

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Luíza Resende Guimarães

**A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL:**  
Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal

Belo Horizonte  
2021

Luíza Resende Guimarães

**A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O  
CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL:**

Uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Linha de pesquisa:** História, Poder e Liberdade  
**Projeto Coletivo e Área de estudo:** H09 – Direito Civil na Interdisciplinaridade

**Orientadora:** Profa. Dra. Mariana Alves Lara

**Coorientador:** Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto

Belo Horizonte  
2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

Guimarães, Luíza Resende  
G963c A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e o conceito de capacidade legal [manuscrito]: uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal / Luíza Resende Guimarães. - 2021.  
193 f.  
  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.  
Bibliografia: f. 180 - 193.  
  
1. Direito comparado - Brasil - Portugal - Teses. 2. Pessoas com deficiência - Estatuto legal, leis, etc. - Teses. 3. Direitos humanos - Teses. I. Lara, Mariana Alves. II. Roberto, Giordano Bruno Soares. III. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU: 342.7-056.26

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL<sup>a</sup>. LUÍZA RESENDE GUIMARÃES

Aos vinte e cinco dias do mês de agosto de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Profa. Dra. Mariana Alves Lara (orientador da candidata/UFMG); Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG); Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA) e Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado da **Bel<sup>a</sup>. LUÍZA RESENDE GUIMARÃES**, matrícula nº 2019659209, intitulada: "**A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CONCEITO DE CAPACIDADE LEGAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL**". Os trabalhos foram iniciados pela orientadora da candidata, Profa. Dra. Mariana Alves Lara, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, tendo se verificado o seguinte resultado:

**Profa. Dra. Mariana Alves Lara (orientadora da candidata/UFMG)**  
**Conceito: APROVADA**

**Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG)**  
**Conceito: APROVADA**

**Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA)**  
**Conceito: APROVADA**

**Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG)**  
**Conceito: APROVADA**

A Banca Examinadora considerou a candidata **APROVADA**, com nota **100 (cem)**. Nada mais havendo a tratar, a Professora Doutora Mariana Alves Lara, orientadora da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

**BANCA EXAMINADORA:**



**Profa. Dra. Mariana Alves Lara (orientador da candidata/UFMG)**



**Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG)**



**Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA)**

Fabio Queiroz

Pereira:01438960670

Assinado de forma digital por Fabio  
Queiroz Pereira:01438960670  
Dados: 2021.08.25 17:25:09 -03'00'

**Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG)**



**- CIENTE: Luíza Resende Guimarães (Mestranda)**

*Aos meus pais, pela paciência e apoio infinitos.*

## AGRADECIMENTOS

Nunca pensei que encontraria na redação dos agradecimentos mais um dos desafios da dissertação. O computador está aberto há algum tempo, me encarando enquanto procuro palavras para fazer jus àqueles que me auxiliaram e estiveram comigo durante esta etapa que está terminando. Início já sabendo que não conseguirei, porque não seria possível condensar em um texto breve o agradecimento que carrego, mas também com a consciência de que já disse “obrigada” a cada uma dessas pessoas ao longo do (longo) processo deste trabalho.

Para começar, cito aqueles que foram fundamentais na minha jornada acadêmica do mestrado. Agradeço à Mariana, minha orientadora, pelas muitas trocas acerca do conteúdo da dissertação; mas, mais do que isso, pela paciência, pelo incentivo, pelas boas conversas e por ter estado sempre disponível para ajudar com uma eficiência que espero atingir um dia. Ao Giordano, meu coorientador, pela gentileza e disposição que sempre demonstrou e por ter feito eu me sentir um pouco mais em casa na UFMG desde a primeira reunião. Obrigada, também, pela confiança que depositou em mim no processo seletivo e durante o estágio docência, uma das experiências mais valiosas que tive durante esses anos. Ao Gustavo, que foi quem fez eu me apaixonar pelo direito civil e pela docência, que me inspirou desde a primeira aula, no primeiro período da faculdade. Obrigada, Gustavo, por acreditar em mim, por ter a habilidade de fazer coisas complexas parecerem tão simples, por ouvir meus áudios segurando o choro (ou não segurando) e por me incentivar sempre, além ter criado um grupo de pesquisa incrível, e aproveitou o ensejo para agradecer a cada um/a dos/as colegas do LABB.

Preciso mencionar, além disso, duas disciplinas que foram muito importantes nesta trajetória. A primeira, “Pessoa com Deficiência e sua Abordagem pelo Direito Privado”, ministrada pela Mariana e pelo Fabio (a quem agradeço igualmente), foi essencial para o amadurecimento da minha pesquisa e pela forma que ela assumiu. Eram aulas de mais de 3 horas que passavam voando, em que extrapolávamos o tempo (mesmo que já fossem quase 23h), tamanha vontade de debater aqueles temas. A segunda foi “Seminário Metodológicos”, que adiei por um semestre para ser aluna do Seferian mais uma vez, já que minha admiração por ele e por suas aulas vinha desde a graduação. Os conteúdos e as trocas com o professor e com os/as colegas nessa disciplina foram cruciais para eu encontrar minha voz como pesquisadora e, por isso, sou muito grata.

No mais, agradeço aos meus pais e à Helena por toda a força, a paciência e o suporte que dedicaram a mim. Ao meu pai, que tem certeza que este trabalho é a melhor coisa que já

foi escrita (mesmo sem ter lido ainda). À minha mãe, que sei que várias vezes ficou acordada até de madrugada só para me fazer companhia. Não seria possível colocar em palavras minha gratidão por vocês, porque é infinita.

Obrigada, por fim, a todos aqueles que me ajudaram, que me resgataram de momentos ruins, que se fizeram presentes mesmo em tempos tão sombrios, em que o isolamento nos separou fisicamente, que tiraram seu tempo para ler partes do meu trabalho quando eu já tinha lido tantas vezes que não conseguia mais discernir o que fazia ou não sentido. Lucas, Mari, Laís, Nanda, Ana, Vic, Anna, Renata, Mimi, Thaís, Pedro e Maria Clara, espero que saibam como foram importantes para a construção deste texto. Sou grata pelas conversas acadêmicas e cotidianas, por terem tornado esse tempo mais leve e contribuído tanto comigo. A caminhada da pesquisa pode ser solitária, especialmente no atual cenário, mas não o foi graças a vocês, com quem tive a sorte de compartilhar minhas conquistas e dificuldades.



## RESUMO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) trouxe consigo mudanças paradigmáticas no que tange à abordagem jurídica da deficiência. Ao adotar uma visão biopsicossocial do fenômeno e estipular a criação de um sistema voltado primordialmente ao apoio no exercício da capacidade legal – em detrimento daquele baseado na substituição de vontade –, impôs desafios diversos aos países signatários. Isso posto, o presente trabalho tem como objetivo geral compreender se as diretrizes sobre capacidade legal previstas no artigo 12 da CDPD têm sido transpostas para os ordenamentos internos do Brasil e de Portugal de forma adequada. Para isso, parte-se do conceito de igualdade material, haja vista a capacidade legal ter sido garantida às pessoas com deficiência “em igualdade de condições com as demais”. A investigação é marcada pela interdisciplinaridade, que guarda relação com a adoção do método de direito comparado, já que a pesquisa migra do campo jurídico estrito para atingir espaços sociais e históricos que influenciam o sistema legal. A interdisciplinaridade também se faz presente entre o direito civil e o direito constitucional, pois a igualdade material é um conceito de direitos humanos. No mais, há influências filosóficas, em especial no que tange à exploração do conceito de autonomia. A pesquisa possui viés jurídico-dogmático e pertence à vertente jurídico-teórica, revelando seu caráter jurídico-comparativo na análise dos ordenamentos brasileiro e português. Acrescenta-se ainda, quanto à metodologia, que o direito comparado é adotado a partir da perspectiva funcional, que busca, em sistemas jurídicos distintos, institutos que cumprem a mesma função, isto é, que respondem ao mesmo problema. Neste caso particular, trata-se das figuras voltadas a viabilizar a tomada de decisões com efeitos jurídicos por parte das pessoas com deficiência. O Capítulo 1 do trabalho se debruça sobre os aspectos gerais da CDPD e os modelos teóricos utilizados ao longo da história para definir a deficiência. O Capítulo 2 se destina a uma investigação do conceito de autonomia, com foco em sua concepção relacional. No Capítulo 3, busca-se desvendar o sentido e o alcance da capacidade legal reconhecida no artigo 12 da CDPD, culminando a análise na controvérsia acerca da possibilidade ou não de manutenção de mecanismos substitutivos de vontade sob a égide do documento internacional. Por fim, a comparação entre os ordenamentos do Brasil e de Portugal acontece no Capítulo 4, cujo intuito é compreender até que ponto os países se adequaram (ou não) às diretrizes desenhadas pelo referido dispositivo da CDPD. Ao final da pesquisa, constata-se que tanto Brasil quanto Portugal possuem problemas na transposição do artigo 12 para seus respectivos ordenamentos, que resultam, em alguns casos, em desproteção; e, em outros, em manutenção velada do *status quo*.

**Palavras-chave:** Pessoas com Deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Capacidade legal. Direito comparado. Brasil. Portugal.

## ABSTRACT

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities has brought with it paradigmatic changes regarding the legal approach to disability. It was adopted a biopsychosocial view of this phenomenon and stipulated the creation of a system aimed primarily on supporting the exercise of legal capacity – instead of the one based on substituted decision-making –, it imposed a number of challenges on the signatory countries. That said, the main goal of the presente work is to understand if the guidelines on legal capacity provided in artigo 12 of the CRPD have been transposed to the domestic systems of Brazil and Portugal in adequate manner. To accomplish this will, it starts from the concept of material equality, given that legal capacity was guaranteed to people with disabilities “on equal basis with others”. The investigation is interdisciplinary, which is related to the adoption of the comparative law method, as the research migrates from the strict legal field to reach social and historical spaces that influence the legal system. Interdisciplinarity is also presente between civil law and constitutional law, since material equality is a concept related to human rights. In addition, there are philosophical interferences, especially regarding the concept of autonomy. The research has a juridical-dogmatic bias and belongs to the juridical-theoretical aspect, revealing its comparative-juridical character in the analysis of the Brazilian and Portuguese legal systems. Also regarding the methodology, the comparative law method will be adopted from its functional perspective, which seeks, in different legal systems, institutes that fulfill the same function, that is, that respond to the same problem. In this particular case, it is about figures aimed to enable decion-making with legal effects from persons with disabilities. Chapter 1 of the dissertation focuses on the general aspects of the CRPD and on the main theoretical models used throughout history to define disability. Chapter 2 intends to investigate the concept of autonomy, focused on its relational approach. Chapter 3 seeks to unravel the meaning and scope of the legal capacity recognized in article 12 of the CRPD, and the analysis culminates in the controversy about the possibility or not to maintain substituted decision-making mechanisms under the aegis of the international document. Finally, the comparison between Brazilian and Portuguese legal systems takes place in Chapter 4, and the objective is to understand to which extent both countries have adapted (or not) to the guidelines drawn up by article 12 of the CRPD. At the end of the research, it appears that both Brazil and Portugal have problems in transposing article 12 to their respective regulations, which in some cases result in lack of protection; and, in others, in veiled maintenance of the *status quo*.

**Keywords:** Persons with disabilities. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Legal capacity. Comparative law. Brazil. Portugal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</b> .....	13
<b>1.1 A necessidade e a relevância de uma convenção específica destinada às pessoas com deficiência</b> .....	13
<b>1.2 Uma visão panorâmica: formulação e conteúdo</b> .....	17
<i>1.2.1 O processo de formulação</i> .....	17
<i>1.2.2 Linhas gerais de conteúdo</i> .....	20
<b>1.3 A deficiência enquanto conceito evolutivo</b> .....	24
<i>1.3.1 O modelo de prescindência</i> .....	25
<i>1.3.2 O modelo médico</i> .....	25
<i>1.3.3 Os modelos social, biopsicossocial e de direitos humanos</i> .....	28
<b>CAPÍTULO 2 – UMA BREVE DIGRESSÃO SOBRE O CONCEITO DE AUTONOMIA E SUA CONCEPÇÃO RELACIONAL</b> .....	40
<b>2.1 O desenvolvimento da autonomia no pensamento liberal</b> .....	40
<b>2.2 Os problemas da concepção liberal e a proposta de autonomia relacional</b> .....	49
<b>CAPÍTULO 3 – O SENTIDO E O ALCANCE DA CAPACIDADE LEGAL RECONHECIDA NO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</b> .....	65
<b>3.1 A formação do artigo 12: um exame das reuniões do grupo de trabalho</b> .....	65
<i>3.1.1 Terceira sessão</i> .....	65
<i>3.1.2 Quarta sessão</i> .....	68
<i>3.1.3 Quinta sessão</i> .....	69
<i>3.1.4 Sexta sessão</i> .....	71
<i>3.1.5 Sétima sessão</i> .....	72
<i>3.1.6 Oitava sessão</i> .....	76
<b>3.2 O coração da Convenção: desvendando o significado da capacidade legal prevista no artigo 12</b> .....	77
<i>3.2.1 Parágrafos 1 e 2: personalidade jurídica, capacidade de direito e capacidade de fato</i> .....	77

3.2.2 <i>Parágrafos 3 e 4: a instauração de um modelo de apoio ao exercício da capacidade legal e as salvaguardas destinadas à prevenção de abusos</i> .....	82
3.3 O reconhecimento da capacidade legal e a manutenção de mecanismos substitutivos de vontade: reflexões com base na igualdade material .....	92
<b>CAPÍTULO 4: A (IN)ADEQUAÇÃO DOS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS AO RECONHECIMENTO DE CAPACIDADE LEGAL ENUNCIADO NA CDPD</b> .....	101
4.1. Direito comparado Brasil-Portugal: metodologia e escolha dos países .....	101
4.2 O cenário anterior à promulgação da Lei nº 13.146/2015 no Brasil e da Lei nº 49/2018 em Portugal .....	106
4.2.1 <i>Categorias e hipóteses de incapacidade</i> .....	107
4.2.2 <i>Modalidades de suprimento da incapacidade</i> .....	113
4.2.3 <i>Relação entre deficiência e incapacidade</i> .....	114
4.2.4 <i>Apontamentos conclusivos</i> .....	120
4.3 As modificações transpostas da CDPD para os ordenamentos internos do Brasil e de Portugal .....	121
4.3.1 <i>Categorias e hipóteses de incapacidade</i> .....	123
4.3.2 <i>Modalidades de suprimento da incapacidade e introdução do apoio</i> .....	128
4.3.3 <i>Relação entre deficiência e incapacidade</i> .....	147
4.3.4 <i>Considerações da ONU acerca das reformas empreendidas</i> .....	155
4.3.5 <i>Apontamentos conclusivos</i> .....	157
<b>CONCLUSÃO</b> .....	169
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	180

## INTRODUÇÃO

*Pode soar como ingratidão, mas essa é uma das coisas das quais eu me ressinto aqui – a atitude de que sou uma cobaia. As referências constantes de Nemur sobre ter me feito o que sou ou sobre algum dia haver outros como eu que se tornarão seres humanos reais. Como posso fazê-lo entender que ele não me criou? Ele comete o mesmo erro que os outros quando olham para uma pessoa de mente débil e riem porque não entendem que existem sentimentos humanos envolvidos. Ele não percebe que eu era uma pessoa antes de vir para cá (Flores para Algernon – Daniel Keyes).*

Flores para Algernon<sup>1</sup> é o título de uma ficção científica originalmente publicada em 1966, que narra a história de Charlie Gordon, personagem com deficiência intelectual que aceita ser a primeira pessoa a passar por uma intervenção cirúrgica revolucionária que promete aumentar seu QI e reabilitá-lo de sua deficiência.

O procedimento cumpre seu intento e Charlie é “curado”. Ele se torna um dos homens mais inteligentes do mundo, mais até do que os pesquisadores que desenvolveram o método aplicado na sua cirurgia, mas isso o leva a notar certas nuances, que antes passavam despercebidas, acerca de como foi tratado ao longo da vida por sua família, por aqueles que considerava seus amigos e, finalmente, pelos cientistas: aos seus olhos, Charlie era um peso, uma piada ou uma cobaia. Charlie só não era uma pessoa. Ao menos não antes de ser “consertado”.

Ser enxergado como um ser humano pode parecer um anseio muito simples, mas não para aqueles que possuem alguma deficiência, em particular de ordem mental ou intelectual. Charlie não tinha aspirações de genialidade. Só queria ser visto como igual. E, quando isso acontece, graças ao experimento, percebe o quanto ressentido do fato de o tratarem como se sua humanidade tivesse sido criada em laboratório, quando, na verdade, ela sempre esteve ali. Mas as pessoas continuavam se recusando a enxergar isso.

A jornada é dolorosa de ler porque, por mais que se trate de narrativa ficcional que gira em torno de um procedimento médico que não existe na realidade – seja em 1966 ou em 2021 –, as dores e angústias de Charlie derivam, em grande medida, das situações discriminatórias às quais foi submetido desde seu nascimento. E sabe-se que não há nada de fictício na discriminação contra pessoas com deficiência. Ao contrário: ela é uma constante no que tange ao tratamento destinado pela sociedade a este grupo ao longo dos séculos.

Não se trata de problema superado na contemporaneidade, de forma que seus efeitos nefastos ainda são fortemente sentidos. Tendo em vista este cenário persistente de exclusão e invisibilização é que foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 2006, a Convenção

---

<sup>1</sup> KEYES, Daniel. **Flores para Algernon**. São Paulo: Aleph, 2018.

Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). O documento adota posicionamento orientado, primordialmente, pela dignidade e pela autonomia desses sujeitos e, por essa razão, prioriza a liberdade para que possam fazer suas escolhas e viver de acordo com seu próprio plano de vida na máxima medida possível.

No âmbito do direito civil, o maior potencial transformador da Convenção pode ser encontrado em seu artigo 12, que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida. Para além, obriga os Estados a disponibilizarem mecanismos de apoio ao exercício desta capacidade, os quais devem ser priorizados em detrimento daqueles amplamente baseados na substituição de vontades.

Não há dúvidas de que é complexa a tarefa exercida pela disciplina das incapacidades aplicável às pessoas com deficiência, que precisa compatibilizar duas forças que se digladiam para impor sua forma: a proteção e a promoção da autonomia. A questão é que, em muitos ordenamentos, este dilema nunca foi vivido de fato, porque a proteção sempre foi a pedra de toque no tratamento jurídico destinado a esses sujeitos. Partir da proteção, porém, denota um contrassenso que precisava ser alterado há tempos: para pessoas maiores, a presunção deve ser (não apenas na teoria, mas também na prática) de plena capacidade para o exercício dos direitos<sup>2</sup>. A Convenção busca justamente reparar este quadro, dando mais atenção à autonomia.

O novo cenário proposto cria uma série de desafios para os países signatários do documento internacional. Revela-se, afinal, uma verdadeira revolução nos tradicionais regimes de (in)capacidade existentes ao redor do mundo, nos quais pessoas com deficiência eram presumidas incapazes (por disposição legal ou por má aplicação dos institutos). Como consequência, advém a necessidade de reformas legislativas de direito interno acerca da temática.

Nesta dissertação, a análise recairá sobre as modificações empreendidas nos ordenamentos do Brasil e de Portugal. O objetivo geral é compreender em que medida as diretrizes sobre capacidade legal previstas no artigo 12 da CDPD têm sido adequadamente transpostas para as duas ordens jurídicas.

Para isso, será adotado o método de direito comparado em seu viés funcional, o que significa que a comparação será lastreada na busca por figuras aptas a solucionar o mesmo tipo de problema nos dois sistemas selecionados. O exame ficará centrado nos institutos vocacionados a viabilizar a tomada de decisões com efeitos jurídicos por parte das pessoas com

---

<sup>2</sup> Cf.: VÍTOR, Paula Távora. **A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15-16. As reflexões da autora se referem ao ordenamento português.

deficiência (em particular mental e intelectual), com foco nos mecanismos substitutivos de vontade existentes antes da Convenção e naqueles mantidos após o seu advento.

Ainda em termos metodológicos, trata-se de pesquisa jurídico-dogmática, que pertence à vertente jurídico-teórica, visto que se baseia na interpretação e na aplicação da CDPD ao direito doméstico do Brasil e de Portugal. Em virtude da aludida relação entre os dois ordenamentos, evidencia-se o caráter jurídico-comparativo da investigação, que se presta à identificação de semelhanças e diferenças entre eles, além de seus pontos fortes e fracos e das dificuldades e soluções encontradas por ambos. Nesta avaliação, destaca-se a interação entre a legislação, a doutrina, a jurisprudência e outros documentos oficiais.

O estudo possui enfoque qualitativo revestido de caráter bibliográfico e interdisciplinar, valendo-se do método de análise de conteúdo. A interdisciplinaridade guarda relação com o emprego da metodologia de direito comparado, já que a pesquisa migra do campo jurídico estrito para atingir espaços sociais e históricos que influenciam o sistema legal em alguma medida. No mais, serão estabelecidas interseções com saberes da filosofia, especialmente no que tange à exploração do conceito de autonomia.

Delineados objetivo e metodologia, importa passar brevemente pelos principais temas a serem abordados ao longo dos quatro capítulos do trabalho. O Capítulo 1 visa a fornecer uma visão ampla da CDPD, versando sobre as questões que culminaram na necessidade de um documento específico destinado a este grupo, sobre seu processo de formulação no seio das Nações Unidas e sobre as linhas gerais de seu conteúdo. Além disso, considerando que a deficiência não pode ser enxergada como estanque e desvinculada da realidade em que se insere, serão apresentados os principais modelos conceituais utilizados para defini-la ao longo da história, com ênfase na concepção biopsicossocial do fenômeno.

O Capítulo 2, por sua vez, será centrado no conceito de autonomia, utilizando-se de saberes jurídicos e filosóficos. Serão brevemente expostas algumas considerações sobre o desenvolvimento da ideia de autonomia no pensamento liberal e, em seguida, estudados os problemas ligados a esta corrente quando aplicada às pessoas com deficiência. Ganhará relevo, neste contexto, a proposta de uma autonomia relacional, compreendida na interdependência e que rompe com a noção utópica de autossuficiência humana.

No Capítulo 3, buscar-se-á desvendar o sentido e o alcance da capacidade legal reconhecida no artigo 12 da CDPD. Com esta finalidade, serão examinadas detidamente as atas das sessões de formulação do pacto internacional, sumarizando as principais discussões acerca

do dispositivo desenroladas entre as delegações estatais e as organizações da sociedade civil presentes na ocasião.

Em um segundo momento, receberá toda atenção do conteúdo do artigo 12 em si – sobretudo o conceito de capacidade legal –, sendo esmiuçados cada um dos parágrafos do seu texto. A investigação culminará no debate acerca da possibilidade ou não de manutenção de mecanismos substitutivos de vontade e de sua coexistência com ferramentas de apoio sob a égide da CDPD. Estas reflexões serão guiadas pelo princípio da igualdade em sua dimensão material, visto que a capacidade legal foi garantida às pessoas com deficiência em igualdade de condições com os demais cidadãos.

O Capítulo 4 encarregar-se-á de explicar a metodologia de direito comparado e de apresentar os mais relevantes motivos que levaram à escolha de Brasil e Portugal para protagonizarem este estudo. Logo após, terá início, efetivamente, a análise comparada, focada nos regimes de capacidade/incapacidade dos dois países.

A princípio, será estudado o panorama anterior às mudanças derivadas da CDPD, dando ênfase não apenas à legislação, mas também a apontamentos doutrinários e a dados jurisprudenciais. Em seguida, serão finalmente avaliadas as modificações transpostas da Convenção para os sistemas jurídicos selecionados, direcionando luz à reelaboração das categorias, hipóteses e modalidades de suprimento da incapacidade, à introdução de medidas de apoio e à relação estabelecida entre deficiência e incapacidade na nova sistemática.

Com essas informações, será possível compreender até que ponto as reformas realizadas pelo Brasil e por Portugal são adequadas às diretrizes desenhadas pelo aludido artigo 12 da CDPD. Ademais, pretende-se colaborar com a experiência pátria, evidenciando as vantagens e desvantagens do atual formato assumido pela disciplina da capacidade civil em solo nacional e aprendendo com eventuais erros na regulação portuguesa (para não repeti-los) e também com os acertos (que podem servir como inspiração na busca por melhores soluções).



## CAPÍTULO 1: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

### 1.1 A necessidade e a relevância de uma convenção específica destinada às pessoas com deficiência

Para compreender os motivos que levaram à promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – haja vista não se tratar do primeiro ou único documento internacional a abarcar este grupo –, é necessário vislumbrar o cenário global que culminou na sua formulação.

De uma perspectiva mais ampla, atenta-se para a história da construção dos direitos humanos. Flávia Piovesan explica que estes representam uma criação axiológica moldada a partir de um espaço simbólico de enfrentamento e ação social e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma voltada à proteção desta<sup>3</sup>.

Isso não significa que sempre operaram da melhor forma possível, especialmente no que tange a grupos minoritários. A narrativa dos direitos humanos, durante muito tempo, foi marcada pelo temor à diferença e por uma tônica de proteção geral e abstrata, assentada na igualdade formal. Tal lógica, no entanto, mostrou-se insuficiente diante da percepção de que determinados sujeitos e violações de direitos exigiam respostas particulares e diferenciadas<sup>4</sup>.

É primordial assimilar que, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, sua violação também o é. Logo, as exclusões, as discriminações, as intolerâncias e as injustiças são um constructo histórico que precisa ruir, sendo emergencial, nas palavras de Piovesan, “a adoção de medidas eficazes para romper com a herança de exclusão, que tem mutilado o protagonismo, a cidadania e a dignidade das pessoas com deficiência”<sup>5</sup>.

A decisão pela elaboração de uma convenção temática sobre a deficiência, portanto, insere-se em um contexto de especificação dos direitos humanos, consubstanciado na obrigação da comunidade internacional de continuamente aperfeiçoar seu conteúdo, “articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias”<sup>6</sup>. Isso se traduz na necessidade de reconhecimento e

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004, p. 34

positivação de direitos previamente garantidos – em uma perspectiva genérica – a grupos minoritários e marginalizados, já que as previsões anteriores mostraram-se ineficazes em grande medida<sup>7</sup>.

Engana-se quem acredita que este debate é recente. A tratativa concedida às pessoas com deficiência no âmbito dos direitos humanos compreende quatro fases distintas, conforme explicação de Piovesan:

a) uma fase de intolerância em relação à pessoa com deficiência, em que esta simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica da deficiência; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos<sup>8</sup>.

Adiante, ficará evidente que tais fases se conectam diretamente aos modelos de compreensão da deficiência, mas o enfoque, aqui, é avaliar os impactos da última fase, que preza por clareza acerca dos deveres dos Estados, que devem remover os obstáculos que impedem o pleno exercício de direitos por parte das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades com autonomia e participação<sup>9</sup>.

A adoção da CDPD advém dessa inspiração, mas ela não foi a primeira tentativa de alcançar os objetivos listados. Nas três décadas anteriores à sua promulgação, foram editados documentos não-vinculantes<sup>10</sup> que abordavam a deficiência. Nesse cenário, a Assembleia Geral da ONU proclamou 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, cujo lema girava em torno da participação e igualdade plena. Em seguida, declarou-se a Década Internacional

<sup>7</sup> FONTÁN, Otilia del Carmen Zito. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: un llamado a la conscientización social. In: FONTÁN, Otilia del Carmen Zito. **Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, p. 32.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

<sup>10</sup> Documentos internacionais não-vinculantes, também denominados *soft law*, podem ser definidos como standards normativos que contemplam princípios, normas, padrões e outras declarações de comportamentos esperados. Não possuem caráter vinculativo e, portanto, não geram sanções jurídicas. Em contrapartida, os documentos vinculantes, de *hard law*, são normas de direito internacional que estabelecem regras vinculativas no âmbito do direito interno. Sua obrigatoriedade jurídica possibilita a aplicação de sanções jurídicas em caso de descumprimento por intermédio de tribunais internacionais ou mesmo de órgãos internos judiciais dos países signatários. Cf: RIBEIRO, Alanna; BRITTO, Nara. *Soft Law e Hard Law como caminho para afirmação do direito à proteção de dados: uma análise da experiência internacional e brasileira*. **Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia**, Brasília, 2018, p. 3-5.

das Pessoas Deficientes, entre 1983 e 1993, na qual deveriam ser cumpridos objetivos relacionados à prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades – o último alicerçado na mudança de perspectiva a partir da qual se admitia a participação do entorno na determinação dos efeitos da deficiência<sup>11</sup>.

Sob essa influência, em 1987, durante uma reunião global de especialistas para analisar a implementação das medidas propostas nos referidos documentos, a ideia de elaborar uma convenção vinculante sobre o tema foi levantada pela Itália. A solicitação foi submetida à votação e indeferida. Em Assembleia Geral subsequente, um novo esforço foi feito pela Suécia, mais uma vez sem sucesso<sup>12</sup>.

Não se pode negar que as recusas tiveram repercussão negativa para a causa, mas isso não significa que a comunidade internacional fechava completamente os olhos para as dificuldades das pessoas com deficiência. Durante o aludido decênio, foram elaborados os Princípios para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados com a Saúde Mental (1991) e as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência (1993)<sup>13</sup>.

Os Princípios foram, como outros instrumentos anteriores, alvos de ferrenhas críticas por parte do próprio grupo ao qual se dirigiam, haja vista a forma pejorativa e patronal utilizada para se referir à deficiência<sup>14</sup>. As Regras Gerais, em contrapartida, foram bem recebidas e reconheceram a necessidade da adoção de medidas estatais para uma proteção específica capaz de garantir o exercício de direitos por parte daquela parcela da população<sup>15</sup>. Desde sua promulgação, foram tidas como a base legal internacional para ações relativas ao tema, já que seus princípios foram baseados na filosofia elaborada pelas próprias pessoas com deficiência e por suas organizações representativas<sup>16</sup>.

Ao final do século XX, as pessoas com deficiência contavam com certo arcabouço de *soft law* destinado à proteção de seus direitos. Apesar da importância de normas não-vinculantes, efetivas à sua própria maneira, a elaboração da maior parte delas não contou com

---

<sup>11</sup> PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 33.

<sup>12</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 293.

<sup>13</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 45.

<sup>14</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 45.

<sup>15</sup> PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 28.

<sup>16</sup> PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 34-35

a participação de seus destinatários. Como consequência, refletiam a visão de mundo de pessoas sem deficiência e estabeleciam um baixo parâmetro de direitos<sup>17</sup>.

Assim, terminada a Década Internacional das Pessoas Deficientes, elas ainda não eram amparadas por um corpo único de normas exigíveis ou por um órgão encarregado de monitorar seu cumprimento e tomar frente em eventuais (ou não tão eventuais) violações<sup>18</sup>. As recusas da comunidade internacional em elaborar uma convenção temática vinham acompanhadas de discurso segundo o qual a deficiência já era abarcada pelos demais tratados de direitos humanos e, por isso, não haveria necessidade de um especial<sup>19</sup>. Embora não fossem falsas as alegações de inclusão normativa, não encontravam correspondência na realidade: a experiência prática desses indivíduos ainda era de privação constante. Ignorar esse fato chancelava um cenário de normalização do descumprimento de seus direitos.

Diante do exposto, a proposta de formulação de uma convenção específica angariava cada vez mais adeptos. Gerard Quinn e Theresia Degener – ambos envolvidos nas discussões situadas no interior das Nações Unidas no período pré-CDPD – informam que um dos argumentos mais repetidos por quem advogava a favor da formulação girava em torno da visibilidade: alegava-se que, em tratados genéricos, era muito difícil que os órgãos de monitoramento da ONU direcionassem seu foco às pessoas com deficiência, inclusive porque as ONGs que cuidavam dos seus interesses possuíam pouco engajamento junto ao maquinário responsável pela fiscalização dos instrumentos internacionais<sup>20</sup>.

Com efeito, um documento temático poderia representar o melhor catalisador para a integração da deficiência nos mecanismos de monitoramento já existentes. De outro ângulo, a visibilidade também possuía peso simbólico: o advento de uma convenção desse tipo, no mínimo, enviaria ao mundo um sinal de que essa parcela da população existia e era detentora de iguais direitos, esperanças, e aspirações<sup>21</sup>.

Além disso, arguia-se pela importância da concentração dos direitos. No cenário até então posto, as ONGs de pessoas com deficiência tinham que dispersar sua atenção entre, no mínimo, seis instrumentos diferentes, o que atrapalhava seu engajamento. Faria muito mais

---

<sup>17</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 293.

<sup>18</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 293.

<sup>19</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 45.

<sup>20</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 295.

<sup>21</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 295.

sentido encapsular todos os direitos, porque as obrigações dos Estados ficariam mais claras e as organizações teriam um alvo definido, o que otimizaria sua atuação. Apesar de, do ponto de vista teórico, ser possível tratar separadamente as esferas social, cultural, ambiental ou de saúde, os sujeitos não são passíveis de fragmentação: a deficiência os afeta em todos os âmbitos. Partindo desse pressuposto, todas essas questões poderiam ser combinadas em uma única estrutura intelectual e vinculante, que não acarretaria a exclusão das anteriores. Pelo contrário: elas se reforçariam mutuamente, representando a convenção um enorme passo à frente, sustentando as proteções advindas de instrumentos de direitos humanos pré-existent<sup>22</sup>.

Finalmente, em setembro de 2001, durante a Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, o presidente do México, Vicente Fox, fez uma nova solicitação à ONU para a elaboração de uma convenção voltada às pessoas com deficiência, a qual foi aprovada pela Assembleia Geral<sup>23</sup>. Enfim, esses sujeitos poderiam contar com um Comitê que zelasse pela proteção de seus direitos, suprimindo as insuficiências anteriores e a ausência de supervisão do cumprimento por parte dos Estados<sup>24</sup>. Como se desenrolou esse processo, vê-se adiante.

## 1.2 Uma visão panorâmica: formulação e conteúdo

### 1.2.1 O processo de formulação

Quase duas décadas após o início dos debates acerca da questão, no decorrer da 56<sup>a</sup> Assembleia Geral da ONU, em 2001, por meio da Resolução 46/168, optou-se pela viabilidade de uma convenção temática destinada às pessoas com deficiência. Foi determinada a criação de um Comitê *Ad Hoc* encarregado de examinar propostas para um documento que fosse abrangente, integral e com foco em promover os direitos e a dignidade desses sujeitos. Seu processo de elaboração, no seio das Nações Unidas, contou com intenso esforço de atores internacionais diversos. No total, somaram-se quatro anos e oito sessões de trabalho.

A primeira sessão<sup>25</sup> do Comitê *Ad Hoc* ocorreu em julho de 2002, contou com representantes de cerca de 80 países e abrangeu aspectos mais gerais da tarefa. A decisão mais

<sup>22</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 295-297.

<sup>23</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 45.

<sup>24</sup> PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 47.

<sup>25</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the First Session**. New York: United Nations, 2002.

significativa foi a de permitir a ampla participação de Organizações não Governamentais – como organizações de pessoas com deficiência, instituições de direitos humanos e outras associações da sociedade civil – na elaboração do pacto. Autorizou-se elas que comparecessem às reuniões e atuassem ativamente nos debates travados, bem como foram incentivadas consultas a seus membros. Criou-se, também, um fundo para garantir que restrições financeiras não impedissem a participação de especialistas advindos de países em desenvolvimento<sup>26</sup>.

Ao final do processo, foram mais de 400 ONGs cadastradas pelo Comitê; de longe o número mais alto na história de um processo desenrolado na ONU. Nas primeiras sessões, eram poucas as pessoas com deficiências presentes nas deliberações. Com o intuito de mudar esse cenário e alavancar a interação das ONGs, foi criado o *International Disability Caucus (IDC)*<sup>27</sup>, órgão representativo de aproximadamente 50 organizações, conduzido por consenso e baseado no respeito mútuo<sup>28</sup>. Além disso, ressalta-se que muitas delegações de Estados passaram a incluir pessoas com deficiência, o que também auxiliou no direcionamento do diálogo<sup>29</sup>.

A importância dessa forma inédita de trabalhar, que permitiu status igualitário à sociedade civil por intermédio da ativa participação de grupos marginalizados na elaboração das políticas, foi amplamente reconhecida por estudiosos do tema. Sobre o assunto, Iris Young realizou leitura apurada em que aponta que as estruturas da sociedade e suas normas são um reflexo das relações de poder existentes, criadas e definidas por grupos dominantes interessados na manutenção do *status quo*. O desmonte deste sistema opressor apenas ocorre quando grupos marginalizados começam a ser parte da estrutura política, engajados em redefinir a agenda e os conceitos atinentes a suas vidas. Ausente esse envolvimento ativo, perdura a posição de marginalização e opressão<sup>30</sup>.

Percebe-se, pois, o potencial revolucionário que as organizações da sociedade civil detiveram no construir da CDPD. Seu envolvimento, afinal, abalou a perspectiva “estado-centrista” nas tomadas de decisões internacionais<sup>31</sup>. Em grande medida, esse potencial foi

---

<sup>26</sup> MELISH, Tara. The UN Disability Convention: Historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify. **Human Rights Brief**, v. 14, n. 2, 2007, p. 43.

<sup>27</sup> WOODBURN, Hanna. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Political Perspectives**, Washington, v. 7, n. 1, 2013, p. 82.

<sup>28</sup> WOODBURN, Hanna. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Political Perspectives**, Washington, v. 7, n. 1, 2013, p. 82.

<sup>29</sup> LÖVE, Laufey et al. The Inclusion of the Lived Experience of Disability in Policy Making, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018, p. 2.

<sup>30</sup> YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 184-185.

<sup>31</sup> HOLZSCHEITER, Anna. Discourse as capability: Non-state actors’ capital in global governance. **Millennium. Journal of International Studies**, London, v. 33, n. 3, 2005, p. 724.

concretizado: a inovação procedimental se revelou uma das mais importantes para os contornos assumidos pelo documento. Esses atores contribuíram em larga escala para a superação da visão excessivamente paternalista que marcava o tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência, assim como para o fortalecimento de uma nova abordagem, com enfoque nos direitos humanos e baseada no reconhecimento da autonomia.

O trabalho de *lobby* desempenhado pela sociedade civil durante todo o processo foi bastante interessante. Certamente o formato final da CDPD não seria o mesmo sem sua contribuição<sup>32</sup>. Ausente esse traço distintivo, é improvável que os Estados tivessem conseguido examinar criticamente suas próprias práticas<sup>33</sup>. Fez-se jus ao mantra inegociável<sup>34</sup> do movimento político das pessoas com deficiência: “nada sobre nós, sem nós”.

Retornando ao relato das reuniões, na segunda sessão<sup>35</sup> (junho de 2003), o Comitê *Ad Hoc* decidiu pelo estabelecimento de um Grupo de Trabalho, cuja incumbência era preparar um projeto de texto para subsidiar as discussões posteriores; e foram discutidos os princípios fundamentais do documento. Na quarta sessão<sup>36</sup> (setembro de 2004), o IDC se fortaleceu como legítimo interlocutor e ator político organizado, representando a centralização das vozes da sociedade civil<sup>37</sup>. A sexta sessão<sup>38</sup> (agosto de 2005) resultou em um novo esboço que levava em consideração, artigo a artigo, quais propostas de redação tinham angariado mais apoio e quais ainda precisavam ser melhor discutidas<sup>39</sup>. Em agosto de 2006, na oitava e última sessão<sup>40</sup>,

<sup>32</sup> LÖVE, Laufey et al. The Inclusion of the Lived Experience of Disability in Policy Making, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018, p. 2.

<sup>33</sup> WOODBURN, Hanna. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Political Perspectives**, Washington, v. 7, n. 1, 2013, p. 84.

<sup>34</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 56.

<sup>35</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Second Session**. New York: United Nations, 2003.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Fourth Session**. New York: United Nations, 2004.

<sup>37</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 58.

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Sixth Session**. New York: United Nations, 2005.

<sup>39</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 58-59.

<sup>40</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Eight Session**. New York: United Nations, 2006.

as discussões foram focadas no conteúdo (não mais na forma ou em questões estruturais), especialmente daqueles temas complexos acerca dos quais o consenso era mais difícil de ser alcançado. Enfim, no dia 25 de agosto, “em meio a muita emoção, os presentes na sala 2 do prédio sede da ONU, em Nova York, assistiram à aclamação do texto final da CDPD e de seu Protocolo Facultativo”<sup>41</sup>.

A versão final foi apresentada pelo Comitê na 61ª Assembleia Geral e aprovada por consenso pelo Plenário no dia 13 de dezembro de 2006. A Convenção e o Protocolo Facultativo foram abertos para assinatura e adesão dos Estados e organizações a partir de março do ano seguinte. A vigésima ratificação, condição para o início de sua vigência, ocorreu em abril de 2008<sup>42</sup>. Finalizava-se, pois, o primeiro pacto internacional de direitos humanos do século XXI.

### 1.2.2 Linhas gerais de conteúdo

Em seu desenho final, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência conta com 50 artigos, além do preâmbulo, aos quais acrescentam-se os 15 constantes no Protocolo Facultativo. Para fins do monitoramento de sua execução, o artigo 34 dispõe sobre a criação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>43</sup>. Os países que optam por assinar o Protocolo Facultativo reconhecem, dentre outras competências, a legitimidade deste Comitê para receber e considerar petições de indivíduos ou grupos vítimas de violações de seus direitos por parte do Estado. Em caso de graves e/ou sistemáticas ofensas, poderá o referido órgão realizar investigações *in loco*, com prévia anuência do país<sup>44</sup>.

A Convenção contempla as vertentes repressiva (atinentes à proibição de discriminação) e promocional (relativa à promoção de igualdade)<sup>45</sup>. Ao longo de suas dezenas de artigos, enunciam-se propósitos (artigo 1), definições (artigo 2), princípios (artigo 3), obrigações gerais

<sup>41</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 64.

<sup>42</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 44.

<sup>43</sup> A formação atual do órgão conta com 118 especialistas escolhidos levando em conta uma distribuição geográfica equitativa, a representatividade de diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos, a representação equilibrada de gêneros e a participação de peritos com deficiência. Cf.: UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **General Comment n° 1: Equal recognition before the law**. New York: United Nations, 2014.

<sup>44</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

<sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.



(artigo 4), temas transversais (artigos 6 a 8), direitos fundamentais (artigos 5 e 9 a 30) e medidas de aplicação e monitoramento (artigo 31 a 50).

Constam em seu texto direitos civis e políticos clássicos, como o direito ao igual reconhecimento perante a lei (artigo 12), ao acesso à justiça (artigo 13), à liberdade e segurança (artigo 14), à prevenção contra tortura e tratamentos ou penas cruéis (artigo 15), à integridade pessoal (artigo 17), à liberdade de expressão (artigo 21) e à privacidade (artigo 22). Também estão incluídos, corroborando a consolidação da perspectiva integral dos direitos humanos, direitos econômicos, sociais e culturais: direito à vida independente e à inclusão comunitária (artigo 19), à moradia e à convivência familiar (artigo 23), à educação (artigo 24), à saúde (artigo 25), à habilitação e à reabilitação (artigo 26), à participação na vida cultural (artigo 30)<sup>46</sup>.

Além disso, os países assumem a obrigação de modificar ou abolir legislações, regulações e práticas com potencial discriminatório, assim como de providenciar programas de apoio às pessoas com deficiência (artigo 4). Isso inclui, por exemplo, o dever de oferecer treinamento sobre questões relativas à deficiência para aqueles envolvidos na administração da justiça (artigo 13), de ofertar programas para reconhecer e combater a exploração desses sujeitos (artigo 15), de prover serviços de apoio comunitários (artigo 19), de conscientizar a população sobre o assunto (artigo 8) e de combater qualquer tipo de discriminação (artigo 5)<sup>47</sup>.

Para atingir uma visão da Convenção que, embora panorâmica, não seja superficial, vale examinar brevemente alguns de seus principais dispositivos. O artigo 1 enuncia o propósito do pacto – isto é, promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência – e estabelece o conceito de deficiência, mas esta análise ficará reservada para seção posterior do trabalho.

O artigo 2 fica responsável pela definição dos conceitos-chave, quais sejam: comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal. Aos propósitos desta dissertação, interessa explorar apenas a discriminação por motivo de deficiência, a qual é concebida como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição nela baseada, “com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades, com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais [...]”, nos termos do texto convencional.

---

<sup>46</sup> SZMUKLER, George; BACH, Michael. Mental Health Disabilities and Human Rights Protections. **Global Mental Health**, Cambridge, v. 2, n. 20, 2015, p. 2.

<sup>47</sup> SZMUKLER, George; BACH, Michael. Mental Health Disabilities and Human Rights Protections. **Global Mental Health**, Cambridge, v. 2, n. 20, 2015, 2015, p. 2

Este primeiro conceito corrobora com a compreensão de que o corpo com impedimentos não é justificativa para a exclusão de alguém. Débora Diniz e Livia Barbosa explicam que a discriminação, afinal, não é um dado da natureza, não está na essência de nenhum corpo, mas no olhar do outro que o desqualifica como um ser abjeto. Encontra-se precisamente neste ponto a essência da discriminação: trata-se de recusar a dignidade daqueles que escapam a um padrão ideal de ser humano<sup>48</sup>.

O artigo 3 elenca os princípios pelos quais se orienta a CDPD. São eles: a) o respeito pela dignidade inerente, pela autonomia individual (incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas) e pela independência; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e aceitação da deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; e h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades e pela identidade das crianças com deficiência.

Há uma inequívoca conexão entre a principiologia da CDPD. Sua finalidade conjunta é garantir a inclusão social das pessoas com deficiência de uma perspectiva global. Assim, quando se assegura o respeito à diversidade, à diferença e à aceitação, infere-se que é intolerável a discriminação e, por conseguinte, deve ocorrer a inclusão social. Para que isso ocorra, é necessária a acessibilidade, direito instrumental imprescindível para o exercício de todos (ou quase todos) os outros. Assim, não se pode isolá-los e aplicar cada um separadamente, até porque quando algum é desobedecido, todos o são em alguma medida<sup>49</sup>.

Expostas essas linhas gerais, Amita Dhanda sintetiza como as conquistas basilares que advieram da Convenção: (i) a passagem da abordagem de bem-estar para a abordagem de direitos; (ii) a introdução, de fato, do idioma da equidade e da não-discriminação; e (iii) a valorização da autonomia e sua viabilização por intermédio do apoio<sup>50</sup>.

A primeira se relaciona à quebra do silêncio promovida pela CDPD quanto à previsão de um regime de direitos políticos para as pessoas com deficiência. Sua ausência em documentos internacionais anteriores contribuía de maneira significativa para uma abordagem baseada primordialmente no bem-estar, na qual esses sujeitos não tinham a oportunidade de

---

<sup>48</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia. Artigo 2: Definições. In: DIAS, Joelson et al. (Org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014, p. 38.

<sup>49</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: Princípios gerais. In: DIAS, Joelson et al. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014, p. 43-44.

<sup>50</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 45.

assertivamente reivindicar seus direitos. O direito à participação política garante que as vidas das pessoas com deficiência não podem ser decididas e organizadas apenas por indivíduos que não vivenciam tal realidade<sup>51</sup>.

Em segundo lugar, há o fomento à equidade e à não-discriminação, que leva a um dilema: o que querem as pessoas com deficiência? Querem tratamento igual ao dispensado aos demais sujeitos ou o querem diferente? Não havendo resposta simplista para o questionamento, a Convenção ofertou-lhes ambos: a elas devem ser direcionados o mesmo respeito e dignidade que ao restante da humanidade. Em contrapartida, elas têm garantido o direito a ajustes razoáveis para que possam ser socialmente incluídas de forma efetiva<sup>52</sup>.

Enfim, ressalta-se a valorização da autonomia e o reconhecimento do direito ao apoio para potencializar seu exercício. Os sistemas jurídicos pré-CDPD ao redor do mundo, em geral, reputavam as pessoas com deficiência (mental e intelectual, sobretudo) como incapazes de administrar suas próprias vidas, negando-lhes a capacidade legal<sup>53</sup> em razão de sua deficiência. A CDPD intenta remediar essa face da discriminação garantindo a elas capacidade legal em igualdade de condições com os demais em todos os aspectos da vida<sup>54</sup>.

Com isso, não se pretende afirmar que são completamente independentes (e alguém o é, afinal?), e sim que sua autonomia deve ser valorizada a partir de uma perspectiva baseada na interdependência, conceito a ser investigado no Capítulo 2 deste trabalho. Ao reconhecer a possibilidade de coexistência entre capacidade legal e apoio, a Convenção deu voz às pessoas com deficiência e fez com que pudessem ser parte integral da esfera política<sup>55</sup>, cujas portas estiveram fechadas para sua entrada por tanto tempo.

A CDPD conta, hoje, com 181 ratificações e representa a mais importante ferramenta de modificação do cenário de privações anteriormente posto. Com seu advento, vislumbra-se a consolidação de um novo paradigma da deficiência, no qual realiza-se a transposição de um olhar biomédico de exigência de normalidade para a aceitação da diversidade humana<sup>56</sup> e a

---

<sup>51</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 46.

<sup>52</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 46-47.

<sup>53</sup> O termo escolhido é “capacidade legal” – e não capacidade civil, de direito ou de fato, como se utiliza mais comumente no Brasil – em razão de ser aquele positivado pela CDPD. Entende-se a expressão como englobante dos conceitos de capacidade de direito e capacidade de fato. O assunto será aprofundado no Capítulo 3 do trabalho.

<sup>54</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 47.

<sup>55</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 48.

<sup>56</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Artigo 1: Propósito. In: DIAS, Joelson et al. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014, p. 26.

admissão do papel do ambiente e da sociedade nos efeitos negativos vividos por esse grupo de indivíduos. Tal modificação deve ser examinada em todas as suas nuances.

### 1.3 A deficiência enquanto conceito evolutivo

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é veículo de mudanças paradigmáticas no que se refere ao conceito de deficiência; domínio bastante desafiador. Parte da dificuldade em definir deficiência está relacionada o fato de se tratar de um conceito complexo e multidimensional<sup>57</sup>. A CDPD assume-a como conceito evolutivo, que não pode ser enxergado de forma estanque ou apartado da realidade social, cultural e política. Infere-se, então, que já foi concebido de formas diversas, a depender do cenário temporal e geográfico em que esteve inserido.

Em prol de uma análise mais completa do assunto, é preciso avaliar critérios como o comportamento da comunidade em relação às pessoas com deficiência e a posição por elas ocupada em contextos sociais determinados<sup>58</sup>. Neste trabalho, o estudo abrangerá, em termos de análise conceitual da deficiência, o exame dos modelos (i) de prescindência, (ii) médico ou reabilitador, (iii) social, (iv) biopsicossocial e (v) de direitos humanos.

A história recente da deficiência tem sido explicada a partir da dialética entre os modelos médico e social. Apesar da relevância de ambos, a evolução histórica precisa ser completada, já que, na atualidade, têm surgido novas propostas que enriquecem a caracterização do conceito. Nesse contexto, inserem-se as abordagens biopsicossocial e de direitos humanos.

Não obstante a adoção dessa (não tão) breve retrospectiva histórica, importa ressaltar que os modelos analisados não se sucedem abruptamente no tempo. Surgiram em momentos diferentes, mas o que ocorre é uma mudança paulatina, em que novas definições e abordagens se tornam preponderantes. Isso não quer dizer que os demais modelos são completamente abandonados: eles sempre coexistem, em maior ou menor medida, a depender do contexto investigado<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> ALTMAN, Barbara. Disability Definitions, Models, Classifications Schemes, and Applications. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 97.

<sup>58</sup> SEOANE, José Antonio. Que és una persona con discapacidad?. **Papeles de Filosofia**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 144.

<sup>59</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina del Ato Comisionado. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**: Guía de formación. Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2014, p. 12.

### 1.3.1 O modelo de prescindência

Ao traçar uma linha do tempo imaginária, tem-se o modelo de prescindência como o primeiro referente à forma de encarar a deficiência. Preponderante até o final do período medieval, possuía como pressupostos essenciais a justificação religiosa da deficiência e a consideração do indivíduo por ela acometido como alguém que em nada poderia contribuir para a comunidade<sup>60</sup>.

Com raízes fincadas na religiosidade, o tratamento oferecido a esses indivíduos era paradoxal. Por um lado, a sociedade enxergava sua existência como uma oportunidade para exercer sua obrigação sagrada de caridade<sup>61</sup>. Por outro, a deficiência era encarada como uma advertência divina, como um sinal de castigo ou de ira dos deuses<sup>62</sup>. Durante a Idade Média, os tempos eram sombrios para as pessoas com deficiência: a Igreja, no apogeu de sua influência, impunha a elas seus dogmas tanto pela persuasão quanto pela força bruta<sup>63</sup>.

