

LEGITIMIDADE PARA TOMADA DE
DECISÃO APOIADA: ASPECTOS
PROCESSUAIS E MATERIAIS

Fabrício do Vale Barretto

LEGITIMIDADE PARA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS*

LEGITIMACY TO SUPPORTED DECISION-MAKING: PROCEDURAL AND MATERIAL ASPECTS

Fabício do Vale Barretto

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO. 2 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. 2.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* ATIVA. 2.2 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* PASSIVA. 3 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. 3.1 LEGITIMIDADE ATIVA: O COTEJO ENTRE O OBJETO DO APOIO E A CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3.2 LEGITIMAÇÃO PÓS-HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE APOIO. 3.3 LEGITIMIDADE PASSIVA. 3.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXCLUSÃO DO LEGITIMADO PASSIVO. 4 EXTINÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PELO LEGITIMADO ATIVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho pretende examinar a legitimidade e a capacidade para o procedimento da tomada de decisão apoiada instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa legislativa e bibliográfica, especialmente nos campos de Direito de Família e Direito Processual Civil. Inicialmente, realiza-se um breve estudo sobre a origem legislativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seguida, estuda-se a legitimidade sob a óptica da relação jurídica processual. Como conclusão, trata das legitimidade e capacidade da pessoa com deficiência e do apoiador na relação de direito material.

Palavras-chave: Tomada de decisão apoiada; pessoa com deficiência; legitimidade; capacidade civil; discernimento.

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.12.2020 E APROVADO EM 01.10.2021.

ABSTRACT

This paper aims to examine the legitimacy and legal capacity for the Supported Decision-Making procedure established by the Statute on Persons with Disabilities. For this purpose, the legislative and bibliographic research methodology was used, specially in the field of Family Law and Civil Procedure. Initially, a brief study is carried out on the legislative origin of the Statute on Persons with Disabilities. Then, the legitimacy to act is studied under the perspective of the procedural legal relationship. Conclusively, it addresses the legitimacy and legal capacity of the person with disabilities and the supporter in the material legal relationship.

Keywords: *Supported decision-making; person with disability; legitimacy to act; legal incapacity; discernment.*

INTRODUÇÃO

A adesão da República Federativa do Brasil à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impactou o processo legislativo do Projeto de Lei n. 7699/2006, que tramitou na Câmara dos Deputados após conversão do Projeto de Lei do Senado 6/2003. Dessa forma, como consequência, foi promulgada a moderna Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto das Pessoas com Deficiência, inovando o regime das capacidades e a tutela do direito material e processual, especialmente de quem possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Entre as inovações, tivemos a criação da Tomada de Decisão Apoiada, que surgiu com o objetivo de garantir o apoio à autonomia da pessoa com deficiência, que passa a governar sua vida com o auxílio de pessoas idôneas, próximas e confiáveis, alterando-se o modelo de simples substituição da vontade vigente até então.

Em decorrência da existência de lacunas legislativas e de ser instituto contemporâneo, a Tomada de Decisão Apoiada não possui bases sólidas. Oportuno e revelador o recente testemunho de Tartuce (2019, p. 751), segundo o qual “a norma é cheia de detalhes e desperta muitas dúvidas práticas nos aplicadores do Direito” e que “grandes são os desafios

que o Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência traz para os aplicadores e intérpretes do Direito Privado.” Exige-se da doutrina, processual e cível, maiores esforços para construir dogmática jurídica em torno da matéria, daí se justificar a sua investigação. Para tanto, ao longo do estudo serão apresentadas situações-problema sobre o procedimento da tomada de decisão apoiada relativas às legitimidades ativa e passiva, nosso recorte temático.

O objetivo do presente artigo é, portanto, contribuir para o estudo da legitimidade para figurar na relação jurídica da Tomada de Decisão Apoiada, tanto processual quanto material, através de métodos de pesquisa bibliográfica e documental, analisando leis e projetos de lei, fixando o objeto do apoio e sua relação com a titularidade do direito de ser apoiado.

1 TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO

Em 2007, ocorreu em Nova York a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que teve nossa República Federativa como um dos Estados signatários. Com a aprovação do Decreto Legislativo 186/2008 pelo Congresso Nacional, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, essas regras convencionais passaram a gozar de *status* de emenda constitucional.

Entre outras regras que reforçam o direito de as pessoas com deficiência gozarem de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção de Nova York estabeleceu, no art. 12, que os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal, respeitando os direitos, a vontade e as preferências da pessoa. A obrigação foi cumprida no âmbito legislativo.

O processo legislativo do Projeto de Lei n. 7699/2006 foi profundamente impactado pela vigência dessas normas convencionais, que são a maior expressão jurídica da substituição do modelo médico de abordagem das pessoas com deficiência pelo modelo de direitos humanos. Sobre o novo modelo, ensina Ramos (2019, p. 840):

A principal característica deste modelo é sua abordagem de “gozo dos direitos sem discriminação”. Fica consagrado o vetor de *antidiscriminação* das pessoas com deficiência, o que acarreta reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a *responsabilidade do Estado e da sociedade* na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano.

Para se adequar a esse novo paradigma, a redação do Projeto de Lei n. 7699/2006 foi praticamente reescrita e, após longos estudos nas comissões temáticas e debates parlamentares, foi sancionada e promulgada a Lei n. 13.146/2015.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve alterações no regime de capacidade das pessoas naturais, com e sem deficiência, mitigação da curatela no tempo e em seu conteúdo, e instituição do procedimento de tomada de decisão apoiada, medida protetiva que garante o apoio para o exercício da capacidade civil pela pessoa com deficiência.

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

A constituição da Tomada de Decisão Apoiada se desdobra em dois momentos consecutivos: a formação do negócio jurídico solene entre apoiado e apoiadores e o processo destinado à homologação judicial do termo de apoio. Em seguida, haverá o exercício do direito propriamente dito, quando as partes se depararem com o objeto do apoio no mundo dos fatos. É a legitimidade, ativa e passiva, nesses três momentos que será estudada doravante.

Na relação jurídica processual, a legitimidade se relaciona com a situação jurídica ou a titularidade do direito posto para apreciação judicial, tanto em relação ao crédito quanto ao débito. Em relação ao nosso estudo,

refere-se a quem pode, em nome próprio, exercer regularmente o direito de acionar o Estado-juiz para homologar o termo de apoio, e às pessoas que se sujeitarão às obrigações deduzidas nesse negócio jurídico a ser homologado.

Para além do processo, o estudo também analisa a legitimidade sob a perspectiva do direito material, tanto antes da homologação judicial quanto após a integração das vontades dos particulares pelo Estado-juiz através de processo de jurisdição voluntária.

2 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

No procedimento jurisdicional de tomada de decisão apoiada não há autor e réu; não há interesses jurídicos antagônicos na demanda homologatória. A relação jurídica processual é formada pelo Estado-juiz e pelos interessados, que comporão seus polos como partes formais.

2.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* ATIVA

Com fundamento no axioma de quem pode o mais pode o menos, Farias e Rosenvald (2019, p. 960) entendem que os legitimados para a ação de curatela são também legitimados para pleitear a Tomada de Decisão Apoiada. É uma posição minoritária – talvez isolada –, pois essa conclusão advém de interpretação *contra legem*.

O Código Civil, art. 1.783-A, *caput*, é manifesto no sentido de que é a pessoa com deficiência a ser apoiada que detém legitimidade *ad causam* ativa para instaurar o procedimento de tomada de decisão apoiada. Inexiste hipótese legal de substituição processual ou legitimidade concorrente. Nesse sentido, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, o Enunciado 639, no qual dispõe na primeira parte que “a opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência.”

