento.(TARTUCE, 2017)

Contrariando o entendimento acima, José Fernando Simão, para o qual:

A interdição leva em conta a incapacidade. Se não há incapacidade em razão de doença ou deficiência, a propositura de uma ação para comparar a revogação do texto de lei seria processo inútil e custoso. Qual seria o contraditório a ser estabelecido? Sobre a revogação dos dispositivos do CC? E seria custoso em termos de esforço do Poder Judiciário para dizer o óbvio: não há mais interdição, nem incapacidade por deficiência, com base nos incisos II e III do art. 3º do CC, nem com base no art. 4º, inciso II do CC, desde janeiro de 2016, independente de nova decisão judicial.(TARTUCE, 2017)

Flavio Tartuce diz ainda:

O mesmo raciocínio é aplicado no caso das interdições já concluídas.

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais.

Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, "automaticamente" inválidos e ineficazes os milhares - ou milhões - de termos de curatela existentes no Brasil (TARTUCE 2016).

8 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO BRASIL, ITALIA, ARGENTINA E MÉXICO

Para Nelson Rosenthal⁶ o artigo 116 do Estatuto da Pessoa com deficiência criou um “*tertium genus*”⁷ no âmbito das pessoas com deficiência intelectual, que o autor chama de “pessoas em situação de vulnerabilidade” uma vez que além dos institutos da tutela e da curatela temos agora o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (ROSENVALD,2016,s/p.) trazido pelo artigo 1.783-A do Código Civil que prescreve:

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)

Rosenthal destaca ainda que o Estatuto da Pessoa com deficiência é também inspirado na legislação italiana que através da Lei n. 6/2004, inseriu no Código Civil Italiano a figura do “administrador de apoio”(ROSENVALD,2016,s/p.).

Assim, prescreve o artigo 404 do Código Civil Italiano:

Artigo 404. amministrazione di sostegno

La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio. (ITALIA, 2018).

Temos ainda que o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, se inseriu no Código Civil Brasileiro (artigo 1783-A) através da Lei 13.146/15, ou seja, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quase que ao mesmo tempo em que foi introduzido no Código Civil Argentino (ROSENVALD,2016,s/p.).

⁶ Nelson Rosenthal. Procurador de Justiça do Ministério Público/MG.Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP.

⁷ Terceiro gênero, ou uma nova classificação para congregar as coisas que se não enquadram necessariamente nas espécies já conhecidas. OTHON SIDOU, José Maria. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. ISBN 85-218-0296-X. p. 838.)

Prescreve o artigo 43 do novo Código Civil e Comercial da Argentina:

Artículo 43. Concepto. Función. Designación

Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la co-municación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su con-fianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o in-fluencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. (ARGENTINA, 2014).

Em que pese o artigo 1º da Constituição Mexicana prescrever que:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (MEXICO, 2001, artículo 1).

O artigo 23 da Código Civil Mexicano prescreve:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes (MEXICO, 1928, artículo 23).

O artigo 450 do mesmo Código diz:

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. (MEXICO, 1928, artículo 450).

Assim ao que parece a previsão legal do Código Civil contraria o disposto na Constituição Mexicana que segue os preceitos do artigo 3º da Convenção Americana sobre direitos humanos e do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme notícia publicada no site ALTONIVEL (PALACIOS,2019).

9 A POSSIBILIDADE DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Para Marques (2014) a palavra desjudicialização condiz com a possibilidade de facultar às partes resolverem seus conflitos sem acionar a justiça, desde que atendidos os quesitos das partes juridicamente capazes que discutam direitos disponíveis, e buscam soluções sem a intervenção dos tribunais, considerada demorada (MARQUES, 2014, s/p).

A definição acima traz como requisitos para a desjudicialização a capacidade e disponibilidade do direito, vez que em sendo as partes capazes e os direitos disponíveis não haveria necessidade de sobrecarregar o judiciário.

Segundo Márcio Evangelista (2017, p.6/100), após a Constituição Federal de 1988, a população passou a confiar e a acessar mais o Poder Judiciário. “O Judiciário tentou atender a esta demanda criando novas portas. Entretanto, estas novas portas não estão entregando o resultado esperado. Por isso, devemos repensar o Judiciário e deixar a cargo do juiz somente o que for necessário”(EVANGELISTA, 2017, p.6/100).