O nome do modelo advém do fato de que a pessoa com deficiência era considerada um ser inútil, improdutivo. Pairava sobre ela um estigma de peso a ser carregado, já que, naquele contexto, a utilidade era unidade de medida para a dignidade (do que decorria a atribuição de um valor instrumental ao ser humano)<sup>64</sup>. Como consequência, tais sujeitos eram despidos de sua dignidade e, portanto, prescindia-se de sua existência.

Neste cenário, o asilamento era considerado a única solução possível. Essa ideologia baseada na institucionalização como primeiro recurso, também presente no modelo médico, teve uma profunda influência na formação, desenvolvimento e perpetuação do ambiente discriminatório e inacessível que persiste até a contemporaneidade<sup>65</sup>.

### 1.3.2 O modelo médico

Datam do início da era moderna os primeiros vestígios do modelo médico, também conhecido pela alcunha de reabilitador. Sob influência da revolução intelectual do

---

<sup>60</sup> PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008, p. 36.

<sup>61</sup> BRADDOCK, David; PARISH, Susan. An Institutional History of Disability. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 14.

<sup>62</sup> PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 13.

<sup>63</sup> PEREIRA, Ray. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, 2009, p. 719.

<sup>64</sup> ASÍS, Rafael de. Sobre la capacidad. In PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco (org.). **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 17.

<sup>65</sup> JACKSON, Mary Ann. Models Of Disability And Human Rights: Informing The Improvement Of Built Environment Accessibility For People With Disabilities At Neighborhood Scale, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018, p. 51.

Renascimento e do Iluminismo, passou-se a compreender que os seres humanos poderiam alterar a ordem de elementos antes tidos como naturais e imutáveis. Como consequência, constatou-se: pessoas eram passíveis de aperfeiçoamento. Nesse ínterim, intensos esforços foram dispensados no desenvolvimento de intervenções e tratamentos para pessoas com deficiência, ocorrendo a medicalização deste fenômeno<sup>66</sup>.

Tais transformações não repercutiram, no entanto, em uma queda nos índices de institucionalização, tanto que o século XIX pode ser descrito como o das instituições e das intervenções. Igualmente, no século XX, as pessoas com deficiência ainda eram comumente submetidas a tratamentos desumanos e degradantes, como a esterilização forçada. Na década de 1960, a institucionalização alcançou seu pico na maior parte dos países ocidentais, mas, paradoxalmente, começaram a surgir os primeiros estudos questionando os pressupostos do modelo médico<sup>67</sup>, os quais serão abordados adiante.

Em termos conceituais, a alteração fundamental promovida pelo modelo médico está no fato de que a explicação para a deficiência passa a ser buscada a partir de um viés científico, não mais religioso ou sobrenatural. Ela passa a ser enxergada como um fenômeno individual a ser tratado no âmbito da saúde e da enfermidade, concebida como um problema ligado às limitações biopsíquicas da pessoa, sendo a realidade biológica seu ponto de partida<sup>68</sup>.

Logo, o modelo reabilitador pode ser descrito como aquele no qual as desvantagens sofridas pelas pessoas com deficiência são enxergadas genericamente e como intrínsecas à sua condição pessoal<sup>69</sup>. Muito disso pode ser explicado quando se constata que, nesse início de século XX, o conceito de saúde era apreendido como ausência de doença<sup>70</sup>. A deficiência era vista como uma rachadura na máquina humana que apenas médicos poderiam consertar, reparando-a ou substituindo-a<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> BRADDOCK, David; PARISH, Susan. An Institutional History of Disability. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 39.

<sup>67</sup> BRADDOCK, David; PARISH, Susan. An Institutional History of Disability. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 40-41.

<sup>68</sup> SEOANE, José Antonio. Qué es una persona con discapacidad. **Papeles de Filosofía**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 146.

<sup>69</sup> WOODBURN, Hanna. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Political Perspectives**, Washington, v. 7, n. 1, 2013, p. 85.

<sup>70</sup> MINAIRE, Pierre. Le handicap en porte-à-faux. **Prospective et Santé**, 1992. Apud FOUGEYROLLAS, Patrick; BEAUREGAR, Line. An Interactive Person-Environment Social Creation. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 174.

<sup>71</sup> EVANS, Robert.; STODDART, Gregory. Producing Health Consuming Health Care. **Social Science and Medicine**, v. 31, n. 12, 1990. Apud FOUGEYROLLAS, Patrick; BEAUREGAR, Line. An Interactive Person-

Dada a assunção de que era possível aperfeiçoar seres humanos, surge pela primeira vez, ainda que minimamente, a intenção de promover a integração das pessoas com deficiência na sociedade. Essa suposta evolução, todavia, perde grande parte de sua força quanto constatado que tal integração somente ocorre mediante a reabilitação desses indivíduos e a ocultação de suas diferenças<sup>72</sup>, a serem levadas a cabo em prol do “bem social”. Defendia-se que esse grupo apenas poderia contribuir para a comunidade na medida em que se adaptasse ao padrão de normalidade imposto.

O irônico, nessa compreensão, é que as limitações das pessoas com deficiência apareciam, em grande medida, exatamente nos pontos em que a sociedade e/ou o ambiente eram excludentes. A responsabilidade, entretanto, recaía sobre elas e seus “defeitos”. Esperava-se – ou exigia-se – que se reabilitassem, se normalizassem e se adaptassem a uma sociedade construída para atender àqueles que correspondiam ao arquétipo de normalidade<sup>73</sup>. Este deve ser sempre enxergado com apurado senso crítico, haja vista que a linha da normalidade nunca foi ou será neutra, já que traçada pela parcela dominante da população.

O cenário apresentado culmina em tratamento paternalista, no qual os interesses do incapaz são traduzidos na forma de uma pretensa proteção que, em grande medida, ceifa sua autonomia, resultando em subestimação e discriminação. Amita Dhanda explana duas assunções deste modelo que possuem impactos especialmente perigosos no âmbito dos direitos humanos: (i) que as necessidades das pessoas com deficiência se resumem a abrigo e bem-estar; (ii) que a existência de uma lesão pode levar à exclusão da capacidade legal. A primeira leva à criação de instalações específicas para esses sujeitos, como escolas especiais, dentre outras. A segunda resulta na criação de leis de saúde mental e de guarda que colaboram para a deficiência ser enxergada do prisma da incapacidade<sup>74</sup>.

Estabelecido o paralelo entre os dois primeiros modelos, constata-se que o fio condutor entre ambos reside na discriminação. Restam manifestas, portanto, as razões pelas quais era urgente uma mudança paradigmática no que se refere à visão jurídica e social acerca desses indivíduos. A abordagem médica, afinal, demonstrou-se francamente insuficiente em sua

---

Environment Social Creation. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001, p. 174.

<sup>72</sup> PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 18.

<sup>73</sup> PEREIRA, Ray. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, 2009, p. 716.

<sup>74</sup> DHANDA, Amita. Legal capacity in the disability rights convention, **Syracuse Journal Of International Law and Commerce**, Syracuse, v. 34, 2007. Apud DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017.

concepção de saúde como estado interiorizado e de problemas de saúde como patologias individuais; tratando-se de perspectiva demasiadamente estreita para descrever fenômeno tão complexo quanto a deficiência<sup>75</sup>.

### ***1.3.3 Os modelos social, biopsicossocial e de direitos humanos***

A desvantagem social vivenciada pelas pessoas com deficiência não é uma sentença da natureza, mas o resultado de um movimento discursivo da cultura da normalidade, que descreve os impedimentos corporais como abjetos à vida social<sup>76</sup>.

Os modelos social, biopsicossocial e de direitos humanos encontram-se aqui agrupados não em razão de uma importância inferior. Pelo contrário: configuram-se como as mais relevantes abordagens da deficiência em tempos hodiernos. O motivo para tratá-los conjuntamente reside no fato de que a linha que os separa, em termos cronológicos e de conteúdo, é mais tênue. Assim, sua reunião ocorre por razões didáticas, para que seja possível dissertar sobre o assunto de forma mais fluida e relacional.

A desconstrução do cenário discriminatório exposto nos modelos precedentes teve início com os primeiros escritos sobre o denominado modelo social, que colocava em xeque várias das concepções anteriores, visando à correção das diversas omissões e lacunas delas decorrentes<sup>77</sup>. A emergência do novo enfoque pode ser situada nas décadas finais do século passado, quando a consideração ortodoxa da deficiência como tragédia pessoal começou a ser questionada pelas próprias pessoas com deficiência, que passaram a reivindicar politicamente seus direitos<sup>78</sup>.

Nesse sentido, as décadas de 1960 e 1970 foram marcadas por movimentos sociais significativos – como os de raça e gênero – que, eventualmente, chegaram ao campo da deficiência. Houve, então, um profundo questionamento do *status quo* relativo à distribuição de poder e de direitos<sup>79</sup>. A aproximação dos estudos sobre deficiência de outros saberes já consolidados foi responsável por desafiar a hegemonia biomédica. O primeiro resultado desse

<sup>75</sup> WEHMEYER, Michael et al. The Intellectual Disability Construct and its Relation to Human Functioning. **Intellectual and Developmental Disabilities**, v. 46, n. 4, 2008, p. 314.

<sup>76</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, 2009, p. 74.

<sup>77</sup> SEOANE, José Antonio. Que és una persona con discapacidad?. **Papeles de Filosofia**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 147.

<sup>78</sup> PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008, p. 106.

<sup>79</sup> JACKSON, Mary Ann. Models Of Disability And Human Rights: Informing The Improvement Of Built Environment Accessibility For People With Disabilities At Neighborhood Scale, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018, p. 42.



encontro teórico se traduziu em um extenso debate sobre a melhor forma de descrever a deficiência em termos políticos, e não mais estritamente diagnósticos<sup>80</sup>.

Um dos precursores desse movimento foi o sociólogo e deficiente físico inglês Paul Hunt. Em 1972, ele escreveu e remeteu ao jornal *The Guardian* uma carta em que propunha a formação de grupos que buscassem dar voz às ideias das pessoas com deficiência, as quais viviam isoladas em instituições, vítimas de maus tratos e sujeitas a regimes cruéis<sup>81</sup>. Sequer o próprio Hunt era capaz de imaginar o impacto que sua carta provocaria: diante da resposta de diversas pessoas (inclusive Michael Oliver, considerado um dos “pais” do modelo social), quatro anos depois, estava constituída a primeira organização política formada e gerenciada por pessoas com deficiência, a *Union Physical Impairment Against Segregation* (Upias)<sup>82</sup>.

A originalidade da Upias não se esgotava na criação de uma entidade *de e para* as pessoas com deficiência, mas avançava para a articulação de resistência política e intelectual ao modelo médico. Questionava-se a relação causal entre lesão (*impairment*) e deficiência (*disability*)<sup>83</sup> e a consideração da pessoa com deficiência como mero objeto de cuidados biomédicos. A estratégia adotada era bastante provocativa, vez que retirava do indivíduo a responsabilidade pela opressão social por ele experimentada, realocando-a na incapacidade da sociedade de promover e incorporar a diversidade. A deficiência era tida como uma questão eminentemente social<sup>84</sup>.

A maior reviravolta derivada do modelo social está em uma inversão de causalidade: a experiência da deficiência não é concebida como o resultado de lesões, mas sim do ambiente hostil às diversidades humanas<sup>85</sup>. O ônus da responsabilidade, portanto, deve recair sobre a sociedade, que precisa derrubar as barreiras sociais e atitudinais que constroem e fazem perdurar a deficiência<sup>86</sup>.

Uma das consequências deste enfoque é que, se o problema está no entorno despreparado para lidar com as diferenças, então a ele – elemento causador – devem ser

---

<sup>80</sup> DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, 2009, p. 10.

<sup>81</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 14.

<sup>82</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 14.

<sup>83</sup> A tradução para o português dos termos *impairment* e *disability* não é tema de consenso na doutrina. No presente trabalho, será adotada a tradução usada por Débora Diniz, em que o primeiro corresponde à expressão lesão; e o segundo à deficiência. Cf.: DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

<sup>84</sup> OLIVER, Michael. **The Politics of Disablement**. London: MacMillan, 1990. Apud DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 15.

<sup>85</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 15.

<sup>86</sup> JACKSON, Mary Ann. Models Of Disability And Human Rights: Informing The Improvement Of Built Environment Accessibility For People With Disabilities At Neighborhood Scale, *Laws*, Basel, v. 6, n. 33, 2018, p. 42.

direcionadas as intervenções<sup>87</sup>. Sintomas médicos não podem ser tratados de forma isolada, portanto, sob pena de não ser eliminado o verdadeiro problema<sup>88</sup>.

Nesses termos, os conceitos de lesão e de deficiência precisavam ser repensados. Originalmente, a Upias descreveu a primeira como a ausência parcial ou total de membros ou a existência de membros, organismos ou mecanismos corporais defeituosos. Era, em suma, um dado corporal isento de valor. A deficiência, por sua vez, foi definida como a desvantagem ou restrição de atividade provocada pelas estruturas sociais que, despreparadas para lidar com a diversidade humana, excluía esses sujeitos da vida social<sup>89</sup>. Isto é, a deficiência surgia da interação do corpo com lesão com o entorno discriminatório. Finalmente, este fenômeno atingia o campo político<sup>90</sup>, afastando-se de concepções simplistas que reduziam a deficiência a uma característica pessoal, a ser diagnosticada e reabilitada exclusivamente no âmbito médico.

O conceito de barreiras sociais se apresenta como fundamental à lógica do modelo social. Elas podem ser descritas como qualquer entrave, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação da pessoa com deficiência em comunidade, bem como a fruição, gozo ou exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à circulação com segurança, dentre outros<sup>91</sup>.

Elucidado dessa forma, pode ser recebido com certa surpresa o fato de que o modelo social foi vítima de muitas críticas, inclusive – talvez especialmente – por parte das próprias pessoas com deficiência. A abordagem foi acusada de se estruturar em torno de uma única forma de deficiência – a física – e de ser formada por uma “elite deficiente”, cujos membros eram, majoritariamente, homens, jovens, saudáveis, com lesões físicas<sup>92</sup>.

Essas primeiras críticas foram rapidamente reconhecidas pela leva inicial de teóricos do modelo social, os quais acreditavam ser possível agregar as diferentes deficiências em torno de um projeto político único; afinal, a ideologia da opressão pela deficiência pairava sobre todos eles, que experimentavam restrições sociais, embora os motivos e formas fossem diversos<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina del Ato Comisionado. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**: Guía de formación. Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2014, p. 10.

<sup>88</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 40.

<sup>89</sup> UPIAS. **Fundamental Principles of Disability**. London: Union of the Physically Impaired Against Segregation, 1976.

<sup>90</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 17-19.

<sup>91</sup> Definição constante no artigo 3º, inciso IV, alíneas *a* a *f* do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

<sup>92</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 21.

<sup>93</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 21.

A Upias divulgou, então, uma segunda proposta conceitual, cuja estratégia era não assentar premissas em lesões específicas. A deficiência passou a ser descrita como a desvantagem ou restrição de atividade provocada pela organização social, que pouco ou nada considera as pessoas que possuem lesões e as exclui das principais atividades da vida social<sup>94</sup>. A finalidade da nova definição era recusar as classificações das pessoas com deficiência em categorias (física, mental, sensorial, psicológica) e em gradações de intensidade (leve, moderada, grave), pois compreendiam que esta separação apenas servia à desmobilização de sua identidade enquanto grupo<sup>95</sup>.

As críticas ao modelo social não cessaram, no entanto. A assunção de que as disfunções e perdas estruturais do corpo constituíam elementos totalmente neutros era bastante questionada. Muitos autores defendem que há tipos de deficiências cujas consequências persistiriam mesmo em uma sociedade ideal, sem barreiras<sup>96</sup>. Anita Silvers, por exemplo, afirma que o modelo social, ao promover determinados padrões de independência para a comunidade de pessoas com deficiência, acaba por excluir aquelas que não conseguem atingi-los, porque trata-se de ideal inalcançável para algumas delas<sup>97</sup>. José António Seoane e Carlos Aguirre, por sua vez, salientam que omitir as causas médicas e/ou orgânicas da deficiência distorce a realidade e é contraintuitivo<sup>98</sup>.

A abordagem social também foi alvo de críticas elaboradas por teóricas feministas, que divulgaram suas ressalvas ao modelo propostos por Hunt e Oliver. Nesse particular, inserem-se as observações de Susan Wendell, que, embora compreenda a preocupação de estabelecer uma separação radical entre lesão e deficiência, buscando desassociar deficiência de patologia, ressalta que não deixa de ser verdade que muitas pessoas com deficiência são, também, acometidas por doenças<sup>99</sup>. De sua perspectiva, na ânsia de comprovar para pessoas sem

---

<sup>94</sup> OLIVER, Michael; BARNES, Colin. **Disabled People and Social Policy: from exclusion to inclusion**. London: Longman, 1988. Apud DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 37.

<sup>95</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

<sup>96</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 42.

<sup>97</sup> SILVERS, Anita. An Essay on Modeling: The Social Model of Disability. In: RALSTON, Christian; HO, Justin Hubert (eds). **Philosophical Reflections on Disability**. Dordrecht: Springer, 2010, p. 19.

<sup>98</sup> Cf. SEOANE, José Antonio. Que és una persona con discapacidad?. **Papeles de Filosofía**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 147 e ss. AGUIRRE, Carlos Martínez. **El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica**. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 35-38.

<sup>99</sup> WENDELL, Susan. **The Rejected Body: Feminist, philosophical reflections on disability**. New York: Routledge, 1996, p. 21.

deficiência que não estão doentes, os teóricos do modelo social acabavam por desconsiderar que a lesão, em si, pode ser uma experiência dolorosa e negativa<sup>100</sup>.

Wendell acredita que uma distinção tão delineada entre lesão e deficiência tende a criar a deturpada percepção de que a primeira é puramente biológica e a última, exclusivamente social; quando, na realidade, são ambas, concomitantemente, produtos de fatores biológicos e sociais. Essa separação conceitual, portanto, não deveria ser feita de forma tão brusca, porque o biológico e o social interagem de forma indissociável na criação da deficiência<sup>101</sup>.

Do seu ponto de vista, a relação de muitas pessoas com seus corpos com lesões envolve elementos que não serão eliminados, talvez sequer mitigados, por mudanças em arranjos sociais. Isso, é claro, não apaga o fato de que muitas batalhas seriam facilitadas por estruturas inclusivas, mas seria cruel, assim como irreal, apagar ou ignorar as experiências práticas de limitação vivenciadas por esses sujeitos. Em suas palavras:

Eu acredito que, ao pensar sobre a construção social de deficiência, precisamos encontrar um equilíbrio entre, de um lado, pensar nas habilidades e limitações de um corpo dadas por natureza e/ou por acidente como imutáveis e incontroláveis e, por outro, pensar nelas como construídas pela sociedade e pela cultura, de modo que poderiam ser controladas pelo pensamento, pela vontade e pela ação humana. Precisamos reconhecer que a mudança na justiça social e cultural pode eliminar grande parte das deficiências ao mesmo tempo que admitimos que pode haver muitos sofrimentos e limitações que não podem ser consertados<sup>102</sup> [tradução nossa].

Retomando a linha do tempo, em 1980, apesar das críticas, o modelo social da deficiência ganhou força, em especial após a modificação de seus conceitos para que agregassem outras formas de lesão. Neste ponto, é preciso lembrar que o caminho percorrido pelos modelos de compreensão da deficiência não é cronologicamente linear. Assim, nessa mesma década de efervescência política e acadêmica desta abordagem, o modelo reabilitador ganhou sobrevida com a publicação, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (ICIDH<sup>103</sup>), catálogo em que constavam lesões e deficiências e cujo objetivo era sistematizar a linguagem biomédica relativa ao assunto. A formulação do documento praticamente não contou com a participação

<sup>100</sup> WENDELL, Susan. Toward a Feminist Theory of Disability. *Hypatia*, Cambridge, v. 4, n. 2, 1989, p. 110-111.

<sup>101</sup> WENDELL, Susan. *The Rejected Body: Feminist, philosophical reflections on disability*. New York: Routledge, 1996, p. 35-36.

<sup>102</sup> WENDELL, Susan. *The Rejected Body: Feminist, philosophical reflections on disability*. New York: Routledge, 1996, p. 45. Citação no idioma original: "I believe that in thinking about the social construction of disability we need to strike a balance between, on the one hand, thinking of a body's abilities and limitations as given by nature and/or accident, as immutable and uncontrollable, and, on the other hand, thinking of them as so constructed by society and culture as to be controllable by human thought, will, and action. We need to acknowledge that social justice and cultural change can eliminate a great deal of disability while recognizing that there may be much suffering and limitation that they cannot fix".

<sup>103</sup> O significado da sigla advém do inglês "International Classification of Functioning, Disability and Health".

de pessoas com deficiência em sua redação e abordava o fenômeno de uma perspectiva biomédica. A tripartição conceitual apresentada (lesão-deficiência-*handicap*<sup>104</sup>) estava vinculada à ideia de doença. A ICIDH representou um evidente retrocesso ao modelo social e uma ruptura das conquistas políticas que vinham sendo implementadas<sup>105</sup>.

Após inúmeras críticas, em 2001, a OMS buscou consertar os equívocos com a publicação da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), cuja formulação contou com a participação de pessoas com deficiência. Os domínios de saúde são descritos na CIF com base no corpo, no indivíduo e na sociedade, e não somente nas doenças ou em suas consequências. Nota-se um esforço para descrever a deficiência em termos sociológicos, mas a perspectiva biomédica não foi abandonada por completo. O contexto de saúde continuou sendo um dos pontos de partida para a avaliação da deficiência, mas foi enfatizada a importância de outros domínios para a compreensão do fenômeno<sup>106</sup>. O conceito de deficiência proposto pela CIF não é totalmente social, portanto: fala-se claramente em aspectos biológicos, individuais e sociais em sua avaliação<sup>107</sup>.

Esta fusão entre os modelos médico e social, adotando uma perspectiva menos dicotômica, pode ser considerada a consolidação do modelo biopsicossocial da deficiência. Nesse particular, embora tenha sido notável a contribuição do modelo social à CIF, a nova abordagem também abalou alguns dos seus pilares principais, como a ideia de que o corpo e suas variações são expressões neutras da diversidade humana<sup>108</sup>.

Para muitos autores, a abordagem biopsicossocial representa uma evolução em relação ao modelo social, vez que não subestima a realidade biológica e, ao mesmo tempo, compreende que a remoção de barreiras sociais e atitudinais é de extrema relevância para a participação das pessoas com deficiência na comunidade e para sua autodeterminação. Neste enfoque, a deficiência é descrita como um fenômeno multidimensional, resultado da interação desses sujeitos com seu entorno físico e social e que integra fatores de funcionamento do corpo e fatores ambientais. A situação de cada sujeito deve ser analisada como um todo, levando em

---

<sup>104</sup> Não há tradução adequada para *handicap*. As traduções mais comuns são lesão (*impairment*); deficiência (*disability*) e desvantagem. Cf. DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 39.

<sup>105</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 34-46.

<sup>106</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 51.

<sup>107</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 53.

<sup>108</sup> SHAKESPEARE, Tom. Critiquing the Social Model. In: SHAKESPEARE, Tom. **Disability Rights and Wrongs**. London: Routledge, 2006. Apud DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 53.

conta o contexto pessoal, social, cultural e político, atentando aos traços singulares da pessoa e do entorno. A deficiência é vista como categoria global que abarca uma grande variabilidade, gradação e heterogeneidade de situações pessoais<sup>109</sup>.

Em suma, tal concepção não nega a transformação social como importante componente em prol da igualdade e da acessibilidade para as pessoas com deficiência, mas entende que as limitações pessoais também precisam ser encaradas. Conclui-se que o modelo biopsicossocial, ao compreender que a linha entre corpo e cultura é mais fluida do que aquela desenhada pelo paradigma social, oferece proposta mais complexa e multifacetada do fenômeno da deficiência.

Expostos os contornos dos principais modelos de compreensão da deficiência, deve ser analisada a definição trazida pelo artigo 1 da CDPD, segundo o qual:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Determinar qual abordagem sobre a deficiência foi adotada pela Convenção configura tema controverso. Desde a formulação do documento, ficou claro que o modelo médico não era o melhor caminho a ser seguido se a prioridade era o respeito pela dignidade e autonomia dos destinatários. Assim, poderia ter sido adotado o modelo social “puro”, mas percebe-se que também é atribuída relevância aos fatores pessoais (“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”), motivo pelo qual acredita-se que, no texto final, prevaleceu a visão biopsicossocial.

Essa controvérsia se instaura, em parte, porque os traços que separaram esses dois modelos podem ser turvos, a depender do marco teórico adotado. Em geral, autores que advogam pelo modelo social alegam que ignorar ou subestimar a realidade biológica da pessoa não é pauta da abordagem. Como esta é apontada como a principal diferença entre ambos, infere-se que suas definições podem ser bastante similares.

Agustina Palacios, constitucionalista argentina e importante defensora do modelo social na contemporaneidade, afirma que tal paradigma é o responsável pela compreensão da deficiência como fenômeno complexo, não limitado aos atributos pessoais, mas sim resultado de um conjunto de condições, muitas criadas pelo contexto social. De sua perspectiva, o modelo

---

<sup>109</sup> SEOANE, José Antonio. Qué es una persona con discapacidad. **Papeles de Filosofía**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 148-149.

social foca na dignidade intrínseca do ser humano e, apenas se necessário, nas características médicas. Partindo dessas premissas, assume que a CDPD o adotou em seu texto<sup>110</sup>.

As divergências doutrinárias relativas à abordagem constante na Convenção não se esgotam nestes dois modelos, entretanto. Há autores, como Degener (que participou do processo de formulação do documento internacional) que defendem que os redatores da CDPD foram além dos moldes apresentados e fundaram um novo modelo: o de direitos humanos<sup>111</sup>. No mesmo sentido, afirma José António Seoane que “a Convenção é um exemplo eminente do modelo de direitos, uma nova resposta teórica e normativa que pretende harmonizar os modelos anteriores com o complemento de outras propostas. Sua noção de pessoa com deficiência mostra uma vocação harmonizadora”<sup>112</sup> [tradução nossa].

Degener explica que, para o modelo social, a deficiência constitui mera variação neutra da diversidade humana e há uma divisão firme traçada entre lesão (biológica) e deficiência (social). Além disso, a exclusão das pessoas com deficiência é politicamente analisada como resultante de barreiras, dentre as quais se inclui a discriminação. Como consequência, o foco na busca por soluções está em leis anti-discriminação. Para a autora, porém, a tratativa oferecida pela CDPD ultrapassa essa visão<sup>113</sup>.

Embora não reivindique a criação da terminologia, Degener relata que o modelo de direitos humanos apareceu, pela primeira vez, em um artigo de sua autoria com Quinn, publicado no ano 2000<sup>114</sup>. Em outra obra conjunta, os autores afirmam que:

A perspectiva de direitos humanos sobre a deficiência significa enxergar as pessoas com deficiência como sujeitos, e não como objetos. Implica se afastar da visão das pessoas com deficiência como problemas e passar a vê-las como titulares de direitos. [...] significa localizar os problemas fora da pessoa com deficiência e abordar a maneira pela qual os variados fatores econômicos e processos sociais acomodam a diferença advinda da deficiência<sup>115</sup>

<sup>110</sup> PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007, p. 23-24.

<sup>111</sup> DEGENER, Theresia. Disability in a Human Rights Context, **Laws**, Basel, v. 5, n. 35, 2016, p. 3.

<sup>112</sup> SEOANE, José Antonio. Qué es una persona con discapacidad. **Papeles de Filosofía**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011, p. 150. Citação no idioma original: “La Convención es un ejemplo eminente del modelo de los derechos, una nueva respuesta teórica y normativa que pretende armonizar los modelos anteriores con el complemento de otras propuestas. Su noción de persona con discapacidad muestra la vocación armonizadora”.

<sup>113</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 9.

<sup>114</sup> Trata-se de um capítulo de autoria de Theresia Degener e Gerard Quinn, cujo título é “Autoridade Moral para a Mudança”. Cf: DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 5.

<sup>115</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002, p. 1. Citação no idioma original: “The human rights perspective on disability means viewing people with disabilities as subjects and not objects. It entails moving away from viewing people with disabilities as problems towards viewing them as holders of rights. [...] it means locating problems outside the disabled person and addressing the manner in which various economic and social processes accommodate the difference of disability”.

Arlene Kanter expõe que, no paradigma de direitos humanos, as limitações das pessoas com deficiência são vistas mais pela ótica das barreiras físicas e atitudinais levantadas pela sociedade, que opta por excluí-las e estigmatizá-las, do que por sua condição física ou mental. Na concepção da autora, ao contrário de Degener, este modelo é complementar ao social, haja vista a afirmação transcrita:

A CDPD abraça completamente o modelo social da deficiência, descrevendo-a não como uma condição que justifica tratamento médico ou [o sentimento de] pena da sociedade, mas como condição decorrente da interação das pessoas com deficiência com barreiras atitudinais e ambientais que dificultam sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com os demais<sup>116</sup> [tradução nossa].

Para explicar o motivo pelo qual defende que a CDPD adotou a perspectiva de direitos humanos, e não a social, Degener elaborou seis proposições nas quais elenca as diferenças entre ambas. A primeira diferença citada é que o modelo social apenas explica o que é deficiência, ao passo que o de direitos humanos engloba os valores de uma política da deficiência que reconhece a dignidade humana dessas pessoas. O modelo social, por ter seu foco restrito às políticas anti-discriminatórias, não procura fornecer princípios ou valores morais como fundamentos para a política da deficiência. A CDPD, no entanto, busca exatamente isso<sup>117</sup>. Neste ponto, evidencia-se que abordagem de direitos humanos não está focada em conceituar o fenômeno da deficiência.

Em segundo lugar, sustenta que direitos humanos vão além de normas voltadas à não-discriminação. O modelo social destina grande parte de sua atenção a estas, o que faz da abordagem de direitos humanos mais completa, pois abarca – para além dos direitos civis e políticos – direitos econômicos, sociais e culturais. As leis anti-discriminatórias representam apenas uma solução parcial do problema, o que parece fugir da percepção do modelo social. Mesmo em uma sociedade sem barreiras e sem discriminação, as pessoas ainda precisam de direitos sociais, econômicos e culturais; ainda precisam de abrigo, educação e cultura<sup>118</sup>.

A proposição número três gira em torno do reconhecimento da lesão como variação humana. O modelo social negligencia que as pessoas com deficiência podem ter que lidar com a dor, com a deterioração de sua qualidade vida e até mesmo com a morte precoce devido à

---

<sup>116</sup> KANTER, Arlene. The Americans with Disabilities Acts at 25 Years: lessons to learn from the Convention on the Rights of People with Disabilities. *Drake Law Review*, v. 63, 2015, p. 847-848. Citação no idioma original: “The CRPD fully embraces the social model of disability by describing disability not as a condition that warrants medical treatment or society’s pity, but as a condition arising from interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on equal basis with others”.

<sup>117</sup> DEGENER, Theresia. Disability in a Human Rights Context, *Laws*, Basel, v. 5, n.3 5, 2016, p. 3-4.

<sup>118</sup> DEGENER, Theresia. Disability in a Human Rights Context, *Laws*, Basel, v. 5, n. 35, 2016, p. 4-5.



lesão, ignorando como isso afeta a identidade desses sujeitos. Além disso, falha ao contextualizar a relação entre deficiência e lesão, as quais constituem uma construção mútua, ambas materialmente e discursivamente produzidas. O modelo de direitos humanos, em contrapartida, reconhece essas circunstâncias e demandas como importantes para o desenvolvimento de teorias de justiça social<sup>119</sup>.

Degener levanta, em um quarto momento, a questão relativa à múltipla discriminação e às camadas de identidade a serem reconhecidas. O modelo social não abre espaço para políticas identitárias, componente valioso na emancipação das pessoas com deficiência, porque seu foco não está na libertação pessoal, e sim nas relações de poder. O modelo de direitos humanos, ao contrário, prestigia a identificação cultural desses sujeitos como grupo minoritário. A CDPD segue este caminho e reconhece as diferentes camadas existentes dentro do conceito de deficiência, tendo, inclusive, artigos específicos para mulheres e crianças com deficiência<sup>120</sup>.

A quinta proposição gira em torno das políticas de prevenção e tratamento da deficiência. Alguns teóricos do modelo social argumentam ser incoerente lidar com a promoção dos direitos das pessoas com deficiência e, ao mesmo tempo, discorrer sobre a prevenção desta. De fato, a mensagem é importante, em especial para Estados que alegam gastar recursos com os direitos deste grupo e, quando enviam relatórios, mostram que grande parte do orçamento é direcionada a políticas de prevenção da deficiência, ficando de lado aquelas voltadas à integração e à participação em comunidade. Não se deve concluir, contudo, que todas as políticas dessa natureza são danosas: a maioria dos indivíduos com deficiência realmente precisa desse tipo de ação de saúde pública. Para o modelo de direitos humanos, o tema deve ser considerado a partir de uma estratégia multidimensional, que leva em conta as barreiras incapacitantes, bem como a prevenção e o tratamento das condições de saúde subjacentes<sup>121</sup>.

A última diferença elencada explicita que, enquanto o modelo social apenas é capaz de explicar por que a ampla maioria das pessoas com deficiência vive em situação de relativa pobreza, o de direitos humanos oferece um roteiro para a transformação dessa realidade. Sua adoção significa que os indivíduos que vivem nessas condições não podem ser vistos como objetos de bem-estar e caridade, e sim como detentores de direitos que devem ter voz na distribuição de recursos e na avaliação das necessidades. O impacto da CDPD no combate à

---

<sup>119</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 12-13.

<sup>120</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 17-21.

<sup>121</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 22-26.

pobreza pode ser constatado em vários Estados signatários que incorporaram programas de desenvolvimento inclusivo em suas políticas<sup>122</sup>.

Degener argumenta que um modelo baseado nos direitos humanos representa passo importante em direção à justiça social. Trata-se de visão fundamental para superar as estruturas segregacionistas implantadas e mantidas pelas políticas tradicionais. Ressalta, ainda, que sem a participação ativa e igualitária das pessoas com deficiência e de suas organizações representativas, estratégias e programas de desenvolvimento perpetuam e exacerbam a discriminação contra esses sujeitos<sup>123</sup>.

A intenção do modelo de direitos humanos não é abandonar a perspectiva social, mas levá-la mais longe, afinal, ela foi responsável por permitir – seja pelo debate acadêmico ou pela incorporação do assunto nos espaços políticos com a crescente visibilidade das demandas das pessoas com deficiência – que essa camada da população passasse a ser notada em termos sociais, políticos e econômicos<sup>124</sup>. A importância do modelo social, portanto, não deve ser subestimada, inclusive porque a base teórica por ele fornecida foi primordial para a elaboração da Convenção, além de ter servido como poderosa ferramenta na exigência de reformas legais. Nem por isso a evolução deve parar, no entanto.

Após explorar as bases do modelo de direitos humanos, a percepção é que ele não apresenta inovações no que tange à conceituação da deficiência, propriamente. É atribuída à abordagem a definição exata constante na Convenção – a qual o presente trabalho toma como biopsicossocial. Parece tratar-se, em verdade, de um modelo da deficiência em termos mais amplos, especialmente no que se refere ao tratamento do tema no contexto de direito internacional.

Assim sendo, não há como delimitar exatamente as diferenças entre o modelo biopsicossocial e o de direitos humanos, inclusive porque, em geral, eles não coexistem doutrinariamente: autores que tratam de um deles frequentemente sequer mencionam o outro. Isso posto, conclui-se que o modelo de direitos humanos – que não se resume à conceituação da deficiência e cujos temas são mais abrangentes, conforme exposto nas seis premissas acima enumeradas – adota uma definição biopsicossocial da deficiência.

---

<sup>122</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 26-28.

<sup>123</sup> DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017, p. 29-30.

<sup>124</sup> SANTOS, Francieli Lunelli. História da deficiência: do modelo biomédico ao modelo biopsicossocial – concepções, limites e possibilidades. **Anais Eletrônicos do XVI Encontro Regional de História**. Ponta Grossa, 2018, p. 5.

Enfim, com a CDPD, consolida-se um modelo de compreensão da deficiência que ultrapassa aquele fundado em premissas estritamente biomédicas, passando a imperar uma definição biopsicossocial do fenômeno. Esta não é, porém, a única mudança paradigmática advinda do documento internacional. Soma-se à lista o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais e a consequente passagem de um sistema baseado na representação para um assentado no apoio. Antes, todavia, faz-se necessário contextualizar o tema da autonomia – essencial à compreensão da capacidade – a partir de um viés filosófico.

## CAPÍTULO 2 – UMA BREVE DIGRESSÃO SOBRE O CONCEITO DE AUTONOMIA E SUA CONCEPÇÃO RELACIONAL

Etimologicamente, autonomia significa o poder de dar lei a si mesmo. Miracy Gustin ensina que a história do pensamento humano indicou – e continua a indicar, explícita ou implicitamente – este poder como uma necessidade primordial do ser humano na construção do seu bem-estar e realização plena<sup>125</sup>. No presente trabalho, a autonomia se apresenta como um conceito subjacente às principais discussões propostas, permeando-as de maneira clara.

A questão da autonomia das pessoas com deficiência – em especial mental e intelectual – sempre foi desafiadora para aqueles que se debruçaram sobre o assunto. Diante da dificuldade intrínseca à temática, filósofos e juristas optaram, diversas vezes, por não considerar esses sujeitos ao formular suas teorias. Se, em períodos históricos anteriores, tal falha podia ser em alguma medida escusada em razão de todo um contexto que com ela corroborava, o mesmo não pode ser dito sobre o presente: a autonomia das pessoas com deficiência precisa ser pensada, debatida e protegida na maior medida possível.

Tendo isso em vista, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi formulada com o flagrante propósito de valorizar a autonomia desses sujeitos, inúmeras vezes negligenciada no pensamento filosófico e jurídico. Não se trata a autonomia de um conceito de fácil definição ou passível de compreensão a partir da atribuição de uma natureza única ao longo do tempo e dos teóricos que se dedicaram a reflexões sobre o tema<sup>126</sup>. Dada sua relevância para o objeto da pesquisa, interessa apontar algumas ideias que perpassam o desenvolvimento da autonomia na filosofia, inclusive para compreender o papel por ela assumido no âmbito do direito.

### 2.1 O desenvolvimento da autonomia no pensamento liberal

O homem autônomo, no imaginário liberal da modernidade, é um ser supostamente não constringido por quaisquer limites sociais, dotado de liberdade e autossuficiência, que se conduz conforme sua necessidade prática e age livremente. Na construção filosófica kantiana, é um indivíduo que é fim em si mesmo e jamais meio para fins alheios, que segue sempre suas próprias regras morais e se autossatisfaz<sup>127</sup>. Partindo dessa premissa, o direito privado do século

---

<sup>125</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 24

<sup>126</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 24

<sup>127</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16.

XIX erigiu-se tendo na autonomia seu alicerce e encontrando no próprio sujeito e na liberdade sua base fundamental. Infere-se, pois, que a concepção de autonomia tradicionalmente aceita guarda mais do que uma relação de identidade com o ideário liberal, sendo, em verdade, fruto deste<sup>128</sup>.

É certo que o conceito de autonomia amplamente difundido em tempos hodiernos foi definido e adquiriu força e centralidade na modernidade, em especial a partir das obras de Immanuel Kant. A figura, no entanto, não nasce com o autor alemão, visto que seu embrião pode ser encontrado em tradição filosófica muito mais distante. Em uma breve retomada histórica, observa-se que foram inúmeros os filósofos e juristas que se ocuparam da temática, dentre os quais se destacam nomes como Platão, Aristóteles, Maquiavel, Lutero e Rousseau<sup>129</sup>.

Rousseau estava inserido no contexto do iluminismo, no qual já é possível identificar com clareza certos traços do ideário liberal da autonomia, sendo esta fundada na ideia de um homem que, por meio do poder quase irrestrito das ciências, suplanta mitos, superstições, medos, opressões e imoralidades. No pensamento do referido autor, todavia, nota-se uma quebra com a ética utilitarista dominante à época. Rousseau considera que o homem não é apenas corpo, mas também espírito, e se torna livre e autônomo a partir do momento em que pode romper com a escravidão dos desejos e viver sob leis que proporciona a si mesmo<sup>130</sup>.

A despeito da relevância das construções elaboradas por todos os filósofos citados, dentre outros, é especificamente em Kant que a autonomia assume contornos semelhantes àqueles conhecidos na contemporaneidade. Há, em sua obra, profunda influência de Rousseau, embora as divergências entre ambos também sejam muitas. Enquanto este concebia a moralidade atrelada a uma vida essencialmente dinâmica, resultado da ação e da experiência; Kant compreendia-a de forma mais epistemológica e, justamente por isso, menos política<sup>131</sup>.

Vicente Zatti afirma que é a partir de Kant que se realiza de uma vez por todas a transposição filosófica e crítica da autonomia religiosa para a autonomia moral<sup>132</sup>. Há, portanto, um afastamento das elaborações filosóficas anteriores, e a base racional por ele apresentada

---

<sup>128</sup> SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 136.

<sup>129</sup> Para uma visão geral do desenvolvimento do conceito de autonomia, recomenda-se: ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2007.

<sup>130</sup> ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2007, p. 14-23.

<sup>131</sup> FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas: Papyrus, 2005, p. 53.

<sup>132</sup> ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2007, p. 14-15.

possui importância ímpar para laicizar o fundamento da moral e modernizar toda a discussão em torno da temática, ainda muito sedimentada em dogmas religiosos naquele período.

Kant considerava heterônomas as demais concepções de autonomia vigentes em seu tempo, isto é, dependentes de causas e/ou interesses externos. Ele rompeu, ao mesmo tempo, com a filosofia moral da Antiguidade Clássica, de tradição aristotélica – cuja ética estabelecia a felicidade como o fim último do ser humano – e com a moralidade cristã – que situava a fonte de preceitos para guiar o homem em Deus. Assumiu, assim, uma posição singular entre seus pares da filosofia da Ilustração<sup>133</sup>. Do seu ponto de vista, as falhas dos sistemas morais anteriormente propostos estavam, respectivamente, (i) na dependência de um ser racional às ordens e desejos de algo externo (ainda que esse “algo” fosse Deus); e (ii) em definir como centro da autonomia a felicidade, e não a racionalidade, a moralidade e a liberdade<sup>134</sup>.

Na teoria moral de Kant, assume-se a natureza humana como essencialmente racional, e é justamente com fundamento na razão pura e livre que ele difere o arbítrio humano do animal: “ora, o homem encontra realmente em si mesmo uma faculdade pela qual se distingue de todas as outras coisas [...]: essa faculdade é a razão”<sup>135</sup>. Por esse motivo, todo e qualquer princípio norteador das ações humanas precisa estar nela ancorado.

Sua compreensão de moralidade é anterior à experiência, externa à política e à história e distante das sociedades constituídas<sup>136</sup>. Assim sendo, a razão pura pode determinar por si mesma a vontade, independentemente de qualquer elemento empírico. No ser racional, pode-se supor a existência desta vontade pura, embora não santa (vez que afetada, mas não determinada, por carências e causas motoras sensíveis). A lei moral implica que a vontade é livre na medida em que se determina por impulsos puramente racionais<sup>137</sup>.

A tese central da moral kantiana é que os indivíduos devem prescrever leis para si mesmos e que possuem as faculdades mentais necessárias para tal. Na leitura de Keberson Bresolin, isso significa que todo o material empírico (sentimentos, paixões, emoções) é lido na forma de inclinações que não podem dar ensejo a ações, sob o ônus de estas serem ditas não-morais<sup>138</sup>. Tal noção de autonomia pode ser descrita como absoluta: inexistente espaço para a

<sup>133</sup> FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas: Papirus, 2005, p. 49.

<sup>134</sup> ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2007, p. 14-27.

<sup>135</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 107.

<sup>136</sup> FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas: Papirus, 2005, p. 53.

<sup>137</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 54-67.

<sup>138</sup> BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas. **Conjectura: Filosofia e Educação**, Caxias do Sul, v. 18, n. 3, 2013, p. 167.

vivência das tendências sensíveis humanas<sup>139</sup>. Ao seguir por esse caminho, atinge-se uma definição demasiadamente restritiva dos sentidos empírico e existencial.

A liberdade se constitui como a pedra angular na teoria kantiana e, sem seus termos, “como ser racional, [...] o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia de liberdade, pois que a independência das causas determinantes do mundo sensível [...] é a liberdade”<sup>140</sup>. A figura se encontra, então, inseparavelmente atrelada à de autonomia.

Junto da liberdade e da autonomia, soma-se à tese do filósofo o conceito de dignidade. A conexão entre as três figuras pode ser explicada tomando como ponto de partida seu imperativo categórico, que assevera: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>141</sup>. Dele, infere-se que, para que haja autonomia, a lei promulgada pela vontade tem que ser universal, válida para todo ser racional. “Quando a vontade é autônoma, promulga leis universais isentas de todo interesse, que reclama a obediência por puro dever, que é a própria ideia do imperativo categórico”<sup>142</sup>.

Dessa forma, Kant encontra na autonomia da vontade o princípio supremo da moralidade. O ser racional e autônomo, ao participar da legislação universal e se submeter à lei que confere a si próprio, torna-se fim em si mesmo, dotado de um valor intrínseco e absoluto, isto é, de uma dignidade: É, por conseguinte, o caráter racional que confere dignidade. Em suas próprias palavras, “a autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”<sup>143</sup>.

Por fim, acrescenta-se que a igualdade é também central na obra de Kant, embora não seja diretamente citada com tanta frequência. A questão é que a ideia de liberdade como direito inato defendida pelo autor envolve, necessariamente, uma igualdade intrínseca a todos os seres humanos<sup>144</sup>, que têm o direito de serem igualmente livres e senhores de si, devendo respeitar-se reciprocamente como fins em si mesmos. Na “Metafísica dos Costumes”, todavia, Kant descreve o ser humano/pessoa como “sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação” e que

---

<sup>139</sup> ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2007, p. 17.

<sup>140</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 109.

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 59.

<sup>142</sup> ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2007, p. 16.

<sup>143</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 79.

<sup>144</sup> Cf. DEMENCHONOK, Edward. Rethinking Kant's Concept of Concept of Human Rights as Freedom. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo v. 13, n. 2, 2012, p. 338.

possui personalidade moral, isto é “a liberdade de um ser racional submetido a leis morais”<sup>145</sup>. É possível inferir, então, que a igualdade se estabelece como regra aos seres que o filósofo considera racionais.

Sendo amplamente conhecida a participação de Kant na crítica ao modelo de direito natural até então dominante, é de se esperar que suas obras tenham influenciado enormemente os estudiosos de sua época e aqueles que o sucederam; inclusive (talvez primordialmente) no que concerne à autonomia. Avançando até o século XIX, tem-se que importantes pensadores – como Gustav Hugo, Ludwig Feuerbach e Friedrich Carl von Savigny – eram partidários das ideias do “filósofo da liberdade”, com algumas acomodações. Franz Wieacker ensina, sobre o tema, que a justiça do direito positivo passou a se fundar “na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética e na concepção kantiana de ordem jurídica como forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos”<sup>146</sup>.

Savigny e Hugo foram dois dos principais pensadores da chamada Escola Histórica do Direito, cujo cerne estava na reconstituição de uma ciência jurídica consciente de seus próprios métodos e sistemática<sup>147</sup>. A partir das teorias defendidas por esta corrente do pensamento jurídico, nota-se uma contestação romântica dos ideais iluministas, no sentido de que o direito não mais poderia ser compreendido meramente com base na razão dedutivista, visto que, antes disso, o direito é cultura.

De acordo com essa linha teórica, é falho o entendimento do direito como sistema de leis naturais gerais e a-históricas ou como produto artificial. Pelo contrário, “em todo o pensamento atuante da Escola Histórica do Direito, a história jurídica não permaneceu como passado acabado, objeto de um conhecimento desinteressado, mas constituiu nada menos do que o conteúdo vivo indicado como objeto à própria ciência do direito”<sup>148</sup>.

No que se refere à produção teórica de Savigny, o autor mantém, em grande medida, a estrutura da autonomia proposta por Kant, embora sua preocupação tenha sido mais centrada na dogmática jurídica. Trata-se, pois, de importante referência no que concerne à transposição da autonomia moral filosófica de Kant para o âmbito do direito.

---

<sup>145</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 223.

<sup>146</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 402.

<sup>147</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 419.

<sup>148</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 406.



Embora o jurista da Escola Histórica adote definições de direito subjetivo, de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial que convergem com a exigência kantiana de uma liberdade que possa coexistir com a liberdade dos demais<sup>149</sup>, ele estabelece entre direito e moral uma relação que não encontra correspondência em Kant. Em Savigny, o direito é descrito como um poder do indivíduo, que o abraça e penetra por todos os lados, e em cujos limites reina a vontade do indivíduo com o consentimento de todos<sup>150</sup>. Ao analisar sua obra, Wieacker afirma que o direito constitui, por um lado, uma fronteira dentro da qual a existência e a ação de cada particular obtêm um espaço seguro e livre e, por outro, a regra pela qual essa fronteira e esse espaço são definidos. Assim, o direito serviria à realização da moral não enquanto dá execução aos seus comandos, mas ao garantir a cada sujeito o livre desdobramento de sua vontade individual<sup>151</sup>.

No domínio do direito, Savigny considera a liberdade (fundamental à autonomia, conforme estabelecido) sob uma aparência visível, ou seja, como faculdade de eleição entre muitas determinações<sup>152</sup>. Vale ressaltar que a liberdade a que o autor faz referência, assim como ocorre em Kant, é sempre pensada no sentido da filosofia idealista, como responsabilização da pessoa autônoma presumidamente munida de vontade livre<sup>153</sup>.

Adentrando o século XX, é no liberalismo contratualista de John Rawls que a tradição kantiana encontra sua maior expressão de continuidade. O autor direciona sua teoria da justiça àqueles que aderem a uma espécie de associação alicerçada sobre termos justos de cooperação<sup>154</sup>, na qual pessoas morais (caracterizadas por igualdade e liberdade), em um procedimento justo, deliberam e escolhem os princípios pelos quais a estrutura básica da sociedade será governada e os bens primários serão distribuídos<sup>155</sup>.

Para o desenvolvimento da teoria rawlsiana, portanto, presumem-se indivíduos possuidores de dois poderes morais: (i) a capacidade de agir a partir de um senso de justiça; e

---

<sup>149</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 429.

<sup>150</sup> SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual** – Tomo II. Madrid: Góngora y Compañía, 1878, p. 26.

<sup>151</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 403-428.

<sup>152</sup> SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual** – Tomo II. Madrid: Góngora y Compañía, 1879, p. 215.

<sup>153</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 429.

<sup>154</sup> RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 77, n. 9, 1980, p. 538.

<sup>155</sup> RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 77, n. 9, 1980, p. 521.

(ii) a capacidade de formular e racionalmente buscar uma concepção de “bem”. A personalidade moral na posição inicial (anterior ao contrato social) é representada pela razoabilidade e pela racionalidade<sup>156</sup>. Ele elabora uma teoria da justiça contratualista em que ambas as partes são pensadas como adultos competentes e autônomos, cujas necessidades são semelhantes, assim como as capacidades de cooperação e produtividade<sup>157</sup>.

Faz-se necessário, ao seguir esse raciocínio, tomar como verdadeira a premissa de igualdade entre cidadãos de uma sociedade bem-ordenada e a idealização de que “todos são igualmente capazes de compreender e cumprir o ideal público de justiça, portanto, todos são capazes de honrar os princípios de justiça e serem participantes plenos na cooperação social ao longo de suas vidas”<sup>158</sup> [tradução nossa].

Os argumentos defendidos pelo autor encontram raízes na ideia kantiana de que a autonomia – entendida como auto-governo – é a característica dos seres humanos da qual decorre sua dignidade. A razão continua, dessa forma, a ser interpretada como o atributo que diferencia nitidamente humanos de animais não humanos e de sua própria animalidade<sup>159</sup>.

Essa supervalorização da racionalidade e da autossuficiência – presente nas obras de Kant, Rawls e tantos outros – passa a ser criticada a partir do entendimento de que deve ser revista em favor de uma acepção que atribua à autonomia uma natureza que se desenvolva por intermédio da socialidade e que se realize nessa condição<sup>160</sup>. Um dos autores mais importantes no que se refere a essa mudança de perspectiva, cujas obras enfatizaram a importância da alteridade na autonomia, é Jürgen Habermas.