Como sabemos todos, a legitimidade ativa é aferida *in status assertionis*, isto é, em função dos fatos narrados na petição inicial. Dessa forma, afirmado em juízo que se trata de pessoa com deficiência, ela será parte legítima para a propositura desta ação homologatória.

Se excepcionalmente for constatado na fase instrutória prevista no Código Civil, art. 1.783-A, § 3º, que o requerente não é pessoa com deficiência, deverá o magistrado julgar improcedente o pedido homologatório. Não há razão para extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de legitimidade (CPC, art. 485, VI), pois o mérito do processo terá sido analisado: a parte requerente não possui o direito de se valer do apoio.

De passagem, convém informar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 11091/2018 (conversão do Projeto de Lei do Senado n. 757/2015), cuja redação original projeta a criação do art. 747-A, § 1º no CPC, restringindo a legitimidade para o procedimento de tomada de decisão apoiada à pessoa com deficiência com impedimento de longo prazo de natureza intelectual ou mental.¹ Trata-se de uma proposição absurda, que desprotegeria uma enormidade de pessoas com deficiências de outras naturezas, e que – se aprovada e sancionada – certamente sofrerá interpretação extensiva para abranger qualquer pessoa com deficiência mediante filtragem constitucional, tendo em vista o *status* de emenda constitucional de que goza a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que não restringe, no seu art. 12, o âmbito protetivo da Tomada de Decisão Apoiada, e o princípio *pro homine*, que veda as interpretação e aplicação que prejudiquem pessoas com deficiência, conforme art. 4º, item 4, da Convenção.²

¹ Na legislação processual projetada, o legislador parece esquecer as pessoas com deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, que se somam às pessoas com deficiência mental e intelectual no rol dos destinatários da medida protetiva com a alteração desejada para o *caput* do art. 1.783-A do Código Civil.

² 4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

2.2 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM PASSIVA*

Também será de acordo com os fatos narrados na petição inicial que se verificará a legitimidade passiva. Na relação jurídica processual em comento, qualquer pessoa natural cuja capacidade e demais requisitos subjetivos legais do apoio sejam afirmados na petição inicial, ainda que implicitamente ao fazer referência ao termo de apoio, possui legitimidade para estar no polo passivo da relação jurídica processual. Serão citados na qualidade de interessados, como dispõe o art. 721 do CPC, e serão ouvidos pessoalmente pelo juiz.

Nada impede, inclusive, que outra pessoa com deficiência seja apoiadora, sendo de todo recomendável que complemente os sentidos faltantes no apoiado ou outra limitação física sua. Assim, por exemplo, se o apoiado for deficiente visual e o objeto do apoio depender desse sentido, o apoiador precisaria ter outra deficiência que não o impeça de enxergar.

Os pretensos apoiadores, se devidamente representados em juízo, podem requerer a homologação do termo de apoio em conjunto com a pessoa com deficiência. Neste caso, será desnecessária a citação. Ainda assim, os pretensos apoiadores serão intimados para serem ouvidos pessoalmente pelo juiz e estarão localizados formalmente no polo passivo, pois serão os devedores dos préstimos ao apoiado.

Farias e Rosenthal (2019, p. 960) entendem que, “por evidente, o juiz não está adstrito à nomeação dos apoiadores indicados na petição inicial, podendo optar por outros, a depender do caso, dês que disponha de fundamentação suficiente.”³ Sem razão. O fato de o juiz possuir, no procedimento de jurisdição voluntária, permissão legal para não observar critério de legalidade estrita e poder adotar a solução que considerar mais conveniente ou oportuna não permite a substituição da vontade da pessoa

³ Os autores não desenvolvem o pensamento, de modo que não sabemos o que significa precisamente “fundamentação suficiente” nessa lição. Nossa crítica parte da literalidade e pressupõe que não houve manifestação do apoiado, pois, desta forma, a opção seria da pessoa com deficiência, e não do juiz.

com deficiência, tampouco que a obrigação seja imposta fora dos termos pactuados. Esse terceiro não terá legitimidade passiva. A posição dos autores viola a autonomia da vontade do apoiado desejada pelas regras estatutárias, desvirtua a natureza facultativa da Tomada de Decisão Apoiada e o princípio dispositivo, indo de encontro à valorização da participação das partes preconizada pelo CPC.

Como a escolha dos apoiadores cabe exclusivamente à pessoa com deficiência, se concluir que o pretense apoiador não preenche os requisitos legais, compete ao magistrado – no melhor interesse da pessoa com deficiência – intimar o apoiado para promover a sua substituição, sob pena de homologação do termo sem o apoiador *ilegítimo* ou do indeferimento do pleito, no caso de ter sido elencado apenas o mínimo legal.

3 LEGITIMIDADE NA RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL

O negócio jurídico reduzido a termo cria uma relação jurídica entre credor, pessoa com deficiência e, ao menos, dois devedores, que se comprometem a prestar ordinariamente obrigação de trato sucessivo. As situações de todos eles serão estudadas a partir de agora.

3.1 LEGITIMIDADE ATIVA: O COTEJO ENTRE O OBJETO DO APOIO E A CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De imediato, é preciso esclarecer que julgamos ser a abordagem mais didática partir da delimitação do objeto do apoio para a compreensão da legitimidade ativa para o procedimento de tomada de decisão apoiada, em sua acepção material. Essa relação será analisada doravante, quando veremos que a legitimidade se confunde com a capacidade.

O objeto do apoio merece atenção especial, porque a lei não estabelece seus contornos.

De um lado, há quem defenda larga amplitude do objeto. É o caso de Menezes (2016, p. 47), que ensina:

Ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio.

Para a autora, a pessoa com deficiência sabe da sua necessidade e pode inserir no termo de apoio o que entender que necessite de suporte.

A regra não impede expressamente que seja formalizado em torno de atos negociais banais ou existenciais, mas é praticamente impossível que alguém vá a juízo para homologar termo de apoio para atos economicamente insignificantes. No nosso sentir, além de não ser a *mens legis*, não haverá interesse processual na homologação de acordo desse tipo. Com a devida vênia, demanda com tal objeto deve ter sua petição inicial indeferida; se mais amplo o objeto (situação mais provável), tais cláusulas devem ser excluídas pelo juiz ao julgar a demanda homologatória. Da sentença caberá apelação.

Na outra ponta, encontra-se a doutrina majoritária, segundo a qual o objeto do apoio é restrito. Segundo Lôbo (2019, p. 445), o objetivo da Tomada de Decisão Apoiada é aconselhar, orientar e apoiar “na celebração ou não de negócios jurídicos, de natureza patrimonial”. Nesse sentido, o autor é categórico:

A tomada de decisão apoiada não poderá ter por objeto a realização de atos e negócios jurídicos não patrimoniais (por exemplo, reconhecimento voluntário de filho), porque para estes a pessoa com deficiência não depende de curatela ou apoio. Pode ser útil, por exemplo, para que os apoiadores acompanhem o apoiado na celebração em cartório de notas, de escritura pública de compra e venda de imóveis ou de testamento público. (2019, p. 446).

Nesse diapasão, Rizzardo (2019, p. 969) explicita:

Não se objetiva a representação do deficiente, mas o acompanhamento e o apoio em decisões sobre atos da vida civil, isto é, sobre contratos ou negócios, declarações, assunção de compromissos, decisões e questões que encerram importância econômica ou patrimonial. Em outros atos próprios da subsistência e comuns da vida não se requer a participação dos apoiadores.