A experiência brasileira na desjudicialização de procedimentos relacionados ao direito de família e sucessões tem dado certo e podem ser citados a título de exemplo a Lei 8.560/92 que regula a investigação de paternidade, traz previsão em seu art. 1º, inciso II que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento poderá ser feito por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório e a Lei 11.441/2007 a qual trouxe alteração no Código de Processo Civil, passando a possibilitar a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual por via administrativa, desde que no inventário não haja testamento ou interessado incapaz e na separação ou divórcio consensual não houvesse filhos menores ou incapazes.

Observa-se que na Lei de Investigação de Paternidade apesar de envolver interesse de incapaz – menor reconhecido, tal reconhecimento poderá ser feita por via administrativa.

O artigo 1.783-A do Código de Processo Civil ao trazer previsão de procedimento judicial para a tomada de decisão apoiada esvaziou a essência do instituto – capacidade da pessoa com deficiência, pois em sendo a pessoa capaz e os direitos disponíveis, não seria necessário judicializar a nomeação de um apoiador para determinados negócios jurídicos.

Observa-se a judicialização da tomada de decisão apoiada é contrária aos princípios da autonomia individual prevista na alínea “a” do art. 3º da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência promulgada pelo Brasil pelo Decreto 6.949/2009.

Contraria também o que dispõe o próprio art. artigo 6º e 84 do Estatuto da Pessoa com deficiência (BRASIL, 2015), pois o primeiro traz previsão que a deficiência não afeta a

plena capacidade civil da pessoa; o segundo assegura o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições. Em sendo a pessoa com deficiência considerada capaz e o direito disponível, não haveria razão para judicializar o procedimento da tomada de decisão apoiada, o qual poderia ser feita nos tabelionatos, assim como já o são o inventário quando não há testamento, nem herdeiros incapazes e o divórcio da ausência de filhos menores.

A desjudicialização de procedimentos não significa deixar que a lesão de eventuais direitos fique alheia à apreciação do judiciário, vez que o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) traz a previsão da inafastabilidade da jurisdição. Pois, desconfiando o oficial que o propósito dos que procuraram a via administrativa é a colusão para prejudicar terceiros de boa-fé, suscitariam a dúvida nos termos do art. 198 da Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73, judicializando todo procedimento.

Sobre suscitação de dúvida prevista na lei acima, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, esclarece:

Este mecanismo de dúvida representa, hoje em dia, importante instrumento de proteção para o Tabelião, eis que a forte entendimento jurisprudencial no sentido de ser pessoal e objetiva por danos causados aqueles que usarem os seus serviços. O juiz ao receber essa dúvida, deve determinar a extinção do procedimento administrativo e remeter os interessados para a via judicial, a fim de que a complexidade da matéria possa ser analisada na sede adequada, pela autoridade judicial competente (PINHO, 2010).

10 CONCLUSÃO

Para ser efetivar de fato a capacidade para a prática dos atos da vida civil das pessoas com deficiência intelectual, em consonância com o que dispõe a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa Com Deficiência e o Código Civil brasileiro atual, o procedimento para instituir a tomada de decisão apoiada terá que ser desjudicializado. No entanto, ao dizer que a deficiência não gera incapacidade, o legislador coloca a pessoa com deficiência como sendo relativamente incapaz, todavia, os atos praticados passam a ser validos, impossibilitando os juízes de tomar certas medidas protecionistas tais como agir de ofício para deliberar sobre a invalidade de atos praticados em prejuízo, e contra elas passa a correr a prescrição.