Contemporâneo de Rawls, o filósofo alemão formulou contribuição primordial para repensar a autonomia nas últimas décadas do mundo contemporâneo, sendo inestimável o valor de sua teoria sobre a ação comunicativa<sup>161</sup>. O pensamento do autor representa uma descontinuidade quanto ao conceito liberal de autonomia, concebida no limite extremo da

<sup>156</sup> RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 77, n. 9, 1980, p. 543.

<sup>157</sup> NUSSBAUM, Martha. Capabilities and Disabilities: Justice for Mentally Disabled Citizens. **Philosophical Topics**, Fayetteville, v. 30, n. 2, 2002, p. 140.

<sup>158</sup> RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 77, n. 9, 1980, p. 546. Citação no idioma original: “Everyone is equally capable of understanding and complying with the public conception of justice; therefore all are capable of honoring the principles of justice and of being full participants in social cooperation throughout their lives”.

<sup>159</sup> NUSSBAUM, Martha. Capabilities and Disabilities: Justice for Mentally Disabled Citizens. **Philosophical Topics**, Fayetteville, v. 30, n. 2, 2002, p. 139.

<sup>160</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20.

<sup>161</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 171.

autossuficiência – em que pese ter sido também influenciado por Kant em muitos aspectos (assim como por outros nomes, como Karl Marx, Max Weber, Martin Heidegger etc.). Sua concepção, no entanto, ainda não é exatamente compatível com aquela adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual será estudada adiante.

Na compreensão de Habermas, a autonomia se constrói com o aparecimento de situações interativas e conflitivas que levam o indivíduo a construir novas identidades<sup>162</sup>. Miracy Gustin, seguindo esta lógica, julga inadmissível desconsiderar a natureza social da autonomia, vez que o indivíduo apenas apreende seu significado na interação com os demais: não se nasce autônomo, mas adquire-se tal atributo no desenvolvimento psicossocial e por intermédio da comunicação de regras e valores. A validação intersubjetiva é elementar para que se considere alguém dotado de autonomia, porque esta é uma necessidade humana que se desenvolve dialogicamente<sup>163</sup>.

Considerando que a tese de Habermas foi pensada tendo a comunicação como fio condutor, sua formulação de racionalidade também difere das de seus predecessores liberais, na medida em que busca uma definição que não esteja constrangida por premissas subjetivistas e individualistas. O conceito se relaciona, desse ângulo, a um sistema de pretensões de validade que deve ser elucidado por uma teoria da argumentação<sup>164</sup>. A racionalidade, assim sendo, tem menos a ver com a posse do conhecimento do que com a maneira pela qual os sujeitos adquirem e empregam o saber<sup>165</sup>.

Gustin ensina que o autor se opõe aos entendimentos – kantianos ou cartesianos – “que postulavam um ser pensante monológico e solitário, considerado a partir de algumas contradições (sujeito *versus* objeto, razão *versus* sentido etc.) que se explicitam através da autossuficiência”, defendendo que transformavam o egocentrismo em verdadeiro princípio moral civilizatório<sup>166</sup>.

A racionalidade habermasiana funda-se na capacidade dos locutores de alcançar um saber falível ou justificável, segundo as dimensões objetiva, normativa ou social e subjetiva. A conexão entre racionalidade e autonomia, por sua vez, é explicada pela proposição de que um

---

<sup>162</sup> HABERMAS, Jürgen. Moral Development and Ego Identity. *Telos*, Washington, n. 24, 1975, p. 52.

<sup>163</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20-21.

<sup>164</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 181.

<sup>165</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo** – Volume 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 31.

<sup>166</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 183.

sujeito, para ser autônomo, deve saber que o é e ser capaz de justificá-lo racionalmente<sup>167</sup>. Em suma, como resposta à filosofia da consciência, cujo conceito de racionalidade é cognitivo-instrumental, Habermas reforça seu paradigma da linguagem, que abarca uma racionalidade comunicativa, que não apresenta relação exclusiva com questões de ordem moral e não se restringe a um ator individual<sup>168</sup>. Trata-se da substituição de uma razão prática por uma comunicativa, o que o próprio autor assegura envolver muito mais do que uma mudança terminológica<sup>169</sup>.

Acrescenta-se, enfim, que a autonomia assume tamanho valor nos estudos de Habermas, que ele defende que deveria ser ela o ideal normativo regente de políticas públicas, em detrimento do bem-estar. Quando apenas este é levado em conta, orienta-se exclusivamente para a justa distribuição de oportunidades socialmente produzidas, perdendo-se de vista liberdades e direitos legítimos<sup>170</sup>. Isso não é o ideal porque “a ideia de uma sociedade justa está conectada com a promessa de emancipação e de dignidade humana”<sup>171</sup> [tradução nossa], o que não se atinge com políticas de bem-estar, e sim com autonomia.

Para ilustrar seu argumento, ele cita as reivindicações do movimento feminista, que provavelmente borbulhavam mais intensamente à época em que escrevia, mas a reflexão é igualmente válida para as pessoas com deficiência. As demandas de liberdade e emancipação levantadas por esses grupos não devem ser entendidas em termos de distribuição de benefícios, tão-somente; afinal, sua maior aspiração está no tratamento jurídico igualitário. Nas palavras de Habermas, “os direitos podem emponderar as mulheres a moldar suas próprias vidas de maneira autônoma apenas na medida em que também facilitem a participação igualitária na prática da autodeterminação cívica”<sup>172</sup> [tradução nossa].

A pretensão desses movimentos é que o direito promova uma ruptura no modelo anterior, fundado em estereótipos deturpados, seja acerca do feminino ou da deficiência. O que

---

<sup>167</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21-22.

<sup>168</sup> GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 182- 203

<sup>169</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT, 1996, p. 3.

<sup>170</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT, 1996, p. 418.

<sup>171</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT, 1996, p. 418 Citação no idioma consultado: “The idea of a just society is connected with the promise of emancipation and human dignity”.

<sup>172</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge: The MIT, 1996, p. 420. Citação no idioma consultado: “Rights can empower women to shape their own lives autonomously only to the extent that these rights also facilitate equal participation in the practice of civic self-determination”.

Habermas visa a demonstrar é que regulamentações privadas, por mais sensíveis ao contexto que sejam, não bastam para concretizar adequadamente o direito a uma vida autônoma: elas precisam ser conjugadas, simultaneamente, com o fortalecimento dessas pautas na esfera pública. Este deve ser efetivado por meio da participação nas formas de comunicação política, visto ser este o espaço em que as definições de status igualitário podem ser identificadas e esclarecidas<sup>173</sup>.

## 2.2 Os problemas da concepção liberal e a proposta de autonomia relacional

Nota-se, tendo em vista a conjuntura apresentada, que as concepções filosóficas liberais acerca da autonomia revelam um viés cognitivo arraigado e idealizado, que opera a favor dos interesses de sujeitos que possuem certas habilidades intelectuais<sup>174</sup>. O intelecto, ancorado no ideal de racionalidade, fornece acesso a bens materiais e imateriais e a uma posição de poder na sociedade, mas não se resume a isso: de Aristóteles a Rawls, é em virtude dele que os seres humanos adquirem seu status moral único. Este é geralmente denominado dignidade e, nessa linha de pensamento, seus detentores são as pessoas a quem se deve respeito como fins em si mesmas<sup>175</sup>.

A noção moderna ocidental do sujeito como centro autônomo segue influenciando entendimentos culturais sobre o que é uma boa vida, do que decorre que a deficiência intelectual representa a derradeira tragédia pessoal: a mente que não pode se autogovernar<sup>176</sup>. Isso porque pessoas com deficiências cognitivas têm capacidades de deliberação moral diminuídas, de forma que acabam marginalizadas dentro de conceitos filosóficos importantes, como os de personalidade, responsabilidade, igualdade, cidadania, justiça, dentre outros<sup>177</sup>.

Não há dúvidas de que se trata de um desafio: Licia Carlson descreve a deficiência intelectual como “o pior pesadelo do filósofo”, sendo profundamente perturbadora para uma disciplina que tradicionalmente valoriza as virtudes da razão, da inteligência e da independência<sup>178</sup>. Por esse motivo, pessoas com deficiência foram sistematicamente excluídas

---

<sup>173</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: The MIT, 1996, p. 426.

<sup>174</sup> CARLSON, Licia. Cognitive Ableism and Disability Studies: Feminist Reflections on the History of Mental Retardation. **Hypatia**, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001, p. 140.

<sup>175</sup> KITATY, Eva Feder. When Caring is Just and Justice is Caring: Justice and Mental Retardation. **Public Culture**, Durham, v. 13, n. 3, 2001, p. 563.

<sup>176</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 101.

<sup>177</sup> KITATY, Eva Feder; CARLSON, Licia (eds.). **Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy**. Massachusetts: Wiley-Blackwell, 2010, p. 1.

<sup>178</sup> CARLSON, Licia. **The Faces of Intellectual Disability: Philosophical Reflections**. Bloomington: Indiana UP, 2010, p. 4.

das teses sobre autonomia: eram enxergadas como exceções marginais e incidentais; desconsideradas e ignoradas tanto na arena política quanto nas importantes teorias da justiça. Como resultado, tem-se a criação de um ambiente filosófico inacessível, concentrado na capacidade individual e que normaliza a exclusão desses indivíduos<sup>179</sup>.

No pensamento liberal, a autonomia é concebida de forma intercambiável com a independência e se constrói como expressão de poder, sendo altamente valorizada socialmente. Produz-se, com base nessas premissas, o mito da autonomia: um ideal público que presume os membros da sociedade como tomadores de decisões autossuficientes, racionais e independentes. Assim, é estruturado um imaginário coletivo deturpado, em que a autonomia é entendida como a característica dos seres humanos que fundamenta os direitos individuais, impede o paternalismo e permite que o agente possa ser o autor de sua própria história<sup>180</sup>.

A vida de grande parte das pessoas com deficiência mental e intelectual guarda considerável distância desse sistema de mitos. Tal fato é agravado porque é na capacidade de raciocinar que os filósofos liberais posicionam a marca da humanidade<sup>181</sup>, a mente sendo vista como o assento da identidade e da personalidade<sup>182</sup>. Como consequência, frequentemente assumiu-se que esse grupo não era o assunto adequado de uma teoria da justiça, não devendo dela se beneficiar. Durante longo período, foram direcionadas aos sujeitos com deficiências cognitivas exclusivamente políticas patriarcais de bem-estar, baseadas na caridade, e não na justiça. Estas cumpriam suas necessidades vitais básicas, mas, muitas vezes, a custo de sua segregação<sup>183</sup>.

A íntima conexão entre razão, dignidade e autonomia – desenhada por Kant e ainda defendida por muitos estudiosos contemporâneos – leva a um entendimento restrito e individualista da última<sup>184</sup>. Nicholas Wolterstoff alerta: em uma sociedade fundada em princípios kantianos, em que é amplamente aceito que nada além da racionalidade determina o

---

<sup>179</sup> DAVY, Laura. Philosophical Inclusive Design: Intellectual Disability and the Limits of Individual Autonomy in Moral and Political Theory. *Hypatia*, Cambridge, v. 30, n. 1, 2015, p. 146.

<sup>180</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. *Angelaki*, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 103.

<sup>181</sup> KITTAY, Eva Feder; CARLSON, Licia (eds.). **Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy**. Massachusetts: Wiley-Blackwell, 2010, p. 1.

<sup>182</sup> DAVY, Laura. Philosophical Inclusive Design: Intellectual Disability and the Limits of Individual Autonomy in Moral and Political Theory. *Hypatia*, Cambridge, v. 30, n. 1, 2015, p. 136.

<sup>183</sup> QUINN, George; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention. In: GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (eds.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 39-40.

<sup>184</sup> DEL VILLAR, Katrine. Should Supported Decision-Making Replace Substituted Decision-Making? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Coercive Treatment under Queensland’s Mental Health Act 2000. *Laws*, Basel, v. 4, 2015, p. 186.

valor das pessoas, admite-se que as menos racionais sejam sistematicamente excluídas<sup>185</sup>. Isso ocorre porque o sujeito autônomo do liberalismo deve governar a si mesmo independentemente de seus relacionamentos com terceiros, de sua identidade social e cultural e da posição que ocupa nas estruturas sociais, econômicas e políticas<sup>186</sup>. Com efeito, apenas haveria autonomia diante de uma imparcialidade e independência de desejos, emoções e inclinações.

Tal entendimento não é sequer desejável: ninguém se move pelo mundo apenas pela razão, afinal<sup>187</sup>. A faculdade da razão é excessivamente mecânica e superficial para determinar todos os complexos comportamentos e pensamentos de pessoas reais. Mercer Gary sustenta que desconsiderar os laços sociais ao conceituar a capacidade de moralidade não apenas exagera os poderes humanos de abstração, mas negligencia o valor positivo que os relacionamentos intersubjetivos possuem na vida dos indivíduos – seres dependentes e interdependentes por natureza<sup>188</sup>. O sociólogo Alan Touraine explicita contradições sobre o tema:

[Embora] só exista modernidade devido à crescente interação do sujeito e da razão, da consciência e da ciência, querem nos impor a ideia de que o conceito de sujeito teria que ser renunciado para triunfar a ciência, que os sentimentos e a imaginação teriam que ser sufocados para ver a razão livre [...]<sup>189</sup> [tradução nossa].

Para além da autonomia, tem-se na dignidade humana um dos conceitos influenciados pelo constructo individualista apresentado. Sem dúvidas, a ideia de dignidade já serviu para promover a integridade física e moral de inúmeros sujeitos. No entanto, devido à forma como foi inicialmente desenvolvida atrelada à racionalidade, também resultou na estigmatização de certos grupos, como as pessoas com deficiência mental e intelectual. A figura vincula-se, em alguma medida, a esse modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por uma série de traços relacionados a padrões éticos e estéticos, autônomo e que desempenha determinado papel social<sup>190</sup>. Essa associação com a utilidade pode ser vista mais claramente no mundo antigo, por óbvio, mas ainda restam vestígios na contemporaneidade.

<sup>185</sup> WOLTERSTOFF, Nicholas. **Justice: Rights and Wrongs**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 391.

<sup>186</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 104.

<sup>187</sup> MINKOWITZ, Tina. CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], v. 4, 2013, p. 6.

<sup>188</sup> GARY, Mercer. Dignity and Disability: Toward a Relational Approach. **Philosophy Theses**, Atlanta, v. 5, n. 2, 2017, p. 12-13.

<sup>189</sup> TOURAINE, Alan. **Crítica de la modernidad**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 201-202. Citação no idioma consultado: “Cuando sólo hay modernidad por la creciente interacción del sujeto y la razón, de la conciencia y la ciencia, nos han querido imponer la idea de que había que renunciar al concepto de sujeto para hacer triunfar a la ciencia, que había que ahogar el sentimiento y la imaginación para liberar la razón”.

<sup>190</sup> ASÍS, Rafael de. Sobre la capacidad. In: PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco. **Capacidad jurídica, discapacidad e derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 15-16.

A dignidade humana constitui, hodiernamente, o ponto de partida e o ponto final de uma sociedade democrática. Sua dimensão extrínseca tem no direito um importante campo de batalha, no qual pessoas com deficiência lutam pelo desfrute e exercício de direitos fundamentais em igualdade de condições com os demais. Dados os pressupostos filosóficos que nortearam a construção do conceito, contudo, é perceptível que, para esses indivíduos, a luta pela dignidade levou a uma longa história carente de resultados efetivos<sup>191</sup>.

Cabe mencionar, por fim, outra formulação que carrega consigo resquícios do viés cognitivo arraigado: a capacidade, especialmente a capacidade de fato. Esta pode ser descrita como a autonomia da vontade com vestes dogmáticas, como seu amparo legal. Retira-se a autonomia do âmbito meramente ético para vinculá-la ao direito<sup>192</sup>, campo no qual se entende que se uma pessoa não apresenta os níveis adequados de compreensão (ou seja, não tem possibilidade de exercer sua vontade de maneira autônoma), ela é incapaz, não tendo aptidão para exercer seus direitos e contrair suas obrigações. A capacidade, porém, será examinada ao longo do Capítulo 3.

Ora, é notório que as assunções do liberalismo clássico são falhas e irreais. As questões problemáticas explanadas – dentre outras – chamaram a atenção de filósofas feministas, que passaram a intensamente questioná-las. Suas críticas concentram-se em dois pontos principais: (i) o fato de as noções liberais não levarem em conta adequadamente a natureza social e relacional dos indivíduos; e (ii) o respaldo, amparado na visão idealizada de autonomia, na negação da dependência, uma das principais características da vida humana<sup>193</sup>. Somam-se a essas teóricas os estudiosos da deficiência, uma vez que, se levado às últimas consequências, o pensamento liberal resulta na recusa da personalidade às pessoas com deficiências cognitivas.

Acerca do primeiro problema citado, há uma flagrante omissão no reconhecimento das pessoas como seres sociais, cujas concepções de bem são, em grande proporção, desenvolvidas em relação aos outros, já que influenciadas por uma infinidade de contingentes sociais, históricos e psicológicos<sup>194</sup>. No mais, as críticas aos relatos liberais demonstram que não reconhecer a condição constitutiva da dependência na natureza humana sustenta tanto a

---

<sup>191</sup> PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad**: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad em la diversidad funcional. Madrid: Diversitas, 2006, p. 175-176.

<sup>192</sup> STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 2, 1999, p. 38.

<sup>193</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 103.

<sup>194</sup> DAVY, Laura. Philosophical Inclusive Design: Intellectual Disability and the Limits of Individual Autonomy in Moral and Political Theory. **Hypatia**, Cambridge, v. 30, n. 1, 2015, p. 138-139.



mitologia da autonomia individual quanto a posição marginalizada atribuída às pessoas com deficiência. Fabrica-se, então, uma imagem de que apenas estas são dependentes, seu corpo e sua mente representando o incompleto, o limitado, o comprometido; em contraposição ao sujeito de limites invioláveis cuja autodeterminação opera sem restrições<sup>195</sup>.

Há uma ideia difundida de que pessoas incapazes de funcionar como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo da vida representam uma absoluta exceção. Trata-se de uma convicção fictícia, causada pelas demandas por autonomia e produtividade autossuficientes que impedem de enxergar que, na sociedade hodierna, a dependência é a regra. É criada, então, a falsa imagem dos não-deficientes como agentes independentes e das pessoas com deficiência como “os outros”, “os dependentes”<sup>196</sup>.

Na vida cotidiana, porém, o que ocorre é que todas as pessoas estão imersas em relações de suporte e exercem sua autonomia porque inseridas em ambientes que o permitem. Mesmo aquele sujeito que parece governar sua vida de forma ideal e independente apenas pode fazê-lo em razão de uma série de formas – visíveis e invisíveis – de cuidados e apoios interpessoais e estruturais que lhe possibilitam ocupar essa posição<sup>197</sup>. Ou seja, mesmo “adultos saudáveis” só são autônomos quando observados a partir de certos espectros porque, conforme assevera Carolyn Ells, rótulos de dependência e independência são relativos às circunstâncias. Uma compreensão da vida humana mais completa revela que todos são interdependentes<sup>198</sup>.

Concentrar-se exclusivamente na autonomia como independência dissimula a fragilidade e a vulnerabilidade inerentes à condição humana<sup>199</sup>. Uma expectativa nesses moldes serve somente para ameaçar, desqualificar e tornar irrelevante a legitimidade moral das pessoas com deficiência (especialmente mental e intelectual) como partes integrantes e significativas das deliberações práticas<sup>200</sup>, quando muitas delas seriam capazes participar destas, desde que com a devida assistência para formular ou expressar seus julgamentos.

É essencial, portanto, redesenhar conceitos fundantes do pensamento filosófico para que sejam congruentes com os direitos e reivindicações por inclusão e justiça de todos os sujeitos,

---

<sup>195</sup> Cf. DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 101.

<sup>196</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 1052.

<sup>197</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 1052

<sup>198</sup> ELLS, Carolyn. Lessons About Autonomy form the Experience of Disability. **Social Theory and Practice**, Tallahassee, v. 27, n. 4, 2001, p. 602-603.

<sup>199</sup> DELGADO, Janet. Re-thinking relational autonomy: Challenging the triumph of autonomy through vulnerability. **Bioethics Update**, Mexico City, v. 5, 2019, p. 54-56.

<sup>200</sup> KENDALL, Elizabeth; CLAPTON, Jayne. Autonomy and participation in rehabilitation: Time for a new paradigm? **Disability and Rehabilitation**, Brisbane, v. 24, n. 18, 2002, p. 988-989.

não somente aqueles que supostamente atendem aos requisitos do sistema de mitos. No que concerne à dignidade, restam evidentes as razões pelas quais ela não deve ser reduzida à autonomia ou ao discernimento: precisa, ao contrário, ser ampla e irrestrita. Nesse sentido, correntes doutrinárias mais recentes têm oferecido à figura fontes alternativas, que não a racionalidade.

Eva Kittay, por exemplo, justifica a atribuição de status moral aos sujeitos com base nos relacionamentos significativos que vivenciam no seio de uma comunidade moral<sup>201</sup>. Agustina Palacios e Javier Romañach acreditam ser necessária a consolidação de um paradigma da diversidade, em que a dignidade intrínseca do ser humano esteja desvinculada de qualquer consideração de utilidade social<sup>202</sup>. Similarmente, Rafael de Asís defende que o sujeito moral, digno, deve ser aquele que conta com a possibilidade – atual ou potencial, em grau mínimo ou máximo, de qualquer modo – de raciocinar, sentir e se comunicar, dirigindo essas faculdades à fruição de um determinado plano de vida<sup>203</sup>.

Passando ao exame da autonomia, demonstra-se fundamental uma elaboração menos dicotômica e mais complexa, capaz de incluir a vulnerabilidade humana e na qual a figura seja apreendida como dinâmica, gradual e relativa. As abordagens relacionais de autonomia são aquelas que melhor coadunam com a finalidade exposta. Um de seus princípios basilares está na admissão de que a autonomia não é uma propriedade *a priori* de pessoas abstratamente concebidas, e sim uma conquista de indivíduos física e socialmente aptos a desenvolvê-la<sup>204</sup>.

A autonomia relacional é fundada na interdependência e, como tal, representa um contraponto aos entendimentos individualistas. Sua origem pode ser apontada nos estudos feministas, nos quais, finalmente, abrem-se os olhos para um fato ignorado durante longo tempo no pensamento filosófico: as pessoas não têm condições de se transformar em indivíduos autônomos na ausência de ambientes nutritivos ou de relações de apoio na tomada e/ou efetivação de suas decisões<sup>205</sup>.

Formulações relacionais têm como respaldo a natureza social da vida das pessoas, que estão integralmente conectadas a um ambiente em que coexistem fatores econômicos, políticos,

---

<sup>201</sup> Cf. KITTAY, Eva. As the Margins of Moral Personhood. *Ethics*, Chicago, v. 116, n. 1, 2005, p. 110-111.

<sup>202</sup> PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad em la diversidad funcional*. Madrid: Diversitas, 2006.

<sup>203</sup> ASÍS, Rafael de. Sobre la capacidad. In: PALACIOS, Agustina; BARRIFFI, Francisco. *Capacidad jurídica, discapacidad e derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 22-25.

<sup>204</sup> ELLS, Carolyn. Lessons About Autonomy form the Experience of Disability. *Social Theory and Practice*, Tallahasee, v. 27, n. 4, 2001, p. 612.

<sup>205</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. *Angelaki*, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 104.

étnicos, culturais, de gênero, dentre outros. Nesse cenário, importantes habilidades e capacidades são praticadas interativamente<sup>206</sup>. Os indivíduos são, portanto, socialmente incorporados, tendo seus sentidos de identidade, de interesses e de habilidades apreendidos nesse *locus* social. Compreende-se, então, a natureza dinâmica da autonomia, que se modifica de acordo com os significados e estruturas dos relacionamentos das pessoas e de seus mundos<sup>207</sup>.

Um passo fundamental em direção a uma noção relacional é tomar consciência de que autonomia e vulnerabilidade não são incompatíveis. Posicioná-las como paradoxais envolve uma má-interpretação de ambas: a vulnerabilidade não é a ausência de autonomia, e sim uma condição primária compartilhada por todos os seres humanos. Reconhecê-la, portanto, não implica na recusa da autonomia, mas obriga a adoção de uma nova abordagem referente a esta, mais real e aplicável a sujeitos vulneráveis<sup>208</sup>. Desse ângulo, os dois conceitos devem ser postulados como complementares.

Adotar essa visão significa normalizar a dependência e a vulnerabilidade como características inerentes à condição humana, o que possibilita o oferecimento de resistência à marginalização das pessoas com deficiência<sup>209</sup>. Isso porque a ocultação desses traços transforma aqueles cuja dependência não pode ser mascarada em párias, em objetos ora de desdém, ora de piedade. Mais do que isso, omiti-los é perverso porque significa esconder, também, suas causas sociais. Nesse sentido, Mário Fabri dos Anjos conclui: “a tentativa de ocultar as causas da vulnerabilidade leva a fazer da autonomia um discurso de responsabilização das vítimas por suas próprias feridas”<sup>210</sup>.

Na sociedade contemporânea, todos são inevitavelmente dependentes um dos outros. O reconhecimento dessa interdependência, Amita Dhanda ressalta, não deve ser tomado como uma declaração de incapacidade, mas como uma admissão honesta da necessidade de auxílio no exercício de certas capacidades. Essa forma de compreender a autonomia tem potencial

---

<sup>206</sup> ELLS, Carolyn; HUNT, Matthew; CHAMBERS-EVANS, Jane. Relational autonomy as an essential component of patient-centered care. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, Indiana, v. 4, n. 2, 2011, p. 85-86.

<sup>207</sup> ELLS, Carolyn; HUNT, Matthew; CHAMBERS-EVANS, Jane. Relational autonomy as an essential component of patient-centered care. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, Indiana, v. 4, n. 2, 2011, p. 85-86.

<sup>208</sup> CELIK, Elif. The role of CRPD in rethinking human rights subject. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 21, n. 7, 2017, p. 13.

<sup>209</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 102.

<sup>210</sup> ANJOS, Mário Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, 2006, p. 182.

emancipatório e empoderador, especialmente para as pessoas com deficiência, porque permite que admitam seus déficits sem serem diminuídas<sup>211</sup> em sua humanidade ou dignidade.

Resta nítido que a autonomia enxergada pelas lentes teóricas relacionais se encaixa melhor à realidade das pessoas com deficiência, haja vista a preocupação existente com as várias maneiras pelas quais a opressão pode diminuir, dificultar ou inviabilizar a agência autônoma. Além disso, corrobora com narrativas mais ricas e complexas do agente autônomo, que consideram, para além da racionalidade, suas emoções e desejos<sup>212</sup>. Em suma, ao enfraquecer as noções de capacidade individual e independência e consolidar as de interdependência e relação interpessoal, permite-se que o julgamento sobre a deficiência seja relativizado<sup>213</sup>.

Assim sendo, pessoas com deficiência têm maior possibilidade de desenvolver autonomia, porque não são determinadas simplesmente por uma avaliação de competência individual<sup>214</sup>. Em uma visão relacional, a autonomia se torna uma responsabilidade compartilhada, o que implica em uma visão contextualizada do sujeito, atenta às variáveis externas que obstaculizam a promoção de suas capacidades. O aspecto contextual importa especialmente no sentido de que muitas pessoas com deficiência mental ou intelectual poderiam ter sua autonomia potencializada com o devido suporte.

Enquanto o sujeito moral for reduzido à razão e estiver situado fora e acima de qualquer contexto, é muito mais difícil explicar a opressão internalizada e estrutural. Uma perspectiva contextualizada, por outro lado, descreve o problema da opressão e oferece uma explicação sobre como situações externas podem influenciar a capacidade de autonomia do indivíduo. A sensibilidade à opressão internalizada é uma das grandes vantagens de uma acepção relacional de autonomia pois, a partir dela, é possível pensar em formas de evitar a opressão<sup>215</sup>.

Em projetos políticos e intelectuais relativos à deficiência, procura-se, com frequência, equilibrar o reconhecimento do viés relacional com a autonomia individual, porque a imagem do agente autônomo – assim como os valores a ela associados (agência, independência, autodeterminação etc.) – continua sendo uma ferramenta poderosa nos projetos emancipatórios

---

<sup>211</sup> DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**. São Paulo, n. 8, 2008, p. 50.

<sup>212</sup> BJORNSDÓTTIR, Kristín; STEFÁNSDÓTTIR, Guorun; STEFÁNSDÓTTIR. It's my life: autonomy and people with intellectual disabilities. **Journal of Intellectual Disabilities**, London, v. 19, n. 1, 2015, p. 8.

<sup>213</sup> GAUDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, 2016, p. 3.066.

<sup>214</sup> BJORNSDÓTTIR, Kristín; STEFÁNSDÓTTIR, Guorun; STEFÁNSDÓTTIR. It's my life: autonomy and people with intellectual disabilities. **Journal of Intellectual Disabilities**, London, v. 19, n. 1, 2015, p. 8.

<sup>215</sup> Cf. BJORNSDÓTTIR, Kristín; STEFÁNSDÓTTIR, Guorun; STEFÁNSDÓTTIR. It's my life: autonomy and people with intellectual disabilities. **Journal of Intellectual Disabilities**, London, v. 19, n. 1, 2015, p. 8.

do movimento das pessoas com deficiência<sup>216</sup>. Há, então, uma constante tentativa de equilibrar dois lados de uma balança: de um lado, está a busca por demonstrar que a autonomia individualista e a independência são um mito; de outro, o esforço para que se reconheça que pessoas com deficiência (e outros grupos oprimidos) também têm potencial para desenvolver essas características (em graus variados), desde que lhes seja fornecida uma rede apropriada de suporte. Há uma contínua negociação e renegociação entre dependência, independência e individualidade nas relações que envolvem deficiência e assistência<sup>217</sup>.

A depender do marco teórico adotado para o estudo da autonomia relacional, essa balança pode pender mais para um lado ou para o outro. Em parte, isso ocorre porque, a despeito da concordância em torno de premissas básicas – a autonomia não pode ser desvinculada de sua natureza social –, diferentes abordagens relacionais possuem conteúdos bastante distintos.

À semelhança da diferenciação proposta por Tom Shakespeare<sup>218</sup>, elas podem ser separadas em dois grupos principais: para o primeiro, articulado pelos movimentos de pessoas com deficiência, a ideia de independência é ressignificada como a possibilidade de escolha, acesso e controle sobre o apoio necessário para o exercício de suas capacidades. Afirma-se, desse ponto de vista, que as pessoas com deficiência não desejam ou precisam apenas de “cuidados”, e sim do reconhecimento de sua cidadania e da garantia de seus direitos. Já o segundo, formado em torno da ética feminista de cuidado, postula que a ambição por independência é um projeto moral que se adequa apenas aos sujeitos sem deficiência. É negada, assim, a suposição de que todos os deficientes almejam a independência ou estão aptos a alcançá-la<sup>219</sup>. Objetiva-se, no presente trabalho, conciliar características de ambas as visões.

Cabe esclarecer, a princípio, como o segundo grupo citado define “cuidado”. Nos termos de Eva Kittay, umas das principais referências no assunto:

Cuidado é um termo multifacetado. É um trabalho, uma atitude e uma virtude. Como trabalho, é o trabalho de manter a nós mesmos e aos outros quando estamos em condição de necessidade. É mais notado em sua ausência, mais necessário quando pode ser menos recíproco. Como atitude, cuidar denota um vínculo afetivo positivo e um investimento no bem-estar do outro. O trabalho pode ser feito sem a atitude apropriada. No entanto, sem a atitude de cuidar, a receptividade ao outro, tão essencial para entender o que ele exige, não é possível. Ou seja, o trabalho não acompanhado pela atitude de cuidar não pode ser um bom cuidado. O bom cuidado é cultivado como virtude por quem pode provê-lo tanto para pessoas íntimas quanto para estranhos. [...]

<sup>216</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. *Angelaki*, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 102.

<sup>217</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. *Angelaki*, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 102.

<sup>218</sup> SHAKESPEARE, Tom. *Help*. Birmingham: Venture Press, 2000, p. 72. Apud: MORRIS, Jenny. *Impairment and Disability Constructing Hypatia*, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001, p. 13.

<sup>219</sup> DINIZ, Débora. *O que é deficiência?*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 63-66

A consistência do cuidado, mesmo quando é difícil e desvantajoso para nós, requer o cultivo da virtude. O cuidado como virtude é uma disposição manifestada no comportamento de cuidar, no qual ocorre uma mudança do interesse pela nossa situação de vida para a situação de vida do outro, aquele que precisa de cuidado<sup>220</sup> [tradução nossa].

Ao tratar da proposta feminista do cuidado, Débora Diniz relata que, erroneamente, supõe-se que o vínculo estabelecido pelo cuidado é sempre temporário, quando, para algumas pessoas, trata-se de condição de sobrevivência<sup>221</sup>. Desse ângulo, ele é uma demanda de justiça fundamental e é nele e na interdependência que se situam os princípios estruturadores da vida social<sup>222</sup>.

Da perspectiva de Kittay, a habilidade de dar e receber cuidado configura uma fonte de dignidade tanto quanto a capacidade de raciocinar<sup>223</sup>. Entende-se que, em sua teoria, a marca da humanidade reside no fato de que “somos todos filhos de uma mãe”<sup>224</sup>, ou seja, todos os seres humanos são cuidados por alguém em determinado momento da vida, sendo o dever de cuidar movido por um ideal altruísta, respaldado em laços de afeto e preocupação<sup>225</sup>. Trata-se de uma provocação direcionada não apenas à filosofia liberal, mas também aos teóricos da deficiência que mantiveram o foco na busca pela autonomia e independência, não questionando a fundo tais valores.

Dois dos argumentos que Kittay deseja introduzir nos debates sobre justiça e deficiência são: (i) que o cuidado é um princípio ético fundamental às organizações sociais; e (ii) que a interdependência expressa melhor a condição humana do que a independência, inclusive no que se refere a pessoas sem deficiência<sup>226</sup>. A autora propõe, trazendo os relacionamentos interpessoais para o centro de sua concepção de personalidade que

<sup>220</sup> KITATY, Eva Feder. When Caring is Just and Justice is Caring: Justice and Mental Retardation. **Public Culture**, Durham, v. 13, n. 3, 2001, p. 560. Citação no idioma original: “Care is a multifaceted term. It is a labor, an attitude, and a virtue. As labor, it is the work of maintaining ourselves and others when we are in a condition of need. It is most noticed in its absence, most needed when it can be least reciprocated. As an attitude, caring denotes a positive, affective bond and investment in another’s well-being. The labor can be done without the appropriate attitude. Yet without the attitude of care, the open responsiveness to another that is so essential to understanding what another requires is not possible. That is, the labor unaccompanied by the attitude of care cannot be good care. Good caring is cultivated as a virtue by some who can provide it for intimates and strangers alike. [...] Maintaining care even when it is difficult and disadvantageous to us, requires the cultivation of the virtue. Care as a virtue is a disposition manifested in caring behavior (the labor and attitude), in which a shift takes place from the interest in our life situation to the situation of the other, the one in need of care”.

<sup>221</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência?**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 69-70.

<sup>222</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência?**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 69-70.

<sup>223</sup> KITTAY, Eva Feder. The Ethics of Care, Dependence and Disability. **Ratio Juris**, Oxford, v. 24, n. 1, 2011, p. 52.

<sup>224</sup> KITTAY, Eva Feder. **Love’s Labor: Essays on Woman, Equality and Dependency**. New York: Routledge, 1999, p. 23.

<sup>225</sup> GAUDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, 2016, p. 3.066.

<sup>226</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência?**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 67, 68.

[...] ser pessoa significa ter a capacidade de estar em certos relacionamentos com outras pessoas, de manter contato com elas, de moldar o próprio mundo e o mundo dos outros; é ter uma vida que outra pessoa possa conceber como uma pessoa; uma possibilidade imaginativa para si mesmo<sup>227</sup> [tradução nossa].

Percebe-se que se trata de uma posição controversa, motivo pelo qual os estudos que envolvem a ética de cuidado estão na mira de críticas diversas. São muitos os teóricos da deficiência que discordam do pensamento de Kittay por acreditarem que a independência representa um valor ético que pode ser atingido com o adequado suporte e as devidas mudanças na organização social<sup>228</sup>. Aos olhos desses autores, a defesa do cuidado representa uma ameaça política: a de devolver as pessoas com deficiência ao espaço da subalternidade e da exclusão social, pois seria mais fácil garantir o cuidado do que transformar ordens sociais e políticas opressoras. Eles acusam que, em uma sociedade pouco sensível aos interesses desses sujeitos, o cuidado é um valor de baixo potencial subversivo. Michael Oliver chegou a designar a ética de cuidado como uma “dinamite ideológica”<sup>229</sup>.

Em suma, teme-se que uma teoria amplamente baseada no cuidado abrace, ao invés de desafiar, as desigualdades sofridas pelas pessoas com deficiência. Para Steve Graby e Anat Greenstein, por exemplo, a rejeição da busca por autonomia pode ser um problema. Argumentam que, embora as concepções modernas ocidentais de autonomia devam ser criticadas, é possível fazê-lo sem abandonar o conceito, que ainda detém grande relevância. Não há dúvidas de que deve ser contestado o ideal autônomo encarnado por uma caricatura de indivíduo masculino, robusto, autossuficiente e extremamente racional. O caminho ideal para isso, porém, seria recuperar e reconceituar a figura, articulando mudanças e tornando-a mais adequada ao ponto de vista feminista<sup>230</sup> (do qual advém a ética de cuidado) e ao das pessoas com deficiência.

Graby e Greenstein concordam com as demandas das especialistas em ética de cuidado no que tange à promoção de relações de interdependência, desde que estas não sejam fundadas na substituição de vontade, e sim enxergadas como condição necessária para a autonomia. De

---

<sup>227</sup> KITATY, Eva Feder. When Caring is Just and Justice is Caring: Justice and Mental Retardation. **Public Culture**, Durham, v. 13, n. 3, 2001, p. 568. Citação no idioma original: “[...] Being a person means having the capacity to be in certain relationships with other persons, to sustain contact with other persons, to shape one’s own world and the world of others, and to have a life that another person can conceive of as an imaginative possibility for him or herself”.

<sup>228</sup> DINIZ, Débora. **O que é deficiência?**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 59.

<sup>229</sup> OLIVER, Michael; BARNES, Colin. **Disabled People and Social Policy: from exclusion to inclusion**. London: Longman, 1998, p. 8. Apud: DINIZ, Débora. **O que é deficiência?**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 68-69.

<sup>230</sup> GRABY, Steve; GREENSTEIN, Anat. Relational autonomy and disability: beyond normative constructs and post-structuralist deconstructions, In: MALLETT, Rebecca; OGDEN, Cassandra; SLATER, Jenny (Eds.) **Precarious Positions: Theorizing Normalcy and the Mundane**. Chester: University of Chester Press, 2016, p. 8.

seu ponto de vista, esta não deve ser abandonada, mas é preciso enfatizar que sua prática se dá dentro dos relacionamentos, de forma que as pessoas não são inerentemente autônomas ou não autônomas, mas o tornam por intermédio das relações que assumem, reconhecem e sustentam. Com efeito, alcançar a autonomia ainda deve ser um objetivo em pauta, mas não é algo a ser feito individualmente, pois requer um apoio social mais amplo<sup>231</sup>.

Os referidos autores acrescentam, ainda, que a universalização do cuidado colocaria as pessoas com deficiência em situação de desvantagem, porque a relação envolve inevitavelmente um desequilíbrio de poder. A consequência disso seria negar a igualdade aos indivíduos que assumem o posto de beneficiários de cuidado. Concluem, assim, que uma teoria nesse formato compartilha com a filosofia liberal a suposição de que a dependência significa ausência de autonomia e que leva, inevitavelmente, à inferioridade social<sup>232</sup>.

Anita Silvers também demonstra preocupação com sistemas focados exclusivamente na proteção das pessoas com deficiência. Embora compreenda a validade do cuidado no que se refere aos “verdadeiramente incompetentes”, contrapõe-se a um sistema social que posiciona o cuidado com a principal forma de se relacionar com indivíduos que possuem limitações cognitivas. Ela considera a ética do cuidado conservadora e, assim sendo, pode acabar não ajudando na correção de relacionamentos que constituem, em si, uma fonte de repressão. De seu ponto de vista, “a própria estrutura das relações de cuidado convida à marginalização de quem é consignado à posição de dependência”<sup>233</sup>.

As reflexões de Jenny Morris sobre o assunto também são relevantes. Ela pontua que, ainda que a dependência seja reconhecida como parte essencial da condição humana, isso não deve obscurecer o fato de que a experiência de certas pessoas com seus corpos e lesões as coloca em um risco muito maior de perder seus direitos humanos e civis quando comparadas ao restante da população. Reconhecer que todos os seres humanos – como seres sociais – são dependentes uns dos outros é importante, mas as limitações de muitas pessoas com deficiência são qualitativamente diferentes das demais: depender da assistência de terceiros para a realização de tarefas íntimas não é o mesmo que depender de um serviço mecânico para o carro.

---

<sup>231</sup> GRABY, Steve; GREENSTEIN, Anat. Relational autonomy and disability: beyond normative constructs and post-structuralist deconstructions, In: MALLET, Rebecca; OGDEN, Cassandra; SLATER, Jenny (Eds.) **Precarious Positions: Theorising Normalcy and the Mundane**. Chester: University of Chester Press, 2016, p. 19.

<sup>232</sup> GRABY, Steve; GREENSTEIN, Anat. Relational autonomy and disability: beyond normative constructs and post-structuralist deconstructions, In: MALLET, Rebecca; OGDEN, Cassandra; SLATER, Jenny (Eds.) **Precarious Positions: Theorising Normalcy and the Mundane**. Chester: University of Chester Press, 2016, p. 9.

<sup>233</sup> SILVERS, Anita. *Reconciling Equality to Difference: Caring (F)or Justice for People with Disabilities*. Hipatia, Cambridge, v. 10, n. 1, 1995, p. 40.



Há, nas relações de cuidado, uma inegável e poderosa dinâmica que envolve dominação e vulnerabilidade e que frequentemente é utilizada para subjugar o indivíduo vulnerável<sup>234</sup>.

Uma tentativa de defesa da ética de cuidado poderia ser embasada na alegação de que a relação de dependência não autoriza o exercício de poder, exceto em benefício do receptor de cuidados. Kittay explica que há uma distinção entre a desigualdade de poder inerente às relações de dependência e o exercício de dominação em uma relação de desigualdade: a primeira é compatível com a justiça e o cuidado, enquanto a dominação é um desvio, em que o poder é empreendido sobre outrem contra seus melhores interesses e com propósitos que não possuem legitimidade moral<sup>235</sup>.

Não obstante possa, de fato, ser mais um desvio prático do que um problema teórico, considera-se um risco alto demais a ser assumido a possibilidade de realocar as pessoas com deficiência a uma condição de receptoras passivas e dependentes de bons cuidados prestados por terceiros. Em especial quando se considera todo o panorama histórico acerca do tratamento ofertado a esses sujeitos ao longo do tempo, faz-se crucial muita atenção para que não haja retrocesso, para que a conformação com a dependência não impeça que sejam realizadas todas as tentativas possíveis para que desenvolvam e exerçam sua autonomia e vivam suas vidas conforme suas próprias ideias e vontades, na maior medida possível.

Morris elabora interessante lista acerca das características de uma teoria que envolva o cuidado, mas sem resignar as pessoas com deficiência a uma postura excessivamente passiva:

Qualquer que seja o “cuidado”, seja na forma de serviços formais pagos dinheiro ou de relacionamentos pessoais, se não permitir que as pessoas “expressem uma opinião”, “participem das decisões que afetam suas vidas” e “compartilhem uma vida social em sua comunidade”, será antiético. Precisamos de uma ética de cuidado baseada no princípio de que negar os direitos humanos de nossos semelhantes é minar nossa própria humanidade. Precisamos de uma ética de cuidado que reconheça que qualquer pessoa, seja qual for o seu nível de comunicação ou comprometimento cognitivo, possa expressar preferências. Precisamos de uma ética de atendimento que visa a capacitar as pessoas para participar de decisões que as afetam e para se envolverem na vida de sua comunidade. Mais importante, precisamos de uma ética de atendimento que, embora comece da posição de que todos têm os mesmos direitos humanos, também reconheça os requisitos adicionais que algumas pessoas têm para acessar esses direitos. O reconhecimento de nossa diferença (incluindo nossa dependência) por causa de nossas deficiências pode, assim, tornar-se um passaporte para o reconhecimento de nossa humanidade comum<sup>236</sup> [tradução nossa].

<sup>234</sup> MORRIS, Jenny. Impairment and Disability Constructing. *Hypatia*, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001, p. 13.

<sup>235</sup> KITTAY, Eva Feder. *Love's Labor: Essays on Woman, Equality and Dependency*. New York: Routledge, 1999, p. 33-34.

<sup>236</sup> MORRIS, Jenny. Impairment and Disability Constructing. *Hypatia*, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001, p. 15. Citação no idioma original: “Whatever “care” is-whether it is in the form of formal services, cash payments, or personal relationships-if it does not enable people “to state na opinion,” “to participate in decisions which affect their lives,” and “to share fully in the social life of their community,” then it will be unethical. We need an ethics of care which is based on the principle that to deny the human rights of our fellow human beings is to undermine our own

Descritas as razões pelas quais a ética de cuidado pensada por Kittay desperta cautela entre teóricos da deficiência, admite-se que, embora seja indubitável a pertinência do reconhecimento da interdependência, ele não igualará as relações de poder. Considerando que este continuará a ser distribuído de forma desigual, o caminho é compreender que uma posição de poder inerentemente superior não precisa ser restritiva para aquele que recebe cuidados. Para que assim seja, é fundamental que os provedores criem oportunidades em seus relacionamentos com as pessoas com deficiência, que devem ser pautados na informação e na confiança. É essencial ter em vista que o objetivo final é que, gradualmente, a própria pessoa consiga assumir decisões e ações mais autônomas<sup>237</sup>.

Quando sumarizadas todas essas colocações, tem-se que uma autonomia plena é irrealizável. Mariana Lara expõe que há possibilidade de resistir a determinados tipos de poder e de fazer escolhas, mas um mundo livre de qualquer forma de poder não passa de mera utopia. Nesse contexto, deve-se buscar uma autonomia possível, dialógica e que objetive atingir níveis mais elevados de emancipação. Sendo a autonomia uma construção intersubjetiva e que sofre influência de variados fatores sociais, é preciso encontrá-la em um nível intermediário entre a dominação completa e a liberdade absoluta, sem jamais renunciar à ideia de um sujeito autônomo<sup>238</sup>.

Com frequência, nos estudos e no ativismo sobre a deficiência, a promoção de uma sociedade solidária e amparada no cuidado e a de uma sociedade em que as pessoas com deficiência possam exercer autonomia sobre suas vidas são vistas como projetos políticos conflitantes<sup>239</sup>. Todavia, ao considerar a situação de pessoas cujas limitações cognitivas culminam na indispensabilidade de altos níveis de assistência para o desenvolvimento e a prática da autonomia, percebe-se que essa dicotomia – autonomia *versus* cuidado – é deveras reducionista. A dependência e o cuidado precisam ser enxergados como pré-condições para a

---

humanity. We need an ethics of care which recognizes that anyone-whatever their level of communication or cognitive impairment-can express preferences. We need an ethics of care which aims to enable people to participate in decisions which affect them and to be involved in the life of their community. Most importantly, we need an ethics of care which, while starting from the position that everyone has the same human rights, also recognizes the additional requirements that some people have in order to access those human rights. The recognition of our difference (including our dependence), because of our impairments, can thus become a passport to the recognition of our common humanity”.

<sup>237</sup> KENDALL, Elizabeth; CLAPTON, Jayne. Autonomy and participation in rehabilitation: Time for a new paradigm? **Disability and Rehabilitation**, Brisbane, v. 24, n. 18, 2002, p. 989.

<sup>238</sup> LARA, Mariana Alves. **O Direito à Liberdade de Uso e (Auto)Manipulação do Corpo**. 2012. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 67.

<sup>239</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 107.

possibilidade de autodeterminação, sendo o modelo relacional de autonomia aquele que oferece uma melhor maneira de negociar essas polaridades<sup>240</sup>.

No presente trabalho, empenha-se pela adoção de uma abordagem que postule a autonomia como produto de forças relacionais (não como um atributo humano nato) e que não negligencie o apoio e o cuidado como ferramentas essenciais. Isso reflete na maior possibilidade de as pessoas com deficiência tomarem decisões por si, ainda que não necessariamente sozinhas. Em suma, o que se almeja é um cuidado que proteja e facilite a autonomia, mas que jamais sufoque-a, oferecendo oportunidades para que ela se desenvolva. A intenção de redesenhar autonomia não é negá-la ou abrir mão dela, e sim torná-la um objetivo alcançável para um maior rol de pessoas.

A capacitação de uma autonomia relacional com as características descritas opera em pelo menos dois níveis: (i) auxiliando o indivíduo a negociar o mundo ao seu redor; e (ii) intervindo no mundo social para torná-lo mais acolhedor<sup>241</sup> e acessível. Isso posto, cabe finalmente acrescentar que promover a autonomia relacional significa ir além da preocupação com as relações interpessoais que apoiam as pessoas em suas escolhas: também é indispensável desafiar contextos sociais mais amplos que trabalham material, cultural e discursivamente para impedir a autonomia das pessoas com deficiência<sup>242</sup>.

Consoante com o apreendido no primeiro tópico do trabalho, há certos fatores da experiência da deficiência que são socialmente construídos. A dependência não foge à regra, sendo, em parte, edificada e mantida por instituições e práticas injustas e opressivas que criam diversos tipos de dependências desnecessárias e estruturais<sup>243</sup>. Um ambiente acessível (não apenas fisicamente) e em que se façam presentes redes de apoio mostra-se fundamental ao agente autônomo.

Seja em prol da reconciliação entre autonomia e cuidado ou da compreensão de que as abordagens relacionais envolvem, também, atenção ao ambiente social em que o sujeito se insere, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui papel primordial. A autonomia é elencada no artigo 3 como um de seus propósitos e, por óbvio, o documento não

---

<sup>240</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 107.

<sup>241</sup> DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019, p. 109.

<sup>242</sup> GRABY, Steve; GREENSTEIN, Anat. Relational autonomy and disability: beyond normative constructs and post-structuralist deconstructions, In: MALLETT, Rebecca; OGDEN, Cassandra; SLATER, Jenny (Eds.) **Precarious Positions: Theorising Normalcy and the Mundane**. Chester: University of Chester Press, 2016, p. 15.

<sup>243</sup> KITTAY, Eva Feder. The Ethics of Care, Dependence and Disability. **Ratio Juris**, Oxford, v. 24, n. 1, 2011, p. 57.

partiria de um conceito que discrimina e marginaliza seus próprios destinatários, em especial considerando como ele foi formulado.

Assim sendo, a versão da autonomia positivada na CDPD certamente não é aquela individualista, e sim um conceito mais inclusivo, relacional, fundado na interdependência e que não negligencia a importância do apoio e do cuidado.

Há, então, uma nova atitude voltada à personalidade, que não dá primazia exclusiva à cognição ou à racionalidade, porque os seres humanos não podem ser reduzidos a uma essência simplista: são o que são também por causa de sua interação com a comunidade. Então, embora limitações da capacidade cognitiva possam atrapalhar certos aspectos de sua existência, definitivamente não corroem sua humanidade<sup>244</sup>.

Destaca-se, nesse contexto, o artigo 12 da Convenção, que versa sobre a capacidade legal dos indivíduos com deficiência e, mais do que isso, instaura o chamado modelo de apoio. Este dispositivo será examinado no próximo capítulo.

---

<sup>244</sup> QUINN, George; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention. In: GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (eds.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 52-54.

## **CAPÍTULO 3 – O SENTIDO E O ALCANCE DA CAPACIDADE LEGAL RECONHECIDA NO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

### **3.1 A formação do artigo 12: um exame das reuniões do grupo de trabalho**

Na busca por desvendar o sentido e o alcance das disposições contidas em um dos mais importantes e controversos – se não o mais – artigos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vale, a princípio, analisar algumas normas da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O artigo 31 do documento versa sobre regras gerais de interpretação e estabelece, dentre outras questões, que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” e que, para fins interpretativos, devem ser avaliados o texto, o preâmbulo, os anexos e o contexto do instrumento internacional. Para além desses primeiros critérios, o artigo 32 elenca como meios suplementares de interpretação

os trabalhos preparatórios do tratado e as circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação [...]: (a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou (b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Tendo em vista que o conteúdo do artigo 12 da CDPD segue gerando discussões acerca de seu conteúdo, é relevante examinar os principais debates que precederam a consagração de seu texto final. Acredita-se que o exame das atas e documentos referentes às sessões realizadas pelo Comitê *Ad Hoc* para a formulação do dispositivo poderá trazer luz a dúvidas que vêm sendo levantadas ao longo dos anos em relação à Convenção e à sua aplicação.