Coelho (2016, p. 224) afirma que “a partir do acolhimento do pedido, a pessoa com deficiência contará com a colaboração dos apoiadores nas decisões que precisar tomar relativamente aos negócios jurídicos celebrados no termo de apoio judicialmente homologado.”

Para Tartuce (2019, p. 748), o objeto do apoio é a “celebração de atos mais complexos, caso dos contratos”.

Com precisão, ensina Carvalho (2019, p. 968) que “o apoio somente pode se referir aos ‘atos de natureza patrimonial e negocial’, conforme determina o Estatuto da Pessoa com Deficiência no art. 85, *caput*, não podendo dispor sobre direitos de personalidade.” São atos patrimoniais que podem exigir elementos, informações e reflexão.

Ao se referir à decisão sobre atos da vida civil, a regra do art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil não restringe o apoio aos negócios jurídicos. Por isso, podemos afirmar que podem ser objeto do apoio os negócios jurídicos e os atos unilaterais de vontade que atinjam o patrimônio da pessoa com deficiência apoiada de forma significativa.⁴ *A priori*, não vislumbramos problemas em serem objeto de apoio os direitos de personalidades dispostos no art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que encerrem importância econômica, pois a decisão é exclusiva da pessoa com deficiência, que pode valer-se dos elementos e informações prestados pelos apoiadores para maior reflexão sobre o tema, não impactando o apoio de forma alguma no exercício de sua plena capacidade civil.

⁴ Insignificantes economicamente são atos negociais banais, tais como compra de pão, doação ou venda de roupas usadas, compra em mercados, etc. Evidentemente, esses negócios dispensam homologação judicial de apoio.

Diante do exposto, podemos prosseguir.

A partir da vigência da Lei n. 13.146/2015, as pessoas com deficiência passaram a ser tuteladas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Há quem sustente que o regime de capacidade do Código Civil e o regime de capacidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência são distintos, como é o caso de Lôbo (2019, p. 443), que ensina:

A capacidade legal 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 Código Civil. São duas modalidades de capacidade jurídica que transitam paralelamente, sem se confundirem: a capacidade civil geral, prevista no Código Civil, e a capacidade geral, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A pessoa com deficiência não é absolutamente incapaz nem relativamente incapaz. É dotada de capacidade legal irrestrita para atos jurídicos não patrimoniais e de capacidade legal restrita para os atos jurídicos patrimoniais, para os quais fica sujeita a curatela temporária e específica, sem interdição, ou a tomada de decisão apoiada.

Segundo o art. 6º do Estatuto, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Por sua vez, o art. 84, *caput*, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Complementando essa regra, o § 1º do art. 84 estabelece que a pessoa com deficiência será submetida à curatela quando necessário, conforme a lei.

Em razão dessas regras, conclui-se que a pessoa com deficiência nunca será submetida à curatela apenas pela presença de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, mas – como qualquer pessoa – tão somente se comprovado judicialmente o comprometimento de sua manifestação de vontade, nos termos do vigente art. 4º do Código Civil de 2002.

Para a conveniência do presente estudo, é preciso frisar que adotamos a premissa de não separar os regimes de capacidade das pessoas com e sem deficiência. É imprescindível que a terminologia adotada

no estudo seja uniforme para não implicar confusão. De modo geral, a doutrina (especialmente os que serão citados abaixo) mistura os regimes ou terminologias e, nessa linha, o presente estudo parte da premissa de que é possível afirmar que uma pessoa com deficiência possa ser capaz ou relativamente incapaz (aquele que deve ser submetido à curatela).

Sendo assim, questiona-se: a Tomada de Decisão Apoiada é destinada especificamente à pessoa com deficiência que necessita ou para a que não necessita se submeter à curatela? Dito de outro modo, quem possui aptidão para a prática do ato de negociar os termos do apoio, a pessoa com deficiência capaz ou a pessoa com deficiência relativamente incapaz?

Para Marcató (2017, p. 411), o procedimento da decisão apoiada é destinado ao relativamente incapaz. Segundo seu tirocínio, é duvidosa a validade da outorga de poderes ao advogado por pessoa com deficiência sem representação e, por isso, quem deve ajuizar a ação homologatória é a Defensoria Pública ou o Ministério Público, conforme autoriza o art. 79, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Aparentemente Schreiber (2019, p. 971) entende que é destinado ao relativamente incapaz, quando afirma que “a tomada de decisão apoiada surge como uma espécie de instrumento *auxiliar*, em benefício da pessoa com deficiência que já conta com a possibilidade de uma curatela ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso’ (art. 84, § 3º).”⁵ Quem conta com curatela é o relativamente incapaz.

Rizzardo (2019, p. 968) afirma “que a espécie se destina aos relativamente incapazes, que revelam limitações mentais, físicas, intelectuais e sensoriais, abrangendo as psicossociais e as cognitivas.” Ao que parece, ambos citam o *relativamente incapaz* segundo a óptica do regime de capacidade revogado.

⁵ Em outras passagens de sua obra, SCHREIBER afirma que a tomada de decisão apoiada é destinada à pessoa com deficiência capaz, de modo que não sabemos se utiliza nas demais oportunidades em que trata do tema a terminologia clássica para a pessoa com deficiência – como parece usar no trecho citado – ou passa a utilizar a literalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Como dissemos, é necessária a uniformidade no tratamento para evitar confusão.

Em outro sentido, Godinho (2018, p. 354-355) comenta o instituto:

Como já mencionado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 84, § 3.º, faculta à pessoa que possui algum tipo de deficiência a opção pela Tomada de Decisão Apoiada (TDA), desde que, evidentemente, não haja impossibilidade de expressão de vontade. Ou seja: a TDA é uma possibilidade facultada à pessoa com deficiência plenamente capaz. Note-se, portanto, que a opção pela TDA não afeta formalmente a capacidade da pessoa, cujos atos jurídicos independem de assistência. Trata-se de medida protetiva da pessoa capaz, mas que, em razão de alguma limitação ou vulnerabilidade que não interfira em sua manifestação de vontade, opta pelo auxílio de apoiadores para a prática de determinados atos.

Nesse ponto, Godinho (2018, p. 356) é coerente quando afirma que, com agentes capazes, apesar de dever ser sempre intimado, a intervenção do Ministério Público como *custos legis* somente deve ocorrer se a Tomada de Decisão Apoiada tiver como objeto “a prática de atos jurídicos que envolvam direitos indisponíveis, não havendo necessidade de intervenção automática em todos os casos.” Também Schreiber (2019, p. 972) critica a previsão de participação do Ministério Público quando censura o procedimento jurisdicional.⁶

Carvalho (2019, p. 966) ensina que a medida protetiva se trata de “*um apoio*, um auxílio, para a pessoa que possui alguma deficiência, mas capaz para exercer os atos da vida civil sem necessidade de ser curatelado, exercendo a plena autonomia e participando efetivamente nos

⁶ Diz o autor: “A oitiva do Ministério Público, aliás, nem sequer tem cabimento, uma vez que se trata aqui de remédio disponibilizado para pessoa *capaz*. O excessivo controle do juiz tampouco encontra justificativa, à luz dessa plena capacidade do beneficiário. O Estatuto deveria ter ouvido, nesse particular, as críticas que a melhor doutrina italiana faz à sua própria reforma legislativa, especialmente do desnecessário caráter judicial da *amministrazione di sostegno* nos casos em que se trata de mero auxílio.”

seus negócios.” A pessoa com deficiência que pode se valer da Tomada de Decisão Apoiada é capaz e, exatamente por isso, não pode ser submetida à curatela.