Em que pesem os avanços no que se refere a dar mais dignidade a pessoas com deficiência para que possam com a ajuda necessária gerir os atos de sua vida civil muitas discussões surgirão a respeito sobre a aplicabilidade efetiva de tais direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. (2010). Intellectual disability, definition, classification, and systems of supports. 11th ed. Washington (DC).
- Argentina.(2014). Código Civil y Comercial de la Nación. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em 05 de junho de 2019 às 23:35.
- Assis neto, Sebastião de. (2015). et al. Manual de direito civil. v. único. 3ª ed. rev. ampl. e atual. JusPODIVM. Salvador. p. 117.
- Brasil. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 15/05/2019 às 8:00.
- Brasil. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Consultado em 15/02/2019. Acessado em 15/05/2019 às 8.30.
- Brasil. Código Civil 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 15/02/2019 às 9:00.
- Brasil. Decreto Legislativo 186 de 2008. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm. Acessado em 15/05/2019 às 9:50.
- Brasil. Decreto 6949 de 25 de agosto de 2009. Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acessado em 15/05/2019 às 10:00.
- Brasil. Estatuto da Pessoa Com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acessado em 15/05/2019 às 10:35.
- Evangelista, Márcio.(2017). Seminário Nacional Desjudicialização: Divórcios, Separações, Inventários e Partilhas – 10 anos no Tabelionato de Notas. P 6/100. Disponível em:< www.cnj.jus.br/noticias>. Acessado em 12/05/2019 às 7:35.
- Gagliano, Pablo Stolze.(2011). et al. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva. p. 134.

_____. (2016). É o Fim da Interdição?. s/p. Disponível em: <www.pablostolze.com.br>. Acessado em 08/05/2019 às 8:00.

Garcia, Bruna Pinotti. (2014). et al. Manual de direitos humanos. v. único. JusPODIVM: Salvador. p. 62.

Italia. (2018). CODICE CIVILE Edizione: Dicembre 2018. <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2019 às 21:00.

Lima, Taisa Maria Macena de. (2015). O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. Rev. Trib. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 60. N. 91, p. 223-234, jan./jun.2015, p. 232.

Lôbo, Paulo. (2015). Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12/05/2019 às 23:00.

Maio, Iadya Gama. (2018). O envelhecimento e a capacidade de tomada de decisão: aspectos jurídicos de proteção ao idoso. Revista portal de divulgação, n. 58, Ano IX. Out/Nov/Dez. 2018. p.21. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.com/revista-nova>>. Acessado em 08/05/2019 às 7:00.

Marques, Norma Jeane Fontenelle. (2014). A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 11/05/2019 às 7:30.

Menezes, Joyciane Bezerra de. (2016). Tomada de decisão apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. v. 9, 2016, p.45.

Mexico. (2009). Código Civil Federal. D.F., a 24 de noviembre de 2009. Nuevo Código publicado em el Diario Oficial de la Federación em cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>. Acesso em 06 de março de 2020 às 23:35.

Mexico. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/#articulo-1o>. Acesso em 06 de março de 2020 às 23:50.

Palacios, Surya. (2019). ¿Qué es el estado de interdicción y por qué es inconstitucional?. Altonivel. Mexico. Disponível em: <https://www.altonivel.com.mx/actualidad/mexico/estado-interdicion-inconstitucional/>. Acesso em 05 de março de 2020 às 23:00.

PEREIRA, Donizett et al. Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada como novo procedimento de garantia da autonomia. Direito e Sociedade: Rev. Estudos Jurídicos e Interdisciplinares, Catanduva – SP, v. 12, n. 1, jan./dez 2017. p. 90/93.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina de.(2010).Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Rosenvald, Nelson. (2016). A TOMADA DE DECISÃO APOIADA – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. Ano 2016. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2016/08/01/14_08_08_161_Artigo_jur%C3%ADdico_A_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O_APOIADA_Por_Nelson_Rosenvald.pdf . Acessado em: 06 de junho de 2019 às 7:35.

Santo, Rafaela Nunes do Espírito. (2017). et al. A atual situação jurídica das pessoas interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental antes da Lei nº 13.146/2015. REVISTA JurES – v. 10, n. 19. (2017). p. 68/69.

Simão, José Fernando.(2017). Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições? Sim, sem sentença. Ano 2017<Disponível em:< <http://www.cartaforense.com.br>>. Acessado em: 17 maio de 2017. Idem. Ibidem às 7:00.

Tartuce, Flavio. (2017). Estão todos os interditados livres da incapacidade? posição contrária (Flávio Tartuce) e posição favorável (José Fernando Simão).Genjuridico.com.br. São Paulo. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/04/11/estao-todos-os-interditados-livres-da-incapacidade-posicao-contraria-flavio-tartuce-e-posicao-favoravel-jose-fernando-simao/>>. Acessado em 09 de julho de 2020.

Tartuce, Flavio. (2016). É o fim da interdição? Artigo de Pablo Stolze Gagliano. Jusbrasil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acessado em 09 de julho de 2020.