#### **3.1.1 Terceira sessão**

Conforme explanado previamente, foram realizadas oito sessões de trabalho do Comitê ao longo de quatro anos para que fosse finalizada a redação da CDPD. As discussões acerca da capacidade legal – tema até então concentrado no artigo 9 – foram abertas na terceira sessão<sup>245</sup>, na qual o Grupo de Trabalho (GT) apresentou a primeira proposta de texto, abaixo transcrita:

**Artigo 9**  
Os Estados Partes devem:

---

<sup>245</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Third Session**. New York: United Nations, 2004.

- a) Reconhecer as pessoas com deficiência como indivíduos com direitos iguais aos dos demais perante a lei;
- b) Aceitar que pessoas com deficiência têm capacidade legal plena em igualdade de condições com as demais<sup>246</sup>, inclusive em assuntos financeiros;
- c) Garantir que, quando a assistência for necessária para o exercício da capacidade legal:
  - (i) a assistência seja proporcional ao grau exigido pela pessoa, adequada às suas circunstâncias e que não interfira na capacidade legal, nos direitos e nas liberdades da pessoa;
  - (ii) as decisões relevantes sejam tomadas apenas de acordo com um procedimento legalmente estabelecido e com as salvaguardas legais pertinentes<sup>247</sup>;
- d) Garantir que as pessoas com deficiência que encontrem dificuldades em fazer valer seus direitos, em entender informações e na comunicação tenham acesso à assistência para compreender as informações a elas apresentadas e expressar suas decisões, escolhas e preferências, bem como para entrar em acordos vinculativos ou contratos, para assinar documentos e para atuar como testemunhas<sup>248</sup>;
- e) Tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para garantir o igual direito das pessoas com deficiência de possuir ou herdar propriedade, controlar seus próprios negócios financeiros e ter acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro;
- f) Garantir que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente privadas de sua propriedade<sup>249</sup> [tradução nossa].

Com substrato nesta primeira versão, os atores internacionais presentes – dentre delegações estatais e organizações da sociedade civil – deram início ao que seria um longo e complexo debate cujo âmago estava na concepção de “capacidade legal”. Logo no primeiro encontro, surgiu uma proposta alternativa formulada pelo Canadá, que teve grande importância nas negociações. Em seu parágrafo 3, lia-se:

Somente uma autoridade competente, independente e imparcial, conforme normas e procedimentos estabelecidos por lei, pode determinar que um adulto não possui capacidade legal. Os Estados Partes devem estabelecer em lei um procedimento com salvaguardas adequadas para a nomeação de um representante pessoal para exercer a capacidade legal em nome do adulto. Tal nomeação deve se orientar por princípios consistentes com esta Convenção e com o direito internacional dos direitos humanos, incluindo:

<sup>246</sup> Nota de rodapé presente na proposta: “A intenção deste parágrafo é reconhecer que as crianças geralmente não são aceitas como tendo plena capacidade legal, portanto, também não o seriam as crianças com deficiência. Em termos de capacidade legal, as pessoas com deficiência devem ser tratadas sem discriminação com base na deficiência” [tradução nossa].

<sup>247</sup> Nota de rodapé presente na proposta: “A alínea c) permite a prestação de assistência para a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade jurídica e se baseia na assunção de capacidade legal plena, ainda que haja necessidade de assistência no exercício dessa capacidade. Pretende-se que c) (ii) se aplique apenas em circunstâncias excepcionais, para as quais devem ser fornecidas salvaguardas legais. O Comitê Ad Hoc pode querer avaliar se o parágrafo é suficientemente claro e também a melhor maneira de proteger as pessoas com deficiência que não podem exercer sua capacidade legal. Pode ser necessário um parágrafo separado para este propósito. Alguns membros do Grupo de Trabalho propuseram que, quando terceiros estiverem exercendo a capacidade legal para uma pessoa com deficiência, essas decisões não deveriam intervir nos direitos e liberdade do sujeito em questão” [tradução nossa].

<sup>248</sup> Nota de rodapé presente na proposta: “a primeira parte do parágrafo d) tem uma aplicação mais geral do que o igual reconhecimento das pessoas com deficiência como pessoas perante a lei e o Comitê Ad Hoc pode considerar haver uma localização mais adequada para ela na Convenção” [tradução nossa].

<sup>249</sup> A proposta no idioma original, assim como todos os outros documentos referentes à terceira sessão, pode ser encontrada no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3.htm>.

- (a) garantir que a nomeação seja proporcional ao grau de incapacidade legal do adulto e adaptada a suas circunstâncias individuais;
- (b) assegurar que os representantes pessoais levem em consideração, na medida do possível, as decisões, escolhas e desejos do adulto<sup>250</sup> [tradução nossa].

O Canadá declarou sua inspiração no artigo 15(2) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) e afirmou que a proposta pretendia acalmar preocupações sobre circunstâncias nas quais pessoas com deficiência tivessem diminuída sua capacidade legal ou mesmo não a possuíssem. O conteúdo do parágrafo 3 marca a principal diferença entre as duas versões do artigo: o fato de que a redação canadense deixa expressa a possibilidade de pessoas com deficiência serem privadas de sua capacidade legal. Muitas delegações consideraram esta opção mais adequada para servir como base das discussões (Argentina, Kuwait, Índia, Costa Rica, Irlanda [com amparo da União Europeia], Nova Zelândia, Liechtenstein e Líbano), embora algumas tivessem reservas. Em contrapartida, Colômbia, México, Serra Leoa e Tailândia expressaram seu apoio ao texto do GT.

Infere-se que as delegações partidárias da proposta canadense corroboravam com a possibilidade de a Convenção prever a substituição de vontade. Para alguns países, no entanto, mesmo esta proposta não era suficiente: era o caso do Iêmen, que defendia que certos tipos de deficiência (em referência às mentais ou intelectuais) não se enquadravam no reconhecimento de capacidade legal.

Até então, nenhuma delegação estatal havia ativamente se pronunciado contra a menção de arranjos substitutivos. Tal posicionamento coube às organizações da sociedade civil. A *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* considerava que o texto do Canadá omitia elementos necessários para fazer valer a conquista de direitos iguais pelas pessoas com deficiência e que o cerne do artigo deveria ser que o fato de o apoio não interferir na capacidade legal. Em complemento, a *Disabled People's International* expôs que o fracasso em reconhecer o direito fundamental de tomar decisões – ainda que com suporte – resultou na institucionalização, na esterilização forçada e em inúmeras outras violações aos direitos humanos das pessoas com deficiência ao longo da história. Assim sendo, defendia que o texto deveria ser explícito no sentido de que, mesmo quando o apoio fosse necessário, seria mantida a premissa de capacidade legal plena. Outras organizações – *People with Disabilities Australia* e *Inclusion International* – assumiram posição diversa, não sendo contrárias à menção de regimes de representação, desde que em casos excepcionais e com as devidas salvaguardas.

---

<sup>250</sup> A proposta no idioma original, assim como todos os outros documentos referentes à terceira sessão, pode ser encontrada no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3.htm>.

### 3.1.2 Quarta sessão

Durante a quarta sessão<sup>251</sup> do Comitê *Ad Hoc*, apresentaram novas propostas de redação o Grupo Africano, o Canadá, o Chile, a União Europeia e a organização *International Disability Caucus* (IDC)<sup>252</sup>. Não cabe expô-las uma a uma na íntegra, mas ressalta-se que a versão atualizada do Canadá continha mudanças pontuais sugeridas no encontro anterior, mas a parte mais controversa do texto foi mantida: a possibilidade de privação da capacidade legal das pessoas com deficiência. Disposição semelhante também era encontrada nas demais versões, com exceção do Chile (que acatou a alínea *c* do GT) e do IDC.

Mais uma vez, o esboço canadense angariou o maior número de adeptos, contando com a concordância (em alguns casos, com reservas) de Costa Rica, Países Baixos, Noruega, El Salvador, Trinidad e Tobago, México e da organização *National Human Rights Institutions*. A Nova Zelândia aliava-se à presunção de capacidade legal constante na proposta canadense, mas, sob inspiração de apontamentos do ICD, sugeriu reforçar o texto citando o respeito à vontade e às preferências da pessoa apoiada e o fato de que o suporte deveria ser livre de conflito de interesses e de influência indevida. México e Líbano fizeram importante ressalva, declarando que o artigo deveria focar na tomada de decisão apoiada, e não substituída.

A Índia foi a primeira a apontar a contradição que perpassava todo o debate: de um lado, afirmava-se a plena capacidade legal das pessoas com deficiência e, de outro, discutia-se sua restrição por mecanismos substitutivos de vontade. A despeito dessa fala, a delegação defendia que, em determinadas circunstâncias, a substituição era necessária.

Ao final da sessão, o IDC demonstrou-se favorável à abordagem do Líbano e do México, os únicos a rejeitarem a ideia de a Convenção prever a tomada de decisão substituída. A organização reforçou sua proposta, que privilegiava a independência e a interdependência das pessoas com deficiência e deixava claro que, ainda que o suporte fosse necessário, a pessoa com deficiência mantinha sua capacidade legal, direitos e liberdades. Além disso, estabelecia que os Estados deveriam garantir direitos e oportunidades para que esses sujeitos tivessem condições de exercer sua capacidade legal; além da obrigação de fornecer os mecanismos legais para que fossem válidas as decisões tomadas dentro de relações de apoio baseadas na confiança.

---

<sup>251</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Fourth Session**. New York: United Nations, 2004

<sup>252</sup> As propostas mencionadas, assim como todos os outros documentos referentes à quarta sessão, podem ser encontradas no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc4.htm>.



### 3.1.3 Quinta sessão

Na quinta sessão<sup>253</sup>, propostas foram enviadas pela Colômbia, Costa Rica, União Europeia e Canadá. Decidiu-se – com algumas discordâncias – que o texto do GT serviria como base para dar continuidade aos debates travados. O grande questionamento a ser respondido na ocasião era (e ainda é, diga-se de passagem): reconhecida a plena capacidade legal das pessoas com deficiência, resta proibida a representação?

A polêmica em torno do significado de capacidade legal permeou toda a reunião: buscava-se desvendar se fazia referência apenas à capacidade de direito se abarcava a capacidade de agir<sup>254</sup>. Para o México, todos gozam dos mesmos direitos perante a lei, mas o artigo deveria ir além e estabelecer medidas para assegurar que a capacidade legal pudesse ser efetivamente exercida pelas próprias pessoas com deficiência. Muitos países discordavam, não aceitando que o dispositivo ultrapassasse o escopo da titularidade de direitos e obrigações.

Nessa lógica, a Noruega afirmou que nem todos tinham capacidade legal, visto que pessoas com deficiências mentais graves não poderiam representar seus próprios interesses. O Egito gostaria que ficasse claro no texto que algumas pessoas não podem gozar de igualdade absoluta no que tange à capacidade legal. Indo além, o Irã questionou como “pessoas retardadas”<sup>255</sup> poderiam administrar assuntos financeiros, sugerindo o acréscimo de exceções na redação do parágrafo. A ideia foi ecoada pela Federação Russa (que recomendou estipular tipos, graus e natureza das deficiências), Sérvia e Montenegro, Líbia e Síria.

Posição divergente foi defendida por Canadá, Tailândia, Brasil, Quênia e Jordânia, para os quais o ideal era partir do pressuposto de capacidade legal plena e, diante de eventuais dificuldades em seu exercício, estabelecer medidas para contornar tal problema. A forma de fazê-lo variava a depender da delegação, mas elas concordavam que as deficiências não deveriam ser divididas em tipos e graus e que os sujeitos não deveriam ser rotulados *a priori* como detentores de capacidade legal inferior. Apesar de advogarem a favor da presunção de capacidade legal, alguns desses países ainda julgavam fundamental que a substituição de

---

<sup>253</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Fifth Session**. New York: United Nations, 2005.

<sup>254</sup> Os conceitos de capacidade de direito e capacidade de agir (ou capacidade de fato) serão trabalhados no tópico 3.2.1 deste capítulo. Em brevíssima síntese, a primeira se refere a capacidade de ser titular de direitos obrigações; e a segunda à capacidade de efetivamente exercer estes direitos e obrigações pessoalmente.

<sup>255</sup> Após essa manifestação, o Canadá chegou a requerer a adoção de linguagem respeitosa e condizente com a Convenção que estava sendo formulada, indicando que o uso de expressões negativas poderia perpetuar estereótipos que o documento desejava superar.

vontade estivesse expressa na Convenção (Canadá, Japão, Austrália e Quênia). O Brasil, em contrapartida, foi um dos Estados que mais apoiou a abordagem das ONGs.

Como eram inúmeras as discordâncias em torno do assunto e as versões do GT e do Canadá seguiam dividindo opiniões, o coordenador, buscando sumarizar as negociações, opinou que ambas tinham em comum (i) distinguir *ter* capacidade legal de *exercê-la*; e (ii) não excluir tipos específicos de deficiência da capacidade legal *a priori*. De seu ponto de vista, a tomada de decisão por substituição estava implícita no texto do GT, não sendo proibida. Apesar disso, admitiu que a proposta canadense era mais restritiva. Apesar das importantes considerações do coordenador, nota-se que elas extrapolam o texto do GT em alguma medida, visto que este não tratava da distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato e que não é possível inferir de sua leitura, necessariamente, uma permissão para a substituição.

As divergências suscitadas eram infundáveis e chegou-se a considerar, conforme manifestação da China, que o termo “capacidade legal” fosse evitado, já que alguns ordenamentos não aceitavam seu reconhecimento a todos os indivíduos. Chile, Argentina, Cuba, Jamaica, Costa Rica, Tailândia, México e Jordânia apontaram que tal omissão seria um retrocesso, já que a capacidade legal é um direito funcional. A Costa Rica ponderou que, sendo a finalidade da Convenção proteger as pessoas com deficiência e promover seus direitos e interesses, deveriam ser rejeitados posicionamentos que não reconhecessem sua capacidade legal. México e Tailândia reiteraram que o conceito era determinante na forma como a deficiência é compreendida, e que ações como limitar esta capacidade e definir o fenômeno pela caracterização de seu tipo e/ou gravidade representavam um reforço do modelo médico, cujos traços deveriam ser abandonados. A Tailândia declarou-se partidária do modelo social.

As discussões indicavam que, se capacidade legal significasse capacidade de direito, seria possível um consenso de que todos a têm; o oposto do que ocorreria se englobasse, também, a capacidade de fato. Países como China e Sérvia e Montenegro defendiam que o termo se referia tão somente à esfera da titularidade.

Como um acordo parecia distante, o Canadá elaborou outra proposta com amparo nas últimas negociações. O novo parágrafo 2 designava que “os Estados Partes devem reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade legal [em espanhol, chinês e russo traduzida como capacidade de agir] em igualdade de condições com as demais em todos os campos” [tradução nossa]. Discordaram da referência à capacidade de agir China, Federação Russa, Sérvia e Montenegro, Egito, Emirados Árabes e União Europeia, afirmando que exprimia conclusão oposta à anteriormente atingida. Por outro lado, apoiaram a nova redação o Chile, o

Irã e a Nova Zelândia. A Costa Rica expressou sua frustração com a circularidade dos debates: cada país entendia as palavras no contexto que desejava. Em razão disso, sugeriu que fosse obtida uma definição de capacidade legal do escritório jurídico da ONU.

Questão interessante derivou do novo parágrafo 3, que estabelecia: “os Estados Partes devem assegurar, na medida do possível, que quando o apoio for necessário para o exercício dessa capacidade: a) a assistência seja proporcional ao grau necessário e adaptada às circunstâncias da pessoa, respeite suas vontades e preferências e seja livre de conflito de interesses e de influência indevida” [tradução nossa]. Nova Zelândia, Índia, Liechtenstein, Tailândia e Noruega consideravam suficiente essa primeira alínea, desde que fossem acrescentadas salvaguardas para evitar abusos. De maneira adversa, Austrália, Canadá, Irã e Coreia advogavam por uma menção expressa e separada à representação.

A primeira corrente era baseada, em grande medida, na alegação neozelandesa de que a alínea *a* era ampla o bastante para cobrir a representação, de forma que uma menção explícita seria desnecessária, excessivamente descritiva e contraditória com a declaração de plena capacidade legal. A delegação não repudiava a existência da substituição em casos excepcionais, mas acreditava que ela não precisava ocorrer em um sistema adversário, isto é, fora do sistema de apoio. Austrália, Canadá e México discordaram e consideravam importante manter decisões sobre apoio apartadas daquelas sobre capacidade legal. O coordenador se pronunciou a favor do relato da Nova Zelândia, argumentando que, mesmo quando a pessoa não estivesse diretamente envolvida na tomada de decisão, ainda assim estaria exercendo sua capacidade de agir com suporte. A leitura da discussão não deixa claro, porém, qual seria a verdadeira diferença entre a situação descrita pelo coordenador *a* e negação da capacidade legal.

### **3.1.4 Sexta sessão**

O artigo 9 – que em breve se tornaria artigo 12 – não foi debatido durante as reuniões da sexta sessão<sup>256</sup>, mas, conforme prévia sugestão da Costa Rica e diante das incontáveis divergências, requereu-se que a Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos elaborasse um documento<sup>257</sup> contemplando os dois principais conceitos abrangidos pelo dispositivo: o igual reconhecimento perante a lei e a capacidade legal.

---

<sup>256</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Sixth Session**. New York: United Nations, 2005.

<sup>257</sup> O documento elaborado pela Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, assim como todos os documentos referentes à sexta sessão, pode ser encontrado em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>.

Em prol de encontrar a melhor interpretação para ambos no âmbito do direito internacional, a Oficina analisou o conteúdo e o histórico de negociações do artigo 16 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>258</sup> e do artigo 15(2) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)<sup>259</sup>, os quais haviam sido mencionados como modelos nas discussões de elaboração do (até então) artigo 9.

O exame foi amparado nas lições dos já mencionados artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A Oficina constatou que o artigo 16 do PIDCP (que trata do igual reconhecimento perante a lei) se refere tão-somente à capacidade de ser pessoa frente a lei. Em contrapartida, averiguou que o artigo 15(2) da CEDAW (que versa sobre capacidade legal) abrange, também, a capacidade de agir.

Em sede de conclusão, o documento asseverou que igual reconhecimento perante a lei e capacidade legal são mesmo conceitos distintos, sendo a segunda mais ampla, pois pressupõe a capacidade de titularidade (elemento estático) e a capacidade de exercício (elemento dinâmico). Como o igual reconhecimento perante a lei constitui pré-condição à fruição e ao exercício de todos os demais direitos, não pode ser limitado pelo Estado; ao contrário do que ocorre com a capacidade legal, cujo exercício pode ser restringido de acordo com a idade ou com a aptidão para compreender o sentido e as consequências das próprias ações.

### *3.1.5 Sétima sessão*

Na sétima sessão<sup>260</sup>, o dispositivo estudado foi, enfim, realocado para o artigo 12. Enviaram novas propostas de redação a União Europeia (em conjunto com Canadá, Austrália, Noruega, Costa Rica, EUA e Liechtenstein) e o IDC. Não obstante o conteúdo do documento formulado pela Oficina do Alto Comissariado, muitos países seguiram contrários à ideia de que a capacidade legal incluía a capacidade de agir. Assim sendo, Chile, Quênia, República da Coreia e México recomendaram a supressão dos colchetes que faziam referência à capacidade de fato. Contrariamente, Áustria (em nome da União Europeia) e Japão eram favoráveis à manutenção dos colchetes.

---

<sup>258</sup> No artigo 16 do PIDCP consta: “Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

<sup>259</sup> No artigo 15(2) da CEDAW consta: “Os Estados-Partes reconhecerão à mulher, em matérias civis, uma capacidade jurídica idêntica do homem e as mesmas oportunidades para o exercício dessa capacidade. Em particular, reconhecerão à mulher iguais direitos para firmar contratos e administrar bens e dispensar-lhe-ão um tratamento igual em todas as etapas do processo nas cortes de justiça e nos tribunais”.

<sup>260</sup> UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Seventh Session**. New York: United Nations, 2006.

No que tange à discussão iniciada ao final da quinta sessão – acerca da necessidade ou não de uma alínea *b* no parágrafo 3 para tratar expressa e separadamente da representação legal e suas respectivas salvaguardas – expressaram-se favoravelmente Chile, Áustria (em nome da União Europeia), Uruguai, Índia, Austrália, Noruega e Costa Rica. Alguns endossavam a ideia básica, mas acreditavam que o texto precisava ser aprimorado. O Brasil, embora não sustentasse a proibição total de regimes de tutela<sup>261</sup> (em circunstâncias excepcionais e com salvaguardas), apresentou posicionamento divergente e minoritário, votando pela exclusão do 12(2)(b) em nome da promoção de uma mudança paradigmática real em direção à tomada de decisão apoiada.

A Noruega declarou que, do seu ponto de vista, pessoas não têm capacidade legal se não puderem exercê-la. Incomodava-se, portanto, que vinha sendo dito (inclusive pelo coordenador) que esses sujeitos têm esta capacidade mesmo quando exercida por terceiros. Isso não conversa com a realidade e a delegação preferiria um texto mais claro e honesto sobre o assunto.

O Canadá enfatizou que as noções de igualdade de direitos, dignidade e autonomia ocupavam a centralidade do artigo. Sendo assim, seu cerne deveria estar na garantia do suporte necessário para a tomada de decisões. Ressaltou que, em sua última proposta, a substituição de vontade não era proibida, mas havia um incentivo ao apoio. Acolhiam sua versão, ainda que com emendas ou ressalvas, Japão, Iêmen, Liechtenstein e Costa Rica.

A Nova Zelândia preferia a formulação do IDC, alegando que não deveria haver proibição nem promoção de representação no texto convencional. A delegação queniana discordou: acreditava que a linguagem do artigo 12 deveria incluir os três componentes da capacidade legal e da tomada de decisões: (i) pessoa independente; (ii) apoio na tomada de decisões; (iii) substituição. Similarmente, afirmou a Austrália que, como regimes de tutela inevitavelmente permaneceriam existindo, o melhor seria abordá-los diretamente para estabelecer seu formato e as salvaguardas necessárias à sua aplicação. Acreditava que a menção à representação como último recurso não minava as sementes plantadas pelo dispositivo para uma importante mudança, já que o apoio era o caminho privilegiado.

Alguns Estados mantinham o posicionamento de que as pessoas com deficiências mentais deveriam ser excluídas da previsão de capacidade legal. Era o caso do Iêmen, da Federação Russa, do Catar e da República Árabe da Síria. Deparando-se com tais declarações, o IDC se pronunciou encorajando uma mudança real de paradigma, alegando que a capacidade

---

<sup>261</sup> Em grande parte dos ordenamentos, “tutela” não tem o mesmo significado que no Brasil, onde é voltada exclusivamente à proteção de menores. Sendo assim, neste capítulo a expressão é empregada em sua acepção mais comum internacionalmente, qual seja, como regime de representação também aplicado aos maiores.

legal é apenas uma casca, uma afirmação vazia quando ausente a capacidade de fato. Explicou que a substituição de vontade é baseada na premissa de incompetência e, portanto, não deveria ser legitimada pela Convenção. O apoio, ao contrário, funda-se na presunção de competência. Logo, as duas figuras não poderiam coexistir para que fosse alcançado sucesso na renovação almejada. A Convenção, por isso, não deveria estabelecer os parâmetros “aceitáveis” para a criação de leis nacionais discriminatórias, e sim aboli-las. A organização concluiu que a preocupação das delegações estatais com a implementação de regimes de tutela e de suas salvaguardas não promovia transformações, mas reforçava, de forma velada, os tradicionais sistemas abusivos.

O coordenador observou que duas correntes se formavam entre os países: uma mais próxima do IDC, focada no apoio e segundo a qual Convenção deveria se manter silente sobre a substituição; e outra que julgava fundamental que os regimes de tutela estivessem expostos no texto. Perguntou, em seguida, se o IDC concordava que, em certas circunstâncias, a representação seria indispensável. A organização respondeu que este conceito deveria ser eliminado do documento e que o apoio era um conceito dinâmico, que poderia cobrir situações que variassem de 0 a 100% em termos de necessidade. O coordenador questionou se 100% de suporte não seria o mesmo que substituição de vontade, caso em que seria melhor especificar as salvaguardas aplicáveis do que deixar em aberto. Argumentou o IDC que seria possível uma regulamentação para prevenir abusos sem mencionar regimes de representação e que, no sistema de apoio, uma necessidade de 100% de suporte poderia ser convertida em 99%, então em 98%, e assim sucessivamente até o limite do sujeito, porque o apoio visa a promover a autonomia da pessoa com deficiência, o que não ocorre em um sistema baseado na substituição.

Outras organizações tomaram a palavra. A *World Blind Union* reparou que as preocupações estatais estavam mais centradas nas limitações das pessoas com deficiência do que em sua personalidade e capacidade. A *Mental Disability Right*, alicerçada em extensa pesquisa de campo, afirmou que os modelos tutelares, mesmo aqueles com um bom sistema de proteção, acabavam resultando em abuso e isolamento desses indivíduos. A *National Human Rights Institutions* receava uma regressão ao modelo médico. Na contramão das demais organizações, a *People with Disabilities Australia* defendeu que os direitos das pessoas com deficiência não podem ser efetivados sem um mecanismo legal que preveja a tomada de decisão substituída, ainda que como último recurso e com todas as salvaguardas garantidas.

No dia seguinte à realização de uma série de consultas informais, o Canadá enviou uma nova proposta para o artigo 12, cuja redação era resultado do empenho coletivo de vários

Estados e organizações. Embora não representasse um consenso completo, foi o melhor esforço do grupo para versar sobre elementos contenciosos. Nesta versão, não havia alusão à representação e o parágrafo ficou redigido da seguinte forma:

**Artigo 12**

2bis. Os Estados partes devem assegurar que todas as medidas, legislativas ou outras, relacionadas ao exercício da capacidade legal proporcionem salvaguardas apropriadas e eficazes para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Tais salvaguardas devem assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam livres de conflito de interesses e influência indevida; proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa; aplicadas pelo menor tempo possível e estejam sujeitas a revisão judicial periódica, imparcial e independentes. As salvaguardas devem ser proporcionais ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses das pessoas<sup>262</sup> [tradução nossa].

Aprovaram a nova formulação Argentina, Estados Unidos, Áustria, Costa Rica, Austrália e Nova Zelândia; além de Quênia, Japão, Federação Russa e Cingapura, os quais tinham ressalvas importantes. O Japão sugeriu que ficasse expresso no texto que capacidade legal significava capacidade de agir. Em sentido oposto, Quênia observou que a proposta se concentrava demais na mudança de paradigma e não o suficiente na situação de pessoas com deficiência que exigiam que terceiros tomassem decisões em seu lugar. A Federação Russa questionou a necessidade da construção “em todos os aspectos da vida”. Cingapura reafirmou que a previsão de representação era fundamental. O IDC também apresentou uma nova minuta, com a qual concordaram Brasil e Jamaica.

Países como Iêmen e China objetaram os textos mais recentes em razão da ausência de expressa menção à substituição. Sérvia e Montenegro, em lógica similar, lembrou que a Convenção, uma vez ratificada, seria um documento vinculativo. Sendo assim, quando tivesse início o monitoramento internacional, algumas partes que se opunham à tutela teriam margem para acusar os Estados de violarem suas obrigações, já que a redação previa somente o apoio. O México também destacou a importância de abordar a representação legal e distribuiu proposta de artigo independente sobre o assunto.

Neste ponto, dominavam as discussões esta última versão do Canadá e aquela apresentada ao final da quinta sessão, na qual constava:

2(b). Quando os Estados Partes estabelecerem um procedimento, que deve ser prescrito em lei, para a nomeação um representante pessoal como último recurso, tal lei deve fornecer salvaguardas adequadas, incluindo revisão regular da nomeação e das decisões tomadas pelo representante por um tribunal competente, imparcial e independente. A nomeação e a conduta do representante pessoal devem ser guiadas

<sup>262</sup> A proposta no idioma original, assim como todos os outros documentos referentes à sétima sessão, pode ser encontrada no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7.htm>.

por princípios consistentes com a presente Convenção e com o direito internacional dos direitos humanos<sup>263</sup> [tradução nossa].

Esta proposta atendia aos anseios das últimas delegações citadas, vez que a possibilidade de substituição de vontade estava explícita.

### 3.1.6 Oitava sessão

Durante o transcurso da oitava sessão<sup>264</sup>, optou-se, dentre as duas alternativas remanescentes, por aquela que não mencionava mecanismos substitutivos de vontade. Sem embargo, no momento final de aprovação do texto, as delegações da China, da Rússia e dos Países Árabes expuseram seu descontentamento com o significado de capacidade legal. Sendo assim, o Comitê aceitou a incorporação de uma nota de rodapé na qual constava que, nestes países, o termo abarcava tão-somente a capacidade de direito. Frente a esta nota, a União Europeia (com apoio da Noruega, Canadá, Estados Unidos, Mônaco, Andorra, Austrália, Israel, San Marino, Bósnia e Herzegovina, Mecedônia, Sérvia, Romênia, Suíça, Armênia, Islândia, Bulgária, Moldova e Croácia) encaminhou uma carta à ONU, na qual expressava que “o conceito de capacidade jurídica tem o mesmo significado em todos os idiomas. É com base nesse entendimento que estamos preparados para chegar a um consenso”<sup>265</sup> [tradução nossa].

Concluiu-se, então, pela eliminação da nota de rodapé, pois a interpretação da Convenção precisava ser consistente e coerente em todos os idiomas oficiais das Nações Unidas. Finalmente foi aprovado o artigo 12, com texto redigido conforme diretrizes do modelo de apoio e em cuja versão traduzida para o português brasileiro consta:

#### **Artigo 12**

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas

<sup>263</sup> A proposta no idioma original, assim como todos os outros documentos referentes à quinta sessão, pode ser encontrada no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5.htm>.

<sup>264</sup> Ao contrário de todas as outras sessões, as atas (*daily summary*) da oitava sessão não são disponibilizados no site da ONU. Para ter acesso aos documentos disponibilizados desta sessão: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8.htm>.

<sup>265</sup> A carta enviada pela União Europeia com apoio dos países citados pode ser acessada, sob o título “Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Finland to the United Nations addressed to the Chairman” em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8documents.htm>.



salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

### 3.2 O coração da Convenção: desvendando o significado da capacidade legal prevista no artigo 12

A esta altura, falar sobre a mudança na abordagem da deficiência capitaneada pela CDPD soa redundante. Mas, para introduzir as reflexões sobre o artigo 12 – que carrega em seu texto as transformações mais significativas, impactantes e, por isso mesmo, polêmicas –, a repetição é inevitável. Francisco Bariffi descreve o dispositivo como o “standard máximo de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência”<sup>266</sup>; enquanto María Soledad Reyes a ele se refere como “o coração da Convenção”<sup>267</sup>.

Em linhas gerais, o artigo 12 tem como finalidade assegurar o direito à igualdade das pessoas com deficiência no que tange à sua capacidade legal. O dispositivo, que precisa ser interpretado sistematicamente com todo o articulado na Convenção, conta com cinco parágrafos, sendo que os quatro primeiros abordam o tema de uma perspectiva mais ampla. O parágrafo 5 ficará de fora da análise pormenorizada porque trata de assunto mais específico – a vida financeira das pessoas com deficiência<sup>268</sup> – que foge ao escopo do presente trabalho.

#### 3.2.1 Parágrafos 1 e 2: *personalidade jurídica, capacidade de direito e capacidade de fato*

O verbo “reafirmar” estabelece a tônica do primeiro parágrafo do artigo 12, visto que o reconhecimento como pessoa perante a lei já era direito amplamente coberto por outros tratados internacionais aplicáveis às pessoas com deficiência, embora não particularmente destinados a

<sup>266</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 292.

<sup>267</sup> REYES, María Soledad Cisternas. **Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global**. Anuario de Derechos Humanos, nº 15. Santiago: 2015, p. 27.

<sup>268</sup> A menção expressa ao âmbito econômico causou disputas durante a formulação do artigo. Muitas delegações e organizações julgavam que citar apenas esta esfera poderia gerar um impacto restritivo, como os demais assuntos estivessem excluídos da previsão de capacidade legal. A posição “vencedora”, contudo, foi daqueles que argumentavam ser fundamental mencionar esta área em que as pessoas com deficiência eram/são reiteradamente discriminadas e que influencia negativamente diversos outros aspectos de suas vidas.

elas. Apesar de não ser uma novidade, o valor do dispositivo não deve ser subestimado, já tendo sido explanada a importância da fase de especificação dos direitos humanos.

Reconhecer alguém como pessoa perante a lei significa afirmar sua personalidade. As noções de pessoa e personalidade sempre estiveram intimamente conectadas na dogmática jurídica, sendo a segunda compreendida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres<sup>269</sup> ou, em outras palavras, a aptidão para ser pessoa<sup>270</sup>. Em tempos hodiernos, pode-se afirmar que todos os indivíduos são dotados de personalidade e, uma vez reconhecida com o nascimento, não há qualquer possibilidade de perdê-la em vida<sup>271</sup>.

Brevemente definida a personalidade jurídica, passe-se à análise da capacidade, sobre a qual versa o artigo 12(2). Embora de breve enunciado, trata-se de cláusula que abalou as estruturas de uma das pedras angulares do direito civil, consolidando a necessidade de repensar o regime das incapacidades “à luz do princípio do personalismo ético, que impõe a valorização da pessoa humana como centro e fim de todo o direito”<sup>272</sup>. Não pode mais ser relegada a segundo plano a autonomia das pessoas com deficiência, conforme concepção do princípio previamente estabelecida.

A expressão escolhida para abordar a matéria na Convenção foi *capacidade legal*, o que, por si só, já gera inúmeras dúvidas. Viu-se que o conteúdo do termo aludido causou disputas acirradas desde o primeiro momento em que foi citado nas reuniões de elaboração do documento internacional. O âmago da controvérsia narrada estava em delimitar se a locução fazia referência apenas à titularidade de direitos ou se também incluía seu exercício.

Antes de aprofundar neste debate, é válido desmembrar outros elementos medulares enunciados neste segundo parágrafo e que podem colaborar para sua melhor compreensão. Primeiramente, reitera-se que, quando faz menção às *pessoas com deficiência*, é sob inspiração da definição biopsicossocial. Isso é importante porque, a depender do modelo utilizado, as consequências jurídicas podem ser distintas. A partir da perspectiva biopsicossocial, quaisquer restrições legais de direito interno relativas ao exercício da capacidade legal que tenham

---

<sup>269</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 26 ed. Rev. Atual Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 152.

<sup>270</sup> MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**, Brasília, n. 2, 2000, p. 189.

<sup>271</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 34.

<sup>272</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 23.

justificativas centradas na deficiência do sujeito, sem considerar as barreiras externas, são contrárias à Convenção<sup>273</sup>.

A expressão *em igualdade de condições com as demais*, por sua vez, será aprofundada adiante. Por ora, salienta-se o entendimento de que o dispositivo não prevê um direito absoluto à capacidade legal por parte das pessoas com deficiência, e sim uma garantia de igualdade em seu exercício. Isso supõe que há possibilidade de restrição, mas jamais por motivo de deficiência. Quando afirma que esta igualdade se aplica a *todos os aspectos da vida*, denota que abrange tanto questões patrimoniais quanto existenciais.

Chega-se, enfim, ao elemento-chave: a capacidade. Na maior parte dos sistemas jurídicos, a figura se fragmenta em duas dimensões: de direito e de fato. A primeira é reconhecida a todo ser humano e estabelece, em síntese, que a pessoa pode ser titular de direitos e obrigações<sup>274</sup>, ainda que precise ser assistida ou representada em seu exercício. O conceito guarda estreita relação com a personalidade<sup>275</sup> e, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

De nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade. [...] A privação total da capacidade implicaria na frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos<sup>276</sup>.

O reconhecimento da capacidade de direito em igualdade de condições com os demais demonstra sua vital relevância diante de eventuais normas ou práticas existentes em Estados signatários da CDPD que permitam tratamento discriminatório às pessoas com deficiência no que concerne à titularidade de direitos. Cita-se como exemplo legislações que negam a esses sujeitos o direito de herdar ou de receber legados ou aquelas que os privam de cargos públicos simplesmente em razão de sua deficiência<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 299-301.

<sup>274</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** – Volume 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203.

<sup>275</sup> No Brasil, observa-se um embate doutrinário em torno dos conceitos de *personalidade jurídica* e *capacidade de direito* serem ou não sinônimos. Não obstante a relevância do tema, um estudo aprofundado a seu respeito escapa aos objetivos deste capítulo, visto que a CDPD conta com a ratificação de quase duas centenas de ordenamentos, e cada um deles pode ou não estabelecer uma distinção entre os conceitos. Recomenda-se, acerca do debate no sistema nacional: CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro**. 2013. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

<sup>276</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 26 ed. Rev. Atual Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 181.

<sup>277</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 296-297.

Dada a evolução dos direitos humanos que precede a formulação da Convenção, a maior parte dos países já não contava com leis discriminatórias aos indivíduos com deficiência em matéria de capacidade de direito. É por esta razão que a grande polémica que circunda o artigo 12 reside sobre a capacidade de fato, isto é, a aptidão reconhecida pelo ordenamento jurídico às pessoas para que possam, por si mesmas, exercer seus direitos<sup>278</sup> e demais atos da vida civil sem intermédio de assistente ou representante.

Ao passo que a atribuição da personalidade e da capacidade de direito, em geral, independe de critérios cognitivos, o regime da (in)capacidade de fato foi calcado sobre a ideia de avaliação do grau de discernimento dos indivíduos. A incapacidade de fato se subdivide entre absoluta e relativa: a primeira implica no impedimento para o exercício de todos os atos da vida civil, de forma que a vontade do incapaz é majoritariamente desconsiderada, sendo necessária sua representação; enquanto os relativamente incapazes são pessoas tidas como aptas para o exercício de certos direitos, mas necessitam de assistência para tal.

Todas as situações que conduzirem à negação da capacidade de fato de uma pessoa – seja absoluta ou relativamente – precisam ser fixadas em lei, visto que constituem matéria de ordem pública. Por conseguinte, sua interpretação deve ser realizada de maneira estrita, não sendo permitida “uma ampliação do rol de incapazes ao alvedrio da lei”<sup>279</sup>, nas palavras de Mariana Lara. Se a pessoa não se encaixar nas hipóteses expressamente previstas em lei, deverá ser considerada plenamente capaz para todos os atos da vida civil<sup>280</sup>.

A relação globalmente estabelecida ao longo do tempo entre incapacidade de fato e deficiência é deveras problemática. Seja por previsão legal ou por prática judicial amplamente aceita, grande parte dos ordenamentos estabelece uma relação de causalidade direta entre a existência de uma deficiência e a incapacidade de fato. É precisamente por esta razão que, conforme sinaliza Amita Dhanda, a interpretação da expressão *capacidade legal* é que vai determinar, em larga medida, o alcance e o impacto da CDPD<sup>281</sup>. Se entendida apenas como capacidade de direito, parte relevante de seu potencial transformador é perdido. Não é esta a posição adotada neste trabalho, no entanto.

---

<sup>278</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 26 ed. Rev. Atual Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 181.

<sup>279</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 42.

<sup>280</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 43.

<sup>281</sup> DHANDA, Amita. Legal Capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? **Syracuse Journal of International Law and Commerce**. Syracuse, v. 34, 2007, p. 457.

A partir da análise dos trabalhos preparatórios, viu-se que, após discussões que pareciam infundáveis, os países concordaram com uma redação do artigo 12 que implica na compreensão de que a capacidade legal abarca as dimensões estática (de direito) e dinâmica (de fato); vide ter sido rechaçada a tentativa de certos Estados de implementar no texto nota de rodapé que limitava o termo à titularidade de direitos.

No mais, menciona-se o parecer do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estabelecido pela Resolução 56/168 da Assembleia Geral das Nações Unidas e encarregado do monitoramento da CDPD. O órgão, que deve sempre atuar com independência, imparcialidade e razoabilidade, é também responsável pela elaboração de documentos a serem utilizados como guias para que os países signatários implementem o documento internacional em seu direito interno<sup>282</sup>. Dentre estes, tem-se a Observação Geral nº 1, publicada em 2014, cujo assunto é justamente o conteúdo do artigo 12. Nela, o Comitê expressamente afirma:

A capacidade legal inclui a capacidade de ser titular de direitos e de atuar no direito. A capacidade legal de ser titular de direitos concede à pessoa a proteção plena de seus direitos pelo ordenamento jurídico. A capacidade legal de atuar no direito reconhece esse sujeito como ator facultado a realizar transações e criar relações jurídicas, modificá-las e findá-las<sup>283</sup> [tradução nossa].

Defende-se, portanto, que a Convenção reconhece não apenas a capacidade de direito das pessoas com deficiência, mas também de exercício. Interpretá-la dessa maneira significa que o ordenamento internacional está avançando sobre aspectos regulatórios que, tradicionalmente, eram considerados assunto exclusivamente doméstico<sup>284</sup>.

Com esse avanço, o artigo 12 desafia a ideia de que a substituição de vontade é o regime prioritário para sujeitos com deficiências mentais ou intelectuais que precisam de ajuda no processo de tomada de decisões<sup>285</sup>. A presunção passa a ser de que essas pessoas são capazes de direito e de fato, o que inverte o ônus probatório que tradicionalmente recaía sobre seus

---

<sup>282</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 99.

<sup>283</sup> Texto no idioma consultado: “La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar em derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar em derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”. NACIONES UNIDAS. Comitê sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 01**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

<sup>284</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 303.

<sup>285</sup> MCSHERRY, Bernadette. Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Journal of Law and Medicine**, Sidney, v. 20, n. 22, 2012, p. 27.

ombros. Ainda que, a rigor, a maior parte das ordens jurídicas já partisse, formalmente, de uma presunção de capacidade para esses sujeitos, na prática, não passava de ficção jurídica<sup>286</sup>.

O intento da Convenção é reverter este panorama e disseminar a ideia de que a proteção não é o único objetivo a ser buscado para as pessoas com deficiência, devendo ser priorizada a real possibilidade de exercício de seus direitos. Não são mais aceitáveis sistemas que não resguardam devidamente a autonomia desses indivíduos, tomando-os como pessoas que não têm nada a dizer sobre as próprias vidas.

Partir de uma presunção de capacidade (de direito e de fato) é muito importante porque um rótulo de incapacidade pode, frequentemente, cumprir o papel de uma profecia autorrealizável<sup>287</sup>. Amita Dhanda descreve a habilidade de tomar decisões e comunicar preferências como um músculo ou membro que, quando não utilizado, começa a atrofiar<sup>288</sup>. Assim, uma vez estabelecido que a pessoa é incapaz de realizar certas tarefas (ou todas), ela pode ser ceifada da oportunidade de desenvolver habilidades para tal.

Conclui-se, portanto, que o conceito de capacidade legal é amplo, abarcando a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações (elemento estático), mas também a capacidade de exercer estes direitos e assumir deveres por suas próprias decisões (elemento dinâmico), ainda que, para isso, seja requerido apoio. A verdadeira mudança paradigmática veiculada na CDPD está justamente nesta interpretação. Isso não resulta necessariamente em uma impossibilidade absoluta de representação. Este, porém, é assunto para os próximos tópicos.

### ***3.2.2 Parágrafos 3 e 4: a instauração de um modelo de apoio ao exercício da capacidade legal e as salvaguardas destinadas à prevenção de abusos***

O modelo substitutivo de vontade foi o predominante durante um longo período no que se refere ao tratamento juridicamente conferido às pessoas com deficiência, em particular mental e intelectual. Sua ampla utilização guardava relação com o conceito de deficiência advindo do modelo médico que, conforme asseverado, é marcado por políticas assistencialistas e por um enfoque exacerbado no diagnóstico clínico e na reabilitação como forma de “normalização”. Da perspectiva deste modelo, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência no âmbito da tomada de decisão são ocasionadas exclusivamente por seus déficits

---

<sup>286</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 314.

<sup>287</sup> DHANDA, Amita. Legal Capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? **Syracuse Journal of International Law and Commerce**. Syracuse, v. 34, 2007, p. 436.

<sup>288</sup> DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. 13, n. 1, p. 92.

cognitivos individuais, que as impedem de fazer escolhas de forma considerada adequada – isto é, de maneira racional, autônoma, responsável e independente<sup>289</sup>, requisitos que trazem à tona toda a discussão exposta ao longo do Capítulo 2.

A consequência tida como natural, seguindo a linha de pensamento descrita, é a anulação da capacidade dessas pessoas, cuja vontade, por não ser juridicamente qualificada, deve ser substituída pela de um terceiro capacitado para tomar decisões<sup>290</sup>. A utilização dos mecanismos de incapacidade se justifica na necessidade de proteção de sujeitos vulneráveis. Não se esgota nesse ponto, porém: para além do indivíduo em si, são protegidos o valor, a integridade e a utilidade de certas práticas consideradas socialmente relevantes, determinando quem pode ou não participar delas. A incapacidade é abordada, nesse contexto, de um âmbito técnico, relacionada à intervenção no tráfego jurídico e utilizada em prol de sua segurança<sup>291</sup>.

Com essa finalidade, o modelo de substituição de vontade se revela o mais cômodo. Do ponto de vista das pessoas com deficiência mental e intelectual, no entanto, que possuíam (e possuem) suas vontades frequentemente desconsideradas pelo direito, urgia a necessidade de mudanças no arranjo posto. Isso não significa que medidas de representação precisam ser completamente abandonadas, mas é chegada (passada) a hora de buscar um melhor equilíbrio do pêndulo entre a proteção e a autonomia desse grupo de indivíduos, o qual, durante longo período, pendeu excessivamente para a primeira.

Destaca-se, tendo em vista este propósito, a previsão contida no parágrafo 3 do artigo 12. A despeito de não haver, na CDPD, uma proibição expressa à substituição de vontade, o documento internacional inaugura um novo sistema, orientado pela maleabilidade e pela plasticidade, cujo intuito é possibilitar a utilização de diversas ferramentas institucionais condizentes com as necessidades da pessoa apoiada<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja**. Logroño, v. 24, 2012, p. 64.

<sup>290</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja**. Logroño, v. 24, 2012, p. 64.

<sup>291</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja**. Logroño, v. 24, 2012, p. 64-66.

<sup>292</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista de Derecho de la Universidad de La Rioja**. Logroño, n. 10, 2012, p. 65.

Reside neste dispositivo, que obriga a implementação de um modelo amplamente pautado no apoio, parte relevante da transformação buscada pela Convenção; afinal, é por intermédio do suporte que se torna factível a fruição e o exercício da capacidade legal dos sujeitos com deficiência. Na perspectiva inaugurada, ao invés de designar a pessoa como incapaz, a ideia é proporcionar o auxílio necessário e adequado para que ela adquira aptidão para exercer sua capacidade em base de igualdade com os demais<sup>293</sup>.

Não obstante sua inequívoca importância no que se refere à autonomia das pessoas com deficiência, a implementação de um sistema nos termos propostos pela CDPD tem encontrado alguns entraves. Um deles está relacionado ao fato de que, embora o apoio seja essencial à efetivação de um extenso rol de direitos, sua positivação se deu de forma bastante ampla: prevê-se simplesmente que os Estados devem tomar as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham acesso ao suporte necessário para exercitar sua capacidade legal. Não constam especificações acerca de como deve ser implementado o modelo ou de requisitos a serem cumpridos.

Quando os Estados se deparam com a aludida ausência de moldes, detalhamentos e instruções, muitas vezes partem de pressupostos errôneos. Em busca de uma melhor compreensão do novo sistema, que evite esse tipo de equívoco, faz-se necessário ir além do texto seco do artigo 12. São aliadas nesse desafio as manifestações da doutrina e do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A princípio, vale examinar o conceito básico de apoio. O referido Comitê dispõe que o termo pode ser compreendido como toda ajuda ou assistência prestada a alguém para que possa realizar atividades cotidianas e participar da vida em sociedade<sup>294</sup>. Diante desta definição ampla, percebe-se que se trata de prática arraigada nas mais diversas culturas, disseminada muito além do âmbito jurídico e presente no cotidiano humano. Partindo da anunciada perspectiva da interdependência, todos farão uso de suporte em algum momento da vida.

Algumas formas de apoio, contudo, seguem marginalizadas estatal e socialmente, como é o caso daquele destinado às pessoas com deficiência. Corroborando com esta afirmação, tem-se que, embora a tendência global nos últimos anos tenha sido de crescimento cada vez maior

---

<sup>293</sup> SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. **International Journal of Law and Psychiatry**, Dublin, n. 40, 2015.

<sup>294</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.



na demanda por apoio, as necessidades deste grupo de indivíduos seguem desatendidas em grande medida<sup>295</sup>.

Com o advento da Convenção, esperava-se uma transformação deste cenário. A adoção de um sistema amplamente baseado no apoio é inédita em âmbito de direito internacional. Trata-se de previsão de elevada relevância, mas cuja efetividade vem sendo obstaculizada em razão de diversos fatores, dentre os quais a má compreensão do instituto. O apoio está relacionado a diversos princípios básicos de direitos humanos, como a dignidade, a autonomia, a participação e a inclusão. Em diversas situações, o acesso a essas medidas é condição essencial ao exercício de direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência<sup>296</sup>.

Assim sendo, a ausência de instrumentos de suporte adequados tem como consequência a exposição dos indivíduos com deficiência a um trato negligente por parte da comunidade e do Estado. Em decorrência da obrigação constante na CDPD, tal cenário leva à possibilidade de aplicação de sanções internacionais. Sem apoio, aumenta consideravelmente o risco de segregação desse grupo e de tornar mais vulnerável uma população cujo histórico discriminatório já é extenso. Fica evidente, então, o quanto a assistência adequada é indispensável para fazer valer uma extensa gama de direitos e para permitir que as pessoas com deficiência tenham condições de alcançar seu pleno potencial<sup>297</sup>.

Exposta a relevância da inovação, cabe investigar as contribuições da doutrina atinente ao tema e os pronunciamentos do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Para Francisco Bariffi, os mecanismos de apoio devem ser utilizados de maneira pontual, sempre respaldados no respeito pelos direitos, vontades e preferências do sujeito apoiado, que assume o protagonismo de seu próprio plano de vida. Além disso, o auxílio deve ser projetado sobre todo o processo de decisão, ultrapassando a mera assistência na formalização do ato jurídico<sup>298</sup>.

O autor afirma que o sistema inaugurado pela CDPD deve ser: (i) implementado gradualmente pelos países, através de um processo de transição do paradigma de substituição de vontade; (ii) complexo, porque sua instauração exige, para além de mera reforma legal, ação

---

<sup>295</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.

<sup>296</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.

<sup>297</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.

<sup>298</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 369.

política positiva do Estado; (iii) diverso, adaptável às diferentes situações das pessoas apoiadas; (iv) aberto, ou seja, pensado não apenas para pessoas com deficiência, mas para qualquer sujeito que encontre dificuldades no exercício de sua capacidade legal; e (v) presidido por direitos, orientado a maximizar a possibilidade de exercício dos direitos pelas pessoas apoiadas<sup>299</sup>.

De maneira complementar, Lucy Series lembra que o suporte abrange a assistência na tomada de decisão e em sua comunicação; podendo o apoiador, por exemplo, ajudar na obtenção e na compreensão de informações relevantes, apresentar com clareza os prós e contras dentre as opções disponíveis etc.<sup>300</sup>.

Na nova arquitetura proposta, o objetivo prioritário é manter intacta a capacidade legal da pessoa com deficiência. Paola Urbina salienta que o apoiador não tomará as decisões pelo sujeito, não substituirá sua vontade, devendo ser as medidas proporcionais e adequadas às circunstâncias individuais. Ao invés de substituir, o apoiador se coloca ao lado da pessoa para promover e facilitar o exercício de sua capacidade, a fim de que as escolhas sejam efetivadas conforme suas preferências<sup>301</sup>.

A presunção opera, portanto, a favor da vontade do apoiado, cabendo a ele a decisão final. O papel do apoiador gira em torno de explicar as questões, interpretar os sinais e preferências, esclarecer dúvidas etc. Sua função primordial é colaborar que a tomada de decisão seja autônoma na maior medida possível.