Sobre o tema, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, o Enunciado 640, segundo o qual “a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.” À pessoa com deficiência a ser apoiada não se aplica o art. 84, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, é errado afirmar que a pessoa que pode ser submetida à curatela tem a alternativa de ser apoiada por duas pessoas, nos termos do Código Civil. Ora, quem necessita de curatela não pode ser apoiada.

Portanto, e considerando que a curatela é medida protetiva extraordinária, a faculdade prevista no art. 84, § 2º, da Lei n. 13.146/2015 se traduz na alternativa de a pessoa com deficiência escolher exercer a sua capacidade de forma isolada (provavelmente com colaboração de terceiros, contratados ou não, quando ficará sujeito ao mau cumprimento das atribuições) ou mediante procedimento de decisão apoiada, isto é, com os elementos e informações fornecidos por apoiadores constituídos de forma solene e judicial, com previsão de prestação de contas, responsabilidade dos apoiadores e fiscalização judicial e ministerial.

Podem ser apoiadas as pessoas com deficiência física, notadamente as com mobilidade reduzida (paraplegia, tetraplegia, doença de Parkinson sem demência, obesidade mórbida, existência de sequelas motoras decorrentes de acidentes traumáticos e vasculares, etc.), pessoas com deficiência visual (cegueira, daltonismo, etc.), com surdo-mudez, gagueira, sinestesia, entre outras. O Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou expressamente o art. 1.780 do Código Civil, que previa a denominada curatela-mandato, especialmente prevista para casos da espécie, reforçando a autonomia da pessoa com deficiência e destinando para tais pessoas o exercício do direito de forma direta, por representação convencional ou mediante procedimento de tomada de decisão apoiada. Ensina Tartuce (2019, p. 748) que a curatela-mandato “não é mais possível, substituída que foi pela tomada de decisão apoiada.”

Nota-se do rol exemplificativo de apoiados que evitamos referências aos impedimentos de longo prazo de natureza mental e intelectual. É em relação a esse grupo de pessoas com deficiência que existe a maior divergência, pois diversos casos podem estar na zona cinzenta entre a capacidade e a incapacidade relativa (necessidade de submissão à curatela). A questão está na presença do discernimento, que é refutada por quem sustenta que simples manifestação de vontade é suficiente para o exercício generalizado dos direitos pelas pessoas com deficiência. Esse entendimento é levado ao extremo na redação original do já citado Projeto de Lei n. 11091/2018, que contém proposta de regra estabelecendo que “será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade por meio algum.”

Como se nota do art. 4º, IV, do Decreto n. 3.298/1999, a deficiência mental se confunde com a deficiência intelectual. Logo, devemos compreender algumas citações doutrinárias à deficiência mental em sentido amplo, abrangendo a intelectual. Não se confundem, porém, o impedimento de longo prazo de natureza intelectual com o mental, que envolve as doenças do sistema nervoso e os transtornos mental ou comportamental e que *podem* dar ensejo à deficiência intelectual superveniente.

Dias (2017, p. 710) doutrina que é “descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. Perícia médica é que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial da interdição.” A civilista afirma que “o que efetivamente importa saber é se existe causa incapacitante e, caso positivo, em que grau de extensão compromete o exercício dos atos da vida civil, a ponto de impossibilitar a administração dos negócios e a gestão de bens.”

Diniz (2019, p. 185-186) bem assinala que:

Os portadores de deficiência mental adquirida, em razão, p. ex., de moléstia superveniente (p. ex., psicose, mal de Alzheimer), que sofram uma redução na sua capacidade de entendimento, apesar de retirados do rol dos relativamente incapazes, embora possam ser

enquadrados no art. 4º, III, não poderão praticar atos na vida civil sem assistência de curador, cujos poderes serão maiores ou menores conforme a capacidade apurada no processo de interdição.

Capacidade de entendimento nada mais é do que discernimento, que poderá ser apurado no procedimento judicial de tomada de decisão apoiada. Assim, a análise deve ser casuística, averiguando-se o avanço da doença ou transtorno mental psiquiátrico ou neurológico e o grau de comprometimento de discernimento provocado, que pode implicar capacidade prática passível de apoio ou necessidade de submissão à curatela, em menor ou maior extensão.

Por sua vez, em relação à deficiência intelectual, comentando o art. 1.767 do Código Civil, Alexandre Guedes Alcoforado Assunção faz importantes ponderações com base em terminologia oficial ainda utilizada na medicina nacional, *ipsis litteris*:

Merece reflexão a mudança introduzida quanto à plena capacidade das pessoas com transtorno ou deficiência mental. Tomemos como exemplo a situação de pessoas com retardo mental. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) o retardo mental pode ser leve, moderado, grave e profundo, existindo também casos limítrofes. No retardo mental leve a pessoa tem o coeficiente de inteligência (QI) entre 50 e 69, o que corresponde a idade cronológica entre 9 (nove) e 12 (doze) anos. No moderado, o coeficiente de inteligência (QI) varia entre 35 e 49, equivalendo a idade cronológica entre 6 (seis) e 9 (nove) anos. No grave, o coeficiente de inteligência (QI) é entre 20 e 34, o que corresponde a idade cronológica entre 3 (três) e 6 (seis) anos. No retardo profundo, o coeficiente de inteligência é menor que 20 (vinte), o que corresponde a idade de menos de 3 (três) anos. Em todos esses casos a idade mental não corresponde a idade cronológica. Se fôssemos considerar a idade mental todos seriam absolutamente incapazes, posto que têm idade mental menor que 16 (dezesseis) anos. Nos três primeiros casos as pessoas são capazes de exprimir uma vontade, porém com limitação imposta pela sua condição de retardo. (SILVA, 2016, p. 1860)

Com o surgimento e vigor da décima primeira versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11), espera-se que a futura tradução seja mais fiel ao original, substituindo o uso de *retardo mental*, terminologia carregada de estigma social, por *desordem do desenvolvimento intelectual*.

Para fins de Tomada de Decisão Apoiada, tendo em vista a idade mental e os impactos financeiros e complexidade do objeto do apoio, o caso poderá exigir a avaliação biopsicossocial da deficiência, prevista no art. 2º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para investigar a sua experiência de vida e a repercussão da deficiência intelectual na comunicação verbal e não verbal em confronto com o meio em que essa pessoa com deficiência intelectual deverá ser inserida para a prática dos atos negociais e patrimoniais. Essa investigação permite afirmar que exprimir vontade de qualquer forma não presta para a adoção da Tomada de Decisão Apoiada.

Necessário abrir breves parênteses.

É certo que a manifestação de vontade é a força motriz para a realização dos direitos existenciais e desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência. Não por outro motivo o preâmbulo da Convenção de Nova York reconhece “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.” Também é indubitável que basta uma manifestação de vontade para que possa gozar e utilizar de seus bens.

Como vimos, há quem entenda que os limites do objeto do apoio são lassos, abrangendo até questões existenciais, rotinas domésticas e cuidados pessoais. No nosso sentir, quem defende esse entendimento deve, por coerência, sustentar que basta à pessoa com deficiência manifestar uma vontade para que possa se valer do apoio; ao menos para tais atos sem repercussões patrimoniais relevantes.