A prestação do auxílio pode ocorrer em diferentes níveis, de acordo com a necessidade observada na concretude do caso. Há pessoas para as quais basta um grau mínimo, relacionado à linguagem e/ou a aspectos tecnológicos aptos a facilitar a comunicação. Um segundo patamar consiste na intervenção de um terceiro de confiança que auxilie na tomada de decisões. Por fim, há autores que afirmam existir um terceiro nível, relativo a casos extremos em que, no fim das contas, o suporte se consolida como uma forma de representação<sup>302</sup>. Esta controvérsia será aprofundada em breve, em tópico específico para o assunto.

Em relação aos tipos de apoio, mencionam-se algumas possibilidades: o apoiador pode ser alguém de confiança ou um profissional qualificado; o auxílio pode ser necessário de forma

---

<sup>299</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 373-378.

<sup>300</sup> SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. **International Journal of Law and Psychiatry**, Dublin, n. 40, 2015.

<sup>301</sup> URBINA, Paola A. Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. **Thomson Reuters**. [s.l.], v. 44, 2018, p. 6.

<sup>302</sup> URBINA, Paola A. Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. **Thomson Reuters**. [s.l.], v. 44, 2018, p. 6.

isolada ou continuada; o âmbito sobre o qual incidirá (a ser decidido pelo sujeito afetado) pode ser pessoal, econômico, social, jurídico, educacional, dentre outros<sup>303</sup>.

Na visão de Carlos Marín Calero, a interpretação e a atribuição de sentido ao modelo de apoio – que ele descreve como um dos sustentáculos da Convenção – devem partir de algumas premissas básicas, que ele condensa em uma proposta de estruturação na qual o suporte é visto como um direito do indivíduo com deficiência, que pode exigí-lo do Estado e da sociedade. Segundo o autor, o auxílio deve se estender a todo o processo de formação da vontade e ser suficiente e real para que o sujeito atinja compreensão satisfatória do ato que pretende realizar, o qual é acompanhado de corresponsabilidade por parte do apoiador. Como um direito, a regra é que seja voluntário, mas o autor alega que, em situações excepcionais, pode ser obrigatório, desde que assim ordenado por juiz competente, em cumprimento ao procedimento legal<sup>304</sup>. Esta última posição não é compartilhada neste trabalho, devendo ser observada com cuidado em razão de sua proximidade com a representação – também juridicamente imposta.

Para além das contribuições doutrinárias, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência salienta que apoio é um termo amplo, que engloba arranjos oficiais e não oficiais, de diversas espécies e intensidades, sempre proporcionais e convergentes com os princípios gerais da Convenção. Nesse sentido, cabe à pessoa com deficiência algumas escolhas, como a quantidade de pessoas que irão lhe ajudar para exercer sua capacidade, se estas serão seus familiares ou profissionais etc. O órgão formulou, na Observação Geral nº 1, uma lista com as principais diretrizes para orientar os Estados signatários em sua implementação. São elas:

- a) O apoio na tomada de decisões deve estar disponível para todas as pessoas, podendo ser requisitado com intensidades distintas;
- b) Todas as formas de apoio ao exercício da capacidade jurídica devem ter como premissa as vontades e preferências da pessoa apoiada, e não um suposto interesse superior objetivo;
- c) O modo de comunicação de uma pessoa não pode ser fator impeditivo para a obtenção de apoio no processo de tomada de decisão;

---

<sup>303</sup> URBINA, Paola A. Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. **Thomson Reuters**. [s.l.], v. 44, 2018, p. 6.

<sup>304</sup> CALERO, Carlos Marín. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. In: PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Franciso. **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 395-396.

- d) Os Estados têm a obrigação de facilitar a criação de apoios, em especial no que concerne às pessoas institucionalizadas, que em geral não possuem acesso aos mecanismos que naturalmente se desenvolvem no seio das comunidades;
- e) A falta de recursos financeiros não pode ser um obstáculo ao acesso do apoio pelas pessoas com deficiência de classes mais pobres, de forma que o Estado precisa garantir aquele de forma gratuita ou de baixo custo;
- f) O apoio na tomada de decisões não pode ser utilizado como justificativa para a limitação de outros direitos fundamentais;
- g) A pessoa com deficiência deve ter garantido o direito de modificar ou extinguir o apoio a qualquer tempo;
- h) Todo o processo de apoio deve ser acompanhado de salvaguardas, de forma a eliminar conflitos de interesses e possíveis abusos e garantir que as vontades e preferências do apoiado sejam respeitadas;
- i) A análise da necessidade ou não de mecanismos de apoio não pode depender de uma avaliação da capacidade mental, devendo ser desenvolvidos novos indicadores não discriminatórios para tal<sup>305</sup>.

O item “h”, referente às salvaguardas previstas no parágrafo 4 da CDPD, merece especial atenção. A finalidade da figura é, em suma, garantir que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam proporcionais e adaptadas às circunstâncias; além de prevenir conflitos de interesses e/ou influências indevidas. No mais, fica estabelecido que tais medidas devem incidir pelo menor prazo possível e que precisam ser periodicamente revistas para avaliar se, com o decorrer do tempo, a intensidade e a configuração dos mecanismos ainda são adequadas para auxiliar no exercício da capacidade legal; não tendo se tornado insuficientes ou excessivas.

Importante questionamento sobre o conteúdo deste parágrafo diz respeito ao seu objeto: o dispositivo se refere às ferramentas de apoio ou a instrumentos restritivos da capacidade? É preciso compreender, a princípio, que o fato de o suporte não redundar em restrição de direitos não anula o perigo de abusos, conflitos e influências indevidas. Assim sendo, sustenta-se que as salvaguardas se aplicam a este regime, embora não se restrinjam a ele. Isso porque, a partir

---

<sup>305</sup> NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 01**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

de uma análise das sessões de elaboração da Convenção<sup>306</sup>, constata-se que, originalmente, este parágrafo fazia referência às hipóteses de representação (que restaram excluídas do texto final, conforme visto).

Considerando que mecanismos substitutivos de vontade ainda são excepcionalmente necessários (a despeito do texto convencional não os mencionar) e tendo em vista a previsão de que as salvaguardas devem ser proporcionais ao grau de afetação causado pela medida sobre os direitos e interesses da pessoa, percebe-se que, nos casos de representação, elas são ainda mais imprescindíveis. Defende-se, então, que o disposto no parágrafo 4 também se aplica às ferramentas de substituição.

Retomando exame da Observação Geral nº 1, o Comitê insta que os Estados promovam oportunidades para que as pessoas com deficiência realmente guiem as decisões relativas a suas vidas e desenvolvam plenamente suas personalidades. Isso envolve o oferecimento de apoio porque, em consonância com o explanado, seu acesso representa condição fundamental à participação ativa e significativa de muitos desses indivíduos da sociedade. Ressalta o órgão, ainda, que um dos objetivos do suporte é fomentar a confiança das pessoas com deficiência de forma que, progressivamente, possam exercer sua capacidade legal com cada vez menos apoio, se assim for possível e desejado<sup>307</sup>.

Essas manifestações do Comitê fornecem um panorama bem mais completo do que o texto puro da Convenção, mas, ainda assim, possuem caráter geral. Há um motivo para tal: frente a um fenômeno tão complexo quanto o da deficiência, não haveria como fornecer orientações para a criação de um modelo de apoio homogêneo e uniforme. As realidades dos países são muito distintas, afinal. Há condicionantes sociais, culturais e econômicas que influenciam diretamente qual será o sistema mais apropriado àquele contexto específico.

Nesse sentido, os Estados devem se empenhar na construção de um arranjo apto a dar suporte às pessoas com deficiência que seja baseado nas particularidades de sua própria comunidade. Apenas assim será possível oferecer mecanismos adequados para que esse grupo

---

<sup>306</sup> Recorda-se que, na penúltima sessão do Comitê, o texto do que viria a ser o artigo 12(4) era o seguinte: “Quando os Estados Partes estabelecerem um procedimento, que será previsto em lei, para a nomeação de representação pessoal como último recurso; esta lei deverá fornecer as salvaguardas adequadas, incluindo a revisão regular da nomeação e das decisões tomadas pelo representante por um tribunal competente, imparcial e independente. A nomeação e a conduta do representante devem ser guiadas pelos princípios consistentes com a presente Convenção e com o direito internacional dos direitos humanos” [tradução nossa]. A proposta no idioma original, assim como todos os outros documentos referentes à sétima sessão, pode ser encontrada no *Daily Summary of Discussions* em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7.htm>.

<sup>307</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.

tenha condições de exercer sua capacidade legal na maior medida possível. Ademais, deve ser disponibilizada uma ampla gama de estruturas para atender aos diversos tipos de deficiência.

Esse enfoque de diversidade alcança muito mais pessoas do que um pretense modelo único de apoio, estabelecido por uma convenção internacional com quase duzentos países signatários. Este, além de ineficaz, seria certamente discriminatório<sup>308</sup>, não sendo capaz de atender às variadas demandas. Se a deficiência é multifacetada, o suporte também precisa ser.

Embora a excessiva abertura na formulação legal possa resultar em ineficácia, diante da inegável relevância do apoio no contexto da CDPD, os países devem empreender esforços na compreensão de seus contornos fundamentais, não utilizando a insuficiência do texto seco como justificativa para não implementar o novo sistema e manter a lógica anterior, primordialmente baseada na substituição de vontade. Infelizmente, isso tem ocorrido com alguma frequência, conforme é possível inferir da leitura dos relatórios iniciais<sup>309</sup> enviados pelos países signatários ao Comitê da ONU, nos quais constam as medidas adotadas em prol da efetivação dos deveres assumidos em razão da Convenção.

O envio desses documentos deriva de obrigação contida no artigo 35 da CDPD e, em resposta, o Comitê elabora sugestões e observações acerca das informações relatadas. Ocorre que, quando enviaram seus primeiros relatórios, grande parte dos países alegava ter implementado (ou já possuir anteriormente) ferramentas de apoio nos termos propostos pelo pacto internacional. Ao replicar essas declarações, o órgão de monitoramento frequentemente discordava da natureza de apoio dos instrumentos apresentados pelos Estados sob esta nomenclatura; o que evidencia a confusão acerca dos contornos básicos do sistema.

A implementação do modelo de apoio não é marcada apenas por problemas, porém. Em informe geral – isto é, não direcionado a nenhum Estado específico – datado de 2017, Catalina Devandas Aguilar, relatora especial do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, celebra a introdução de regimes de suporte para a tomada de decisões em diversos ordenamentos. Ela esclarece que, embora o alcance e os aspectos formais variem de um país para o outro (como deve ser), os sistemas possuem algumas características comuns. Via de regra, permite-se que as pessoas com deficiência designem um ou mais apoiadores para obter e

---

<sup>308</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

<sup>309</sup> Todos os Relatórios e Observações pesquisados para o artigo estão disponíveis em: <http://tbinternet.ohchr.org/layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp>. Acesso em: ago/2019.

entender informações, avaliar alternativas e consequências de uma escolha, expressar e comunicar decisões e/ou executá-las<sup>310</sup>.

A relatora ressalva, todavia, que muitas ferramentas descritas pelos países como pertencentes ao sistema de apoio podem ser convertidas em substituição de vontade, o que retira grande parte de sua força no que tange à mudança almejada pela CDPD. Nesse sentido, assevera que há instrumentos implementados pelos países que merecem cuidado: segundo o informe, se o arranjo é involuntário e/ou se as pessoas com deficiência não tiverem o direito de findar ou modificar a relação a qualquer tempo, não é possível afirmar que se trata apenas de suporte<sup>311</sup>.

Além disso, são tecidas críticas ao fato de que, em alguns ordenamentos, os sujeitos com deficiência precisam recorrer aos tribunais para que a validade do apoio seja reconhecida, assim como para a determinação de seu alcance. Não obstante existirem aspectos positivos nessa ideia, requerer a intervenção do Judiciário cria uma série de dificuldades para o indivíduo apoiado, já que: (i) na maioria dos ordenamentos, essas pessoas encontram obstáculos para acessar a justiça, (ii) o sistema se torna mais custoso, o que pode ser um desestímulo, (iii) as demoras dos tribunais podem comprometer o acesso, e (iv) faz-se necessária uma formação intensiva para modificar o paradigma decisório dos juízes, adaptados à realidade anteriormente posta, na qual a incapacidade era regra para as pessoas com deficiência<sup>312</sup>.

Outra preocupação levantada é que o critério objetivo e obsoleto do “interesse superior” continue a ser utilizado para tomar decisões em nome da pessoa com deficiência, o que contraria o respeito pelas vontades e preferências do sujeito concreto. No mais, desaprova-se que, em certas jurisdições, o apoio culmina na perda de direitos, incluindo direitos políticos<sup>313</sup>.

Ao final do informe, a recomendação do Comitê foi pela adoção, por parte dos Estados, de um marco de políticas públicas propício a garantir o efetivo acesso a estruturas apropriadas para a tomada de decisões apoiadas. Para isso, estabeleceu como necessários: (i) a estruturação de um sistema abrangente para coordenar o acesso a arranjos em todo o território; (ii) o aumento progressivo na alocação de recursos para a criação e aplicação de alternativas de apoio na

---

<sup>310</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

<sup>311</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

<sup>312</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

<sup>313</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

comunidade; (iii) a execução ou promoção de projetos piloto e experiências de teste que sigam os parâmetros da CDPD; (iv) a introdução de salvaguardas na prestação do apoio; (v) o incentivo para que agentes de cooperação internacional, incluindo organizações sem fins lucrativos, financiem e conduzam pesquisas, além de fornecer assistência técnica na reforma de leis relacionadas à capacidade legal e ao suporte na tomada de decisões<sup>314</sup>.

Em síntese, observa-se que, constantemente, os países partem de premissas errôneas sobre o que significa um sistema de apoio, não compreendendo adequadamente as linhas fundamentais e requisitos mínimos para que mecanismos sejam qualificados como tal. Com o auxílio da doutrina e dos posicionamentos oficiais das Nações Unidas, essa conjuntura pode ser superada, de forma que autonomia das pessoas com deficiência seja valorizada na maior medida possível. Isso não significa o abandono de sua proteção, mas esta também não deve extrapolar o estritamente necessário, permitindo que os indivíduos tomem suas próprias decisões e, eventualmente, cometam erros como parte de seu processo de crescimento<sup>315</sup>.

### **3.3 O reconhecimento da capacidade legal e a manutenção de mecanismos substitutivos de vontade: reflexões com base na igualdade material**

Não restam dúvidas de que a CDPD encontra na passagem para o regime de apoio um de seus principais objetivos. Discussão ulterior – e deveras complexa – gira em torno de analisar se mecanismos substitutivos têm lugar dentro do marco inaugurado pelo documento internacional, em que impera o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência em todas as esferas da vida em igualdade de condições com as demais. Questiona-se, nesse contexto: levando em conta o disposto na Convenção, é possível que, em situações extremas, pessoas com deficiência sejam representadas por terceiros?

Francisco Bariffi, ao estudar a possibilidade de coexistência entre o sistema baseado no suporte/na capacidade legal e as ferramentas substitutivas, apresenta três correntes doutrinárias divergentes. A primeira – majoritária, de acordo com o autor – parte do pressuposto de que, nas

---

<sup>314</sup> NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

<sup>315</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja**. Logroño, v. 24, 2012, p. 90.



hipóteses excepcionais em que a deficiência psíquica ou mental atinge níveis muito elevados, a necessidade de apoio é tão intensa que apenas pode ser efetivada na forma de representação<sup>316</sup>.

Defende-se, nesta perspectiva, a existência das chamadas ações de substituição, cuja incidência recairia sobre atos determinados. Elas não decorreriam da deficiência em si, razão pela qual seriam igualmente aplicáveis a qualquer pessoa. Tais ações – descritas na literatura como apoios mais intensos/obrigatórios e também denominadas “tomada de decisão facilitada” – estariam situadas no interior do paradigma de apoio e, assim sendo, precisariam ser coerentes com a narrativa de vida da pessoa afetada, com suas preferências, valores, desejos etc.<sup>317</sup>.

Os principais elementos das ações de representação seriam: (i) a legalidade, devendo ser previstas por norma específica e juridicamente ordenada; (ii) a excepcionalidade e a especificidade, visto que sua aplicação se dá em *ultima ratio* e sobre aspectos da capacidade legal avaliados em concreto; e (iii) a necessidade de demonstração da devida diligência no que tange à tomada de decisão conforme as intenções e desejos da pessoa apoiada (afinal, é necessário seguir as linhas desenhadas pelo sistema de apoio). A crítica mais contundente a essa corrente é que, na prática, há enormes riscos de que a exceção se converta em regra e a representação seja aplicada discricionariamente às pessoas com deficiência<sup>318</sup>, mantendo-se, em suma, as consequências do modelo anterior.

Na segunda concepção elencada por Bariffi, argumenta-se pela possibilidade de representação voluntária, mais uma vez dentro do marco do sistema de apoio. A proposta desses autores se pauta na criação de um regime de suporte que inclui mecanismos substitutivos de vontade mediante a subscrição voluntária de acordos de representação. A ideia é que uma pessoa, em momento no qual exerça pleno exercício de sua autonomia, decida como deseja que ocorra sua representação superveniente, tanto para questões patrimoniais quanto existenciais<sup>319</sup>.

Um dos maiores riscos atrelados a esta linha de pensamento é que as pessoas com deficiência sejam manipuladas ou induzidas a assinar os acordos de representação. Neste caso, acabariam sujeitas a regime semelhante àquele que a CDPD visa a combater. Seria necessária, também, reflexão sobre a necessidade ou não de algum tipo de teste de capacidade antes da

---

<sup>316</sup> Cf: BARRANCO, María del Carmen; CUENCA; Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. **Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V**. Madrid, 2012. No mesmo sentido, PALACIOS, Agustina. **Seminario Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos**. Universidad Carlos III. Madrid, 2010.

<sup>317</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 492-493.

<sup>318</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 494.

<sup>319</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 494.

formalização do acordo<sup>320</sup> e sobre os casos em que não há realização desse pacto prévio (porque a pessoa optou por não fazê-lo ou porque nunca esteve em condições). No mais, há que se considerar a questão fulcral relacionada a arranjos de diretivas antecipadas: decidir na prática, em situações em que houver divergência, qual vontade deve prevalecer: a passada (constante no documento) ou a presente/futura.

Como terceira alternativa, Bariffi expõe a corrente com a qual se alinha e cujo posicionamento é compartilhado neste trabalho, que assinala haver uma incompatibilidade absoluta entre o modelo de apoio e a representação legal, ainda que específica e excepcional. Isso não acarreta, contudo, a proibição de qualquer tipo de instrumento substitutivo: é preciso admitir que, em determinadas circunstâncias, a limitação da capacidade não poderá ser suprida apenas com apoios. Advoga-se, então, pela possibilidade de aplicação de medidas substitutivas de vontade fora do marco regido pelo apoio<sup>321</sup>.

Partindo dessa premissa, ressalta-se: a representação não deve ser descrita como um tipo de apoio obrigatório ou mais severo, simplesmente porque sequer se trata de apoio. O regime inaugurado no artigo 12(3) da Convenção supõe a criação e/ou desenvolvimento de ferramentas cujo intuito é garantir o exercício da capacidade legal pela própria pessoa com deficiência; propósito incongruente com o estabelecimento de medidas restritivas desta capacidade.

Há que ser enfrentado, porém, o problema fundamental referente à defesa da manutenção de mecanismos substitutivos de vontade, sejam eles localizados dentro ou fora do sistema de apoio: o fato de que não são previstos pela CDPD e, indo além, de que são proibidos, segundo manifestações do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O órgão, em passagem da Observação Geral n°1, determina:

A obrigação dos Estados partes de substituir os regimes baseados na adoção de substituição de decisões por outros que se baseiem no apoio à adoção de decisões exige que se suprimam os primeiros e se elaborem alternativas para os segundos. Criar sistemas de apoio à adoção de decisões mantendo, paralelamente, regimes baseados na substituição não basta para cumprir com o disposto no artigo 12 da Convenção<sup>322</sup> [tradução nossa].

<sup>320</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 495-96

<sup>321</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 383.

<sup>322</sup> Texto no idioma consultado: “La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”. NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General n° 01**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

Para sair desta encruzilhada, apresentam-se duas vias argumentativas complementares: uma relacionada a princípios indispensáveis à construção de um sistema restritivo de capacidade; e outra alicerçada na compreensão material do conceito de igualdade e de suas implicações.

Salienta-se que não consta no texto da Convenção um impedimento à implementação, por parte dos Estados, de um sistema ou procedimento cuja finalidade é declarar a incapacidade dos sujeitos. De uma leitura integral do documento, porém, fica claro que este regime não pode ser aplicado somente às pessoas com deficiência, hipótese na qual seria discriminatório. Para além da não discriminação, os critérios utilizados no processo de incapacitação devem reunir mais dois elementos, conforme enumerados por Bariffi: legitimidade e proporcionalidade<sup>323</sup>.

Em razão da incidência do princípio da legitimidade, exige-se a demonstração de que as medidas restritivas impostas à pessoa têm o fim legítimo de resguardar sua vida, saúde, integridade e/ou seu patrimônio. O dilema ético não é eliminado, contudo: o potencial paternalista do sistema permanece, já que se considera que o exercício da autonomia da vontade do sujeito pode resultar em dano grave e irreversível<sup>324</sup>.

A proporcionalidade, por sua vez, estabelece que a restrição de direitos não deve gerar efeitos para além dos estritamente necessários para assegurar os fins perseguidos<sup>325</sup>. Jorge Miranda, ao tratar da proporcionalidade, explica que ela se decompõe em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro se traduz na existência de um meio adequado à prossecução do fim legítimo. A necessidade significa que, dentre as opções disponíveis, foi escolhido o meio que melhor satisfaz o objetivo almejado. Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* garante que a medida tomada seja justa, ou seja, não fique além ou aquém do que importa para que o resultado devido seja alcançado<sup>326</sup>.

Para finalizar, tem-se o critério da não discriminação, que estipula que a limitação da capacidade legal não pode se dar em razão da deficiência, a qual sequer deve ser mencionada. A questão não se exaure na supressão do termo, todavia: um sistema ou critério teoricamente

---

<sup>323</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 383.

<sup>324</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 384.

<sup>325</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 384.

<sup>326</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 284-285.

neutro ainda será discriminatório e contrário à CDPD se apenas se aplicar às pessoas com deficiência<sup>327</sup>.

Em suma, entende-se que é mantida a possibilidade excepcional de que pessoas com deficiência sejam declaradas incompetentes para a tomada de determinadas decisões, mas apenas em função de critérios que possam ser aplicados a qualquer pessoa, independentemente de deficiência; cuja proteção não ultrapasse o estritamente necessário; e que seja considerado legítimo, a partir de uma análise de seus fins. Desenhar um sistema de representação nestas linhas e apartado do modelo de apoio tem como objetivo impedir a banalização de medidas restritivas e seu emprego em casos em que houver outras opções disponíveis.

Para além dessas características, argumenta-se pela viabilidade da manutenção de mecanismos substitutivos de vontade em razão da igualdade material. Até que a igualdade fosse compreendida desta forma, no entanto, longo caminho foi trilhado na teoria dos direitos humanos. Flávia Piovesan destaca três vertentes relativas ao princípio, quais sejam:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, a seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (...) <sup>328</sup>.

Sob inspiração da concepção formal, compreendia-se que bastava a atribuição de uma mesma qualidade jurídica a todos os sujeitos desde seu nascimento – a personalidade jurídica – para que a igualdade fosse atingida<sup>329</sup>. A figura se destinava a uma proteção universal, genérica e abstrata. Para enfrentar a discriminação, adotava-se uma estratégia repressivo-punitiva, voltada à proibição e à punição da discriminação<sup>330</sup>. Esta vertente foi crucial para o fim de certos privilégios e para iniciar a implementação do direito à igualdade; mas também é verdade que a instauração de legislações repressivas é, por si só, insuficiente.

Historicamente, comprovou-se que garantir tratamento idêntico a todos pode ter como resultado situações extremamente injustas e desiguais, dada a posição de vantagem ocupada por alguns e de desvantagem experimentada por outros. Se as formalidades não são ultrapassadas, essas desigualdades se aprofundam ou, no mínimo, permanecem<sup>331</sup>.

<sup>327</sup> BARRIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 384.

<sup>328</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261-262.

<sup>329</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81-83.

<sup>330</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas e Direitos Humanos, **Revista USP**, São Paulo, n. 69, 2006, p. 140.

<sup>331</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 158.

Por esses motivos, interessa ao presente trabalho a igualdade material. Relacionada a uma estratégia promocional, ela visa ao fomento da equidade por intermédio de medidas positivas, como a implementação de políticas compensatórias<sup>332</sup>. Adere-se, por conseguinte, a uma ideia de justiça cujo caráter é bidimensional: envolve a redistribuição e o reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça, da desigualdade econômica e da marginalização por meio de transformações nas estruturas socioeconômicas e da adoção de políticas redistributivas. Por sua vez, o direito ao reconhecimento demanda mecanismos de combate à injustiça cultural, aos preconceitos e aos padrões discriminatórios através da transformação cultural e da eleição de políticas de reconhecimento<sup>333</sup>.

Na busca por uma igualdade material, portanto, dar visibilidade às diferenças se torna uma meta prioritária. Infere-se que apenas o reconhecimento das identidades diversas e o direito à diferença constituem plataformas verdadeiramente emancipatórias e igualitárias; o que reflete na emergência de uma sociedade civil plural e diversa, em que se faz crescente a voz evocada pelos movimentos sociais<sup>334</sup>, inclusive aqueles formados por pessoas com deficiência.

Uma vez estabelecida esta distinção entre igualdade formal e material, demanda-se a transição de uma postura de neutralidade do Estado para uma de protagonismo<sup>335</sup>, a ser efetivada com intervenções de caráter discriminador, atentas às desigualdades fáticas. Percebe-se que a igualdade não implica em absoluta proibição de tratamentos diferenciados entre os cidadãos. Pelo contrário, muitas vezes, a igualdade substancial requer medidas estatais a favor de certos grupos em prol de atenuar ou suprimir condições que perpetuam desigualdades<sup>336</sup>.

Resta, assim, aberto o caminho – e não apenas no sentido permissivo, mas impositivo – para a intervenção estatal orientada a assegurar a todos os cidadãos as condições materiais que lhes permitam exercer todas as outras liberdades<sup>337</sup>. Afinal, nos dizeres de Mariana Lara:

A palavra igualdade não pode jamais ser um obstáculo à proteção que o Estado deve aos vulneráveis. Ao contrário, é preciso garantir a igualdade formal de todos perante a lei, mas sem perder de vista que incumbe ao Estado, a partir das desigualdades reais

---

<sup>332</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas e Direitos Humanos, **Revista USP**, São Paulo, n. 69, 2006, p. 140.

<sup>333</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>334</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37-40.

<sup>335</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

<sup>336</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

<sup>337</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 87-90.

existentes entre os cidadãos, remover os obstáculos ou fornecer instrumentos adequados a ultrapassá-los<sup>338</sup>.

Levando tudo isso em consideração, fica claro que instrumentos internacionais mais recentes, que integram a fase de especificação dos direitos humanos – como é o caso da CDPD – invocam uma proteção concreta, que transcenda o texto legal e busque alcançar a igualdade substantiva, tendo em vista especialmente grupos socialmente vulneráveis.

A partir desse arcabouço teórico, conclui-se que o reconhecimento da capacidade legal *em igualdade de condições com os demais* – nos exatos termos do artigo 12(2) – possui mais camadas do que parece à primeira vista. Seguindo a linha de raciocínio construída, seria um equívoco conceder tratamento idêntico a uma população tão heterogênea como a de pessoas com deficiência, as quais estão inseridas em contextos tão díspares, com necessidades tão diversas. Certamente muitas delas acabariam desamparadas em tal arranjo.

Como estabelecido anteriormente, o grau de apoio que cada pessoa com deficiência precisa será bastante variado. Da mesma forma, existirão sujeitos cujas necessidades não serão supridas apenas com apoio. O Estado não pode e não deve se omitir nestes casos. Consequentemente, acredita-se que o reconhecimento da capacidade legal em igualdade de condições não significa a impossibilidade total de representação, porque, para alguns indivíduos, tal regime será o único possível. O melhor arranjo possível em prol de alcançar uma igualdade substantiva para as pessoas com deficiência, afinal, é aquele apto a suprir as demandas mais distintas.

Trata-se de conclusão divergente daquela apresentada pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é verdade. É fato que os procedimentos que envolvem substituição de vontade são rechaçados pelo órgão em quaisquer circunstâncias. Tal orientação, no entanto, não encontra respaldo na realidade fática. Além disso, a completa aversão a estes arranjos parece advir mais deste órgão do que da Convenção em si; e, conforme explica Mariana Lara:

[...] O Comitê não tem poder legiferante, de modo que é bastante questionável sua legitimidade para semelhante imposição, dado que extrapola a própria Convenção. Sua competência para fazer sugestões e recomendações aos Estados-Partes deve se ater às normas e limites da Convenção<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 159.

<sup>339</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 196.

Apesar da inegável relevância do Comitê, considera-se que uma proibição incontornável a qualquer tipo de representação excede suas funções, visto que extrapola o disposto no texto convencional; e, no final das contas, é a este que os Estados se vinculam.

Retomando, para fechar o raciocínio, as três correntes apresentadas por Bariffi para explicar a coexistência entre o apoio e a substituição, tem-se que a terceira delas, acrescida da arguição sobre igualdade material, parece a mais apropriada na busca por uma coerência sistêmica. Isso porque as regras e princípios aplicáveis a um procedimento de apoio são completamente diferentes – às vezes, paradoxais – daqueles referentes a um procedimento de limitação de capacidade legal. Da junção de ambos em um único sistema podem advir grandes riscos e dificuldades processuais.

A estrutura do modelo de apoio é inspirada (i) na autonomia da vontade; (ii) na promoção de direitos; (iii) no respeito à vontade da pessoa e em seu direito de tomar as próprias decisões, ainda que isso inclua a recusa do apoio; (iv) na voluntariedade do procedimento; (v) na amplitude e flexibilidade dos mecanismos; e (iv) na vigência do suporte pelo tempo que for necessário<sup>340</sup>.

O marco jurídico que limita a capacidade legal do sujeito, em contrapartida, é guiado pelos seguintes princípios e regras: (i) a inexistência da autonomia da vontade (ou uma existência que coloca em risco grave e iminente a pessoa ou seu patrimônio); (ii) a possibilidade de restringir direitos; (iii) a involuntariedade do procedimento, que pode ser imposto mesmo contra a vontade do indivíduo afetado; (iv) a natureza contraditória do processo; (v) a rigidez do regime probatório, cujo ônus recai sobre quem alega a necessidade de limitação da capacidade; (vi) a duração pelo menor lapso temporal possível, com revisões periódicas; e (vii) a incidência sobre qualquer pessoa, independentemente de deficiência<sup>341</sup>.

Com admirável clareza, Gerard Quinn questiona sobre a temática:

O que é pior? Estender uma ficção (100% de apoio) ao ponto em que ela se encontre visivelmente em desacordo com a realidade [...] ou admitir o óbvio e usar nossos talentos para bloquear a possibilidade da exceção se converter em regra e transformar a forma como as decisões são tomadas para as pessoas?<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 499-500.

<sup>341</sup> BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 499-500.

<sup>342</sup> Texto no idioma original: “What’s worse: stretching a fiction (100% support) to the point that it is visibly at odds with reality [...] or admitting the obvious and then using our talents to lock in the exception and transform how decisions are ‘made for’ people?”. QUINN, Gerard. *Personhood and Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD*. **Conference on Disability and Legal Capacity under the CRPD**. Faculdade de Direito de Harvard. Boston, 2010. Apud: GOODING, Piers. *Navigating the ‘Flashing Amber Lights’ of the*

Diante da conjuntura exposta, é essencial ter coragem de chamar os institutos pelos seus nomes e compreender a seriedade que isso implica: substituição de vontade não é sinônimo de “maior apoio” ou “apoio mais intenso”. Ao insistir em eufemismos desse tipo, corre-se o risco de esvaziar a sistemática, a estruturação e as características de um verdadeiro sistema de apoio, incompatível com a representação e fundamental à efetivação dos demais direitos garantidos na CDPD.

De maneira complementar, constata-se que extinguir cabalmente a substituição de vontade de um sistema jurídico não é a melhor opção, já que ela se faz necessária em circunstâncias excepcionais. Sua coexistência com o sistema de apoio ocorre em virtude da complexidade do fenômeno da deficiência – que não pode ser tratado de forma unitária – e da consequente percepção de que a igualdade que inspirou a CDPD está atrelada à materialidade, e não apenas à formalidade.

Por óbvio, mecanismos substitutivos precisam ser acompanhados de todas as salvaguardas possíveis, vez que resultam em restrição de direitos e liberdades fundamentais. Igualmente, deve haver constante incentivo ao desenvolvimento da autonomia da pessoa afetada, com vistas a um futuro em que a representação não seja mais necessária (embora isso não seja sempre possível).

Reitera-se, mais uma vez, que a substituição de vontade não é um tipo de apoio. São dois sistemas apartados, regidos por regras e princípios divergentes e que devem existir paralelamente: um como regra, ainda assim atento às salvaguardas para evitar abusos e conflitos de interesses (apoio); outro para ser utilizado como *ultima ratio*, com salvaguardas ainda mais rígidas (representação). Tentar encaixar dentro de um mesmo sistema ferramentas tão diferentes, até antagônicas em alguns pontos, pode esvaziar o sentido do modelo de apoio e relativizar a excepcionalidade da substituição de vontade.



## CAPÍTULO 4: A (IN)ADEQUAÇÃO DOS ORDENAMENTOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS AO RECONHECIMENTO DE CAPACIDADE LEGAL ENUNCIADO NA CDPD

### 4.1. Direito comparado Brasil-Portugal: metodologia e escolha dos países

As modificações veiculadas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impõem diversos desafios aos países signatários. Observa-se, como consequência, a necessidade de operarem reformas legislativas de direito interno (conforme artigo 4º, item 1, alíneas *a* e *b* da própria Convenção). Dentre elas, viu-se que as mais relevantes no âmbito do direito civil são aquelas atinentes à capacidade, que devem visar à criação de expedientes aptos a viabilizar a tomada de decisões com efeitos jurídicos por parte das pessoas com deficiência, valorizando em máxima medida sua autonomia e suas preferências.

Para estudar as mudanças em questão, optou-se por uma abordagem de direito comparado centrada nos sistemas brasileiro e português com vistas a compreender em que medida as reformas empreendidas por ambos os países atendem – ou deixam de atender – aos ditames sobre capacidade legal previstos no artigo 12 da CDPD.

O direito comparado é uma disciplina jurídica em que dois ou mais ordenamentos são confrontados em prol de identificar as semelhanças e diferenças em seus conteúdos, assim como desvendar os motivos subjacentes a esses encontros e desencontros. Neste trabalho, propõe-se uma microcompração<sup>343</sup> voltada ao exame dos regimes de (in)capacidade do Brasil e de Portugal.

Acredita-se na comparação como ferramenta valiosa para promover um entendimento mais profundo do direito nacional, capaz de trazer à tona ideias interessantes para a resolução de problemas jurídicos diversos. Geoffrey Samuel afirma que comparar é indispensável ao progresso do conhecimento, na medida em que torna possível desenhar conclusões que não adviriam de uma análise apartada<sup>344</sup>. A constatação da pluralidade de soluções jurídicas é importante para alertar os juristas nacionais do caráter relativo das respostas adotadas pelo direito doméstico – que não são as únicas possíveis, nem necessariamente as melhores<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Há duas modalidades clássicas para realizar uma pesquisa de direito comparado: macrocomparação e microcomparação. A primeira consiste na análise comparativa de dois sistemas jurídicos de forma global; enquanto a segunda limita sua atividade a áreas específicas do direito, ao estudo soluções encontradas em regimes distintos para problemas determinados. Cf: JERÓNIMO, Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa Uminho, 2015, p. 13-14.

<sup>344</sup> SAMUEL, Geoffrey. **An introduction to Comparative Law Theory and Method**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 11.

<sup>345</sup> JERÓNIMO, Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa Uminho, 2015, p. 15.

Tendo isso em vista, considera-se que a realização desta investigação pode colaborar com o aprimoramento da experiência brasileira no que tange à adequação ao disposto no aludido artigo 12 da CDPD. Afinal, soluções que envolvem a compreensão do significado de dispositivos presentes em documentos internacionais têm muito a ganhar com estudos que adotam esta metodologia. Busca-se, então, colher na experiência estrangeira pistas para avaliar, em concreto, qual o melhor desenho possível para um regime das capacidades sob a égide da Convenção. Patrícia Jerónimo acentua que é importante conhecer experiências levadas a cabo em outras ordens jurídicas para aprender com os erros externos e para considerar a viabilidade de soluções bem-sucedidas que poderiam vingar em solo nacional<sup>346</sup>.

Dentre as opções metodológicas para uma pesquisa de direito comparado, foi eleito o viés funcional, o que significa que a comparação se lastreia na busca por figuras que cumprem funções equivalentes nas ordens jurídicas estudadas, aptas a solucionarem os mesmos problemas. Tal abordagem é centrada na forma como o direito opera efeitos no mundo real: o foco é transferido da linguagem formal ligada às regras e institutos do sistema para o papel que desempenham no plano factual<sup>347</sup>. Uma das vantagens da perspectiva funcional está no direcionamento de luz à relação existente entre o direito e a sociedade, já que maior atenção é dedicada à questão prática. Assim sendo, ao interpretar as leis e os conceitos que as informam, deve-se ter como base o propósito a que servem<sup>348</sup>.

Isso posto, é importante que a pesquisa não fique restrita ao texto legal, haja vista ser comum a existência de significativos hiatos entre o direito positivado na lei e aquele efetivamente observado na realidade, em especial considerando que as legislações derivadas da CDPD carregam em seu conteúdo modificações paradigmáticas. O estudo de direito comparado precisa estar atento a esses hiatos e interessado em compreender as razões de sua existência, motivo pelo qual é relevante a análise de outras fontes de direito – em particular, doutrina e jurisprudência –, que pode levar a conclusões diferentes daquelas que viriam apenas da leitura da legislação. Nessa lógica, ensinava Caio Mário da Silva Pereira:

O Direito comparado vê a unidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente, além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta. Basta atentar em que a norma legislativa tem na verdade o sentido que a interpretação jurisprudencial lhe dá. [...] Demais disso a doutrina, a elaboração científica, voando

---

<sup>346</sup> JERÓNIMO, Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa Uminho, 2015, p. 18.

<sup>347</sup> SAMUEL, Geoffrey. **An introduction to Comparative Law Theory and Method**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 76.

<sup>348</sup> SAMUEL, Geoffrey. **An introduction to Comparative Law Theory and Method**. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 70.

mais alto do que o legislador, e mais desembaçada do que o juiz, formula a elaboração dogmática das instituições, dando mais ideia do estado de evolução do sistema jurídico<sup>349</sup>.

Partindo dessas premissas, a proposta é investigar os institutos que cumprem a função de viabilizar a tomada de decisões por parte de pessoas com deficiência (mental e intelectual, em especial) nos ordenamentos escolhidos. No brasileiro, a curatela e a tomada de decisão apoiada são funcionalizadas com este propósito. Em Portugal, tem-se o regime do maior acompanhado. A observação de similitudes e divergências entre essas figuras torna possível traçar análise crítica e elucidar pontos positivos e negativos de ambas as formas de institucionalização da aludida proteção.

Frisa-se que o intuito da comparação não é sobrepor um modelo de ordenamento a outro: não há transplante legislativo bem-sucedido que desconsidere a realidade contextual que, por óbvio, não é a mesma no Brasil e em Portugal. A hipótese, inclusive, é que nenhum dos dois Estados integrou o dispositivo convencional ao ordenamento doméstico da melhor forma. Sendo assim, o intento da comparação não é apontar qual o melhor dentre os modelos selecionados, mas sim revelar erros e acertos de cada um e, com isso, colaborar com a experiência nacional.

A escolha de Brasil e Portugal se justifica por motivos que tangenciam a história e o direito. Do fato de ter sido o Brasil colônia portuguesa decorre uma matriz legislativa comum, em especial no que tange ao direito privado. Durante todo o período colonial, vigorou a legislação da metrópole em solo nacional, sob a forma das Ordenações do Reino. Dentre elas, destacam-se as Ordenações Filipinas, publicadas em 1603 e cuja vigência se estendeu por mais tempo no Brasil do que em seu país natal, onde foram substituídas pelo Código Civil 1867. No Brasil, a primeira codificação apenas foi publicada em 1916, após infindáveis percalços atrelados à elaboração. Seu longo caminho até a promulgação passou pelas mãos de diversos redatores até, enfim, chegar a Clóvis Beviláqua, cuja versão vingou<sup>350</sup>.

Para além de Beviláqua, impossível não mencionar a importância de Augusto Teixeira de Freitas, primeiro convidado a formular a codificação e cujo Esboço, apesar de não ter sido convertido em lei, teve inegável relevância para o desenho assumido pela legislação privatista nacional. No Esboço, a principal influência do jurista provavelmente veio do alemão Savigny, mas Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann ressaltam que o trabalho de Freitas – não

---

<sup>349</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 7, 1955, p. 37.

<sup>350</sup> Para maior aprofundamento no assunto, recomenda-se: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

obstante sua originalidade – se manteve como um aperfeiçoamento do direito herdado de Portugal; ao ponto que o Código brasileiro de 1916 (em larga medida influenciado pelo Esboço) preservou a tradição jurídica portuguesa mais do que as próprias codificações do país europeu<sup>351</sup>. O doutrinador português Guilherme Braga da Cruz, em 1955, já apontava que

[...] Brasil e Portugal continuam a ser, no direito como em tudo o mais, duas pátrias irmãs, que se orgulham da sua ascendência comum, e que o Brasil, mais ainda que Portugal, soube manter-se sempre fiel à velha tradição jurídica lusitana, dignificando-a e rejuvenescendo-a, e dando, assim, um admirável contributo para a sua perenidade no mundo<sup>352</sup>.

Faz-se relevante, neste ponto, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual, para o confronto com o sistema pátrio, a escolha de uma ordem jurídica com significativas proximidades pode render bons frutos. Eleger ordenamentos mais próximos, ligados por afinidades marcantes, facilita o trabalho comparativo: a inspiração filosófica é similar, assim como a técnica jurídica e a estrutura do sistema, tornando mais simples o estabelecimento de importantes paralelos. Permite-se, então, uma minuciosa análise dos institutos estudados, com o devido realce para as circunstâncias particulares que acusam as peculiaridades de cada um<sup>353</sup>.

Entre Brasil e Portugal, tais proximidades se revelam. É particularmente interessante ao domínio desta dissertação abordar, brevemente, as conexões relativas aos primórdios de suas respectivas teorias das capacidades.

Observa-se que, sendo estranha à cultura jurídica romana a ideia de capacidade nos contornos atuais, noções ligadas a este conceito apenas surgiram no direito português após o estudo, por parte de seus juristas, do Código Civil francês (1804) e das obras da Escola da Exegese. À época, sequer se tratavam de concepções técnicas: o que havia era o uso, ainda incidental, dos vocábulos derivados de “capacidade”<sup>354</sup>.

No Brasil, os estudos pioneiros sobre a matéria apareceram justamente nas obras de Teixeira de Freitas, em meados em 1850, sendo ele o primeiro brasileiro a se dedicar à construção sistemática de uma teoria das capacidades. Na Consolidação, em 1857, já apareciam

<sup>351</sup> KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. In: REIMANN, Mathians; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 449.

<sup>352</sup> BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo**, São Paulo, v. 50, 1955, p. 77.

<sup>353</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 7, 1955, p. 49.

<sup>354</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 18-19.

certas ideias relacionadas à capacidade, mas não havia um referencial técnico. Apenas dois anos depois, ao se deparar com uma crítica de autoria de Alberto Moraes de Carvalho ao projeto do Código Civil português, é que Freitas se aprofundou nos estudos sobre a questão<sup>355</sup>.

É neste ponto, portanto, que se cruzam novamente as trajetórias dos dois sistemas jurídicos analisados. A aludida crítica, publicada em 1857, foi respondida por Visconde de Seabra, autor da codificação portuguesa, no ano seguinte. Quando teve contato com essas obras, Freitas acabou iniciando um intrincado debate com Seabra, que teve como frutos produções jurídicas importantes para ambos os autores<sup>356</sup>.

O jurista brasileiro estava preocupado com o perigo da confusão de conceitos de capacidade – o que observava na legislação portuguesa, mas também de outros países europeus. Provocado pelas discussões com Seabra, Freitas elaborou uma complexa teoria sobre as capacidades no Esboço, a qual não encontrava precedentes nas obras europeias que lhe serviram de inspiração; mas, ao mesmo tempo, era produto de profunda reflexão sobre os direitos alemão, francês e português<sup>357</sup>.

Não cabe, neste trabalho, detalhar sua teoria, mas uma de suas maiores contribuições foi proporcionar uma distinção clara e precisa dos conceitos de personalidade e capacidade de direito. Em sua configuração, havia espaço para a incapacidade de direito, mas esta não podia ser absoluta (ao contrário da incapacidade de fato), pois a pessoa sempre possui algum grau de aptidão para adquirir direitos<sup>358</sup>. A diferenciação aludida acabou perdendo força com o Código de Beviláqua, no qual os conceitos são tratados praticamente como sinônimos. Isso não retira, porém, a magnitude da construção de Freitas, em alguma medida resultado de suas trocas com o Visconde lusitano.

Certamente existem outras convergências de fundo histórico e jurídico entre os sistemas brasileiro e português, mas não convém apontá-las uma a uma. O fato é que, pouco mais de um século após o marco da primeira codificação nacional, parece interessante desvendar quais os

---

<sup>355</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 19.

<sup>356</sup> As obras citadas são: a “Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto de Código Civil Português” (1859), de Teixeira de Freitas; e a “Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto de Código Civil Português”, do Visconde de Seabra.

<sup>357</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 17-20.

<sup>358</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no Direito Civil brasileiro**. 2013. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013, p. 162.

caminhos percorridos separadamente pelos dois países nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial, com a lupa voltada para as questões atinentes à capacidade civil.

Para além dos motivos esboçados, fundamenta-se a escolha do estudo da capacidade no Brasil e em Portugal devido à sua proeminente atualidade e relevância para o direito privado de ambos os Estados. No Brasil, a CDPD foi ratificada em 2008, mas apenas em 2015 foi promulgada lei interna sobre a temática (Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão). Em Portugal, a ratificação ocorreu em 2009 e o advento da legislação doméstica somente em 2018 (Lei nº 49/2018). Apesar de as ratificações terem ocorrido há anos, a força das discussões e o borbulhar de dúvidas e discordâncias vieram com maior intensidade com a vigência das aludidas legislações, de forma que o assunto vem sendo objeto de inúmeras divergências na doutrina e na jurisprudência.

#### **4.2 O cenário anterior à promulgação da Lei nº 13.146/2015 no Brasil e da Lei nº 49/2018 em Portugal**

Em prol de avaliar as medidas empreendidas pelas ordens jurídicas brasileira e portuguesa para se adequarem ao artigo 12 da CDPD, é inevitável expor os regimes de (in)capacidade previamente vigentes. Interessa à pesquisa, em particular, aqueles imediatamente anteriores à Convenção, isto é, positivados no Código Civil do Brasil, de 2002, e no de Portugal, de 1966. Não há pretensão de esgotar a regulamentação, dissecando-a às minúcias: a ideia é apresentar os traços fundamentais que marcavam a disciplina em ambos os países, levando em conta não apenas a perspectiva legal, mas também apontamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Ressalta-se que as mudanças e debates mais importantes concernentes ao tema ocorreram após a implementação da Lei nº 13.146/2015, no Brasil, e da Lei nº 48/2018, em Portugal. Por isso, neste primeiro momento, a análise tem como marco cronológico final não a ratificação da CDPD, e sim o advento desses diplomas de direito interno.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os dois Estados regulamentavam a matéria da capacidade/incapacidade de modo um tanto quanto parecido. A personalidade jurídica era atribuída a todas as pessoas, sem qualquer tipo de distinção ou possibilidade de limitação. A capacidade civil era presumida em sua plenitude quando atingida a maioridade. Tratando-se, porém, de presunção relativa, sua dimensão de exercício era passível de restrição (total ou parcial) nas hipóteses previstas em lei e mediante processo judicial, sempre sob a justificativa da proteção.

A proteção dos vulneráveis é imperativo constitucional em ambos os ordenamentos. Sucede, todavia, que entre a proteção da pessoa e a sua liberdade pode residir um antagonismo inevitável: não há como ignorar que a incapacidade conflita com a livre condução da vida e o desenvolvimento da personalidade, constituindo uma das mais gravosas intromissões estatais na esfera jurídico-privada do indivíduo<sup>359</sup>. Apesar disso, entendia-se a restrição da capacidade de fato como necessária em certas situações, em que não havia escolha senão dar primazia à proteção, em detrimento da autonomia.

#### *4.2.1 Categorias e hipóteses de incapacidade*

Em Portugal, o Código de 1966 fundou um regime dualista de incapacitação, composto pela interdição e pela inabilitação. A primeira era própria das deficiências que eliminam a vontade e o entendimento; a segunda, voltada a situações que não aniquilam o discernimento, mas diminuem-no. Nem sempre foi este o arranjo adotado pelo sistema lusitano, no entanto. No Código de Seabra, imperava um regime monista em que a interdição era a única opção diante da incapacidade, sendo que se tratava de medida tendencialmente total, com graves consequências aos direitos do atingido. Na prática, a ausência de alternativas frequentemente resultava em um recurso abusivo e/ou indevido ao instituto, situação que era alvo de críticas por parte da doutrina da época, que se opunha à rigidez sistemática anunciada<sup>360</sup>.

Se o monismo foi eliminado do Código português mais recente, o cenário não se repetiu no Brasil: tal orientação foi mantida no Código Civil de 2002, ainda que flexibilizada<sup>361</sup>. Flexibilizada porque, embora não comportasse procedimento alternativo à interdição, esta não correspondia sempre à incapacidade absoluta da pessoa para a prática de todos os atos da vida civil. A depender do caso concreto, a interdição poderia gerar uma incapacidade relativa, atinente a atos específicos.

Esboçados esses primeiros traços, observa-se uma equivalência funcional entre o regime do interdito (em Portugal) e o do absolutamente incapaz (no Brasil). Igualmente, entre aquele

---

<sup>359</sup> ALVES, Raúl Guichard. Alguns aspectos do instituto da interdição. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação**: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 41.

<sup>360</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 488.

<sup>361</sup> CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Parecer sobre a proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação**. Lisboa, 2018, p. 20.

destinado às pessoas inabilitadas (em Portugal) e às relativamente incapazes (no Brasil). Vale analisar as mais relevantes semelhanças e divergências entre eles.

O artigo 138º do Código português elencava como pessoas sujeitas à interdição aquelas (maiores de idade<sup>362</sup>) que, por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrassem incapazes de governar sua pessoa e bens. Por sua vez, a codificação brasileira dispunha, em seu artigo 3º, que eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir vontade.

Encarregava-se da inabilitação o artigo 152º do Código de Portugal, no qual constava que poderiam ser inabilitados os sujeitos maiores cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de caráter permanente, não fosse de tal modo grave que justificasse sua interdição; além daqueles que, por habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes, fossem incapazes de reger convenientemente o próprio patrimônio. Já o artigo 4º da lei civil pátria descrevia como incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos. Por se tratar de um sistema monista, o Código brasileiro contava, ainda, com o artigo 1.767, no qual os sujeitos descritos nos artigos 3º e 4º eram agrupados sob a alcunha de interditos<sup>363</sup>.

Tanto no rol de sujeitos à interdição quanto à inabilitação, percebe-se que, em Portugal, eram previstas hipóteses de incapacidade derivadas de deficiências sensoriais, ao contrário do que ocorria no Brasil. Menezes de Cordeiro assinala que a inadequação destas disposições já

---

<sup>362</sup> O n° 2 do artigo 138º previa uma exceção à maioridade, nos seguintes termos: “As interdições são aplicáveis a maiores; mas podem ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior à maioridade, para produzirem os efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior.

<sup>363</sup> Notava-se uma divergência entre o artigo 3º do Código Civil o inciso III do artigo 1.767: o primeiro tratava como absolutamente incapazes os que, mesmo por causa *transitória*, não pudessem exprimir vontade; enquanto o último falava daqueles que não podiam fazê-lo por causa *duradoura*. Para solucionar a aparente antinomia, Mariana Lara indicava que o dispositivo fazia referência à nulidade de atos praticados por quem não pode exprimir vontade (ainda que por causa transitória) independentemente da instauração de interdição ou curatela, medidas reservadas à impossibilidade *duradoura* de expressar vontade. Revelava-se, deste ponto de vista, uma aproximação com a incapacidade acidental portuguesa, figura que determinava que a declaração negocial feita por quem estava acidentalmente incapacitado de entender seu sentido ou não tinha o livre exercício de sua vontade é anulável, desde que o fato seja notório e cognoscível (artigo 257, CC/PT). Na ordem jurídica nacional, o assunto não recebia (ainda não recebe) o adequado regramento: o âmbito previsto no artigo 1.767, III era excessivamente restrito e, na ausência de requisitos (como os da notoriedade e cognoscibilidade), restava comprometida a segurança jurídica e os interesses de terceiros de boa-fé. Cf.: LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 82.



era apontada pela doutrina mais antiga, desde o Código de 1867<sup>364</sup>. Raúl Guinchard Alves também colocava em causa a justeza da surdez-mudez e da cegueira como fundamentos da incapacidade, afirmando que estas, quando graves e incapacitantes, muitas vezes encontravam remédios em mecanismos de substituição voluntários e que diversas deficiências físicas e sensoriais são superáveis, sendo possível a inserção social desses indivíduos com o devido suporte, de forma que a interdição e a inabilitação poderiam representar, inclusive, um obstáculo a tal desiderato, levando em conta a conotação discriminatória atrelada a estas medidas<sup>365</sup>.

Também vale mencionar que o Código de Portugal dedicava um “regime especialíssimo” aos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, mais rígido e restritivo<sup>366</sup>. Este conjunto de preceitos denotava, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, um olhar pouco sensível do legislador civil para esses sujeitos, que se traduzia em restrições de constitucionalidade duvidosa. Estabelecia-se uma divisão radical entre as consequências da incapacidade baseada na anomalia psíquica e aquela derivada de outros fundamentos<sup>367</sup>.

Em construção similar, o Código Civil pátrio determinava que o juiz podia estabelecer limites à interdição – em especial circunscrevendo-a a atos de cunho patrimonial –, mas excluía de tal previsão aqueles (i) que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil; e/ou (ii) que, por outra causa duradoura, não pudessem exprimir vontade (artigos 1.767, III e IV; 1.772 e 1.782, CC/BR). Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Navares, em posicionamento compartilhado neste trabalho, descreveram esta

<sup>364</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 489-490.

<sup>365</sup> ALVES, Raúl Guinchard. Alguns aspectos do instituto da interdição. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação**: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 62-63.

<sup>366</sup> Alguns exemplos do que Jorge Duarte Pinheiro denominou “regime especialíssimo”: (i) no campo da responsabilidade civil, presumia-se a falta de impunibilidade dos interditos por anomalia psíquica (artigo 488º, nº 2, CC/PT); (ii) demência notória – mesmo nos intervalos lúcidos – e interdição e inabilitação por anomalia psíquica impediam o casamento (artigo 1601º, alínea b, CC/PT) e a união de fato (artigo 2º, alínea b, Lei nº 7/2001); (iii) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando durasse mais de um ano e, pela sua gravidade, compromettesse a possibilidade da vida comum, constituía fundamento para divórcio sem consentimento (artigo 1781º, alínea b, CC/PT); (iv) demência notória e interdição e inabilitação por anomalia psíquica retiravam a capacidade para perflhar (artigo 1850º, CC/PT), assim como a utilização de técnicas de procriação medicamente assistidas (artigo 6º, nº 2, Lei nº 32/2006) e o exercício de todas as prerrogativas inscritas nas responsabilidades parentais (artigo 1913º, nº 1, alínea b, CC/PT); (v) interditos e inabilitados por anomalia psíquica também não tinham capacidade para testar. Cf.: PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação**: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 27-28.

<sup>367</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimento: a visão do jurista. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação**: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 26-28.

restrição como injustificável, “na medida em que é evidente que as patologias psíquicas têm gradações, podem ser controladas com remédios e terapias, sem contar na sua total heterogeneidade, demonstrando que é preciso empreender uma análise mais casuística da enfermidade apresentada”<sup>368</sup>.

Seguindo em frente, nota-se que, na lei portuguesa, a diferença entre interdição e inabilitação residia no grau de incapacidade, e não em sua natureza. O legislador brasileiro optou por caminho análogo: a distinção entre incapacidade absoluta e relativa se estabelecia sobre a intensidade do comprometimento do discernimento.

A pedra de toque se encontrava na gravidade da deficiência e nas consequências por ela acarretadas. Assim, diante de deficiência severa que, segundo se entendia, implicava na completa inaptidão para o exercício de direitos, aniquilando por completo a capacidade da pessoa de querer e entender, aplicava-se o regime da interdição/incapacidade absoluta. Nos termos de Caio Mário da Silva Pereira, a etiologia desta incapacidade determinava a ausência cabal de discernimento em caráter duradouro<sup>369</sup>. Tratava-se de medida tendencialmente total, que atingia todos os atos da vida civil e era insuscetível de variar em função da (in)aptidão concreta de cada sujeito, pois sua amplitude já estava rigidamente prefigurada na lei.

Não faltavam julgamentos ao caráter automático, global e estático dos efeitos da incapacidade total. Doutrinadores brasileiros e portugueses sublinhavam amiúde que a solução por ela proporcionada era excessivamente rígida, em especial por não ser delineada em torno das necessidades específicas do incapaz<sup>370</sup>. O instituto acabava gerando a exclusão social, política e jurídica da pessoa e, da forma como era desenhado em ambos os ordenamentos, funcionava em um “desequilíbrio de tudo-ou-nada”<sup>371</sup>, atentando contra o princípio da proporcionalidade.

Passando para a inabilitação e para a incapacidade relativa, tem-se que se aplicavam a situações menos gravosas, nas quais havia diminuição (e não perda) do discernimento e naquelas em que a incapacidade ficava circunscrita a determinados âmbitos. Eram certamente

---

<sup>368</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da capacidade civil. **Quaestio Iuris**, v. 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016, p. 1549.

<sup>369</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral de Direito civil. Volume I. 20 ed. Rev. Atual Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: forense, 2004, p. 277-278.

<sup>370</sup> Cf. MONTEIRO, António Pinto. O Código Civil Português entre o elogio passado e um olhar sobre o futuro. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 4002, 2017, p. 38.

<sup>371</sup> VÍTOR, Paula Távora. **A Administração Do Patrimônio Das Pessoas Com Capacidade Diminuída**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

mais flexíveis, de forma que deveriam ser individualmente adaptadas no Judiciário de acordo com as específicas circunstâncias de cada indivíduo.

Como nem só de semelhanças viviam os ordenamentos estudados, registra-se que, em Portugal, os negócios jurídicos celebrados por interditos após o registro da sentença de interdição eram anuláveis (artigo 148º, CC/PT); enquanto, no regime brasileiro, a consequência era mais dura: tratando-se de absolutamente incapaz, estes negócios estavam sujeitos à nulidade (artigo 166, I, CC/BR). Entende-se como injustificada a escolha do legislador nacional, rígida em excesso, pois tornava os atos insuscetíveis de confirmação e convalescimento pelo decurso do tempo, conforme argumenta Mariana Lara<sup>372</sup>. Parecia preferível, neste âmbito, a solução estrangeira. Quanto aos sujeitos inabilitados/relativamente incapazes, coincidiam as repercussões dos atos praticados após a sentença que decretava a incapacidade: eram considerados anuláveis em ambas as ordens jurídicas.

Ora, parece evidente que, nos dois Estados, a incapacidade total era pensada como último recurso: a parcial era o ponto de partida e a base do sistema de incapacidades e, somente no limite, haveria espaço para a medida mais rígida<sup>373</sup>. Os tribunais, todavia, não enxergavam esta excepcionalidade com a devida clareza: na jurisprudência nacional e portuguesa, era discrepante o número de incapacidades totais e parciais, ocorrendo as primeiras com muito mais frequência, ao contrário do que seria razoável supor.

António Menezes Cordeiro, em estudo de política legislativa desenvolvido em Portugal acerca da incapacidade dos maiores, confirmou que era enorme a diferença na quantidade de interdições e inabilitações. Em 2011, a proporção era de 1.775 para 137; em 2012, de 1.938 para 164; e em 2013 de 2.147 para 167<sup>374</sup>. Isso significa que, nos três anos, os processos de interdição representaram mais de 90% da totalidade (93%, 92% e 92%, respectivamente).

Não obstante as cifras mencionadas serem significativas, o autor ressaltou que a maior parte das pessoas em situação de insuficiência física ou psíquica em Portugal ainda ficavam à margem de quaisquer medidas de proteção jurídica, apontando possíveis razões para tal<sup>375</sup> e

---

<sup>372</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 201.

<sup>373</sup> CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Parecer sobre a proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação**. Lisboa, 2018, p. 24.

<sup>374</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 515.

<sup>375</sup> As razões levantadas foram: (a) a inadequação do sistema em vigor, assente na interdição/inabilitação; (b) o papel das famílias que ora dá, ao necessitado, todo o apoio no seu seio, ora o desconhece; (c) a falta de bens que suscitem o interesse dos familiares; (d) o fato de os familiares já terem acedido a todos os bens relevantes; (e) o tipo de publicidade previsto na lei, que perturba o recato pessoal e familiar que sempre deveria acompanhar

reforçando a necessidade de uma ambiciosa reforma sistêmica<sup>376</sup>. Nesse contexto, ganhou força a chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual a defesa das pessoas com capacidade diminuída deveria sempre se efetuar com a menor restrição possível e mediante instrumentos de proteção que permitissem assegurar o máximo de controle sobre suas vidas. Logo, o tribunal só deveria impor a tutela após aferir que medida menos lesiva seria insuficiente para salvaguardar a concreta necessidade de proteção<sup>377</sup>.

No ordenamento brasileiro, apesar da possibilidade de interdição parcial das pessoas com deficiência existir na lei desde 2002, a figura não encontrou terreno fértil na jurisprudência: continuou ocorrendo um uso indiscriminado a interdição total, sendo raros os casos nos quais foi decretada a incapacidade relativa.

No ano de 2005, quando já chamava atenção o alto índice de processos de interdição (total, em sua ampla maioria) protocolados no Brasil, foi promovido pela Câmara dos Deputados um seminário nacional com o tema “Banalização da Interdição Judicial no Brasil: uma violência contra a democracia e os direitos humanos”<sup>378</sup>. No evento, foram ouvidos juízes, membros do Ministério Público, psiquiatras, peritos do INSS, dentre outros profissionais. O uso equivocado ou excessivo da incapacidade absoluta foi tópico quase pacífico nas discussões. Marcus Vinícius de Oliveira (vice-presidente do Conselho Federal de Psicologia na época) resumizou o desconforto geral questionando:

Essa figura [interdição parcelar] existe na lei. Por que todos dão interdição total o tempo todo? Por que não dão apenas interdição para assuntos patrimoniais e financeiros [...]? São interdições parciais, mas, entre nós, quase não existe interdição

---

situações deste tipo. Cf.: CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 521.

<sup>376</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 517-518.

<sup>377</sup> A doutrina da alternativa menos restritiva foi incorporada pela Recomendação R(99)4 do Conselho da Europa, documento de *soft law* aplicável a Portugal e que consagra como princípios orientadores a proteção jurídica dos adultos incapazes e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais; a flexibilidade na resposta jurídica para que medidas de proteção se adequem aos diferentes níveis de incapacidade; a máxima preservação da capacidade; a necessidade, a subsidiariedade, e a proporcionalidade, que reduzem a proteção da pessoa ao mínimo indispensável para salvaguarda de seus direitos e liberdades. Cf.: MARQUES, Sofia; VIEIRA, Fernando. Proteção da autonomia na incapacidade: novas exigências ao regime jurídico português. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 34, 2018, p. 64.

<sup>378</sup> Um dos principais motivos da preocupação com o número de interdições ocorridas no Brasil e levantados no evento estava relacionado ao aumento na quantidade de interdições totais efetuadas a pedido de famílias/responsáveis com o principal objetivo – embora nem sempre exclusivo – de receber o Benefício da Prestação Continuada (BPC) do INSS. Apesar de não haver nenhuma exigência ou amparo legal para tal, na prática existia uma certa relação entre a interdição civil e o acesso ao referido benefício. Cf.: ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, 2016, p. 237.

parcial. É uma questão curiosa. Por que não existe? Porque interdição parcial dá trabalho analítico. Para se fornecer uma interdição parcial, tem de ser feita uma análise de cada caso, e as interdições estão sendo concedidas com base em análises feitas apressadamente, na linha de produção da interdição, na banalização, na fulanização, na naturalização da interdição<sup>379</sup>.

Em estudo realizado na Primeira Vara Cível de Ceilândia (DF), Cícero Pereira de Alencar demonstrou que o cenário não sofreu grandes alterações nos anos seguintes à realização do evento mencionado: na consulta de 67 processos de interdição datados de junho de 2010 a junho de 2013, atestou que 96% deles resultaram em interdição total; sendo que nos 4% restantes não houve julgamento de mérito<sup>380</sup>.

Em 2019, Iara Pereira Ribeiro e Pedro Amaral Ruiz publicaram investigação acerca da prática da interdição em Ribeirão Preto (SP), na qual analisaram a escrituração dos livros de registro do 1º Cartório de Registro das Pessoas Naturais do município a partir do ano de 2002. Foram examinados 14 livros de registro e selecionados os atos relacionados à interdição. Para este trabalho, interessam os dados referentes ao período anterior ao início da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, até 2015. Neste lapso temporal, foram encontrados registros de 2.861 interdições por incapacidade absoluta (94,7% do total) e 161 por incapacidade relativa (5,3% do total)<sup>381</sup>. Não há como contestar estes dados, tendo sido confirmada a hipótese inicial dos pesquisadores de que realmente existia uma “cultura da interdição absoluta” ao longo da vigência do Código Civil de 2002.

#### ***4.2.2 Modalidades de suprimento da incapacidade***

Para além da equivalência entre os institutos, assemelhavam-se também as formas de suprimento da incapacidade nos dois países. Em Portugal, o interdito era submetido à tutela, regime de representação que compreendia o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações por outrem em seu nome (cf. artigo 1881º CC/PT). No Brasil, a nomenclatura “tutela” fica restrita aos menores, mas a curatela dos absolutamente incapazes também era tradicionalmente ligada à representação para todos os atos da vida civil.

<sup>379</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatórios do Seminário nacional sobre a banalização da interdição judicial no Brasil**. Brasília, 2007.

<sup>380</sup> ALENCAR, Cícero Pereira. **Interdição parcial de pessoas com deficiência no Distrito Federal: entre o texto legal e o mundo real**. 2014. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014, p. 81-82.

<sup>381</sup> Explica-se: o estudo constatou a existência de 3034 registros de interdição na comarca de Ribeirão Preto. Eram 2.861 por incapacidade absoluta e 173 por incapacidade relativa. 12 desses registros, porém, ocorreram após a vigência do EPD, período que não interessa à presente pesquisa no momento. Por isso, subtraiu-se 12 de 173 e chegou-se ao total de 161 interdições relativas no período anterior à EPD.

A utilização do termo “tutela” na legislação lusitana não era mera coincidência linguística, sendo a interdição como um todo inspirada na lógica da menoridade. O estabelecimento de relação tão estreita era motivo de críticas doutrinárias frequentes no país: além de reforçar o caráter paternalista do instituto, os juristas apontavam que a remissão à menoridade era claramente inadequada para responder às necessidades de indivíduos que, a despeito de sua capacidade diminuída, ainda eram adultos<sup>382</sup>. Com efeito, essa infantilização corroborava para uma participação quase nula das pessoas com deficiência nas decisões atinentes a suas vidas, mesmo as mais simples e cotidianas. A codificação brasileira, no artigo 1.774, aplicável à curatela, também fazia remissão à tutela, mas o vínculo entre os dois institutos não parecia tão forte quanto no país europeu.

Por sua vez, a incapacidade parcial, tanto no Brasil quanto em Portugal, era suprida por intermédio da curatela, nestes casos tradicionalmente ligada à assistência<sup>383</sup>. No sistema pátrio, o curador não agia em nome do afetado, mas assistia-o em determinadas decisões. Em Portugal, os contornos eram similares e a relação entre incapaz e curador costumava ser de subordinação específica (de acordo com o determinado na sentença), com a atuação deste voltada fundamentalmente para a autorização de certos atos. Previa-se, todavia, importante exceção à regra: o artigo 154º, nº 1 do Código Civil estabelecia que a administração do patrimônio da pessoa poderia ser entregue ao curador *no todo ou em parte*, designando que a curatela poderia se reverter em representação. Não havia, na codificação brasileira, disposição parelha.

#### **4.2.3 Relação entre deficiência e incapacidade**

Levando em conta o rol de incapazes das duas codificações, chama atenção o fato de que a mera existência de uma deficiência não justificava a restrição da capacidade: era preciso – ao menos em teoria – comprovar em juízo que ela gerava uma inaptidão de o sujeito prover aos seus interesses pessoais e patrimoniais, deixando-o sem condições de tomar decisões livres e racionais ou de exprimi-las e executá-las. “Ao menos em teoria” porque, na prática jurisprudencial, era comum que o caráter *indireto* da relação entre incapacidade e deficiência

---

<sup>382</sup> NEVES, Alexandra Chícara. Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova concepção de pessoa com deficiência. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e inabilitação: jurisdição civil e processual civil e comercial**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 138-139.

<sup>383</sup> Diz-se “tradicionalmente” porque esta relação entre incapacidade absoluta e representação *versus* incapacidade relativa e assistência não estava positivada na lei (no que se refere aos sujeitos maiores de idade). Ainda assim, era uma construção doutrinária amplamente consagrada no Brasil, inclusive na jurisprudência. Conexão legal expressa neste sentido havia apenas no artigo 1.690 do Código Civil, que trata da menoridade.

perdesse seu prefixo, sendo deliberadamente ignorando e revelando uma conexão bastante imediata entre os dois conceitos.

Em estudos jurisprudenciais brasileiros, esta situação era relatada com assiduidade. Como primeiro exemplo, tem-se a pesquisa de Mônica Barison, centrada nos processos de interdição de pessoas com transtornos mentais que tramitavam em uma Vara de Família de Volta Redonda (RJ) entre agosto de 2013 e junho de 2014<sup>384</sup>. A autora notou que, de fato, os operadores do direito definiam quem tinha ou não capacidade para os atos da vida civil com base unicamente na perícia médica. Esse movimento de associação quase (em um possível eufemismo) direta entre deficiência e incapacidade, segundo consta na pesquisa, era reproduzido pelos médicos que elaboravam os laudos que acompanhavam as petições iniciais, cujo conteúdo não expressava nada além do tipo de doença e/ou deficiência que a pessoa possuía, sem qualquer outra informação contextual acerca de sua capacidade<sup>385</sup>.

Alexandre Zarias, em investigação sobre as interdições conduzidas em Campinas (SP) entre 1950 e 2000, também abordou esta intersecção entre a medicina e a justiça. De sua perspectiva, o processo de interdição era um ponto de união dessas duas esferas e representava apenas um dos efeitos de um processo histórico no qual “a medicina, por meio de sua especialização, nomeadamente na área da psiquiatria, alastra seu campo de atuação, institucionalizando a ‘doença’ como verdade científica no interior da justiça por meio da prova judiciária, no caso, a perícia legal”<sup>386</sup>. O autor identificou uma espécie de relação “conspiratória” no trabalho conjunto de peritos e juízes (também do requerente, em segundo plano) com o fito de sublinhar os comportamentos do interditando que corroborassem com o descrito na petição inicial. Explicitava que, nas audiências em que esteve presente, a tendência era registrar nos autos apenas os eventos que serviam para confirmar os sintomas legais alegados na inicial; deixando de lado aqueles que poderiam desmenti-la<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> BARISON, Mônica Santos. **Judicialização da questão social**: um estudo a partir dos processos de interdição das pessoas com transtornos mentais. 2015. 290 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 162-163.

<sup>385</sup> BARISON, Mônica Santos; GONÇALVES, Rafael Soares. Judicialização da questão social e a banalização da interdição de pessoas com transtornos mentais. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 125, 2016, p. 56. O artigo é uma extensão da pesquisa jurisprudencial realizada por Mônica Santos Barison que compôs sua tese de doutorado referenciada na nota anterior.

<sup>386</sup> ZARIAS, Alexandre. **Negócio Público e interesses privados**: a interdição civil e os dramas de família. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2005, p. 53-54.

<sup>387</sup> ZARIAS, Alexandre. **Negócio Público e Interesse Privado**: a análise dos processos de interdição. 2005. 218 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2005, p. 152. Luciana Cristina de Campos formulou relato quase nos mesmos termos, afirmando que nem tudo o que era dito no interrogatório era registrado nos autos: nestes, constavam informações sintéticas e, em geral, que validavam o relatório médico e a queixa familiar. Cf.: CAMPOS, Luciana Cristina de. **Sob o signo da curatela**: as relações entre família, justiça e medicina em torno dos processos de interdição por

Luciana Cristina de Campos, em pesquisa realizada no fórum da Vara Cível de São Carlos (SP) entre os anos de 2013 e 2014, narrou algumas situações que reforçavam as conclusões de Alexandre Zarias. Em primeiro lugar, informou que, nas audiências que ocorriam no domicílio do interditando (que eram maioria), o Termo de Interrogatório era previamente redigido para ser entregue ao final do encontro. Ou seja, as impressões expressadas pelo juiz, assim como a declaração provisória de interdição, eram transcritas no documento antes da audiência ocorrer. O magistrado tinha como parâmetro única e exclusivamente a petição inicial e o parecer médico nela declarado<sup>388</sup>.

Em momento diverso, o juiz explicou à pesquisadora que, no interrogatório, não se dirigia ao interditando em pessoa (suas perguntas eram voltadas ao requerente) porque já havia lido no processo as condições em que ele se encontrava. Sugeria-se, então, que a petição inicial não era encarada como uma suposição cuja veracidade deveria ser averiguada ao longo do processo, e sim como um documento que demonstrava o estado mental do interditando antes mesmo do interrogatório ou de uma declaração pericial oficial. A tarefa do juiz acabava sendo a de encontrar comportamentos que reverberassem na formulação “doente, portanto, incapaz”<sup>389</sup>.

As pesquisas referenciadas indicam que, sim, existia uma associação direta entre deficiência e incapacidade no Judiciário nacional. A despeito do que previa o Código Civil, era a noção de doença ou deficiência mental que subsidiava todas as etapas processuais da interdição. Conforme explica Joyceane Menezes, os tradicionais processos desta natureza não permitiam uma análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de cada pessoa. Como consequência, o foco era direcionado à deficiência enquanto patologia<sup>390</sup>, lateralizando os demais aspectos da existência do indivíduo. Mônica Barison e Rafael Gonçalves,

---

diagnósticos de doenças mentais. 2015. 99 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2015, p. 56.

<sup>388</sup> CAMPOS, Luciana Cristina de. **Sob o signo da curatela**: as relações entre família, justiça e medicina em torno dos processos de interdição por diagnósticos de doenças mentais. 2015. 99 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2015, p. 56.

<sup>389</sup> CAMPOS, Luciana Cristina de. **Sob o signo da curatela**: as relações entre família, justiça e medicina em torno dos processos de interdição por diagnósticos de doenças mentais. 2015. 99 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2015, p. 50-58.

<sup>390</sup> 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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 34.



similarmente, denunciavam que “nessa percepção sobre a loucura, a doença se sobrepõe e anula qualquer outro tipo de característica do sujeito”<sup>391</sup>.

Na jurisprudência, constantemente desconsiderava-se que, independentemente do diagnóstico, fatores pessoais e experiências externas podem interferir substancialmente no modo como o indivíduo responde a suas limitações<sup>392</sup>. Luciana Cristina dos Santos alertava que muitos “sintomas” enunciados para caracterizar a pessoa como incapaz apenas poderiam ser compreendidos dentro de um contexto social e ético que sequer era encarado pelo magistrado<sup>393</sup>.

Em Portugal, não foram encontrados estudos jurisprudenciais que evidenciassem a existência de vinculação automática entre deficiência e incapacidade. Na ausência de dados secundários, partiu-se para a investigação primária de alguns processos de interdição e inabilitação que foram julgados em segunda instância durante os cinco anos anteriores à promulgação da Lei nº 49/2018 – isto é, entre 2013 e 2017 – para compreender se, na prática, a constatação de certas deficiências era comumente suficiente para a decretação das aludidas medidas restritivas.

Para isso, foram selecionados três Tribunais da Relação do país: do Porto, de Lisboa e de Coimbra<sup>394</sup>. A investigação foi realizada *online*, no *site* de cada um deles, usando a ferramenta “Pesquisa Livre” e buscando, separadamente, dois descritores: “acção de interdição” e “acção de inabilitação”. Com os resultados em mãos, foram preliminarmente excluídas as decisões que não se encaixavam no lapso temporal delimitado ou cujo tema não girava em torno da incapacidade do sujeito. Em seguida, procedeu-se o descarte de processos que não traziam reflexões relevantes acerca do tema examinado. Isso feito, restaram 10 decisões para serem efetivamente analisadas: 1 do Tribunal da Relação do Porto<sup>395</sup>, 5 do Tribunal da

---

<sup>391</sup> BARISON, Mônica Santos; GONÇALVES, Rafael Soares. Judicialização da questão social e a banalização da interdição de pessoas com transtornos mentais. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 125, 2016, p. 55-56.

<sup>392</sup> 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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 34.

<sup>393</sup> CAMPOS, Luciana Cristina de. **Sob o signo da curatela**: as relações entre família, justiça e medicina em torno dos processos de interdição por diagnósticos de doenças mentais. 2015. 99 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2015, p. 61.

<sup>394</sup> No total, são 5 Tribunais da Relação em Portugal: do Porto, de Coimbra, de Lisboa, de Guimarães e de Évora. Foram selecionados os 3 com a maior quantidade de processos.

<sup>395</sup> No Tribunal da Relação do Porto, a busca por “acção de interdição” gerou 51 resultados e por “acção de inabilitação”, 10. Somente 3, no total, tinham como cerne a interdição ou inabilitação da pessoa; dentre os quais 2 não traziam reflexões interessantes acerca da relação estabelecida entre deficiência e incapacidade. Restou, portanto, uma única decisão, sendo ela: apelação nº 1206/11.2TJPR.01 (2013).

Relação de Lisboa<sup>396</sup> e 4 do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>397</sup>. Expõe-se, a seguir, as 4 em que foi detectado o estabelecimento de umnexo imediato entre deficiência e incapacidade.

No processo 1206/11.2TJPRT.01<sup>398</sup>, julgado em 2013 pelo Tribunal da Relação do Porto, o primeiro aspecto a ser comentado denota uma tendência geral observada na pesquisa: os julgadores lusitanos – ao menos os de segundo grau – ressaltavam, expressamente e com frequência, que não bastava a constatação de uma enfermidade ou deficiência para declarar a interdição/inabilitação: era preciso que a incapacidade para gerir pessoa e patrimônio fosse efetivamente comprovada. Nem sempre, porém, as decisões convergiam com esta alegação, como foi o caso deste acórdão.

No recurso que chegou ao tribunal, arguiu-se justamente que a inabilitação por anomalia psíquica havia sido decretada no juízo *a quo* com fundamento exclusivo no relatório médico pericial: não foram ouvidas testemunhas ou promovidas quaisquer outras informações complementares. No mais, contestava-se a data de início da incapacidade, cravada em 1990, ano em que a ré sofreu traumatismo crâneo-encefálico, mas após o qual alega ter gradualmente recuperado suas capacidades.

Da leitura da decisão, infere-se que a sentença estabelecia, sim, conexão automática entre a enfermidade clinicamente diagnosticada e a incapacidade civil, em especial no que se refere à fixação da data de início desta. Tal questão poderia ser sido revertida em segunda instância, mas não foi o que ocorreu, pois o veredito recorrido foi integralmente confirmado.

Por sua vez, na apelação 1713/12.0TJLSB-A.L1-1<sup>399</sup> (2013), do Tribunal da Relação de Lisboa, foi julgado recurso contra a decretação de interdição provisória. A sentença da instância originária tinha acolhido a integralidade dos argumentos aduzidos na petição inicial, tendo como único amparo argumentativo o laudo médico anexado pelos autores. A existência deste documento foi suficiente para o convencimento do juízo *a quo* de que a arguida padecia de

---

<sup>396</sup> No Tribunal da Relação de Lisboa, o descritor “acção de interdição” rendeu 72 resultados e “acção de inabilitação”, 10. Somente 10, dentre todos, realmente encaravam a temática, mas 3 deles abrangiam apenas questões processuais e outros 2 não continham inserções interessantes atinentes à relação deficiência-incapacidade. Foram selecionadas, portanto, 5 processos para análise: (i) apelação nº 830/09.8YLSB.L1-7 (2013); (ii) apelação nº 1713/12.0TJLSB-A.L1-1; (iii) apelação nº 2228/08.6TVLSB.L1-1 (2014); (iv) apelação nº 3020/08.3YXLSB.L1-7 (2014); (v) 1215/13.7TVLSB.L1-2 (2016).

<sup>397</sup> No Tribunal da Relação de Coimbra, foram encontrados 41 julgados com o descritor “acção de interdição” e 20 com “acção de inabilitação”. 15 deles efetivamente tratavam do tema em comento, mas 9 abordavam somente questões processuais. Dos 6 restantes, 4 continham alguma reflexão sobre a relação investigada, sendo eles: (i) apelação nº 444/09.3TBMGL.C1 (2013); (ii) 2382/09.0TBFIG.C2 (2016); (iii) 108/13.2TBSBG-C.C1 (2016); (iv) 123/15.1T8CS.C1 (2017).

<sup>398</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 1206/11.2TJPRT.01**. Relator: Ana Paula Amorim. Data de julgamento: 20 de maio de 2013.

<sup>399</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 1713/12.0TJLSB-A.L1-1**. Relator: Pedro Brighton. Data de julgamento: 19 de fevereiro de 2013.

doença de Alzheimer e, em virtude disso, apresentava déficits cognitivos diversos, precisando de ajuda na realização de tarefas fora de sua rotina cotidiana. Depara-se, então, com mais uma situação em que a incapacidade foi presumida diante da presença de deficiência.

Perante o quadro descrito, o Tribunal da Relação reformou a sentença, concluindo que seu acervo factual era manifestamente insuficiente para determinar a interdição, ainda que provisória. Asseverou que, por ser a interdição medida muito gravosa, a lei fez depender sua decretação de fundamento legal inequívoco, impondo ao tribunal “especial responsabilidade no sentido de apurar circunstancialismo que caracteriza, com precisão e clareza, o estado do interditando e que permita concluir, com necessária segurança, pela sua incapacidade”, pois o instituto não podia ser utilizado “de forma leviana”. Acertaram os julgadores de segundo grau ao corrigir o equívoco da relação direta estabelecida na primeira instância.

Ainda no Tribunal da Relação de Lisboa, tem-se a apelação 3020/08.3YXLSB.L1-7<sup>400</sup> (2014), cujas controvérsias principais diziam respeito à amplitude da inabilitação proferida na sentença recorrida e à nomeação do curador. O mérito não interessa à presente investigação, mas notou-se que, na fixação da data de início da incapacidade do arguido (mantida em segundo grau), alguns trechos revelam indícios do estabelecimento de vinculação direta entre incapacidade e deficiência, conforme pode ser observado a seguir:

A doença de foro mental de que o requerido padece é grave, manifestou-se há mais de vinte anos, não se perspectivando qualquer hipótese de reversibilidade. Os números de internamentos clínicos e hospitalares do requerido, de que os autos dão notícia, bem como o teor dos pareceres médicos que se encontram juntos, são inequívocos quanto à total incapacidade em termos de gestão patrimonial que afecta o inabilitado. Não podem, assim, restar quaisquer dúvidas de que o requerido não detém a menor capacidade ou discernimento para prosseguir qualquer tipo de actividade comercial ou de outro tipo que envolva responsabilidades de ordem patrimonial, sendo absolutamente curial que a administração de todo o seu património seja deferida ao curador nomeado.

Ou seja, determinou-se o início da incapacidade em 1994, ano em que a “doença de foro mental” começou a se manifestar, sem preocupação em investigar se, desde esta data, já era incapacitante.

Chegando ao fim, o tema da discussão recursal do processo 123/15.1T8CS.C1<sup>401</sup> (2017), julgado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, era a determinação da data de início da incapacidade. Este marco temporal foi fixado em 2002 pelo referido tribunal, data em que o

<sup>400</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 3020/08.3YXLSB.L1-7**. Relator: Luis Espirito Santo. Data de julgamento: 09 de setembro de 2014.

<sup>401</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. **Apelação nº 123/15.1T8CS.C1.1**. Relator: Luís Cravo. Data de julgamento: 12 de dezembro de 2012.

interditado foi submetido a cirurgia cerebral que “deu origem” a um quadro de atrofia cerebral, que evoluiu para um déficit cognitivo global e resultou em internamentos psiquiátricos em 2006, 2009, 2010 e 2012. A data causa estranheza porque a argumentação utilizada pelo relator foi que “o quadro clínico da anomalia psíquica (perturbação de personalidade, secundária a lesão cerebral) se verifica desde essa data”, ignorando que quadro clínico não é sinônimo de incapacidade para a prática de atos da vida civil.

O estabelecimento de relação direta entre deficiência e incapacidade foi constatado em 4 processos (dentre os 10 analisados), tendo sido o problema revertido em segunda instância em apenas 1 dos casos. É evidente que tais julgados não representam a universalidade dos processos de interdição e inabilitação que tramitaram em Portugal no período recortado, especialmente porque é pequena a porcentagem de ações desta natureza que chega ao segundo grau de julgamento. Ainda assim, os dados coletados revelam uma quantidade relevante (40%) de decisões alicerçadas neste nexos imediato (que é inadequado, de acordo com a lei); sendo possível prever que, no juízo de origem, passavam batidas diversas sentenças fundamentadas somente na existência de deficiências diagnosticadas em laudos médicos.

#### ***4.2.4 Apontamentos conclusivos***

O conjunto de informações apurado leva a concluir que os regimes de incapacidade positivados nas ordens jurídicas estudadas acabavam, com frequência, convertidos em instrumento de uma abordagem excludente para pessoas com deficiência. Ambas as legislações estabeleciam um nexos etiológico – ainda que indireto – entre deficiência (em particular mental e intelectual) e incapacidade<sup>402</sup>, e distinções que têm como base características pessoais carregam consigo um potencial estigmatizador que não pode ser ignorado<sup>403</sup>. Assim, a menção expressa à deficiência era prejudicial e configurava, não raro, uma barreira à inclusão social no tocante à prática de atos da vida civil.

A realidade jurisprudencial e diversos apontamentos doutrinários, tanto no Brasil quanto em Portugal, demonstravam, há tempos, que eram múltiplas e evidentes as inadequações dos regimes até então em vigor. Algumas delas eram: (i) o fato de que as modalidades parciais de incapacidade eram subutilizadas, de forma que a lógica regente do sistema era de tudo-ou-nada

---

<sup>402</sup> ALVES, Raúl Guichard. Alguns aspectos do instituto da interdição. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação**: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 53.

<sup>403</sup> SÊCO, Thaís. F. Tenório. **A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras**: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 16.

(isto é, quem era incapaz, em regra, o era para todos os atos da vida civil); (ii) a rigidez da dicotomia entre incapacidade total e parcial, que obstava a maximização dos espaços de autonomia que a pessoa ainda detinha; (iii) o fato de que a pessoa que precisasse de proteção apenas poderia adquiri-la após declara sua incapacidade; e (iv) o caráter estigmatizante dos instrumentos protetivos disponíveis.

### **4.3 As modificações transpostas da CDPD para os ordenamentos internos do Brasil e de Portugal**

Nesta segunda parte da linha do tempo, direciona-se a análise para os regimes de capacidade e incapacidade vigentes após as transformações produzidas pela CDPD nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal.

No hiato entre a ratificação da Convenção e a promulgação das legislações domésticas que a regulamentaram, no que tange à incapacidade, era como se o documento internacional não existisse<sup>404</sup>. Seus impactos só foram verdadeiramente sentidos – também na doutrina e na jurisprudência – após a edição das respectivas leis. Por si só, esta inércia já denuncia um problema, visto que a Convenção deveria gerar imediata efetividade de seus comandos. Contudo, poucas medidas foram tomadas nesse primeiro momento pelos ordenamentos brasileiro e português em prol de seu cumprimento.

No Brasil, a CDPD foi aprovada pelo Congresso Nacional em 2009, pelo Decreto Legislativo nº 186, em conformidade com o procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição pátria, alçando-a ao status de Emenda Constitucional. Apenas em 6 de julho de 2015, no entanto, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão). Portugal ratificou a Convenção em 2009, pelo Decreto do

---

<sup>404</sup> Índícios desta afirmação podem ser observados em alguns estudos jurisprudenciais apresentados no tópico 4.2, que foram realizados após a ratificação da CDPD. Além disso, em pesquisa publicada na Revista de Estudos Empíricos em Direito, foram coletados dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca de todos os processos de interdição realizados ou em andamento no estado entre 2010 e 2014 (os cinco anos anteriores à promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência), constatando-se que não houve diminuição na quantidade de processos desta natureza em decorrência das obrigações internacionalmente firmadas. Pelo contrário, houve um aumento de 3.417 processos, em 2010, para 9.312, em 2014 (5.904 a mais ou 272,7%). Cf.: ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, 2016, p. 242.

Em Portugal, entre 2011 e 2015, o número de ações de interdição e inabilitação também expandiu, mas não de forma tão significativa. Em 2011, foram 2.120 processos desta natureza. Até setembro de 2015, foram 2.567, representando um aumento de 447 processos (21%), isso considerando que não foram computados os dados relativos a outubro, novembro e dezembro de 2015. Cf.: CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018, p. 516.

Presidente da República nº 71, em consonância com o disposto no artigo 8º de sua Constituição<sup>405</sup>. Quase uma década se passou até que o país europeu finalmente regulamentasse a temática, promulgando, em 14 de agosto de 2018, a Lei nº 49/2018.

A publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) surpreendeu grande parte da comunidade jurídica brasileira, sobretudo as modificações atinentes à capacidade civil. A legislação encontra sua origem remota no Projeto de Lei nº 6, de 2003, mas guarda pouquíssima relação com esta primeira versão, cujo texto não previa maiores repercussões na teoria das incapacidades. Com diversas alterações no decurso dos anos e longos períodos sem apreciação, foi designada, em 2012, a criação de um grupo de trabalho para adaptar o projeto à luz da CDPD<sup>406</sup>. Em março de 2015, a nova versão foi aprovada como substitutivo na Câmara dos Deputados. Em julho do mesmo ano, deu-se a aprovação final no Senado. Entre estas duas datas, transcorreram somente quatro meses<sup>407</sup>, o que explica, em parte, a aludida surpresa.

O caminho legislativo da Lei nº 49/2018 não foi tão extenso. Ela deriva da Proposta de Lei nº 110/XIII, de fevereiro de 2018. Antes de ser publicada, seu texto foi submetido – a pedido da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias – a pareceres do Conselho Superior do Ministério Público, da Ordem dos Advogados, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e do Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da CDPD<sup>408</sup>.

O objetivo do EPD é assegurar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais, promover sua inclusão social e a efetivação de sua plena cidadania. A lei prioriza o respeito pela dignidade e autonomia desses sujeitos, buscando a transposição de barreiras ambientais e atitudinais que possam impedir ou atrapalhar seu acesso à vida em comunidade.

---

<sup>405</sup> “Art. 8º: Direito Internacional. 1 – As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2 – As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3 – As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos. 4 – As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

<sup>406</sup> RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIRO, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 59-63.

<sup>407</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 90.

<sup>408</sup> Todos os pareceres citados estão disponíveis em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=42175>. Acesso em: jun/2021.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 110/XIII, elege-se como objetivo estratégico a inclusão das pessoas com deficiência, que deve ter como “elemento fundamental o reconhecimento de que as diferentes situações de incapacidade, com graus diferenciados de dependência, carecem de respostas e de apoios distintos, devendo essa diversidade ser tida em conta no desenho das medidas e das respostas dadas a cada caso”. Além disso, são elencadas como prioridades: a primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada até o limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações jurídicas à capacidade, apenas admissíveis como último recurso; a flexibilização da interdição e da inabilitação; a manutenção de um controle jurisdicional eficaz; e o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais<sup>409</sup>.

Se são semelhantes os propósitos, as duas leis diferem em termos estruturais. Enquanto o EPD possui “conteúdo próprio” (95 de seus 125 artigos estabelecem regras e princípios próprios), a Lei nº 49/2018 é ordenada de forma a apenas indicar as modificações empreendidas em dispositivos legais pré-existentes na ordem portuguesa.

Como as novas legislações visam, dentre outros objetivos, à revisão dos regimes de (in)capacidade para que melhor se encaixem nos parâmetros da CDPD, pretende-se averiguar, por intermédio da comparação, se este intento foi executado de forma satisfatória. Para isso, serão apresentadas as principais mudanças atinentes à capacidade legal das pessoas com deficiência nos dois ordenamentos e debatidos seus significados, pontos fortes e fracos, além das dificuldades enfrentadas por cada um.

#### ***4.3.1 Categorias e hipóteses de incapacidade***

A entrada em vigor do EPD oxigenou os debates sobre autonomia e capacidade das pessoas com deficiência no Brasil e, para atingir seus objetivos, modificou mais de 20 instrumentos normativos, com ênfase no Código Civil. No campo das incapacidades, as reformas foram tão significativas que pode-se falar em verdadeira revolução<sup>410</sup>.

O artigo 6º do Estatuto estipula que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” e, em seus incisos, lista alguns dos direitos abrangidos por esta afirmação: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e ter informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência

---

<sup>409</sup> PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS. **Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 110/XIII**. Lisboa, 2018.

<sup>410</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 90-91.

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. Outro artigo de grande importância é 84, cujo *caput* informa que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

O estabelecimento dessas novas diretrizes gerou a necessidade de modificar o rol de incapazes previamente estabelecido nos artigos 3º e 4º do Código Civil. Assim, o artigo 114 do EPD excluiu do elenco de absolutamente incapazes os que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento para a prática desses atos”; e, do rol de relativamente incapazes, aqueles que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. No mais, passaram da incapacidade absoluta para a relativa os sujeitos que não podem exprimir vontade, mesmo que por causa transitória. Com isso, a lei civil passou a contar com a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Alguns pontos nos dispositivos citados merecem especial atenção. A princípio, salta aos olhos o fato de o artigo 84 fazer referência ao *exercício* da capacidade legal. Da perspectiva adotada neste trabalho, tal previsão encontra amparo na CDPD, vez que foram elucidadas, ao longo do Capítulo 3, as razões pelas quais se entende que a *capacidade legal* a que faz referência o artigo 12 da Convenção abrange as dimensões de titularidade e de exercício dos direitos. No entanto, enquanto o texto convencional não é tão explícito, o legislador do Estatuto optou por não deixar espaço para dúvidas a este respeito.

Percebe-se, também, o rompimento com as hipóteses que usavam a deficiência para modular a capacidade. Joyceane Menezes acredita que uma vez excluídas tais menções, reconhecida a autonomia desses indivíduos e a possibilidade concreta de uma vida independente, tem-se a derrocada do sistema protetivo pautado na substituição de vontade e a abertura para a ascensão do modelo de apoio<sup>411</sup>.

Igualmente, alusões ao discernimento foram suprimidas. Há autores que enxergam como um dos grandes méritos do EPD este absoluto desatrelamento entre os conceitos de

---

<sup>411</sup> 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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 35.



deficiência e incapacidade civil<sup>412</sup>. Entendem que, ao operacionalizar o “divórcio” entre a condição psíquica e a capacidade, interrompe-se o ciclo patologizante em quem as pessoas com deficiência foram costumeiramente inseridas<sup>413</sup>.

A visão otimista acerca desta aparente ruptura, todavia, não é compartilhada por grande parte da doutrina pátria, sendo a omissão do discernimento uma das maiores polêmicas que circundam o Estatuto. Há quem defenda, por exemplo, que tal supressão não passou de um erro de redação do legislador<sup>414</sup>. Observa-se também uma tendência de contornar o novo sistema inserindo casos diversos de pessoas com deficiência no âmbito daquelas que não conseguem exprimir vontade<sup>415</sup>. Esta não parece uma solução adequada: por força do caráter estrito do regime das incapacidades – afinal, são normas restritivas de direitos –, entende-se que uma pessoa com deficiência mental, ainda que com o discernimento comprometido, pode ser capaz de expressar alguma vontade, o que já é suficiente para afastar a incidência do inciso III do artigo 4º<sup>416</sup>.

Para Felipe Quintella, a revogação do critério do discernimento dá causa a um esvaziamento do referencial teórico por trás do esquema do Código, que deixou de fazer sentido<sup>417</sup>. Mariana Lara também se posiciona contra o abandono deste parâmetro, compreendendo que, neste ponto, era preferível o regime anterior, que levava em conta a qualidade da vontade emanada pelo sujeito, e não apenas sua expressão. Argumenta que, agora, se a pessoa é capaz simplesmente de exprimir vontade, ainda que não detenha total entendimento do que está manifestando, será considerada plenamente capaz e seus atos serão válidos<sup>418</sup>, o que é um problema.

---

<sup>412</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 241.

<sup>413</sup> ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, 2016, p. 234.

<sup>414</sup> ALVES, Rainer Grigolo; ÁVILA, Ana Paula de Oliveira; BRUST-RENCK, Priscila Goergen. Os direitos humanos e o direito civil: diretivas da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para um regime inclusivo da capacidade civil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 131, 2016, p. 256-257.

<sup>415</sup> Cita-se como exemplo deste posicionamento: FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 168-169.

<sup>416</sup> Cf. LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 91-2.

<sup>417</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 28-9.

<sup>418</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 92-3.

Por fim, nota-se que, com a reformulação do artigo 3º da codificação, a incapacidade absoluta passa a ser aplicável exclusivamente aos menores de 16 anos. Esta questão será retomada quando forem discutidos os novos contornos assumidos pela figura da curatela.

Consoante ao que explica Felipe Quintella, as mudanças promovidas pelo EPD, em tese, não alteraram o desenho fundamental da disciplina das incapacidades no Brasil, mas o legislador conseguiu modificar toda a lógica do sistema editando somente as hipóteses de incapacidade de fato<sup>419</sup>. É esperado que transformação tão expressa não seja recebida de forma unânime ou pacífica, gerando reações discordantes e questionamentos diversos.

Assim como ocorreu no cenário nacional, a Lei nº 49/2018 foi veículo de relevantes mudanças nas categorias e hipóteses de incapacidade. Criou-se o regime jurídico do maior acompanhado e foram eliminadas as menções à interdição e à inabilitação. 19 diplomas legais lusitanos foram modificados, dentre os quais o Código Civil, que teve quase 40 artigos alterados, configurando a maior reforma em sua parte geral desde a publicação<sup>420</sup>.

Na nova sistemática portuguesa, a linha que separa as categorias de incapacidade, as modalidades de suprimento e o apoio é mais tênue. Explica-se: antes, havia dois tipos de incapacidade (a do interdito e a do inabilitado), sujeitas a duas modalidades de suprimento distintas (tutela e curatela), ficando o apoio fora do sistema. Agora, tem-se um regime monista no qual, diante de dificuldades no exercício da capacidade legal, a única ferramenta disponível é o acompanhamento, a ser modulado às especificidades de cada caso. Passa a haver, portanto, apenas um tipo de incapacidade (a do maior acompanhado), sujeita a uma única modalidade de suprimento mais flexível (o acompanhamento), a qual inclui (teoricamente) a prestação de apoio. O artigo 138º do Código Civil, nessa lógica, passa a contar com a seguinte redação:

Artigo 138º – Acompanhamento: o maior impossibilitado, por razões de saúde, *deficiência*, ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código [grifo nosso].

De imediato, verifica-se que, em opção contrária à brasileira, a menção à *deficiência* foi mantida. Tal fato não seria necessariamente um problema caso se tratasse de mecanismo de mero apoio, mas o maior acompanhado é frequentemente reputado incapaz (conforme será aprofundado em momento posterior). Isso significa que a *deficiência* é conservada como

---

<sup>419</sup> CARVALHO, Felipe Quintella de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 28-9.

<sup>420</sup> MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei. 49/2018. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 2, 2019, p. 7.

critério indireto de modulação da incapacidade, não havendo, pois, mudança significativa em relação ao regime anteriormente posto.

António Pinto Monteiro alerta que uma primeira leitura do novo artigo 138º pode levar a pensar que as incapacidades desapareceram por completo da ordem portuguesa, mas que não é correta esta percepção. Explica que a opção legislativa pela exclusão dos institutos da interdição e da inabilitação está mais associada ao estigma negativo que carregavam estas figuras<sup>421</sup>. Ou seja, a mudança é mais terminológica do que fática, visto que o acompanhamento pode gerar consequências bastante semelhantes (se não idênticas) àquelas que eram imputadas aos interditos e inabilitados.

A aproximação com o sistema prévio inclui a possibilidade expressa de restrição da prática de direitos pessoais, já que o artigo 147º da lei civil determina que “o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, *salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário*” [grifo nosso]. Paula Távora Vítor sustenta que formulação desta natureza não deveria cingir-se aos direitos pessoais e aos negócios da vida corrente; afinal, a consagração de um núcleo mínimo de capacidade não é compatível com um sistema anunciado como não restritivo desta capacidade, porque o exercício de *todos* os direitos deveria ser livre “salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário”. A autora considera que o regime do maior acompanhado se encaminha na direção da preservação da capacidade na esfera dos direitos pessoais, mas ainda fica aquém das exigências constantes na CDPD<sup>422</sup>.

Além disso, o rol de incapazes na ordem jurídica lusitana parece ter sido ampliado, já que as hipóteses ficaram mais abrangentes. Mafalda Miranda Barbosa justifica tal escolha argumentando que se o acompanhamento é subsidiário e desenhado para salvaguardar até o limite a vontade do acompanhado, então não é necessário ficar espartilhado por uma previsão tipificada e taxativa.

Se, no passado, o caráter gravoso das medidas – a importar a privação ou a restrição da capacidade de exercício – impunha um cumprimento rigoroso de uma ideia de proporcionalidade e necessidade que passaria, imperiosamente, pela natureza excecional dos remédios, a apontar para a tipicidade dos seus fundamentos, agora, não obstante a mesma natureza excecional (e de uma ideia de necessidade que continua a presidir o regime), porque se parte da capacidade e não da incapacidade e porque se acolhe a vontade do beneficiário [...], o intérprete não tem de ficar limitado por um

---

<sup>421</sup> MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei. 49/2018. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 2, 2019, p. 3.

<sup>422</sup> VÍTOR, Paula Távora. Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 135.

elenco rígido de fundamentos. O legislador optou, por isso e bem, pela delimitação do âmbito de relevância do instituto através de conceitos indeterminados<sup>423</sup>.

Em contraposição, Paula Távora Vítor encara como um problema o fato de o artigo 138º se socorrer de conceitos de conteúdo amplo e indefinido, alegando que a introdução da referência às “razões de saúde” estabelece uma tônica clínica que deveria ser abandonada no novo paradigma, assim como a menção às “razões de comportamento” apresenta reminiscências de uma indesejável normativização social do agir pessoal<sup>424</sup>. Em sentido semelhante, consta no Parecer da Ordem dos Advogados à Proposta de Lei nº 110/XIII que é difícil delimitar o significado da incapacidade por comportamento, sendo esta demasiadamente vaga para poder legitimar medida que não deixa de ser intrusiva e cerceadora no que se refere à autodeterminação pessoal e à liberdade de disposição patrimonial<sup>425</sup>.

#### ***4.3.2 Modalidades de suprimento da incapacidade e introdução do apoio***

Antes das reformas derivadas da CDPD, os ordenamentos do Brasil e de Portugal compartilhavam um grande problema: diante da constatação de dificuldades e obstáculos no exercício dos atos da vida civil, a única alternativa judicialmente disponível era a decretação da incapacidade e todas as restrições de liberdade a ela atreladas. António Pinto Monteiro chamava atenção para este inconveniente há tempos, evidenciando a urgência de consagrar medidas de auxílio às pessoas com deficiência sem que perdessem sua capacidade de fato<sup>426</sup>.

Enfrentando esta questão e em atendimento ao artigo 12.3 da Convenção, ambos os países modificaram suas legislações e introduziram mecanismos alegadamente destinados ao apoio no exercício da capacidade legal. Isso não significa, todavia, que os institutos pré-existentes foram completamente revogados. Logo, é preciso compreender como tem funcionado a nova sistemática em que coexistem novas e velhas (revestidas de novas) figuras.