Contudo, e retomando, a exigência de simples manifestação de vontade não se verifica em relação aos atos e negócios jurídicos de maior complexidade ou impacto financeiro. Por isso, ensina Tartuce (2019, p.

749) que, “havendo falta de discernimento da pessoa, não é possível a opção pela tomada de decisão apoiada.”

Reforçam o exposto César FIUZA e Roberto Henrique Pôrto NOGUEIRA (2018, p. 28) quando afirmam que é essencial “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 relativamente incapazes, que não possam exprimir sua vontade, por lhes faltarem ou terem reduzido o discernimento.”

Nas palavras de Gaburri (2016, p. 131), para o procedimento de decisão apoiada “a pessoa deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.” O seu entendimento é ainda mais restrito. Não podemos deixar de anotar que Gaburri possui o chamado *lugar de fala*, pois – além de profundo estudioso do tema – é uma pessoa com deficiência.

Interessante atentar que a doutrina traz como exemplo de objeto do apoio o testamento público, e o art. 1.860 do Código Civil dispõe que, além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Ou seja, ainda que capaz, sem o necessário discernimento, a pessoa não poderá testar. A despeito das inovações legislativas, há disposição de lei que não foi revogada e reforça a importância do discernimento.

Sobre discernimento e deficiência, lecionou Pereira (2019, p. 230-231) que:

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas *graduava a extensão da incapacidade*, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores

de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.⁷

Maria Celina Bodin de Moraes, no louvável ofício de atualizar a obra desse clássico civilista, partindo das lições originais sobre as regras das incapacidades, segundo as quais foram criadas “sobre uma razão moralmente elevada, que era a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”, tece pertinentes críticas às regras estatutárias:

Alheio a essa nobre função da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelos *status* de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (por se tratar de questão de ordem pública), o debate oferece grande dificuldade ao intérprete, demandando os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos e golpes, supostamente chancelados pela reforma legislativa. (PEREIRA, 2019, p. 230).

Relevante que é, o discernimento é critério utilizado por Godinho (2018, p. 451) ao se posicionar sobre polêmica atinente a direito intertemporal, quando sustenta que a vigência das regras estatutárias não

⁷ Do excerto foi suprimida a nota de atualização sobre a Lei n. 13.146/2015, que diz: “Embora abandonada, com a referida reforma legislativa, semelhante graduação no que tange aos enfermos mentais, o *status* da incapacidade permanece vigente para o déficit de discernimento decorrente da menoridade.”

extingue automaticamente as interdições decretadas com fundamento nas regras revogadas do art. 1.767 do Código Civil, porque “não modifica a realidade fática da permanência de pessoas sem discernimento ou com discernimento reduzido, entre outras situações.” O douto assevera que interpretação e aplicação da lei contrária ao defendido tornariam “ainda mais vulneráveis as pessoas com deficiência que necessitam de curatela”.

Depois das conquistas advindas da Convenção de Nova York e da Lei n. 13.146/2015, muitos estão temerosos de que a revalorização do discernimento possa associar novamente a pessoa com deficiência aos estigmas sociais perversos do passado, com possíveis violações aos objetivos declarados da lei: assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. É compreensível. Mas é preciso, também, não se fechar para a dialética própria do Direito e, especialmente, para outras compreensões que possam buscar rigorosamente o mesmo desiderato, qual seja, a proteção da pessoa com deficiência (e qualquer outra) que possua déficit relevante de discernimento. Por exemplo, acima vimos as objeções de uma expoente do direito civil constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes, e podemos também analisar outro ponto de vista com a clássica doutrina de Diniz (2019, p. 185-186), que leciona:

Nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso não afetaria em nada a sua dignidade como ser humano. *Dignidade não é sinônimo de capacidade.* O seu *status personae* e o seu viver com dignidade no seio da comunidade familiar ou social não se relacionam com a sua capacidade mental ou intelectual para exercer direitos, nem com o apoio que vier a receber de apoiadores ou com a transferência de suas decisões, havendo interdição, para um curador, que o assistiria nos atos negociais da vida civil, regendo seu patrimônio, se não puder, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade. Além disso, o art. 84, §§ 1º e 3º, do EPD prescreve que, quando necessário, a pessoa com deficiência deverá ser submetida à curatela, atendendo-se às necessidade e circunstância de cada caso, durando o menor tempo possível, e o Ministério Público tem

legitimidade ativa para promover interdição nos casos de doença mental grave (CPC, art. 748). Tal interpretação sistemática justificaria aquela inclusão. Em respeito à sua *dignidade humana*, dever-se-á, isto sim: facilitar sua cidadania e inclusão social e tratamento terapêutico; aprimorar sua educação; preservar suas faculdades residuais; acatar suas preferências, escolhas, afetividade e crenças; eliminar barreiras e preconceitos; possibilitar sua realização pessoal e vocacional etc.

Defender que as pessoas com deficiência com redução do discernimento não possam utilizar o procedimento de tomada de decisão apoiada e, conseqüentemente, que devam ser submetidas à curatela, nos próprios termos estatutários, objetiva exclusivamente a sua proteção.

Na atual configuração jurídica, talvez seja para a pessoa com deficiência com significativa redução de discernimento mais benéfico ser submetida à curatela do que ter dois apoiadores eventuais, tendo em vista que: (a) a curatela durará o menor tempo possível (Lei n. 13.146/2015, art. 84, § 3º); (b) o juiz deverá nomear como curador quem melhor possa atender aos interesses do curatelado (CPC, art. 755, § 1º); e (c) que o assistente – frise-se – terá as obrigações de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito (CPC, art. 758) e de prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano (Lei n. 13.146/2015, art. 84, § 5º). Em suma, a curatela pode servir justamente para que o discernimento da pessoa com deficiência seja majorado.

Por mais que o discurso de quem defenda o contrário seja sedutor, o que foi exposto é um dado da realidade que não pode ser negado. De outro modo, sem o pleno entendimento sobre o que está se manifestando, a Tomada de Decisão Apoiada poderá ser transformada em uma disfarçada curatela compartilhada da pessoa com deficiência. Ou pior: o entendimento poderia ser levado ao extremo de permitir que uma pessoa com deficiência com discernimento reduzido possa ter ao menos dois apoiadores com discernimento reduzido.

No nosso sentir, a regra do art. 1.783-A, § 6º, do Código Civil, que trata de ação que visa autorização judicial em caso de existência de divergência entre a pessoa com deficiência e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado é firme indicativo da necessidade de discernimento por parte da pessoa com deficiência. Ora, a norma supõe divergências de vontades de (vamos dizer assim) hierarquia proporcionalmente paritária, sob pena de se tornar letra morta – com decisões tomadas na prática por apoiador com a chancela do Judiciário – e de ferir a razoabilidade, assoberbando de trabalho o Poder Judiciário e o Ministério Público com disputas voluntariosas, talvez constantes. É um cenário propício ao desgaste pessoal e ao desestímulo à participação de apoiadores.

A pessoa com deficiência precisa poder compreender o conteúdo do ato ou negócio a ser celebrado, o impacto no seu patrimônio, os elementos e informações fornecidos pelos apoiadores e, desta maneira, poder manifestar vontade de forma refletida. Aliás, antes disso, a pessoa com deficiência também deve ter iniciativa para negociar os limites⁸ e as demais cláusulas do termo de apoio com potenciais apoiadores, convencendo-os a apoiá-la.⁹ O apoio não é um múnus público, já que decorre de um negócio jurídico, e não de uma imposição legal.