No caso brasileiro, o EPD inaugurou uma ferramenta de apoio – a tomada de decisão apoiada, a ser analisada em breve –, mas manteve a curatela, reformulada aos novos tempos e aos preceitos da CDPD, alega-se. Assim, preceitua a nova lei que “quando necessário, a pessoa

<sup>423</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 1, 2019, p. 1459.

<sup>424</sup> VÍTOR, Paula Távora. Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 132.

<sup>425</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS. **Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei nº 110/XIII: Estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação**. Lisboa, 2018.

<sup>426</sup> MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei. 49/2018. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 2, 2019, p. 5.

com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei” (artigo 84, §1º, EPD), a qual deverá constituir medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias do indivíduo e limitada ao menor lapso temporal possível (artigo 84, §3º, EPD).

Com as mudanças implementadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, o rol de pessoas sujeitas à curatela também foi reelaborado. Consta agora no artigo 1.767 que são elas: aquelas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os ébrios eventuais e os viciados em tóxicos; e os pródigos. Este último dispositivo revela a inconsistência da argumentação daqueles – entre doutrinadores e magistrados<sup>427</sup> – que compreendem que o artigo 84, §1º do EPD abre espaço para a curatela de pessoas plenamente capazes, o que tornaria possível a decretação da medida restritiva para indivíduos que podem exprimir vontade. Se fosse o caso, porém, acredita-se que estes estariam incluídos no elenco do aludido artigo 1.767 da lei civil.

Para além, o diálogo entre estas normas (em especial a nova redação do artigo 3º) indica que deixa de existir, na ordem jurídica nacional, a curatela dos absolutamente incapazes, vez que a modalidade de suprimento reservada aos menores de idade é a tutela.

Esta alteração tem causado perplexidade, em especial no tocante ao deslocamento das pessoas que não podem exprimir vontade da incapacidade absoluta para a relativa. Isso porque a primeira sempre esteve atrelada à representação, considerada necessária nestas situações nas quais não se vislumbra a possibilidade de qualquer manifestação de vontade ou tomada de decisão conjunta, o que inviabilizaria a assistência – meio de suprimento tradicionalmente aplicado aos relativamente incapazes.

Na tentativa de preencher esta lacuna, parte da doutrina defende que, no novo sistema, a curatela dos relativamente incapazes não está mais necessariamente ligada à assistência. Entendem que, se for para prover a concreta e particular necessidade da pessoa, pode o juiz atribuir poderes de representação ao curador<sup>428</sup>. Joyceane Menezes ressalta que, mesmo nesta

---

<sup>427</sup> Dentre os doutrinadores, cita-se Maurício Requião, que defende a necessidade de distinção entre transtorno mental, incapacidade e curatela. Na visão do autor “a mudança apontada não implica que o portador de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos. Mantém-se a possibilidade de que venha ele a ser submetido ao regime de curatela. O que se afasta, repise-se, é a sua condição de incapaz”. Cf.: REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, 2016, p. 46.

Na jurisprudência, a mais relevante decisão neste sentido é o Recurso Especial nº 1.927.423-SP, julgado pelo STJ e no qual consta que “de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é possível que pessoas com enfermidade ou deficiência mental, que são ‘plenamente capazes’ sejam sujeitas à curatela”. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.423/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 27 de abril de 2021.

<sup>428</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 242. No mesmo sentido: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da

hipótese, o guia para as decisões não deve ser a vontade discricionária do curador ou um critério abstrato como o do “melhor interesse”, e sim os interesses, vontades e bem-estar do próprio incapaz, concretamente considerado<sup>429</sup>.

Igualmente polêmica é a previsão de que a curatela afetará somente atos de natureza patrimonial e negocial (artigo 85, EPD), não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (artigo 85, §1º, EPD). A impossibilidade de medidas restritivas recaírem sobre direitos existenciais pode parecer um avanço, mas certas implicações práticas desta demarcação ficam sem resposta na lei.

Enquanto Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto celebram a escolha legislativa, chamando-a de “louvável opção garantista”<sup>430</sup>, grande parte dos doutrinadores se preocupa com suas repercussões. Cita-se como exemplo Davi Hosni, que considera um problema o estabelecimento prévio e fixo da impossibilidade de a curatela abranger direitos extrapatrimoniais, especialmente diante da heterogeneidade do grupo formado pelas pessoas com deficiência. Alega o autor que “se a deficiência é situação complexa a ser avaliada caso a caso, considerada a interação de diversas variáveis, o estabelecimento prévio dos efeitos dessa situação advoga justamente contra a própria pessoa com deficiência”<sup>431</sup>.

A parcela doutrinária que demonstra maiores discordâncias com as modificações apresentadas – isto é, com a supressão da incapacidade absoluta para pessoas maiores e com a limitação da curatela ao âmbito financeiro – justifica seus receios, majoritariamente, na desproteção gerada à pessoa com deficiência<sup>432</sup>.

Sob a égide da nova legislação, é possível defender uma curatela dos relativamente incapazes que pode ser convertida em representação, vez que esta não é expressamente

---

pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 35-36.

<sup>429</sup> 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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 35-36.

<sup>430</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 244.

<sup>431</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 55.

<sup>432</sup> Para maior aprofundamento acerca das desproteções apontadas pela doutrina decorrentes do novo regime, recomenda-se: LARA, Mariana Alves; QUEIROZ, Fabio Pereira. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

permitida nem proibida pela lei. Em contrapartida, o texto legal é categórico ao afirmar que a curatela afeta somente atos de natureza patrimonial e negocial, não se vislumbrando espaço para interpretações ampliativas. Trata-se, contudo, de previsão que causa problemas práticos relevantes, pois há circunstâncias excepcionais em que não há alternativa, exceto que decisões de cunho existencial sejam tomadas por terceiros.

Tendo isso em vista, é relevante mencionar que o tema já foi alvo de incidentes de inconstitucionalidade no TJMG em três ocasiões. Em março de 2018, o referido tribunal julgou o primeiro processo desta natureza. Trata-se da arguição de inconstitucionalidade 1.0000.17.034419-6/002<sup>433</sup>, direcionada aos artigos 84 *caput* e §3º e 85, §§1º e 2º do EPD; além do artigo 4º, III do Código Civil. Sustentavam os apelantes que uma curatela que não atinge a esfera extrapatrimonial não constitui proteção suficiente em certos casos, autorizando a prática de atos desta natureza por cidadãos que não conseguem expressar vontade consciente, sem sequer definir como isso poderia ser feito. Daí resultaria a violação do princípio constitucional da isonomia, restando comprometida a proteção integral do interditado.

As alegações não prosperaram: os julgadores do TJMG entenderam que os dispositivos apontados são compatíveis com a CDPD, que possui força de emenda constitucional. Assim, consideraram que estão “perfeitamente abrigados pela Constituição da República”. Apesar disso, consta no acórdão que o Estatuto se limitou

[...] a definir a área de atuação do curador (atos de natureza patrimonial e negocial), desaparecendo assim, a figura de interdição completa e do curador com poderes ilimitados. Isso significa que a permissão contida no art. 85, §1º da Lei Federal n. 13.146/2015 *não impede o reconhecimento de incapacidade para prática de determinados atos da vida civil que não se insiram na esfera patrimonial e negocial, o que deve ser verificado conforme as particularidades do caso concreto*. Sob essa ótica, não se pode retirar do indivíduo a sua capacidade legal para a prática de atos da vida civil apenas em razão de sua deficiência, devendo a aferição da eventual incapacidade ser feita mediante a análise dos diversos aspectos biopsicossociais que envolvem o caso concreto [...]. Não existem regras fixas, nem pode haver, pois a ciência não domina, em toda a sua extensão, o conhecimento no campo da psiquiatria e da psicologia. [...] Os casos concretos certamente conterão particularidades que poderão todas ser analisadas e apreciadas, tudo sem a necessidade de considerar como inconstitucionais as referidas regras legais [grifo nosso].

Os outros dois processos mencionados possuem pedidos, fundamentações e desfechos semelhantes. Na apelação cível 1.0701.15.042176-9/001<sup>434</sup>, julgada em abril de 2018, o pleito

<sup>433</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Arguição de inconstitucionalidade nº 1.0000.17.034419-6/002**. Relatora: Des. Márcia Milanez. Data de julgamento: 14 de março de 2018.

<sup>434</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0701.15.042176-9/001**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior. Data de julgamento: 03 de abril de 2018.

de inconstitucionalidade também não obteve sucesso, mas o relator deixou registrado que a limitação da curatela aos atos patrimoniais e negociais não deve implicar em abandono ou desamparo à pessoa que não possa exprimir a sua vontade. “Por isso, o EPD limitou-se a definir a área de atuação do curador [...], sem prejuízo de que a prática dos demais atos fique sujeita à análise quanto ao preenchimento de todos os requisitos de validade”.

A apelação cível 1.0000.18.057653-0/001<sup>435</sup>, de agosto de 2018, foi decidida no mesmo sentido: que os dispositivos estão abarcados pela Constituição, mas que “não há óbice que as particularidades do caso concreto, se for o caso e devidamente comprovada a necessidade de intervenção para garantia dos direitos do curatelado, sejam submetidas à apreciação judicial”.

A partir dos três julgados, infere-se que o TJMG nega a inconstitucionalidade dos artigos apontados, mas admite a possibilidade de que a incapacidade recaia sobre atos de natureza existencial. Nestes casos, ressalta que aquela não pode decorrer da deficiência, devendo sua aferição ser realizada mediante análise dos diversos aspectos biopsicossociais envolvidos na situação concreta. Posicionamento similar pode ser encontrado na doutrina nacional: Joyceane Menezes, por exemplo, defende que “se houver necessidade de proteger o interdito no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos”<sup>436</sup>.

Delineados os principais traços e controvérsias acerca da curatela, parte-se para a análise da tomada de decisão apoiada (TDA), primeiro instrumento de apoio positivado no ordenamento pátrio. Vale recordar que o objetivo primordial do apoio é promover a autonomia da pessoa para que ela possa realizar suas próprias escolhas e desenvolver seu singular projeto de vida. Reitera-se, conforme exposto no Capítulo 2, que a ideia de um sistema alicerçado no suporte parte de um conceito de autonomia relacional, que se desenvolve na interdependência.

O artigo 1.783-A do Código Civil (acrescentado pelo artigo 114 do EPD) define a tomada de decisão apoiada como

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.

---

<sup>435</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.18.057653-0/001**. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Data do julgamento: 14 de agosto de 2018.

<sup>436</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística**, Rio de Janeiro, n. 1, 2015, p. 18.



Trata-se de instituto novo, que não guarda identidade com qualquer outro já existente no sistema jurídico pátrio. Como orienta a CDPD, visa à promoção da autonomia e à facilitação da comunicação e compreensão da manifestação da vontade da pessoa no exercício de seus direitos<sup>437</sup>. A mais importante de suas características é que não implica em nenhum tipo de restrição à capacidade legal, que é mantida incólume. O apoiado é coadjuvado pelos apoiadores em determinados atos, mas não sofre limitações em sua plena capacidade. Não há, por conseguinte, transferência de poderes para terceiros.

A TDA é destinada a pessoas que podem exprimir vontade e que, embora abrangidas pela plena capacidade, podem eventualmente precisar de cuidado, proteção e auxílios específicos. A ideia é que o apoiador acompanhe o indivíduo muito antes da celebração do negócio jurídico, participando desde sua concepção, passando pelo amadurecimento da ideia e pela exteriorização da vontade<sup>438</sup>. A medida almeja superar as barreiras sociais impostas às pessoas com deficiência, ao invés de restringir sua capacidade, solução muitas vezes desproporcional e inadequada às necessidades concretas observadas.

Considerando que o objetivo desta dissertação não comporta uma investigação minuciosa da TDA, vale citar integralmente os 11 parágrafos do referido artigo 1.783-A, que delimitam questões materiais e procedimentais do novo instituto:

Art. 1.783-A [...]

§1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

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

§4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

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

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

---

<sup>437</sup> 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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 9, 2016, p. 43.

<sup>438</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a insuficiência dos critérios do *status*, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 2, 2018, p. 3.

§7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§10 O apoiador pode 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.

§11 Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Destaca-se, na leitura do dispositivo, o protagonismo assumido pela pessoa apoiada: somente a ela cabe a legitimidade ativa do processo; é ela quem define os termos e limites da medida, sua duração e quem são os apoiadores (que têm deveres e podem responder civilmente por prejuízos eventualmente causados por negligência, imprudência ou imperícia). Além disso, uma compreensão global do dispositivo leva à conclusão de que os negócios jurídicos celebrados sem a presença dos apoiadores são plenamente válidos<sup>439</sup>. Entende-se, também, que o suporte pode incidir sobre atos patrimoniais e existenciais, já que não há limitação da capacidade civil. Reitera-se que a TDA não tem formato fixamente pré-definido, podendo assumir formas variadas a depender das demandas concretas do requerente.

Com a criação da tomada de decisão apoiada, a ideia é que a curatela fique realmente relegada a casos excepcionais, sendo a primeira preferível por melhor se adequar às premissas da CDPD, por direcionar maior foco às barreiras externas e por não limitar direitos e liberdades.

À primeira vista, o mecanismo de apoio brasileiro pode parecer perfeitamente adequado, mas sua regulamentação vem causando discordâncias e questionamentos infundáveis desde 2015. Por um lado, há quem veja na nova figura um capítulo aberto para fortalecer o processo de produção da autonomia das pessoas com deficiência, possibilitando afirmar, a todo tempo,

---

<sup>439</sup> A validade dos negócios jurídicos praticados sem a presença dos apoiadores não é tema pacífico na doutrina. Autores como Nelson Rosenthal compreendem que a pessoa apoiada, apesar de conservar sua capacidade de fato, fica privada da legitimidade para praticar sozinho atos esporádicos da vida civil, isto é, aqueles previstos no termo de apoio (Cf.: ROSENTHAL, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Carta Forense**, São Paulo, 2015). Nesta dissertação, porém, compreende-se que decretar a invalidade dos atos praticados pela pessoa apoiada sozinho tornaria inócuo o reconhecimento de que ela mantém sua plena capacidade legal; o que se considera ilógico na nova sistemática proposta. Por isso, adota-se posicionamento convergente com o de Daniel de Pádua Andrade, no sentido de que “ausente o apoio, não há se falar em invalidade, tampouco em ilegitimidade, o que caracterizaria analogia em matéria restritiva de direitos. Por outro lado, a existência do apoio não garante imunidade à validade do ato apoiado, que ainda poderá ser atacado e anulado judicialmente por razões diversas. Em suma, o negócio jurídico apoiado apresenta um indicativo adicional de validade no que diz respeito ao requisito da capacidade do sujeito com deficiência. O apoio consubstancia, portanto, um reforço (*plus*) em prol de maior segurança jurídica” (Cf.: ANDRADE, Daniel de Pádua Andrade. Apontamentos sobre a tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 150-151).

a prescindibilidade da curatela<sup>440</sup>. Em compensação, alega-se com frequência que restam arestas e lacunas a serem aparadas e preenchidas a fim de favorecer sua aplicação e utilidade<sup>441</sup> ou que, apesar de seus propósitos harmonizarem com a CDPD, na prática, há falhas em seu regramento<sup>442</sup>.

Não cabe entrar em detalhes sobre esses debates, mas a principal preocupação que circunda a TDA está ligada à (in)aplicabilidade. Quando a figura foi inaugurada, parte dos estudiosos acreditava que poderia, com o tempo, dar azo à ineficácia das normas sobre curatela e interdição<sup>443</sup>. Seguindo lógica oposta, há doutrinadores que receiam que a curatela, medida já tradicional no ordenamento pátrio, acabe sendo privilegiada nos tribunais<sup>444</sup>, transformando a TDA em letra morta.

Boa parte do temor pela inefetividade da nova ferramenta se dá em razão de sua burocratização: para instaurá-la, é necessária a contratação de um advogado e a distribuição de ação judicial. Como a TDA praticamente não tem implicações jurídicas práticas (já que a ausência dos apoiadores não compromete os atos praticados pela pessoa), é provável que os próprios sujeitos prefiram redes informais de apoio, que não exigem processo ou homologação judicial. Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares alertam que a judicialização da TDA, em um país como o Brasil “em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo que estamos distantes de alcançar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto”<sup>445</sup>.

Apontadas as características fundamentais da TDA e da curatela na legislação e alguns apontamentos doutrinários acerca das duas figuras, parte-se para a análise de dados jurisprudenciais. Na exposição a seguir, objetiva-se examinar: (i) se o EPD cumpriu seu desígnio de transformar a TDA em medida prioritária e a curatela em excepcional; e (ii) qual formato tem assumido a curatela nos tribunais – averiguando, por exemplo, que tipos de poderes

---

<sup>440</sup> ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, 2016, p. 235.

<sup>441</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a insuficiência dos critérios do *status*, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 2, 2018, p. 43.

<sup>442</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 135.

<sup>443</sup> DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das capacidades. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 263-288, 2016, p. 283-285.

<sup>444</sup> LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 138.

<sup>445</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da capacidade civil. **Quaestio Iuris**, v. 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016, p. 1557.

vêm sendo atribuídos ao curador (assistência ou representação) e se sua incidência tem ficado circunscrita somente ao âmbito patrimonial e negocial.

Em pesquisa sobre o assunto conduzida por Flávia da Terra Costa Marque nos tribunais de primeira instância do Ceará, de Minas Gerais e de São Paulo, a busca por “tomada de decisão apoiada” obteve um total de 717 sentenças julgadas até maio de 2019<sup>446</sup>. Embora, a princípio, o número pareça significativo, a pesquisadora constatou que somente 7 delas (menos de 1% do total!) homologaram o mecanismo de apoio recém-inaugurado. Em contrapartida, 659 sentenças determinaram a curatela, ficando evidente que está distante de ser convertida em mecanismo excepcional<sup>447</sup>.

Letícia Mendes Barbosa realizou investigação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais focada nos processos de curatela das pessoas com deficiência cujo julgamento na segunda instância ocorreu entre janeiro de 2016 e outubro de 2020. Foram encontrados 67 acórdãos com este tema central, sendo que o pedido de curatela foi provido em 58 deles e improvido nos 9 restantes<sup>448</sup>.

Acerca do âmbito de aplicação da curatela, mais de 20% das decisões estudadas indicaram sua incidência sobre atos extrapatrimoniais. Nos outros 80%, observou-se a aplicação meramente retórica e genérica dos dispositivos do EPD, ausente uma análise da real situação e das necessidades da pessoa curatelada, sendo comum a simples menção aos atos de natureza patrimonial e negocial, sem qualquer esforço para esmiuçar quais seriam os atos específicos abrangidos pela incapacidade. O detalhamento, ressalta-se, seria de suma importância para preservar a autonomia residual do indivíduo, que poderia praticar pessoalmente todos os direitos não abarcados pela medida restritiva de capacidade<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> Ressalta-se que não foram 717 ações pleiteando a TDA, e sim sentenças que mencionavam o termo de alguma forma, independentemente do pedido inicial. Na ampla maioria dos casos, tratava-se de ação de curatela. A autora explica, porém, que algumas das sentenças não tinham conteúdo relevante para a pesquisa (fugiam ao tema) e, para além, o número total conta com algumas ações repetidas pelo sistema de busca. MARQUES, Flávia da Terra. Tomada de Decisão Apoiada e Amministrazione di Sostegno: análise comparada, perspectivas materiais e jurisprudenciais. In: VIEIRA, Marcelo de Mello; LARA, Mariana Alves (orgs.). **O Direito Civil nos Tribunais Superiores: Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2020, p. 766-767.

<sup>447</sup> MARQUES, Flávia da Terra. Tomada de Decisão Apoiada e Amministrazione di Sostegno: análise comparada, perspectivas materiais e jurisprudenciais. In: VIEIRA, Marcelo de Mello; LARA, Mariana Alves (orgs.). **O Direito Civil nos Tribunais Superiores: Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2020, p. 766-767.

<sup>448</sup> Na origem, a curatela foi instituída em 45 das 67 sentenças, 2 das quais foram reformadas em segundo grau. Na origem, portanto, 22 decisões haviam negado o pedido de curatela, mas o veredito foi alterado pelo TJMG em 15 delas. Cf.: BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 28.

<sup>449</sup> BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 37.

No que se refere à natureza dos poderes atribuídos ao curador, os dados colhidos na referida pesquisa foram os seguintes:

Considerando um escopo de 58 decisões, em 41% delas parecem ter sido designados poderes de representação ao curador; em 7%, a decisão designa, expressamente, poderes de representação; em 10%, parecem ser definidos poderes de assistência; em 9%, esses poderes de assistência são designados expressamente; e, nos 33% restantes, não foi possível identificar a natureza dos poderes concedidos ao curador. Algumas das decisões parecem conceder poderes de representação em decorrência do próprio contexto do acórdão: observou-se o uso de expressões sinônimas e correlatas a representação; bem como se atentou para a descrição da situação fática da pessoa com deficiência, e quais as percepções dos julgadores acerca da interação entre esses fatores e a função a ser desempenhada pelos curadores<sup>450</sup>.

Para além desses dados secundários, foi realizada pesquisa primária no *site* do TJMG. Como restou atestado que a curatela continua ocorrendo em proporção muito maior do que a TDA, a investigação foi centrada no segundo objetivo anteriormente apresentado – isto é, em examinar qual formato vem assumindo a curatela na jurisprudência, com foco nos poderes atribuídos ao curador (assistência ou representação) e em sua incidência ou não sobre direitos existenciais.

O primeiro filtro foi aplicado para limitar os resultados a acórdãos. Em seguida, por meio do dispositivo “Pesquisa Livre”, o campo “Palavras” foi preenchido com o termo “curatela”. Por fim, escolheu-se o assunto “CIVIL > Família > Curatela”. Foram considerados, na análise, os processos julgados pelo TJMG no primeiro semestre de 2021, isto é, entre janeiro e junho. Sobrepostos estes critérios, chegou-se a 18 espelhos de acórdãos, 6 preliminarmente descartados porque o conteúdo não se encaixava no escopo do exame.

Em meio às 12 decisões restantes, 5 julgavam agravos de instrumento protocolados contra decisões interlocutórias de primeira instância que negavam pedido de curatela provisória (apenas um destes recursos foi provido). Os outros 7 acórdãos são os que mais interessam à investigação proposta, sendo que, em todos eles, a curatela foi instaurada na origem.

Em primeira instância, as sentenças de 6 destes processos (85%) decretaram a incapacidade do sujeito para exercer pessoalmente todos os atos da vida civil, ou seja, inclusive aqueles de cunho existencial. Em todas elas, foram atribuídos poderes de representação ao curador. Apenas 2 utilizaram expressamente a terminologia “incapacidade absoluta”<sup>451</sup>, embora, na prática, este tenha sido o regime aplicado nas 6. Em 3, não houve especificação da

<sup>450</sup> BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 43,

<sup>451</sup> São elas: (i) apelação cível nº 1.0000.20.554454-7/001; e (ii) apelação cível nº 1.0000.21.024516-3/001.

modalidade<sup>452</sup> e, em 1, foi instaurada uma incapacidade relativa<sup>453</sup> fictícia, já que, se são abrangidos todos os atos da vida civil e a modalidade de suprimento decretada é a representação, não há qualquer relatividade.

Nenhuma destas 6 apelações cíveis que chegaram ao TJMG questionava a necessidade da curatela em si, mas sim sua extensão. A fundamentação da defesa, em regra, girava em torno: (i) da impossibilidade, inaugurada pelo EPD, de pessoas de 16 anos serem declaradas absolutamente incapazes para todos os atos da vida civil, precisando ser representadas em todos eles; e (ii) do impedimento de a curatela atingir todos estes direitos, vez que deveria recair apenas sobre aqueles de natureza patrimonial e negocial.

Em 3 casos, tal argumentação prosperou e o tribunal reformou as sentenças *a quo* para limitar a incidência da curatela aos atos patrimoniais e negociais. O relator de um destes acórdãos, porém, deixou claro que, excepcionalmente, a medida poderia atingir os direitos inerentes à personalidade do sujeito, embora não fosse necessário no caso dos autos<sup>454</sup>.

Nos outros 3 processos, o tribunal manteve o veredito da incapacidade absoluta. Logo, a curatela foi mantida sob a forma de representação para atos patrimoniais e pessoais. Para fundamentar a aplicação de tal medida, arguiu-se, na apelação cível 1.0000.21.007244-3/001<sup>455</sup>, que “a depender das especificidades do caso concreto, notadamente na hipótese em que a pessoa não tem qualquer condição de exprimir sua vontade ou nem mesmo compreensão da realidade, a mera assistência do relativamente incapaz revelar-se-á inócua”. Ou seja, buscou-se justificar a utilização da representação, mas não sua extensão aos atos existenciais.

Na apelação cível 1.0000.21.024516-3/001<sup>456</sup>, os julgadores entenderam, a partir de uma interpretação “sistemática e teleológica” do EPD, que este “não veda a decretação da curatela para outros atos, que não meramente patrimoniais, caso a medida se mostre benéfica e adequada à proteção da pessoa curatelada” e que, em circunstâncias excepcionais, que envolvem pessoas com deficiências graves, desprovidas totalmente de discernimento e sem condições de exprimir vontade, é possível a aplicação da incapacidade absoluta, “mas sempre a partir de uma

---

<sup>452</sup> São elas: (i) apelação cível nº 1.0000.21.010184-6/001; (ii) apelação cível nº 1.0000.21.065296-2/001; e (iii) apelação cível nº 1.0000.21.056836-6/001.

<sup>453</sup> Trata-se da apelação cível nº 1.0000.21.007244-3/001.

<sup>454</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.065296-2/001**. Relator: Des. Albergaria Costa. Data do julgamento: 25 de junho de 2021.

<sup>455</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.007244-3/001**. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Data de Julgamento: 16 de março de 2021.

<sup>456</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.024516-3/001**. Relatora: Des. Áurea Brasil. Data de Julgamento: 01 de julho de 2021.

interpretação sistemática e integrativa e levando em conta os direitos humanos e os princípios constitucionais”.

Também foi confirmada a incidência da curatela sobre atos patrimoniais e existenciais no julgamento da apelação cível 1.0000.21.056836-6/001<sup>457</sup>, mas, neste caso, houve uma reforma parcial da sentença recorrida. Nas palavras do relator, “não se pode estender a todos os interditandos uma forma idêntica de curatela, sem observar que, muitas vezes, a extensão da interdição aos atos da vida civil também seria uma forma de proteção do deficiente”. Na situação concreta analisada, entendeu que a limitação da medida à esfera econômica tornaria o interditando vulnerável em questões de vital importância, mas que englobar na curatela todos os atos da vida civil também iria de encontro com princípios básicos do ordenamento. Diante deste quadro, concluiu ser mais prudente “estender os efeitos da curatela não somente aos atos negociais e patrimoniais, mas também aos relacionados à saúde, além de se mostrarem pertinentes as proibições de dirigir e de viajar desacompanhado”. A medida restritiva não ficou, portanto, circunscrita ao âmbito financeiro, mas também não se estendeu para todos os atos da vida civil.

Tem-se, enfim, o processo dissidente; o único dentre os examinados cuja sentença de origem respeitou a limitação da curatela aos atos patrimoniais e negociais. Na apelação cível 1.0000.21.038783-3/001<sup>458</sup>, o objeto de discussão foi a atribuição de poderes de representação ao curador. O recurso, no entanto, foi improvido, sob alegação de que

Embora sob o prisma das alterações na teoria das capacidades promovidas pela Lei nº 13.146/15 não se mostre mais admissível a declaração de incapacidade absoluta às pessoas adultas portadoras de enfermidade mental, nos casos em que o grau de discernimento do interditando o impossibilitar de praticar atos mesmo que sob a assistência do curador, a jurisprudência deste Sodalício tem admitido a concessão da curatela com poderes de representação, com o fito de assegurar a adequada proteção do incapaz e o exercício do encargo de maneira eficaz.

Diante do conjunto de informações obtido nestas pesquisas, reitera-se que a curatela certamente não assumiu o lugar de excepcionalidade a ela reservado pela lei, ocupando uma preferência quase absoluta em relação à TDA. Além disso, tem-se que, em regra, são atribuídos ao curador poderes de representação que incidem sobre todos os atos da vida civil, não ficando a medida circunscrita à esfera patrimonial e negocial (em desacordo com o artigo 85 do EPD).

---

<sup>457</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.056836-6/001**. Relator: Des. Leite Praça. Data do Julgamento: 27 de maio de 2021.

<sup>458</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.038783-3/001**. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Data de Julgamento: 17 de junho de 2021.

Importa mencionar, no mais, que a questão da inaplicabilidade da incapacidade absoluta a maiores de 16 anos foi tema de julgamento no Superior Tribunal de Justiça em abril de 2021, no Recurso Especial nº 1.927.423-SP<sup>459</sup>. Na origem, decretou-se a incapacidade absoluta do requerente, pessoa idosa com doença de Alzheimer; decisão confirmada pelo TJSP.

No STJ, a sentença foi reformada sob fundamentação de que, a partir da vigência do EPD, não é mais possível inserir as pessoas com enfermidade ou deficiência mental no rol da incapacidade absoluta. No entanto, a conclusão do relator foi exposta nos seguintes termos: “dou provimento ao recurso especial para declarar a incapacidade relativa [...], mantendo, no mais, a mesma curadora *e a extensão da curatela fixada na origem*” [grifo nosso]. Ora, se foi mantida a extensão, significa que a reforma empreendida foi meramente terminológica: alterou-se a nomenclatura para incapacidade relativa, mas foi preservada a aplicação de um regime que corresponde à absoluta; o que, a rigor, é contrário ao EPD, ultrapassando os limites impostos à curatela.

Percebe-se que a revogação da incapacidade absoluta para maiores de 16 anos e a contenção do alcance da curatela à esfera patrimonial têm causado problemas e confusões mesmo nos tribunais superiores. Os dispositivos do EPD referentes a estes temas vêm sendo reiteradamente desrespeitados e até mesmo ignorados na jurisprudência, mesmo mais de cinco após o início da vigência da legislação.

Partindo para o exame da ordem portuguesa, nota-se que, na sistemática fundada pela Lei nº 49/2018, a ideia é que medidas de substituição de vontade e de apoio se mesclam sob a alcunha “acompanhamento”. Não há, dessa forma, separação equivalente à nacional, entre curatela e tomada de decisão apoiada.

A nova figura é apresentada na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 110/XIII como “um modelo de acompanhamento, e não de substituição, em que a pessoa é simplesmente apoiada, e não substituída, na formação e exteriorização de sua vontade” e como responsável por uma “radical mudança de paradigma”. Afirma-se, ainda, que o recém-inaugurado regime traduz melhor o respeito pela dignidade do sujeito visado, que passa a ser tratado não como mero objeto de decisões de outrem, mas como pessoa inteira, com direito à solidariedade e ao apoio<sup>460</sup>.

---

<sup>459</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.423/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 27 de abril de 2021.

<sup>460</sup> PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS. **Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 110/XIII**. Lisboa, 2018.



Na formulação mais recente do artigo 140º da codificação do país europeu, lê-se que “o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença” e que “a medida não tem lugar sempre que seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e assistência que no caso caibam”.

Em termos de conteúdo do acompanhamento, dos contornos que ele pode assumir, o artigo 145º agora dispõe que:

- 1 – O acompanhamento limita-se ao necessário.
- 2 – Em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes:
  - a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;
  - b) Representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;
  - c) Administração total ou parcial de bens;
  - d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;
  - e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.
- 3 – Os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.
- 4 – A representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.
- 5 – À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes.

Compilando esses primeiros dispositivos, algumas informações importantes se revelam. Primeiramente, reitera-se que se trata de regime monista, a ser adaptado às concretas circunstâncias do sujeito (nº 1). O fato de haver um único mecanismo leva a uma ampla discricionariedade judicial, cabendo ao magistrado delimitar sua abrangência – que pode chegar à representação – independentemente do pedido (nº 2). Este é um ponto relevante: fica expressamente estabelecido que o acompanhamento pode redundar em representação geral (nº 2, alínea *b*, primeira parte), regime que pode tomar forma análoga àquele anteriormente imposto ao interdito, inclusive porque o já mencionado artigo 147º faculta a restrição do exercício de direitos pessoais. Igualmente, pode resultar em representação especial (nº 2, alínea *b*, segunda parte), em administração total ou parcial de bens (nº 2, alínea *c*) ou em autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos (nº 2, alínea *d*), medidas similares àquelas antes direcionadas aos inabilitados.

Evidenciando ainda mais a semelhança (quase equivalência, aliás) com o modelo prévio, afirma-se que a representação legal continua a seguir o regime da tutela (nº 4), mantendo-se firme o paralelo inadequado com a menoridade também na menção às responsabilidades

parentais (nº 2, alínea *a*)<sup>461</sup>. Segundo Paula Távora Vítor, tais dispositivos demonstram que a remissão para a tutela não é meramente supletiva, o que é obviamente um problema à luz da CDPD. A autora compreende que o regime do maior acompanhado extrapola a justa medida imposta pelo princípio da proporcionalidade ao equiparar o acompanhamento à tutela, pois este deveria centrar-se em apoiar o indivíduo, e não em proporcionar um substituto para ele; concluindo que “a possibilidade de equiparação automática dos poderes de um cuidador aos dos titulares de responsabilidades parentais [...] não passaria o teste imposto pelas conceções que presidem ao novo paradigma”<sup>462</sup>. Geraldo Rocha Ribeiro também condena a alusão à menoridade, afirmando que

O conteúdo e feixe de vínculos constitutivos da responsabilidade do acompanhante para com o beneficiário são distintos, na génese, na execução e extinção. A relação jurídica de acompanhamento não pode espelhar, em momento algum, uma estrutura vertical de subordinação ou de contracção da autodeterminação de interesses do beneficiário. O sistema parte do polo diametralmente oposto. A relação não é hierárquica e muito menos de subordinação, antes de promoção da autodeterminação do beneficiário. Os poderes funcionais do acompanhante devem ser exercidos para efectivar a soberania do beneficiário sobre a sua esfera de interesses<sup>463</sup>.

Outro inconveniente apontado pela doutrina é a manutenção de ideias que remetem ao modelo médico da deficiência e a um paradigma conduzido pelo “melhor interesse”. Tal influência é particularmente notória no já mencionado artigo 140º, nº 1 e no 146º, nº 1, que fazem menção à finalidade do acompanhamento de garantir o bem-estar e a recuperação do acompanhado<sup>464</sup>. Os dispositivos parecem apontar para um padrão de natureza objetiva e abstrata, alheio às manifestações de autonomia do beneficiário. Trata-se de claro problema à luz da CDPD, vez que a vontade da pessoa com deficiência não poderia ser afastada em função

<sup>461</sup> Ressalta-se que há vários outros dispositivos do Código Civil que conservam referências à disciplina voltada aos menores de idade. A título de exemplo, podem ser citados os artigos 131º e 146º do Código Civil.

“Artigo 131º – Estando pendente contra o menor, ao atingir a maioridade, ação de acompanhamento, *mantêm-se as responsabilidades parentais ou a tutela* até ao trânsito em julgado da respetiva sentença”.

“Artigo 146º – 1: No exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, *com a diligência requerida a um bom pai de família*, na concreta situação considerada”.

<sup>462</sup> VÍTOR, Paula Távora. Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 133.

<sup>463</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha. O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020, p. 30.

<sup>464</sup> COSTA, Mariana Fontes da. O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 114. No mesmo sentido, afirma Hugo C. Lança que o legislador, nestas passagens, “resvalou para um reacionário modelo médico, [...] ignorando olímpicamente a temática da inclusão”. Cf.: LANÇA, Hugo Cunha. A capacidade de agir da pessoa com deficiência: proposta hermenêutica da norma relativa ao maior acompanhado. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 23, n. 9, 2019, p. 334.

de critérios objetivos, assentes em juízos de normalidade ou na automática transferência de valores da esfera do cuidador para o beneficiário<sup>465</sup>.

Retomando a análise do artigo 145º, é de suma importância observar que, quando as alíneas do nº 2 enumeram os formatos que o acompanhamento pode assumir, nenhum dos regimes mencionados pode ser classificado como de apoio nos moldes propostos pela CDPD. Todos eles fazem referência à assistência ou à representação, as quais acarretam restrição de capacidade. No máximo, pode-se pensar que a última alínea, que trata de “intervenções de outro tipo”, poderia abranger ferramentas de apoio, mas a previsão é deveras abstrata e genérica, não dando pistas de como o suporte deveria ser implementado no ordenamento lusitano.

Esta conclusão é reforçada pelo fato de o artigo 140º determinar que a decretação do acompanhamento não tem lugar sempre que seu objetivo se mostrar garantido por intermédio de deveres gerais de cooperação e assistência informalmente prestados. A leitura conjunta desses artigos indica que o apoio é posicionado fora do regime de acompanhamento, o qual, ao que parece, converte-se sempre em representação ou em assistência. Geraldo Rocha Ribeiro sintetiza que “a mudança de paradigma apregoada não deixa de evidenciar que, na proposta que veio a assumir força de lei, a construção legal continua apegada ao instituto da incapacidade”<sup>466</sup>, havendo, inclusive, uma série de dispositivos legais que segue se referindo ao maior acompanhado como incapaz<sup>467</sup>.

Há, ademais, outras características materiais e processuais do acompanhamento que vale expor brevemente. Em primeiro lugar, tem-se que a medida necessariamente passa pelo Judiciário (artigo 139º, nº 1, CC/PT). Sua legitimidade ativa, ao contrário da TDA, não pertence exclusivamente ao beneficiário: o requerimento também pode partir do Ministério Público ou, mediante autorização da pessoa afetada, do seu cônjuge, unido de fato ou de qualquer parente sucessível. A referida autorização pode ser suprida pelo tribunal nos casos em que o sujeito não tiver condições de fornecê-la livre e conscientemente ou quando houver um fundamento atendível (artigo 141º, CC/PT). Similarmente, a escolha do acompanhante não cabe somente ao acompanhado, podendo ser realizada por seu representante legal ou, na falta de designação, por aqueles presentes na lista contida no artigo 143º, nº 2. Mesmo quando o beneficiário indica seu

---

<sup>465</sup> VÍTOR, Paula Távora. Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 145.

<sup>466</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha. O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020, p. 52.

<sup>467</sup> Exemplos no Código Civil: artigos 1861º e 1643º. Exemplos no Código de Processo Civil: artigos 896º (que remete ao artigo 21º, que trata do incapaz), 949º e 1001º.

acompanhante, tal designação precisa passar pelo crivo do juiz, que pode entender que aquela pessoa não é a mais adequada.

Acrescenta-se que não é estabelecido um número mínimo ou máximo de acompanhantes, de forma que vários podem ser nomeados para exercer diferentes funções (artigo 143º, nº 3, CC/PT); e que o acompanhamento só tem fim ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou alteração das causas que o justificaram (artigo 149, nº 1, CC/PT) – ou seja, o acompanhado não tem o poder de findá-lo a qualquer tempo. Os termos do acompanhamento devem ser revistos, no mínimo, a cada cinco anos (artigo 155º, CC/PT). Este é um tipo de salvaguarda fundamental, que o legislador brasileiro perdeu a chance de positivar, não tendo estabelecido prazo mínimo para revisão periódica da curatela<sup>468</sup>. Por fim, os atos praticados pelo maior acompanhado após a sentença são anuláveis (artigo 154º, CC/PT), independentemente da abrangência da medida. Esta é mais uma das pistas que o acompanhamento não foi devidamente pensado como ferramenta de apoio.

Tratando-se o acompanhamento de medida tão abrangente, é importante observar como vem sendo empregado na jurisprudência, vez que os julgadores detêm grande margem de discricionariedade na delimitação de seu formato. Isso posto, foi realizada nova pesquisa nos três Tribunais da Relação previamente selecionados – do Porto, de Lisboa e de Coimbra – para compreender quais têm sido as implicações mais comuns do instituto. No site dos aludidos tribunais, utilizando a ferramenta “Pesquisa Livre”, o descritor buscado foi “Lei 49/2018”. Os processos considerados foram julgados entre fevereiro de 2019 (entrada em vigor da Lei nº 49/2018) e junho de 2021.

À semelhança da investigação conduzida no TJMG – mas guardadas as devidas peculiaridades entre os sistemas do Brasil e de Portugal –, os principais objetivos são compreender (i) se o acompanhamento está sendo utilizado como mero apoio (apesar do desprestígio desta modalidade na lei); e (ii) qual configuração a figura tem assumido, em especial quanto aos tipos de poderes atribuídos ao acompanhante (apoio, assistência ou representação) e à restrição do exercício de direitos pessoais, que, segundo disposição legal, deve ser excepcional (artigo 147º, CC/PT).

No Tribunal da Relação do Porto, a busca rendeu 16 acórdãos, mas 3 deles foram preliminarmente descartados por não se encaixarem no tema investigado. Dentre os 13 processos examinados, 11 contaram com sentença de mérito em primeira instância acerca do

---

<sup>468</sup> No que se refere à TDA, entende-se não ser necessária disposição legal desta natureza, haja vista se tratar de medida de mero apoio, que não implica em restrição de capacidade e que pode ser findada a qualquer momento pela vontade do apoiado.

pedido de medidas protetivas. Em um deles, a decisão *a quo* foi promulgada antes do início da vigência da Lei nº 49/2018, tendo sido instituída inabilitação por anomalia psíquica<sup>469</sup>. O desfecho dos 10 restantes ficou dividido: em metade deles, o acompanhamento foi decretado; na outra metade, foi improvido.

Isso significa que foi determinada a necessidade de acompanhamento em 5 sentenças de primeiro grau. Em todas elas, a capacidade de fato do indivíduo foi limitada e, como forma de suprimento, instituiu-se a representação. Em 4 destes processos, a restrição da capacidade não ficou limitada ao âmbito patrimonial, estendendo-se aos direitos existenciais<sup>470</sup> e, na única exceção, determinou-se o apoio para atividades diárias, cuidados de saúde, transporte e tomada de decisões médicas<sup>471</sup>.

Em segunda instância, houve decisão de mérito acerca do acompanhamento em 6 acórdãos. O número de acompanhamentos decretados caiu para 4<sup>472</sup> e o de improvidos, para 2<sup>473</sup>. Mais uma vez, a representação foi a modalidade de suprimento escolhida em todos os 4 processos, com a incapacidade atingindo direitos pessoais em 2 deles<sup>474</sup>.

Partindo para a análise do Tribunal da Relação de Coimbra, foram encontrados 10 resultados para a pesquisa. Em primeiro grau, 6 desses processos não contaram com sentença acerca da conveniência e extensão do acompanhamento, e 1 deles recebeu sua decisão antes da entrada em vigor da Lei nº 49/2018, cujo desfecho foi a declaração de inabilitação por anomalia psíquica<sup>475</sup>. Nas 3 restantes, o acompanhamento foi instituído na forma de representação, sempre restringido direitos patrimoniais e existenciais<sup>476</sup>.

No Tribunal da Relação, 3 decisões decretaram o acompanhamento como representação<sup>477</sup> – uma delas sendo a que era anteriormente de inabilitação – e, em 1, não houve sentença de mérito. Nas 3 primeiras, os direitos pessoais foram atingidos.

Por fim, foram encontrados no Tribunal da Relação de Lisboa 35 resultados para a busca, 16 excluídos em um primeiro filtro de adequação à temática. Dentre os 19 processos

<sup>469</sup> Trata-se da apelação nº 6137/17.6T8VNG.P1 (2019).

<sup>470</sup> São eles: (i) apelação nº 13569/17.1T8PRT.P1 (2019); (ii) apelação nº 15347/19.4T8PRT.P1 (2020); (iii) apelação nº 22295/19.6T8PRT.P1 (2021); e (iv) apelação nº 63/19.5T8PVZ.P2 (2021).

<sup>471</sup> Trata-se da apelação nº 1050/20.6T8PRD.P1 (2021).

<sup>472</sup> São elas: (i) apelação cível nº 15347/19.4T8PRT.P1 (2020); (ii) apelação cível nº 15/20.2T8OVR.P1 (2020); (iii) apelação cível nº 1050/20.6T8PRD.P1 (2021); (iv) apelação cível nº 63/19.5T8PVZ.P2 (2021).

<sup>473</sup> São elas: (i) apelação cível nº 3433/18.2T8MAI.P1 (2020); (ii) 4254/19.0T8MTS.P1 (2021).

<sup>474</sup> O acompanhamento não atinge direitos pessoais (i) na apelação nº 1050/20.6T8PRD.P1 (2021); e (ii) na apelação nº 15/20.2T8OVR.P1 (2020).

<sup>475</sup> Trata-se da apelação nº 577/18.4T8CTB.C1 (2019).

<sup>476</sup> São elas: (i) apelação nº 6985/18.3T8CBR.C1 (2019); (ii) apelação nº 7779/18.1T8CBR.C1 (2019); e (iii) apelação nº 139/18.6T8VLF.C1 (2020).

<sup>477</sup> São elas: (i) apelação nº 7779/18.1T8CBR.C1 (2019); (ii) apelação nº 6985/18.3T8CBR.C1 (2019); (iii) apelação nº 139/18.6T8VLF.C1 (2020).

analisados, 2 tiveram suas sentenças de primeiro grau sob a égide da legislação anterior: um redundou em interdição por anomalia psíquica<sup>478</sup> e o outro, em inabilitação por anomalia psíquica<sup>479</sup>. Além disso, 8 não contaram com decisão de mérito no tribunal de origem acerca do acompanhamento. Em todos os demais, que somaram 9, o acompanhamento foi provido na forma de representação e a incapacidade alcançou atos de natureza patrimonial e pessoal<sup>480</sup>. Apenas 1 dos processos menciona a assistência<sup>481</sup>, mas ela é aplicada em conjunto com a representação, e não como única forma de suprimento da incapacidade instaurada.

Em sede recursal, o número de decisões que instituíram o acompanhamento subiu de 9 para 11, pois as sentenças de interdição e inabilitação foram convertidas em acompanhamentos na forma de representação geral. Mais uma vez, a representação foi o formato empregado em 100% dos casos, apenas um deles adotando também a assistência (o mesmo da primeira instância). Em 10 destes acórdãos, a restrição da prática de direitos pessoais se manteve<sup>482</sup>, mas não necessariamente com a mesma abrangência.

Neste ponto, é interessante observar o papel ativo assumido pelo Ministério Público para assegurar a defesa da esfera existencial: em 6 dos 11 processos, a sentença *a quo* decretava uma incapacidade genérica para o exercício de todos os direitos pessoais. Em 4 delas, o MP conseguiu reverter, em segunda instância, para uma incapacidade que atingia “apenas” o direito de testar fora do âmbito patrimonial<sup>483</sup>. Em 1, restou afastada a restrição de direitos pessoais, mas sem nova decisão de mérito, impondo a necessidade de realização de novas diligências no juízo de origem<sup>484</sup>. Por fim, 1 apelação foi improvida, confirmando o veredito anterior<sup>485</sup>.

Os dados coletados indicam que, na aplicação do acompanhamento pelos tribunais, o mais comum é que ele assuma sua face mais restritiva, que alcança o âmbito existencial e que outorga ao acompanhante poderes gerais de representação. A assistência fica completamente ofuscada na jurisprudência e o apoio (que não restringe a capacidade do sujeito, reitera-se)

---

<sup>478</sup> Trata-se da apelação nº 19519/17.8T8SNT.L1-2 (2019).

<sup>479</sup> Trata-se da apelação nº 385/15.4T8MTJ.L1-8 (2021).

<sup>480</sup> São eles: (i) apelação nº 5539/18.9T8FNC.L1-2 (2019); (ii) apelação nº 2990/18.8T8FNC.L1-2 (2019); (iii) apelação nº 5287/18.0T8FNC.L1-2 (2019); (iv) apelação nº 3570/18.3T8FNC.L1-7 (2020); (v) apelação nº 3974/17.9T8FNC.L1-7 (2020); (vi) apelação nº 4716/18.7T8FNC.L1-2 (2020); (vii) apelação nº 2039/19.3T8ALM.L1-8 (2020); (viii) apelação nº 1609/18.1T8ALM.L1-8 (2020); (ix) apelação nº 1637/16.1T8OER.L1 (2021).

<sup>481</sup> Trata-se da apelação nº 1637/16.1T8OER.L1 (2021).

<sup>482</sup> Na única que não se manteve, não é que Tribunal da Relação decidiu por não restringir direitos pessoais, e sim que determinou produção de novas provas em primeira instância para avaliar a necessidade ou não desta limitação. Trata-se da apelação nº 5287/18.0T8FNC.L1-2 (2019).

<sup>483</sup> São eles: (i) apelação nº 5539/18.9T8FNC.L1-2 (2019); (ii) apelação nº 2990/18.8T8FNC.L1-2 (2019); (iii) apelação nº 3570/18.3T8FNC.L1-7 (2020); (iv) apelação nº 3974/17.9T8FNC.L1-7 (2020).

<sup>484</sup> Trata-se da apelação nº 5287/18.0T8FNC.L1-2 (2019).

<sup>485</sup> Trata-se da apelação nº 4716/18.7T8FNC.L1-2 (2020).

parece sequer constituir uma opção. Tal cenário perpetua, ainda que sob nomenclatura diversa, a lógica anterior à vigência da Lei nº 49/2018, quando a interdição ocorria com frequência muito maior do que a inabilitação.

Tendo em conta todas as decisões examinadas nos três tribunais, a assistência e o apoio foram aplicados apenas uma vez cada, sempre em conjunto com a representação. Quando são mencionadas medidas de suporte, percebe-se que são posicionadas pelos juízes fora da estrutura do acompanhamento. É o caso do processo nº 13569/17.1T8PRT.P1 (2019)<sup>486</sup>, do Tribunal da Relação do Porto, cuja sentença determina que:

*Sempre que uma pessoa tenha a capacidade mental mínima para tomar decisões racionais e desempenhar tarefas como um agente racional, não se justifica qualquer medida limitadora da sua capacidade jurídica, podendo até serem implementadas outras medidas de apoio, mas fora do âmbito do acompanhamento legal, como a assistência pessoal, os cuidados informais ou o acompanhamento familiar [grifo nosso].*

Desta afirmação e da ausência da aplicação do apoio, infere-se que, na visão dos aplicadores do direito, o acompanhamento necessariamente resulta em incapacidade, a ser suprida por assistência ou representação. Assim sendo, nos casos em que medidas de suporte informais, que não afastam a capacidade, são tidas como suficientes para as necessidades do indivíduo, o acompanhamento não seria o regime adequado.

Constata-se que Portugal não reverteu o problema da incapacidade como única solução jurídica e institucionalizada disponível para pessoas com deficiência que enfrentam dificuldades no exercício de sua capacidade. O país não inaugurou, de fato, um modelo (ou mesmo um mecanismo) de apoio – conforme previsto na CDPD – destinado a esses sujeitos. Mais parece que a interdição e a inabilitação foram unificadas em uma única figura, o acompanhamento, que pode assumir ambas as formas, mas quase sempre pende para a mais rígida delas.

#### ***4.3.3 Relação entre deficiência e incapacidade***

Nos processos de interdição que tramitavam no Judiciário brasileiro antes do advento do EPD, viu-se que os laudos e perícias médicas ditavam a existência da doença ou deficiência e a incapacidade vinha como consequência automática. Em regra, sequer era aferido o grau de influência que a deficiência exercia sobre o discernimento do indivíduo e quais os atos ou categorias de atos eram abrangidos pela inaptidão.

---

<sup>486</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 13569/17.1T8PRT.P1.I**. Relator: Joaquim Correia Gomes. Data do julgamento: 26 de setembro de 2019.

Com as modificações atreladas ao Estatuto, procedeu-se na lei uma completa desassociação entre deficiência e incapacidade, excluindo o vínculo indireto que as conectava na redação original do Código de 2002. A mudança é audaciosa e representa um desafio para os tribunais, cujas decisões devem ser centradas nas dificuldades reais da pessoa no exercício de sua autonomia, averiguando suas funcionalidades e restrições – inclusive em relação ao ambiente físico e de trabalho, dentre outros aspectos ligados a uma compreensão biopsicossocial de deficiência – a fim de determinar eventuais incapacidades específicas.

Na prática, todavia, não parece que o desafio vem sendo adequadamente enfrentado na jurisprudência, ao menos no que tange ao estado de Minas Gerais. Na investigação de Letícia Mendes Barbosa no TJMG – cuja metodologia foi exposta anteriormente –, constatou-se que a perícia médica foi realizada entre 87% e 97% dos processos de curatela (em 10%, não foi possível ter certeza de sua realização e, em 3%, o procedimento não foi executado), enquanto o estudo social ocorreu em apenas 23%. No âmbito das decisões que contaram com perícia, apenas uma delas teve o exame efetuado por equipe multidisciplinar. Em todos os demais casos, as decisões apenas faziam menção a laudos médicos e, raramente, a estudos sociais, que se prestam a análises compartimentadas e, muitas vezes, não revelam a real situação do curatelado<sup>487</sup>.