Não é à toa que Antônio Junqueira de Azevedo doutrina que não é qualquer manifestação de vontade que produz o efeito da criação do negócio jurídico, distinguindo a simples manifestação de vontade da

⁸ Esclarece RIZZARDO (2019, p. 969) que “basicamente, discriminam-se os atos em que é necessário o apoio, que são, v. g., os que trazem algum efeito no patrimônio, na vida do deficiente, nos negócios, na disposição de bens, na compra de bens de raiz, nos investimento e aplicações bancárias.”

⁹ Pablo STOLZE (2018) leva esse negócio jurídico prévio em consideração para estabelecer que “pessoas com deficiência e que sejam dotadas de grau de discernimento que permita a indicação dos seus apoiadores, até então sujeitas a uma inafastável interdição e curatela geral, poderão se valer de um instituto menos invasivo em sua esfera existencial.” Nota-se que o autor também valoriza o discernimento.

exigida declaração de vontade,¹⁰ que, “tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé*” (2008, p. 42-43, grifos do autor).

O apoio, com o fornecimento de elementos e informações necessários, incide primordialmente no processo de formação do negócio jurídico: na maturação da ideia, nos atos preparatórios e negociais e previamente à fase decisória, em que ocorrerá a livre e espontânea manifestação de vontade do apoiado para não efetuar acordo ou declarar a vontade para a consecução do negócio jurídico.

Tanto no negócio jurídico quanto no ato jurídico, a decisão é tomada exclusivamente pela pessoa com deficiência apoiada, daí não haver participação dos apoiadores – ou estaríamos diante da assistência. O apoiado é naturalmente capaz e pratica ato sozinho, de modo que os apoiadores estão desincumbidos de praticar ato em nome do apoiado e também de se tornarem, na prática, fiscais da execução dos atos negociais e patrimoniais celebrados com os terceiros. Porém, havendo necessidade e previsão no termo de apoio, pode suceder a colaboração dos apoiadores também nas fases contratual e pós-contratual ou após prática do ato jurídico, sempre para subsidiar novas decisões do apoiado.

Como qualquer pessoa natural, a pessoa com deficiência precisa de livre iniciativa e livre consentimento para formular a sua vontade interna. Sem discernimento suficiente, é difícil que a ideia nasça ou se desenvolva de forma espontânea (sem vício de vontade ou consentimento). Essa ideia (vontade interna) poderá ser externada de forma expressa ou tácita. Sem discernimento suficiente, seria, inclusive, difícil de o apoiado identificar –

¹⁰ “É por causa disso que, já de início, preferíamos, à palavra ‘manifestação’ a expressão ‘declaração de vontade’. A questão pode ser vista como simples problema terminológico, mas não será assim, na medida em que se entender por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos, etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos, ou seja, a opção por uma ou outra expressão não será simples opção terminológica, na medida em que, como parece ser, a palavra ‘manifestação’ tiver sentido amplo, pouco delimitado, a-técnico, e a expressão ‘declaração de vontade’ tiver o significado preciso de todos aqueles atos (e somente aqueles atos), que são *socialmente reconhecíveis como destinados à produção de efeitos jurídicos*.” (AZEVEDO, 2008, p. 121, grifos do autor).

na criação do negócio jurídico, no cumprimento ou para sua renovação – quando deve agir de forma inequívoca ou praticar ato omissivo.

A exigência de discernimento deve ser graduada pelo juiz de acordo com o impacto no patrimônio do apoiado ou da complexidade do ato jurídico ou negócio jurídico objetos do apoio. Como veremos, esse critério é relevante na solução de conflitos entre apoiado e apoiador. Assim, por exemplo, negócios de menor porte poderiam ser objeto de apoio de pessoas com desordem do desenvolvimento intelectual leve ou levíssima e no estágio leve de doença de Alzheimer, doença crônica e progressiva. São pessoas com deficiência mental ou intelectual que, nos valendo das palavras de Rizzardo (2019, p. 968), preservam “um nível inferior de compreensão, decisão e ação, não havendo, pois, a participação plena e efetiva no convívio humano, como ocorre com as demais pessoas.”

Enquanto na relação jurídica processual, para ter legitimidade ativa, basta ao requerente ser uma pessoa com deficiência, a relação de direito material exige que seja capaz (ou, nos termos estatutários, seja uma pessoa com deficiência que não necessite de curatela). Somente uma pessoa com deficiência capaz pode estar na posição de credora nessa relação jurídica firmada com os apoiadores.

A característica subjetiva analisada pertencerá ao mérito da ação homologatória e será uma questão prejudicial: a depender do ato jurídico ou negócio jurídico, se possuir discernimento suficiente, o pedido da pessoa com deficiência *poderá* ser julgado procedente (penderia análise sobre as cláusulas e os apoiadores); se não possuir discernimento (ou verificada a necessidade de curatela), o pedido *deverá* ser julgado improcedente ou poderá eventualmente ser determinada, a requerimento dos legitimados para a ação de curatela, a instauração de um incidente processual de adaptação do procedimento de tomada de decisão apoiada em processo para definir os termos da curatela, regulado pelo CPC, art. 747 e seguintes.¹¹

¹¹ Na VIII Jornada de Direito Civil, foi editado o Enunciado 639, que dispõe na segunda parte que “a pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.” É o que DIAS (2017, p. 714) e CARVALHO (2019, p. 969) denominam de autocuratela, que não se confunde com

3.2 LEGITIMAÇÃO PÓS-HOMOLOGAÇÃO DO TERMO DE APOIO

A doutrina diverge sobre as atitudes que a pessoa com deficiência apoiada pode tomar de forma isolada em relação aos atos negociais e patrimoniais que estão contidos no termo de apoio. O silêncio da lei certamente contribui para isso.

Para Rizzardo (2019, p. 968) “priva-se de legitimidade para praticar alguns atos da vida civil, devidamente indicados, se não houver o acompanhamento dos apoiadores. Socorre-se de outras pessoas para o exercício de atividade que importem efeitos jurídicos.” Contudo, continua ele, não haveria sanção: “não se anulam os atos se ausentes os apoiadores. Entretanto, sujeitam-se à anulação, se aventada, posteriormente, a incapacidade, o que não acontece se a decisão tivesse sido tomada com apoio em parecer ou acompanhamento dos apoiadores.”

Stolze (2018) ensina que “a participação dos apoiadores integra o revestimento formal da própria declaração de vontade negocial.” Na hipótese de ausência de curador/apoiador, se discutida judicialmente a invalidade do negócio jurídico, Stolze defende “a inversão do ônus da prova em favor da pessoa deficiente, visando a imprimir paridade de armas”, cogitando, “até mesmo, em tese mais arrojada, havendo evidente prejuízo e diante da violação manifesta à cláusula geral de boa-fé, falar-se em ‘nulidade virtual’.”

Também Farias e Rosenvald (2019, p. 959) afirmam que “a tomada de decisão apoiada é um requisito extra, acessório, exigido para que determinadas pessoas pratiquem certos atos” e complementam: “o beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo.”

o pedido de autointerdição previsto no art. 1.768 do Código Civil. No caso de conversão da Tomada de Decisão Apoiada em ação de curatela, essa cláusula deve ser considerada no parecer do Ministério Público (e na impugnação por curador especial, se nomeado) e, embora possa ser afastada de forma fundamentada, deve ser ponderada pelo magistrado na nomeação de curador, provisório ou definitivo, ou para fins de curatela compartilhada. A cláusula é bastante útil em casos de doenças mentais crônicas e progressivas.

O Poder Legislativo trabalha para suprir a lacuna legal nesse sentido, mas tão somente em relação às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, a teor do projetado *caput* do art. 1.783-A do Código Civil. A redação original do multicitado Projeto de Lei n. 11091/2018 prevê que o termo de apoio deverá descrever hipóteses de participação obrigatória dos apoiadores para a validade de ato ou de atos sucessivos e as seguintes regras:

Art. 1.783-A. (*Omissis*).

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores.

§ 5º Nos atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, a qual é hábil para demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.

Atualmente, a exigência de contra-assinatura é uma faculdade do terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial, prevista no vigente art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil. Sobre a norma, previu Cassettari (2019, p. 729) que “acabará sendo a regra no caso de deficiência mental, pois os terceiros que negociam com estas pessoas, se não as tiverem enganando, terão receio de que o ato possa ser invalidado futuramente.” Também Schreiber (2019, p. 973) entende que “a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio celebrado” e faz um importante alerta:

Tal expediente ameaça converter a tomada de decisão apoiada em uma espécie de nova e disfarçada assistência, quando a finalidade declarada do novo instituto é justamente o auxílio à pessoa com deficiência no fornecimento de “elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (art. 1.783-A, *caput*), não devendo por isso mesmo produzir nenhum efeito em relação a terceiros.

As regras projetadas para um novo art. 749-A, § 2º, II, e para o art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil pretendem instituir hipótese de legitimação para a prática dos atos objeto do apoio com a criação de uma exigência de um incomum assentimento resguardativo de quem não possui interesse jurídico no patrimônio a ser negociado. Apesar de legalmente capaz, a pessoa com deficiência não terá legitimação para a prática do ato. São regras burocráticas que poderão afastar a pessoa com deficiência do instituto, especialmente se prevalecerem para todas as deficiências, considerando que, caso a pessoa não tenha apoiadores, “em virtude da sua plena capacidade dada pelo Estatuto, não será possível exigir assinatura de ninguém, sob pena de discriminação.” (CASSETTARI, 2019, p. 730). Quando conveniente, será mais simples buscar o auxílio informalmente. Na esteira da lição de Schreiber, não há dúvidas de que a exigência de participação obrigatória dos apoiadores travestirá o apoio em curatela compartilhada de pessoa legalmente capaz, com potencial de gerar diversos conflitos.

De lege ferenda, a razão está com Coelho (2016, p. 224), que ensina:

Se uma pessoa apoiada fizer declaração de vontade sem o concurso dos apoiadores, ou de um deles, isto não invalida o negócio jurídico, ainda que ele esteja incluído no termo de apoio judicialmente homologado. Como este mecanismo de assistência familiar não torna o apoiado um incapaz, que passe a necessitar de assistência ou representação legal, a inobservância do termo de apoio judicialmente homologado não afeta a validade e eficácia do negócio jurídico. Aliás, um dos objetivos do EPD foi exatamente eliminar da ordem jurídica todos os traços da odiosa discriminação que as pessoas com deficiência sofriam em razão das restrições legais à sua plena capacidade jurídica. A interpretação teleológica do EPD afasta em definitivo a hipótese de o processo de tomada de decisão apoiada significar qualquer restrição à capacidade da pessoa apoiada.

Nesse sentido, consignava a redação original do Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 (convertido no Projeto de Lei n. 11091/2018), que visava inserir o § 12 no art. 1.783-A do Código Civil, dispositivo

que estabeleceria que “os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que sem contra-assinatura.”

A pessoa com deficiência apoiada é capaz, tem discernimento suficiente e pode assumir a responsabilidade por suas escolhas arriscadas. Se se afasta dessas condições, o juiz estará diante da hipótese de incidência do art. 84, § 1º, da Lei n. 13.146/2015, devendo ser curatelada em menor ou maior extensão. Sendo capaz, a prática do ato atermado de forma isolada configuraria renúncia temporária de um benefício de natureza privada acordado com os apoiadores e pontual, incidente na formação de um específico negócio jurídico. Não se confunde com uma dispensa dos apoiadores após terem atuados, que é ineficaz (pois violaria o ato jurídico perfeito) e configuraria disputa a ser solucionada por juiz se o negócio jurídico puder trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado (Código Civil, art. 1.783-A, § 6º).

3.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

O Código Civil estabelece que os legitimados passivos são pelo menos duas pessoas idôneas, que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência e que gozem de sua confiança. Além do requisito genérico da capacidade do agente, as idoneidade, relação pessoal prévia e contínua e a fidúcia entre apoiadores e apoiado são requisitos subjetivos essenciais para a validade do negócio jurídico e sua homologação judicial.

Como vimos, quando tratamos da legitimidade *ad causam* passiva, nada impede que pessoa com deficiência capaz seja um apoiador e que parte minoritária (talvez isolada) da doutrina entende que o juiz pode homologar termo de apoio com apoiador não escolhido pela pessoa com deficiência.

3.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EXCLUSÃO DO LEGITIMADO PASSIVO

Prevalece no procedimento de homologação do termo de apoio a convergência de interesses. Durante a vigência do acordo homologado em juízo, porém, diversas são as situações em que pode haver efetivos

conflitos, desentendimentos e manifestação de vontade pelo encerramento das obrigações assumidas, todas judicialmente apreciáveis.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 6º, trata de demanda para dirimir divergência de opiniões entre a pessoa com deficiência e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado. Nesse caso, forma-se uma lide anômala entre as partes do apoio homologado: a pretensão do apoiado de negociar com um terceiro é resistida pelo apoiador (que é terceiro em relação ao negócio). A norma não trata, pois, da hipótese de negociação sem a participação de apoiador, vista no subitem 3.2. Após ouvir o Ministério Público, o juiz deve decidir a questão. Fernando da Fonseca Gajardoni e Rosana Medeiros Veluci Gajardoni (2019, p. 87) explicam a hipótese:

Observe-se que o juiz só será chamado a dirimir a questão se: a) o negócio jurídico que o deficiente pretende celebrar estiver entre as hipóteses em que necessário o apoio (conforme termo apresentado) e puder causar risco (pessoal) ou prejuízo (financeiro) relevante, pois nos casos em que não houver esse elemento (negócios de pequena monta ou que não esteja no termo de apoio) vale a vontade do deficiente (devendo o juízo rejeitar o processamento do pedido de intervenção judicial); e b) se ao menos um dos apoiadores divergir da decisão do deficiente, pois se ambos divergirem – mesmo ciente de que o deficiente é pessoa capaz –, parece que a conclusão do negócio será de alto risco ao terceiro (que poderá, oportunamente, ver a avença anulada pelo Judiciário por conta do vício na emissão da vontade pelo deficiente), pelo que é provável que não haja conclusão do negócio, diante da não aplicação do art. 1.783-A, § 4º, do Código Civil.

Para o casal, o caso possui conflito e “parece incidir na hipótese a regra da causalidade, de modo que o vencido (apoiado ou apoiador) pagará as despesas processuais e os honorários do advogado do adversário, fixados equitativamente conforme art. 85, § 8º, do CPC.”

O Código Civil, art. 1.783-A, § 8º, trata da destituição de apoiador denunciado por atuar com negligência,¹² exercer pressão indevida ou faltar com as obrigações assumidas de forma expressa no termo. A destituição é uma punição por descumprimento de um dever e, por isso, exige exercício do contraditório pelo apoiador tachado de faltoso, conforme arts. 7º e 9º do CPC. Somente após o devido processo legal será possível estabelecer se a denúncia é procedente ou improcedente. Com a mesma premissa apontada pelo casal Gajardoni, esse caso também aparenta ser passível de pagamento de despesas processuais e honorários de sucumbência. Se denunciado pelo apoiado, pode significar a perda da fidúcia ou a deterioração da relação pessoal entre ele e o apoiador, a dar ensejo à aplicação das próximas regras.

O art. 1.783-A, § 10, do Código Civil trata da exclusão do apoiador, a pedido, do processo de tomada de decisão apoiada. A regra estabelece que está condicionada à manifestação do juiz sobre a matéria, que deve analisar a sua prestação de contas – que é restrita aos elementos e às informações prestados, ou não prestados – e eventual responsabilidade. Marcato (2017, p. 412) entende que diante dos pontos de contato “entre esse instituto e a curatela, o juiz poderá negar a exclusão se e quando a manutenção do apoiador for do interesse do apoiado.”

Por sua vez, Rizzardo (2019, p. 971) defende que “o desempenho do cargo submete-se à aceitação da pessoa. Mostra-se inconveniente impor a permanência, se manifestada a vontade de exoneração.” A decisão judicial não pode impor a participação desse requerente na Tomada de Decisão Apoiada contra a sua vontade. Já vimos que o apoio não é um múnus público. No entanto, como o juiz pode adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 723, p.u.), quando nomeados apenas dois apoiadores, o magistrado pode protrair sua eficácia por prazo razoável, de modo a permitir a sua substituição pelo apoiado, para impedir o encerramento do apoio e o prejuízo para a pessoa com deficiência.

¹² Caso não possa mais cumprir as obrigações assumidas, o apoiador deve comunicar a circunstância à pessoa com deficiência, de modo que permita providenciar sua substituição, sob pena de se configurar negligência. Poderá, ainda, requerer judicialmente a sua exclusão, à revelia do apoiado.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 9º, aborda o fim do acordo promovido pela pessoa com deficiência. Como quem pode o mais pode o menos, a pessoa apoiada pode encerrar o negócio em relação a um apoiador, com requerimento de sua exclusão. Essa regra será melhor analisada a seguir.

4 EXTINÇÃO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA PELO LEGITIMADO ATIVO

Além dos casos vistos acima de não substituição de apoiador quando formalizado com o mínimo legal, o procedimento de tomada de decisão apoiada se encerra com a morte do apoiado, no caso de apoiador e apoiadores optarem por fixar objeto do apoio específico e o fornecimento dos elementos e informações necessários se tornar impossível, na forma das regras gerais de extinção das obrigações, com o fim de seu prazo de validade, que deve ser determinado,¹³ ou por vontade do próprio apoiado, conforme dispõe o Código Civil, art. 1.783-A, § 9º.

Pessoa capaz que é, o apoiado pode a qualquer tempo pôr termo ao negócio jurídico da Tomada de Decisão Apoiada e passar a tomar decisões sobre atos e negócios jurídicos sozinho, com ou sem a colaboração de terceiros. Trata-se de exercício de direito potestativo, devendo o juiz homologar a rescisão do termo de apoio. Nesse caso, se o magistrado perfilhar o entendimento de que relativamente incapaz pode ser apoiado ou de adoção de uma posição muito branda sobre a exigência de discernimento, não há óbice para que, a requerimento de legitimado

¹³ Há quem defenda que o procedimento de tomada de decisão apoiada pode ser firmado por tempo indeterminado, como é o caso de FARIAS e RONSENVALD (2019, p. 961), perfilhando a posição de Maurício Requião. Certo está LÔBO (2019, p. 446) quando afirma que “é incompatível com esse instituto o tempo indeterminado, pois mascaria a antiga interdição permanente.” Dificil sustentar aquele entendimento, porque é *contra legem* – o Código Civil, art. 1.783-A, § 1º, determina que o termo a ser homologado contenha prazo de vigência do acordo – e em diversos casos há significativa alteração do estado da pessoa com o decurso do tempo, notadamente de doenças mentais crônicas e progressivas e algumas comorbidades afins da senilidade, que impede a indeterminação.

para tanto, decida de forma fundamentada pela conversão desse pleito em ação de curatela, com submissão do então apoiado à perícia ou, quando necessária, avaliação biopsicossocial da deficiência, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, nos termos do art. 2º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao final, será certificada a sua capacidade ou a restrição parcial de sua capacidade legal, com nomeação de curador.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência instituiu o procedimento de tomada de decisão apoiada, instrumento para que a pessoa com deficiência possa ter reduzida uma vulnerabilidade e possa exercer sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Estudamos que a Tomada de Decisão Apoiada é medida protetiva destinada às pessoas com deficiências que não necessitam de curatela, que devem negociar previamente as cláusulas do acordo com pelo menos duas pessoas capazes idôneas, que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência e que gozem de sua confiança. As vontades das partes desse negócio devem passar pelo crivo judicial, em virtude da exigência de ele ser objeto de ação necessária, mediante procedimento de jurisdição voluntária.

Logo no início dos trabalhos, constatamos que – como a legitimidade *ad causam* ativa é aferida *in status assertionis* – basta a mera qualificação do requerente como pessoa com deficiência na petição inicial para que seja considerada legítima para o ajuizamento da ação homologatória do termo de apoio. Por outro lado, qualquer pessoa capaz pode ser um apoiador e legitimado *ad causam* passivo.

Vimos também a disciplina legal para solução de divergências e conflitos entre eles, todos submetidos ao Judiciário, e as hipóteses de extinção do apoio.

Analisamos o objeto do apoio, apresentando as posições *lassa* e *estrita*, definindo que o procedimento de tomada de decisão apoiada é destinado aos atos negociais e patrimoniais. Em ato contínuo, vimos que a delimitação do objeto de apoio é relevante para a análise da legitimidade, especialmente porque ela se confunde com a capacidade de fato do agente.

Verificamos que a fixação do objeto de apoio é essencial para a análise da legitimidade ativa atinente ao negócio jurídico: se estrito aos atos negociais e patrimoniais, a pessoa com deficiência deve ser apta a declarar vontade; se amplo, envolvendo também direitos existenciais e atos do cotidiano, é possível sustentar a legitimidade de pessoa com deficiência que manifesta vontade de forma simples.

Concluimos que a manifestação de vontade do apoiado deve ser qualificada com o discernimento em maior ou menor grau, de acordo com o impacto no patrimônio do apoiado ou da complexidade do ato jurídico ou negócio jurídico objeto do apoio. A partir daí, será legitimada para figurar na posição de credora na relação jurídica de direito material a pessoa com deficiência capaz (ou que não necessita de submissão à curatela).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 6. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, v. 6.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). **Temas Relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1, p. 17-32.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 7, p. 118-133, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/304/286>. Acesso em: 03/05/2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GAJARDONI, Rosana Medeiros Veluci. Tomada de decisão apoiada pelo deficiente (art.1783-A do CC): alguns aspectos processuais. *In*: **Revista IBDFAM: família e sucessões**, n. 32, p. 67-93, mar./abr. 2019.

GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 719 a 770): dos procedimentos de jurisdição voluntária. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 5.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *In*: **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, p. 31-57, jul.-set./2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47>. Acesso em: 01/10/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. 32. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. I.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5538, 30 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68666>. Acesso em: 03/05/2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

Fabrizio do Vale Barretto

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia
Especialista em Direito do Estado pelo JusPODIVM/
Faculdade Baiana de Direito
Advogado