Tal cenário é incompatível com a previsão do artigo 2º, §1º do EPD. Se a legislação fosse seguida, a perícia deveria ser voltada, também, aos fatores socioambientais e às restrições de participação; enfim, às barreiras e aos impedimentos das mais variadas ordens e que não se limitam aos impedimentos nas funções e estruturas do corpo e aos fatores psicológicos.

Na referida pesquisa, contudo, o que se constatou foi um recurso reiterado e exclusivo à perícia médica, não havendo informações sobre quais habilidades estavam comprometidas ou em que medida. Isso corrobora com a manutenção de resquícios do modelo médico da deficiência na condução dos processos de interdição, mesmo sob vigência do EPD<sup>488</sup>. Para seguir os comandos deste, o procedimento deveria ser multiprofissional, de modo a dimensionar mais fielmente as necessidades da pessoa. Quando esta configuração é desrespeitada, retorna o problema da associação automática entre deficiência e incapacidade.

---

<sup>487</sup> BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 30-31.

<sup>488</sup> BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 32.



Detectou-se, nesse sentido, que em 62% das decisões não há qualquer indicação de razões extraordinárias para justificar a curatela, muitas vezes recorrendo ao próprio diagnóstico médico de deficiência mental para a instituição da medida. A condição psíquica da pessoa continua sendo, portanto, fator determinante para a limitação de sua capacidade. Em regra, não se leva em conta o que a pessoa está apta para fazer e não há preocupação em torno de como preservar sua autonomia residual ou desenvolvê-la: ela ainda é enxergada de uma perspectiva estática, sem cogitar sua interação com o meio<sup>489</sup>.

Como se viu, a incapacidade absoluta, abolida da lei para maiores de 16 anos, não desapareceu da jurisprudência. Cita-se como exemplo a apelação cível nº 1.0000.18.080340-5/001 (2018)<sup>490</sup>, recurso contra decisão de primeira instância que decretou a incapacidade absoluta do indivíduo em razão de deficiência física. O TJMG reformou a sentença afirmando que “o conjunto probatório não evidencia ser o interditando totalmente incapaz para a prática dos atos da vida civil, devendo ser mantida sua independência no tocante aos atos relativos aos direitos existenciais”, conservando, portanto, a medida restritiva para os atos patrimoniais sem justificar as razões para tal.

Similarmente, na apelação cível nº 1.0720.16.006327-0/001 (2020)<sup>491</sup>, a decretação de incapacidade teve como fundamento, basicamente, a existência de limitação sensorial. No juízo de origem, o pedido de curatela foi improvido, mas no TJMG, a medida foi instaurada mesmo sem comprovação de qualquer comprometimento no discernimento ou na capacidade de manifestação de vontade de sujeito surdo-mudo. No laudo pericial, o perito relata não ter constatado “alteração na capacidade mental do paciente, porém, é surdo-mudo e isso leva a dificuldade no diálogo com outras pessoas, dificultando a compreensão de seus desejos e necessidades. Isso prejudica parcialmente sua capacidade plena de administrar sua vida e seus bens”. A decisão parece desconsiderar por completo a existência de mecanismo de apoio no ordenamento brasileiro, que poderia ter sido indicado no caso.

A pesquisa realizada para esta dissertação no TJMG, que abrange acórdãos sobre curatela julgados no primeiro semestre de 2021<sup>492</sup>, também demonstra que os argumentos utilizados para fundamentar a incapacidade ainda estão muito viciados pela associação com a

---

<sup>489</sup> BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020, p. 39.

<sup>490</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.18.080340-5/001**. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Data de julgamento: 18 de setembro de 2018.

<sup>491</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 1.0720.16.006327-0/001**. Relator: Des. Fábio Torres de Sousa. Data de julgamento: 12 de março de 2020.

<sup>492</sup> Metodologia básica da pesquisa apresentada no tópico 4.3.2 deste trabalho.

deficiência e pela ideia de que basta a apresentação de laudo ou perícia médica que declare a deficiência ou enfermidade para que a ausência de capacidade seja presumida.

É o caso do agravo de instrumento nº 1.0000.20.444262-8/0001<sup>493</sup>, cuja decisão pela decretação de curatela provisória – reformando a sentença *a quo*, que negou o pedido liminar – se baseou unicamente em laudo pericial psiquiátrico juntado aos autos e no qual foi apresentado o diagnóstico de “Deficiência Intelectual Moderada” e de “Retardo Mental Moderado”.

O embasamento exclusivo no laudo médico também pode ser observado nas apelações cíveis 1.0000.21.007244-3/001<sup>494</sup> e na 1.0000.21.010184-6/001<sup>495</sup>. Nesta, destaca-se a seguinte passagem:

[...] fundamentado no laudo pericial, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, basilar do Estado Democrático de Direito e considerando o aspecto crônico da patologia apresentada pelo periciando, bem como elementos clínicos de sua história pessoal e de sua trajetória de evolução relacionada a patologia acima descrita, concluo ser indubitável que o curatelado é incapaz de exercer as atividades da vida prática e da vida civil sendo, por conseguinte, considerado pessoa com deficiência, nos precisos termos art. 2º, caput c/c o § 1º da Lei nº. 13. 146/2015.

A arguição é completamente alicerçada no diagnóstico clínico e, para além, o relator descreve o sujeito como “incapaz de exercer as atividades da vida prática e da vida civil” e afirma que ele é, *por conseguinte*, uma pessoa com deficiência; estabelecendo uma relação de causalidade necessária, como se toda pessoa com deficiência fosse incapaz para tais tarefas.

Vale citar, também, a apelação cível 1.0000.21.024516-3/001<sup>496</sup>, cujo relator do acórdão faz interessante exposição sobre a importância da perícia multidisciplinar no novo paradigma, apenas para, ao final, manter a sentença de incapacidade absoluta do sujeito com fundamento unicamente na perícia médica. No mais, afirma que o EPD “restringiu a interdição das pessoas com deficiência a tão somente aquelas com deficiência ou doença mental grave”, quando esta não é a realidade: a incapacidade relativa, no Estatuto, é aplicável àqueles que não podem exprimir vontade, não havendo qualquer menção à deficiência ou doença mental grave.

No acórdão referente à apelação cível 1.0000.21.038783-3/001<sup>497</sup> também é desenhado um vínculo direto entre deficiência e incapacidade quando se afirma que

---

<sup>493</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.444262-8/0001**. Relator: Des. Roberto Apolinário de Castro. Data de julgamento: 13 de maio de 2021.

<sup>494</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.007244-3/001**. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Data de Julgamento: 16 de março de 2021.

<sup>495</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.010184-6/001**. Relator: Des. Belizário de Lacerda. Data de Julgamento: 30 de março de 2021.

<sup>496</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.024516-3/001**. Relatora: Des. Áurea Brasil. Data de Julgamento: 01 de julho de 2021.

<sup>497</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.038783-3/001**. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Data de Julgamento: 17 de junho de 2021.

conforme demonstram os documentos carreados aos autos, há de se colocar em relevo o fato de a curatelada tratar-se de pessoa de idade avançada (96 anos), diagnosticada com doença de Alzheimer, de modo que sua mera assistência pela apelada na prática de atos negociais e de gestão patrimonial seria insuficiente para o exercício do encargo de maneira eficaz.

Da forma como é colocado, parece que do fato de a pessoa padecer de doença de Alzheimer e ser idosa decorre, imediata e necessariamente, uma incapacidade que sequer pode ser suprida por assistência.

Por último, tem-se a apelação cível 1.0000.21.056836-6/001<sup>498</sup>, na qual a incapacidade (que abrange atos pessoais e patrimoniais) é, mais uma vez, justificada com base na existência e na gravidade de uma deficiência intelectual. Afirma-se que “o quadro clínico do interditando é compatível com o alegado na inicial e, considerando a gravidade da patologia sofrida, restou comprovada sua incapacidade para o exercício dos atos da vida civil”.

Enfim, os dados primários e secundários levantados demonstram que pouco mudou em relação ao regime anterior, já que a maior parte das decisões continua a se alicerçar somente na perícia médica, ainda que o EPD tenha previsto procedimento multidisciplinar, que deveria considerar, também, a interação da pessoa com as barreiras sociais. O problema da vinculação direta entre deficiência e incapacidade, ao menos em Minas Gerais, certamente não foi resolvido.

No que se refere ao cenário português, recorda-se que as reformas efetuadas na legislação não seguiram a lógica aplicada no Brasil, tendo sido conservada a conexão entre deficiência e incapacidade presente no regime prévio. É importante repetir que um dos maiores problemas desta estrutura está no fato de que, nos tribunais, o nexó entre essas duas figuras acaba sendo automático. Tendo isso em vista, foram analisados os julgados levantados nos Tribunais da Relação do Porto, de Coimbra e de Lisboa, cuja metodologia básica de pesquisa já foi exposta.

No Tribunal da Relação do Porto, observou-se a associação direta entre deficiência e incapacidade em 3 decisões de primeiro grau (de um total de 13) e em 2 em sede recursal (sendo que 1 delas apenas manteve o conteúdo da sentença *a quo*).

A primeira foi encontrada no processo 13569/17.1T8PRT.P1 (2019)<sup>499</sup>, que decretou a instauração de um regime de representação geral do sujeito sem a devida fundamentação da necessidade de medida tão restritiva. No Tribunal da Relação, deixando claro que a mera

---

<sup>498</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.056836-6/001**. Relator: Des. Leite Praça. Data do Julgamento: 27 de maio de 2021.

<sup>499</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 13569/17.1T8PRT.P1**. Relator: Joaquim Correia Gomes. Data de julgamento: 26 de setembro de 2019.

constatação de deficiência não é suficiente para limitar a capacidade, o relator anulou a sentença da instância anterior, compreendendo que a imposição de medida de acompanhamento requer comprovação suficientemente forte (e não meramente indiciária) de que a pessoa se encontra impedida de exercer seus direitos e cumprir seus deveres. Alegou, também, que os tribunais precisam partir da presunção de que toda pessoa adulta é capaz, tendo as medidas de acompanhamento caráter excepcional. Em suas palavras:

A medida de acompanhamento de uma pessoa maior só se justifica quando esta relevar uma inaptidão básica para autogovernar e autodeterminar a sua vida, tanto pessoal, como patrimonial, existindo factores que [...] reduzem ou eliminam a voluntariedade e consciência dos seus actos, em função dos seus juízos de capacidade, os quais devem ser aferidos em concreto e não em abstrato. Para o efeito, o tribunal deve partir de um critério realista [...], não de critérios abstratos e ficcionais a partir de modelos estanques, como são aqueles que resultam de modelos exclusivamente médicos.

Em segundo lugar, tem-se o acórdão 22295/19.6T8PRT.P1 (2021)<sup>500</sup>. Na instância originária, foi julgado procedente o pedido de acompanhamento como representação geral, limitador de direitos patrimoniais e existenciais. Negou-se, ainda, o pedido de produção de prova testemunhal da requerida. Em segundo grau, ao analisar a sentença recorrida, notou-se que fazia “meras citações dos relatórios periciais”, não comprovando a impossibilidade do indivíduo de administrar sua pessoa ou seus bens. Mais uma vez, a argumentação foi considerada insuficiente pelo tribunal, que reforçou a imprescindibilidade de apurar com rigor a situação de vulnerabilidade concreta para, apenas então, determinar a medida de acompanhamento mais proveitosa e menos invasiva. Pelo exposto, acordaram os juízes pela anulação da decisão decorrida afim de serem supridos os vícios e omissões descritos.

No processo 1050/20.6T8PRD.P1 (2021)<sup>501</sup>, o acompanhamento foi instituído na forma de representação sem a realização de perícia psiquiátrica requerida nos autos pela beneficiária. Ao contrário dos outros dois julgados, o veredito não foi reformado pelo Tribunal da Relação, que compreendeu, com fundamento no artigo 899º, nº 1 do CPC<sup>502</sup> e citando os autores Bruna Trancas, Ema Conde e Fernando Vieira, que a realização de tal exame poderia ser dispensada em um conjunto limitado de situações,

[...] nomeadamente em quadros de incapacidade extrema em que é evidente a qualquer cidadão médio, não possuidor de conhecimentos técnicos especiais, que a

<sup>500</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 13569/17.1T8PRT.P1**. Relator: Joaquim Correia Gomes. Data de julgamento: 26 de setembro de 2019.

<sup>501</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 1050/20.6T8PRD.P1**. Relator: Carlos Portela. Data de julgamento: 28 de fevereiro de 2021.

<sup>502</sup> “Artigo 899º: 1 – *Quando determinado pelo juiz*, o perito ou os peritos elaboram um relatório que precise, sempre que possível, a afeição de que sofre o beneficiário, as suas consequências, a data provável do seu início e os meios de apoio e de tratamento aconselháveis” [grifo nosso].

incapacidade grave existes. Nestes casos, dispensar-se-á não só a perícia, mas, sobretudo, o sofrimento que eventualmente este procedimento poderia causar nos familiares do beneficiário, obrigando-os – na colheita da anamnese e na observação – a reviver memórias emocionais angustiantes ou a tornar mais evidentes incapacidades que a todos são óbvias<sup>503</sup>.

A instituição do acompanhamento em sua forma mais rígida sem a perícia reivindicada pela requerida dá indícios do estabelecimento de vínculo imediato entre deficiência e incapacidade, o qual é confirmado pelos julgadores de segunda instância, que argumentam também no sentido de dispensa da perícia. Inverte-se a presunção de capacidade das pessoas maiores, compreendendo que, em certos casos, a incapacidade pode ser presumida.

Enfim, tem-se o processo 15/20.2T8OVR.P1 (2020)<sup>504</sup>, cujo problema se situa na argumentação do próprio Tribunal da Relação. Na origem, foi negado o pedido de acompanhamento. Tal decisão foi reformada em segundo grau sob a alegação de que “se [a pessoa] necessita de apoio de terceiros nas atividades da vida diária, tal significa que não consegue exercer plena e pessoalmente os direitos”, instituindo, assim, um regime de representação. Os julgadores parecem não conceber que uma pessoa pode ter doenças/deficiências, precisar de auxílio para atividades cotidianas e, ainda assim, manter intacta sua capacidade legal, em especial se tratando de deficiência sensorial e física.

No Tribunal da Relação de Coimbra, são 5 as decisões de primeiro grau (dentre 10) em que é possível constatar uma relação automática entre deficiência e incapacidade<sup>505</sup>. Por coincidência, o conteúdo das 5 é bastante parecido: a discussão recursal de todas elas gira em torno da obrigatoriedade ou não de audiência pessoal do beneficiário no processo de acompanhamento. Em primeira instância, tal procedimento foi negado 100% das vezes sob alegação de que, em certos casos, o exame pericial é suficiente para compreender a situação e o grau de incapacidade do indivíduo, não sendo necessário o contato pessoal com o juiz. No entanto, tomar uma decisão sobre medida restritiva de capacidade (que é a natureza do acompanhamento, no fim das contas) com base unicamente na perícia médica significa abrir espaço para o estabelecimento deste nexos imediato entre deficiência e incapacidade e para a perpetuação do modelo médico da deficiência. No mais, é flagrante o desrespeito à lei, vez que o artigo 897º, nº 2 do Código de Processo Civil determina a obrigatoriedade da audiência da

<sup>503</sup> TRANCAS, Bruna; CONDE, Ema; VIEIRA, Fernando. O maior (des)acompanhado e as perícias médico-legais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020, p. 134.

<sup>504</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 15/20.2T8OVR.P1**. Relator: José Carvalho. Data de julgamento: 14 de julho de 2020.

<sup>505</sup> São elas: (i) apelação nº 647/18.9T8ACB.C1 (2019); (ii) apelação nº 771/18.8T8CNT-A.C1 (2020); (iii) apelação nº 312/19.0T8CNT-A.C1 (2020); (iv) apelação nº 858/18.7T8CNT-A.C1 (2020); e (v) apelação nº 635/19.8T8CNT-A.C1 (2020).

pessoa afetada. Por essa razão, todas essas sentenças foram reformadas pelos julgadores do Tribunal da Relação, que exigiram a realização da audiência.

Para finalizar, no Tribunal da Relação de Lisboa foram encontrados 10 processos (em meio a 19 analisados, no total) com sentenças de primeiro grau que levam a pensar em uma vinculação direta entre deficiência e incapacidade. Em 3 deles, a situação é praticamente idêntica àquela descrita nos julgados do Tribunal da Relação de Coimbra, incluindo o desfecho adequado em segundo grau<sup>506</sup>.

Há 6 processos cujo objeto de discussão no Tribunal da Relação gira em torno da restrição de direitos pessoais fixada na instância originária. Nestes casos, o mais comum é que o Ministério Público seja o recorrente e as alegações apresentadas são, em geral, semelhantes: sustenta-se que, nas sentenças *a quo*, a perda genérica de direitos pessoais se baseia na mera existência de uma doença ou deficiência e que, se isso bastasse para impedir o acompanhado de exercê-los, “sua perda estaria consagrada na lei, como efeito automático da aplicação de tal medida, em vez de constituir uma exceção à regra geral de livre exercício dos direitos pessoais estipulada no n.º 1 do artigo 147.º do Código Civil”<sup>507</sup>. A ideia, repete o MP nos diversos recursos, é aplicar medida que proteja e beneficie o sujeito, e não que lhe retire o exercício de direitos fundamentais apenas por padecer de uma doença ou deficiência. Para uma restrição tão gravosa, seria fundamental demonstrar a existência de concretos impedimentos à prática de cada um desses direitos, o que não resulta das sentenças em comento.

Em 5 destes processos, o recurso é provido pelo Tribunal da Relação, determinando-se, em 4 deles, o fim da restrição de direitos pessoais (exceto do direito de testar)<sup>508</sup> e, em 1, o afastamento da incapacidade para a prática de tais direitos até que sejam produzidas novas provas e que haja a devida fundamentação<sup>509</sup>. Resta, pois, 1 acórdão dissidente, que confirmou a sentença de primeiro grau em sua integralidade, considerando suficientes as justificativas que nela constam<sup>510</sup>.

Para finalizar, tem-se o processo 18153/18.0T8LSB-B.L1-6 (2020)<sup>511</sup>, cujo tema do recurso é o suprimento do consentimento do beneficiário para que a ação de acompanhamento seja protocolada por terceiros. Na sentença *a quo*, aceitou-se o suprimento a despeito de constar na

---

<sup>506</sup> São elas: (i) apelação n.º 14219/18.4T8LSB-A.L1-7 (2019); (ii) apelação n.º 12596/17.3T8LSB-A.L1.L1-2 (2019); e (iii) apelação n.º 7182/19.6 T8ALM-A.L1-8 (2021).

<sup>507</sup> Cf.: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2**. Relator: Jorge Leal. Data de julgamento: 11 de dezembro de 2019.

<sup>508</sup> São eles: (i) apelação n.º 5539/18.9T8FNC.L1-2 (2019); (ii) apelação n.º 2990/18.8T8FNC.L1-2 (2019); (iii) apelação n.º 3570/18.3T8FNC.L1-7 (2020); e (iv) apelação n.º 3974/17.9T8FNC.L1-7 (2020).

<sup>509</sup> Trata-se da apelação n.º 5287/18.0T8FNC.L1-2 (2019).

<sup>510</sup> Trata-se da apelação n.º 4716/18.7T8FNC.L1-2 (2020).

<sup>511</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação n.º 18153/18.0T8LSB-B.L1-6**. Relator: Manuel Rodrigues. Data de julgamento: 02 de julho de 2020.

perícia que a requerida apresentava “capacidades normais de juízo e livre arbítrio, sem alterações de forma ou conteúdo do pensamento”, mantendo a utilização normal de seu discernimento e síntese crítica e preservando “inteira normalidade das capacidades mentais, tanto no plano cognitivo, como no comportamental”. O Tribunal da Relação confirmou o veredito de primeira instância, afirmando que foi correto ao considerar apenas os pressupostos de natureza processual para suprir a autorização da requerida, vez que esta tarefa “não exige uma indagação probatória tão exaustiva e um juízo tão exigente como o que é reclamado para a aplicação de uma medida de acompanhamento”, sendo suficiente “a demonstração da séria probabilidade de o beneficiário se encontrar impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos”.

Levando em conta o conteúdo da aludida perícia, questiona-se quando foi demonstrada esta séria probabilidade. O que parece, em verdade, é que mais uma vez a incapacidade da pessoa com deficiência foi presumida, ao contrário do que a lei determina, não tendo sido demonstrado que a requerida não estava em condições de fornecer seu consentimento para a instauração da ação, o que significa que o suprimento não deveria ter sido aceito.

Finaliza-se, assim, a análise dos julgados portugueses. É claro que uma pesquisa jurisprudencial desta natureza é complexa. Afinal, avaliar a existência do estabelecimento de nexo imediato entre deficiência e incapacidade não é uma tarefa óbvia ou perfeitamente objetiva, exigindo uma busca nas entrelinhas argumentativas e guardando algum espaço para subjetividade. Ressalvado este fato, nas decisões expostas, o que se observou foi que parece frequente esta associação inadequada entre as duas figuras em primeira instância. Em segundo grau, em contrapartida, nota-se um esforço para reverter este cenário, ainda que com alguns deslizes.

#### ***4.3.4 Considerações da ONU acerca das reformas empreendidas***

Foram expostas as principais modificações atinentes à capacidade legal das pessoas com deficiência efetuadas nas ordens jurídicas do Brasil e de Portugal. Como tais reformas derivam da CDPD, importa apresentar as considerações da ONU acerca de seus conteúdos.

Em virtude do exposto no artigo 35 da Convenção, viu-se que os Estados signatários assumem o dever de submeter relatórios periódicos abrangentes acerca das medidas adotadas em cumprimento das obrigações contidas no documento internacional. Em resposta, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência elabora observações e sugestões para cada um dos países.

O Brasil enviou seu Relatório Inicial em 2010, mas a resposta da ONU veio apenas em setembro de 2015, ou seja, após a publicação do EPD, o que permitiu que as observações do Comitê abrangessem as modificações derivadas desta lei. No que tange ao artigo 12, o órgão demonstrou preocupação com o fato de o ordenamento nacional seguir contemplando, em certas circunstâncias, a substituição de vontade na tomada de decisões (em referência à manutenção da curatela, que seria contrária ao dispositivo em comento segundo a interpretação exposta na Observação Geral n. 1 do Comitê, abordada no Capítulo 3 deste trabalho). Outro problema com a regulamentação brasileira reside na necessidade de homologação judicial para a ferramenta de apoio instaurada – a tomada de decisão apoiada. Assim, a recomendação adota os seguintes termos:

O Comitê insta que o Estado Parte revogue todas as disposições legais que perpetuam o sistema de substituição na tomada de decisões. Recomenda também que adote, em consulta com organizações de pessoas com deficiência e outros prestadores de serviços, medidas concretas para substituir o sistema baseado na tomada de decisão substitutiva por um baseado no apoio, que favoreça a autonomia, a vontade e as preferências das pessoas com deficiência, em plena conformidade com o artigo 12 da Convenção. Recomenda também que todas as pessoas com deficiência que se encontrem sob custódia sejam mantidas devidamente informadas sobre o novo regime jurídico e que garanta, em todos os casos, o exercício do direito ao apoio para a tomada de decisões<sup>512</sup> [tradução nossa].

O item 2 do aludido artigo 35 dispõe que devem ser submetidos relatórios subsequentes ao inicial ao menos a cada quatro anos, para atualizar, de maneira franca e transparente, as medidas empreendidas nos ordenamentos em prol da efetivação das obrigações internacionais. No entanto, até o momento o Brasil enviou apenas um relatório. O mesmo ocorre com Portugal, cuja única submissão foi de seu Relatório Inicial, protocolado em 2011. As observações da ONU, em resposta, foram publicadas em 2016, isto é, antes da promulgação da Lei nº 49/2018, o que significa que as reformas dela decorrentes ainda não foram examinadas. Naquele contexto, o Comitê recomendou, acerca da adequação ao conteúdo do artigo 12:

[...] que o Estado Parte tome as medidas apropriadas para garantir que todas as pessoas com deficiência que foram privadas de sua capacidade legal possam exercer todos os direitos consagrados na Convenção, incluindo o direito de votar, casar, formar uma família ou administrar bens e propriedade, conforme indicado na Observação Geral n.º 1 (2014), sobre igualdade e reconhecimento perante a lei (artigo 12 da Convenção). O Comitê também recomenda que o Estado Parte revogue os regimes existentes de

<sup>512</sup> UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **Concluding observations to the initial report of Brazil**. New York: United Nations, 2016. Citação no idioma original: “The Committee urges the State party to withdraw all legal provisions that perpetuate the system of substituted decision-making. It also recommends that, in consultation with organizations of persons with disabilities and other service providers, the State party take tangible steps to replace the system of substitute decision-making with a supported decision-making model that upholds the autonomy, will and preferences of persons with disabilities in full conformity with article 12 of the Convention. It further recommends that all persons with disabilities currently under guardianship be kept duly informed about the new legal scheme and the exercise of the right to supported decision-making should be guaranteed in all cases”.



tutela total e parcial [...] e desenvolva sistemas de tomada de decisão assistida para permitir e promover a realização dos direitos das pessoas com deficiência, em conformidade com o artigo 12 da Convenção<sup>513</sup>.

O órgão das Nações Unidas manifestou, ainda, profunda preocupação com o grande número de pessoas com deficiência submetidas à interdição e à inabilitação no país, muitas vezes privadas de direitos fundamentais como de votar, casar, constituir família ou gerir bens e propriedades. No mais, avalia negativamente que as propostas de revisão da legislação que corriam à época no Estado continuavam a permitir restrições na capacidade legal<sup>514</sup>.

#### **4.3.5 Apontamentos conclusivos**

Expostas as mais relevantes novidades referentes às categorias e hipóteses de incapacidade, às modalidades de seu suprimento e aos instrumentos de apoio, assim como discussões doutrinárias e jurisprudenciais que circundam o tema, é chegado o momento de elaborar alguns apontamentos conclusivos.

Iniciando pelas mudanças no rol de incapazes, considera-se que, no Brasil, a principal vantagem da nova formulação está na revogação das hipóteses que utilizavam a deficiência como critério de modulação da capacidade. Sabe-se que, no sistema legal anterior, não havia relação de causalidade direta entre os dois conceitos, mas o regime era facilmente convertido em discriminatório, conforme se infere das análises jurisprudenciais expostas.

A exclusão do critério do discernimento, por sua vez, levanta dúvidas. Buscou-se realizar uma desassociação completa entre capacidade mental e capacidade legal, desígnio amparado pelo Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que, em sua Observação Geral nº 1, asseverou que

A capacidade legal e a capacidade mental são conceitos distintos. A capacidade legal é a capacidade de ser titular de direitos e obrigações e de exercê-los. É a chave para acessar para acessar uma participação significativa na sociedade. A capacidade mental se refere à aptidão da pessoa para tomar decisões, que naturalmente varia de um sujeito para outro e pode ser diferente em função de muitos fatores, entre eles os ambientais e sociais. [...] O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

<sup>513</sup> UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **Concluding observations to the initial report of Portugal**. New York: United Nations, 2015. Citação no idioma original: “The Committee recommends that the State party take appropriate measures to ensure that all persons with disabilities who have been deprived of their legal capacity can exercise all the rights enshrined in the Convention, including the right to vote, marry, form a family or manage assets and property, as indicated in its general comment No. 1 (2014) on equal recognition before the law (article 12 of the Convention). The Committee also recommends that the State party repeal the existing regimes of full and partial guardianship, under which a person has no or limited legal capacity, and develop systems of assisted decision-making to enable and promote the realization of the rights of persons with disabilities, in accordance with article 12 of the Convention”.

<sup>514</sup> UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **Concluding observations to the initial report of Portugal**. New York: United Nations, 2015.

Deficiência deixa claro que o “desequilíbrio mental” e outras denominações discriminatórias não são razões legítimas para negar a capacidade legal [...]. Os déficits na capacidade mental, sejam presumidos ou reais, não devem ser utilizados como justificativa para negar a capacidade legal<sup>515</sup> [tradução nossa].

A leitura desta passagem evidencia que a aludida exclusão é compatível com o intento do Comitê. No mais, o critério do discernimento sempre foi de tortuosa aplicação na jurisprudência nacional, sendo compreensíveis as razões de fundo que levaram o legislador do Estatuto a optar por sua eliminação.

Ainda assim, acredita-se que um absoluto rompimento entre capacidade mental e capacidade legal não é o melhor caminho. Ao mesmo tempo, o discernimento, da forma como era previsto e aplicado, parece incongruente com a nova sistemática. Alia-se, neste ponto, ao posicionamento de David Hosni, segundo o qual “se a ideia de discernimento diz respeito a uma situação intrínseca à pessoa, este conceito se esvazia quando a deficiência passa a ser identificada com a situação final de saúde, representada por elementos intrínsecos e extrínsecos à pessoa”<sup>516</sup>. Dessa forma, adotar uma definição biopsicossocial de deficiência e manter a antiga estrutura de incapacidades levaria a um “enorme hiato teórico que impossibilitaria a adequada apreensão do que é a incapacidade da pessoa com deficiência”<sup>517</sup>.

Ao invés de excluir completamente o nexo entre capacidade mental e capacidade legal, teria sido mais factível e apropriada uma reformulação do critério do discernimento para se adequar ao modelo biopsicossocial ou sua substituição por outro parâmetro que fosse neutro – isto é, não discriminatório, aplicável a qualquer pessoa – e que permitisse a concreta avaliação das (in)capacidades específicas do sujeito, levando em conta, por óbvio, os aspectos sociais e ambientais envolvidos na equação.

---

<sup>515</sup> UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **General comment n° 1**. New York: United Nations, 2014. Citação no idioma original: “Legal capacity and mental capacity are distinct concepts. Legal capacity is the ability to hold rights and duties (legal standing) and to exercise those rights and duties (legal agency). It is the key to accessing meaningful participation in society. Mental capacity refers to the decision-making skills of a person, which naturally vary from one person to another and may be different for a given person depending on many factors, including environmental and social factors. [...] Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, however, makes it clear that “unsoundness of mind” and other discriminatory labels are not legitimate reasons for the denial of legal capacity. [...] Perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity”.

<sup>516</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 54.

<sup>517</sup> HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 54.

Em Portugal, a manutenção da deficiência como hipótese que leva à incapacidade não soa convergente com as diretrizes da CDPD. Ainda que a associação seja indireta, é preciso considerar que, em razão do tratamento jurídico e social historicamente destinado aos sujeitos com deficiência e de toda a exclusão sistêmica a que foram submetidos, eles são erroneamente presumidos como incapazes no imaginário social e, para além, no Judiciário. Preservar sua menção expressa na lei acaba por reforçar esta ideia.

Conforme ensina Anabela Costa Leão, a discriminação se assenta, não raro, em estereótipos, que fixam identidades e racionalizam desigualdades, reforçando a exclusão em um círculo vicioso e mútuo<sup>518</sup>. Faz-se necessária uma verdadeira ruptura para encerrar este ciclo, o que, definitivamente, não se observa no novo sistema português.

Além disso, não se vislumbram vantagens no alargamento do rol de incapazes produzido pela Lei nº 49/2018. A argumentação previamente exposta, acerca de não haver mais necessidade de preocupação com a taxatividade, não convence porque o acompanhamento – assim como ocorria com a interdição e a inabilitação – resulta, sim, em restrição de direitos. Neste contexto, expandir este rol significa abrir espaço para que mais pessoas se vejam sujeitas à incapacidade, cenário oposto àquele pretendido pela Convenção.

Questão importante a ser enfrentada, em termos de adequação à CDPD, diz respeito à conservação da possibilidade de que pessoas com deficiência sejam declaradas incapazes e submetidas a mecanismos substitutivos de vontade. Em Portugal, a previsão é bastante clara neste sentido, já que a deficiência é mantida como causa indireta de incapacidade (artigo 138º) e podem ser atribuídos ao acompanhante poderes de assistência e de representação (artigo 145º, nº 2).

No Brasil, a situação é mais complexa: o EPD prevê que a pessoa com deficiência será submetida à curatela quando necessário (artigo 84, §1º). Entende-se que uma leitura conjunta deste dispositivo com os artigos 4º, III e 1.767 do Código Civil demonstra que tal ferramenta se aplica apenas a indivíduos que não podem exprimir vontade, tidos como relativamente incapazes. Ainda que, na legislação, o único critério seja a expressão de vontade, não é o que se observou nos tribunais, que seguem (i) justificando a incapacidade e a aplicação da curatela com base na diminuição/ausência de discernimento ou na mera existência da deficiência; ou (ii) afirmando ser possível que pessoas com deficiência “plenamente capazes” sejam sujeitas à curatela.

---

<sup>518</sup> LEÃO, Anabela Costa. Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 30-31.

Enfim, seja de forma expressa ou derivada de uma interpretação ampliativa, o fato é que, em ambos os ordenamentos estudados, pessoas com deficiência continuam sendo reputadas incapazes e submetidas à substituição de vontade. Este é um dos temas mais controversos a serem enfrentados na busca por respostas para o problema de pesquisa proposto. Afinal, ao preservar a possibilidade de decretação de incapacidade de pessoas com deficiência e a existência de ferramentas substitutivas, estariam Brasil e Portugal em desacordo com o disposto no artigo 12 da CDPD?

Tal indagação foi amplamente debatida ao longo do Capítulo 3 deste trabalho, e as conclusões apresentadas na ocasião são válidas para as ordens jurídicas estudadas: em suma, entende-se que a manutenção de mecanismos de substituição de vontade – cuja aplicação deriva da incapacidade – não é necessariamente contrária à CDPD. Sustenta-se que o documento internacional não obriga a extinção dos regimes de incapacidade em si, e sim a revogação de critérios discriminatórios. Justamente por este motivo, compreende-se: (i) que Portugal continuar utilizando a deficiência como medida de modulação da incapacidade é inadequado; e (ii) que, ao invés de intentar uma absoluta desassociação entre capacidade mental e capacidade legal, o legislador brasileiro poderia ter optado por manter a relação entre os dois conceitos, estabelecendo um critério neutro, não discriminatório e compatível com uma avaliação biopsicossocial.

Um sistema jurídico que prescindia por completo de ferramentas substitutivas – como prescreve o Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – não é sequer desejável, vez que não há como negar a existência de situações excepcionais que ficariam desamparadas se fosse o caso, violando o princípio da igualdade material.

No que tange às modificações nas categorias de incapacidade, viu-se que o EPD restringiu o regime absoluto aos menores de 16 anos e optou por não proibir nem permitir expressamente a representação quanto às pessoas maiores. Em uma ordem judicial na qual exceções são facilmente convertidas em regras, entende-se a escolha legislativa pela omissão (à semelhança da CDPD, inclusive), mas defende-se que, agora, a curatela do relativamente incapaz pode abranger a representação em casos limítrofes. Ressalta-se que a figura precisa ser adaptada aos novos tempos e aos princípios da CDPD, respeitando ao máximo as vontades e preferências da pessoa concreta, abandonando critérios abstratos como o “melhor interesse”. É muito importante que isso seja levado a sério pelos tribunais para que o sistema funcione de forma apropriada.

Mais uma vez na contramão da ordem jurídica brasileira, a representação foi expressamente mantida no Código Civil português, passando a ocorrer dentro do acompanhamento. Por mais que se afirme que este se limita ao necessário, considera-se que a excepcionalidade da substituição de vontade não foi devidamente evidenciada na lei.

Aliás, acerca do regime do maior acompanhado, sublinha-se a importância atribuída aos tribunais, dada a amplitude da nova medida. Mariana Fontes da Costa assinala que ficará a cargo do Judiciário o verdadeiro papel de traduzir as potencialidades abertas pelo legislador acerca da promoção da igualdade e da autodeterminação das pessoas com deficiência quanto ao exercício da sua capacidade legal<sup>519</sup>. É complexo, porém, a legislação preservar tantas hipóteses de representação (inclusive aquela que abrange todos os atos da vida civil) sem destacar sua excepcionalidade, não ressaltar em nenhum momento mecanismos de apoio que preservam a capacidade, manter a tutela e a relação equivocada com a menoridade e, ainda assim, esperar que a jurisprudência execute mudança paradigmática compatível com a CDPD.

Recorda-se: no país, mesmo após a ratificação do documento internacional, a proporção entre interdição e inabilitação era completamente desequilibrada, ocorrendo a primeira em mais de 90% dos casos. A representação geral é o que os tribunais sempre estiveram acostumados a aplicar, e a nova lei encoraja a continuidade deste cenário. Tudo isso reverbera nos dados jurisprudenciais coletados acerca do regime pós-Lei nº 49/2018, que demonstraram que a representação não é marcada por qualquer excepcionalidade, tendo sido aplicada em 100% das decisões analisadas nas quais houve decretação de acompanhamento.

No tocante à obrigação assumida em decorrência do artigo 12.3 da CDPD, os dois ordenamentos estudados buscaram instituir mecanismos de apoio ao exercício da capacidade legal, cujo lema deveria ser proteger sem incapacitar. No Brasil, foi inaugurado o instituto da tomada de decisão apoiada e, em Portugal, o regime do maior acompanhado.

Na ordem jurídica nacional, constatou-se que pessoas que encontram dificuldades no exercício da capacidade legal têm à disposição dois mecanismos diferentes: a TDA e a curatela. O indivíduo que busca a primeira para suprir suas necessidades encontra um instrumento de apoio que não resulta em incapacidade, não gerando restrições em seus direitos e liberdades. Em linhas gerais, as premissas estabelecidas pela CDPD e pelo Comitê da ONU são cumpridas, sendo privilegiada a autonomia do sujeito em diversos aspectos procedimentais e materiais.

---

<sup>519</sup> COSTA, Mariana Fontes da. O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018, p. 116.

Isso não significa que a TDA seja isenta de críticas, tendo sido expostas algumas das principais formuladas pela doutrina. Dentre as mais relevantes – compartilhada inclusive pelo referido Comitê –, tem-se a opção pela via judicial para a implementação da medida, que gera burocratização e resulta em problemas de acesso.

Neste trabalho, compreende-se que a judicialização não é, por si só, inadequada. É importante que existam ferramentas de apoio neste formato porque quanto maior a formalidade, maior a eficácia das salvaguardas implementadas. Esta não deveria ser a única alternativa disponibilizada, todavia, especialmente em um país onde o acesso à justiça por parte de pessoas com deficiência ainda é um grande problema.

Isso posto, espera-se que outros instrumentos de suporte sejam instaurados no sistema brasileiro, inclusive livres de homologação judicial. Enquanto não ocorre, sustenta-se que deve ser oferecida a possibilidade de simplificação da TDA: o EPD poderia prever uma modalidade alternativa, a ser instituída em cartório, por meio de instrumento público, na presença do notário. Isso reduziria a burocracia, os custos e a morosidade e, em alguma medida, facilitaria o acesso, tudo sem comprometer a publicidade e a segurança jurídica<sup>520</sup>.

O maior problema, no fim das contas, é que as falhas na regulamentação da tomada de decisão apoiada – assim como o apego dos aplicadores do direito ao sistema anterior – têm custado sua efetividade, afinal, a curatela vem sendo largamente priorizada pelos tribunais.

Neste ponto, é preciso tomar cuidado para não tentar justificar o afastamento de plano da TDA tal qual estabelecida pelo Estatuto pelos motivos errados. Sim, há obstáculos pertinentes na sua aplicação e podem ser apontadas falhas em sua previsão legal, mas é preciso algum esforço por parte da doutrina e da jurisprudência para que a ferramenta não seja completamente descartada sem o oferecimento de alternativas, mantendo-se, na prática, o cenário anterior.

É importante esclarecer que, neste trabalho, a curatela não é compreendida como forma de apoio: é medida restritiva de capacidade aplicada àqueles tidos como relativamente incapazes. Conforme posicionamento delineado no Capítulo 3, mecanismos de apoio e de substituição de vontade funcionam sob lógicas completamente distintas, sendo regidos por princípios divergentes (até mesmo opostos, em certos casos). Assim, embora possam coexistir paralelamente, não se confundem: ao tentar encaixar a curatela dentro do modelo de apoio

---

<sup>520</sup> A sugestão da modalidade de tomada de decisão apoiada instaurada em cartório também está presente em: LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 173.

brasileiro, esvazia-se grande parte das premissas e principais características deste; banalizando ainda mais uma medida que já vem sendo aplicada em demasia no Judiciário.

Em Portugal, a ferramenta anunciada como de apoio é o supracitado acompanhamento de maiores. Pensado para substituir a interdição e a inabilitação, seu maior problema é que as pessoas a ele sujeitas continuam sendo tratadas como incapazes pelo ordenamento lusitano, tendo seus direitos e liberdades limitados.

Concluiu-se, ao longo da pesquisa, que o acompanhamento não constitui, de fato, um mecanismo de apoio nos moldes desenhados pela CDPD, já que a consequência imediata da sua implementação continua sendo a incapacidade. Isso fica claro quando observados os resultados da análise jurisprudencial realizada, mas também (i) na manutenção expressa do regime de representação, sem a devida excepcionalidade; (ii) na aplicação do regime de tutela, com remissão para a menoridade; (iii) na previsão de subsidiariedade da medida, que não faria sentido se fosse mero apoio, que não resulta em restrição de direitos e liberdades; e, por fim, (iv) nos dispositivos legais que continuam a se referir ao maior acompanhado como incapaz.

O posicionamento adotado é reforçado pelo fato de que a inserção de um regime propriamente de apoio simplesmente inexiste na lei: é preciso presumir que ele está incluído na última alínea do artigo 145º, nº 2, que fala sobre “intervenções de outro tipo”. Por óbvio, não há como afirmar que esta disposição completamente genérica – que nos julgados analisados assume desde a forma de apoio até de internamento compulsório – transforma o acompanhamento em ferramenta de suporte.

As demais características do acompanhamento também não convergem, em sua maioria, com as propostas do Comitê da ONU, visto que não é deixado espaço suficiente de autonomia para a pessoa afetada, a qual, além de não manter sua capacidade, não possui legitimidade ativa exclusiva para propor a medida e não pode findá-la a qualquer tempo. No mais, sua indicação para o cargo de acompanhante não é vinculante, podendo o juiz decidir de forma diversa.

Essas informações levam a concluir que o país europeu, mesmo sob vigência da Lei nº 49/2018, não possui nenhum mecanismo institucional vocacionado a apoiar a pessoa com deficiência sem que sua capacidade legal seja diminuída ou excluída. Para auxiliar esses indivíduos sem restringir seus direitos e liberdades, restam apenas as redes informais de suporte, compostas pelas famílias, vizinhanças, organizações não governamentais, dentre outras fontes. Não há qualquer problema na existência desses arranjos informais, eles são fundamentais. A questão é que este encargo não deveria recair desproporcionalmente sobre a sociedade: o Estado

precisa assumir uma posição ativa para garantir um apoio que não incapacite, em especial diante das obrigações internacionalmente assumidas.

Levando em conta que o acompanhamento restringe a capacidade, não se cogita a possibilidade de sua aplicação extrajudicial, mas é certo que tanto o Brasil quanto Portugal se beneficiariam de ferramentas desta natureza, assim como da interação entre redes informais de suporte e aquelas implementadas pelo Estado. É preciso fornecer os meios para as relações informais desta natureza cumpram seu papel e as salvaguardas para fiscalizar e prevenir abusos.

Ainda falando em salvaguardas, menciona-se que a reforma portuguesa foi mais eficiente ao prever a revisão periódica do acompanhamento de cinco em cinco anos, no mínimo. Estabelecer um lapso temporal determinado para rever o conteúdo estabelecido é muito importante para que não se perpetuem no tempo medidas obsoletas diante de eventual progressão ou regressão no quadro que gerou a incapacidade. No EPD, não há disposição parelha relativa à curatela.

Mais uma diferença entre a legislação nacional e a estrangeira está no espaço de discricionariedade reservado ao Judiciário na delimitação das medidas de proteção das pessoas com deficiência. Em Portugal, o formato assumido pelo acompanhamento fica completamente a cargo do juiz, em termos de intensidade e em relação ao âmbito de aplicação (direitos patrimoniais e/ou existenciais). Preserva-se, em suma, a característica do sistema anterior, no qual o magistrado também não ficava vinculado ao pedido de interdição ou de inabilitação, podendo decretar aquele que considerasse mais adequado ao caso concreto.

A doutrina portuguesa, em geral, celebra a instauração de um modelo em que, no Judiciário, tem-se a liberdade de adequar as medidas à situação concreta da pessoa. De fato, é de extrema importância a flexibilidade e a consideração das particulares necessidades do sujeito, mas é preciso recordar que isso já era permitido, em grande medida, pela inabilitação; ela apenas era subutilizada, sendo preterida em relação à interdição, esta sim com consequências rigidamente pré-fixadas em lei.

Acerca do assunto, questiona-se, ainda, se é apropriado que o juiz tenha plena liberdade para determinar uma medida mais restritiva do que aquela que consta no pedido. Considerando a hipótese de a própria pessoa entrar com a ação de acompanhamento, ela pode requerer a assistência para atos específicos (para os quais se sinta inapta ou vulnerável) e receber uma sentença de representação geral, que a restrinja até mesmo da prática de direitos pessoais, excluindo por completo sua capacidade de fato. Ainda que seja outro legitimado a protocolar o pedido, a verdade é que, durante o processo, em geral, o juiz apenas tem acesso aos dados



alegados na inicial (que requerem medida menos intrusiva), a uma audiência pessoal e a uma perícia médica. Indaga-se: tais procedimentos bastam para justificar uma restrição de direitos ainda mais intensa do que a originalmente pretendida? Não há resposta simples, mas sequer foram encontrados questionamentos nesse sentido na doutrina, e é importante ao menos refletir sobre o tema.

No Brasil, como curatela e tomada de decisão apoiada são procedimentos distintos, a discricionariedade dos aplicadores do direito é menor. Não obstante, há quem defenda a fungibilidade entre ambas, o que aumentaria esta margem. Entende-se, porém, que seria um erro aceitar a fungibilidade em razão da incompatibilidade e de todas as diferenças principiológicas, materiais e processuais existentes entre a ferramenta de apoio e a de substituição de vontade<sup>521</sup>.

Mais um tema complexo gira em torno da incapacidade para a prática de atos extrapatrimoniais. As leis portuguesa e brasileira buscaram resguardar o livre exercício de direitos desta natureza por parte das pessoas com deficiência. Em Portugal, a mudança em relação ao regime prévio é sutil: antes, a decretação de interdição e de inabilitação por anomalia psíquica tinha como efeito imediato a restrição desses direitos. Agora, ainda que seja declarada a necessidade de representação geral, a presunção é de que a esfera pessoal não é afetada, sendo necessária previsão expressa em contrário. Admite-se que certas circunstâncias (excepcionais, vale repetir) impossibilitam o exercício de direitos pessoais, mas a lei não determina quais são elas e não impõe qualquer ônus argumentativo ao julgador nestes casos, o que torna a proteção deste âmbito insuficiente.

Por outro lado, a contenção da curatela aos atos de natureza patrimonial e negocial na ordem jurídica pátria também é polêmica. Ao mesmo tempo que a opção legislativa de resguardar a esfera pessoal parece apropriada aos princípios da CDPD, indaga-se como lidar com certas situações em que decisões existenciais precisam ser tomadas e a pessoa afetada não pode fazê-lo. É preciso refletir, por exemplo, sobre violações a direitos de personalidade de sujeito que não pode exprimir vontade. Como garantir a proteção e dar fim à ofensa se um terceiro não puder tomar a decisão?

Este trabalho não conseguiu chegar a uma solução que prescindisse por completo de mecanismos substitutivos no que tange à esfera existencial. Logo, entende-se como inadequada

---

<sup>521</sup> Para maior aprofundamento no tema da fungibilidade, recomenda-se: LARA, Mariana Alves; GUIMARÃES, Luíza Resende. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da fungibilidade. In: LARA, Mariana; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Cristina Monteiro; RODRIGUES JR., Walsir Edson. **Direito das Famílias e das Sucessões: Contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC Minas, UFMG e UFOP.** Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

a previsão estanque de que a curatela não pode atingir estes direitos em nenhuma hipótese. No entanto, em muitos casos nos quais é alegada a necessidade de representação para a prática de atos extrapatrimoniais, a instauração da tomada de decisão apoiada seria suficiente. Os tribunais brasileiros não parecem considerar a possibilidade de aplicar a curatela para atos patrimoniais e a TDA para os existenciais, por exemplo.

Elucidados todos esses tópicos, é preciso comentar que, apesar das questões narradas acerca da reforma empreendida em Portugal, grande parte dos doutrinadores do país considera que a Lei nº 49/2018 respondeu positivamente aos problemas anteriormente existentes. É o caso de António Pinto Monteiro, que alega encontrar princípios e ideias que defendeu ao longo dos anos amparados na reforma operada. Do ponto de vista do autor, a lei acolheu a mudança de paradigma e se afastou do modelo de tomada de decisões por substituição, mas com realismo, permitindo o recurso à representação legal no interesse do necessitado e quando não houver alternativa<sup>522</sup>.

Mafalda Miranda Barbosa também sustenta que foi efetuada a passagem para um modelo de apoio que privilegia a capacidade legal das pessoas com deficiência. Ela acredita ter havido uma “revolução copernicana” no ordenamento português, traduzida na flexibilidade do regime inaugurado. Alguns argumentos construídos pela autora, porém, são meramente retóricos e circulares, como quando afirma que “o acompanhado é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício (e, em última instância, à privação desta capacidade)”<sup>523</sup>.

A impressão é que, algumas vezes, tenta-se enxergar uma grande virada na ordem jurídica lusitana que uma análise detida mostra que não existe. Por mais que a reforma tenha trazido certos avanços e pontos positivos, certamente não é o bastante para garantir a autonomia das pessoas com deficiência e para contribuir na luta contra a discriminação, a marginalização e a subestimação histórica a que este grupo foi e continua sendo exposto. Nas palavras de Geraldo Rocha Ribeiro:

O sistema do maior acompanhado tem que se construir enquanto realização da garantia de liberdade de autodeterminação de interesses do beneficiário e tutela contra intervenções paternalistas e heterodeterminadas dos interesses daquele. A não se alcançar este desiderato, a limitar-se a uma aplicação estritamente formalista ou adaptada de velhas práticas e métodos, estaremos a corporizar a privação de direitos

---

<sup>522</sup> MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei. 49/2018. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 2, 2019, p. 10.

<sup>523</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, 2019, p. 1479.

civis de pessoas a quem o Estado tem uma obrigação fundamental de assegurar efectivamente a sua não discriminação e a concretização da sua plena dignidade<sup>524</sup>.

Na comunidade jurídica brasileira, também pode ser notada esta divisão de posicionamentos entre celebrar os avanços do EPD e pontuar suas falhas. No primeiro grupo, argumenta-se que o Estatuto reflete de maneira apropriada o espírito da CDPD<sup>525</sup> e que as modificações efetuadas são bem-vindas no intuito de garantir a dignidade e a autonomia das pessoas com deficiência. Daí que, associado à Convenção, ele não deixaria esta parcela da população desamparada ou desassistida<sup>526</sup>. No espectro oposto – formado por aqueles que evidenciam os equívocos da nova lei –, chega-se a falar em “destruição da teoria das incapacidades” e a descrever a Lei nº 13.146 como “inaceitável, cruel e absurda”, pois entendem que retira proteção das pessoas com deficiência<sup>527</sup> e que não traz nenhuma vantagem para seus beneficiários no âmbito do regime das incapacidades<sup>528</sup>.

Na pesquisa bibliográfica realizada para esta dissertação, percebeu-se que as críticas tecidas ao EPD são, em regra, mais severas do que aquelas formuladas tendo em vista a Lei nº 49/2018. Apesar disso, na comparação entre as duas legislações, acredita-se que o Estatuto apresenta uma tentativa mais próxima das regras e princípios contidos na CDPD no tocante à capacidade legal das pessoas com deficiência. Não se busca, com o exposto, isentar o ordenamento brasileiro dos erros cometidos, que, sem dúvidas, são relevantes e merecem enfrentamento. Mas é preciso refletir sobre as razões pelas quais a manutenção do *status quo* não gera tanto incômodo quanto a possível desproteção.

Para finalizar, recorda-se que um estudo de direito comparado não se atém à legislação. Assim, por mais que se sustente que o EPD melhor coaduna com as obrigações internacionalmente assumidas, é preciso reconhecer que o novo regime brasileiro não tem obtido sucesso na prática judicial: os estudos jurisprudenciais demonstraram que, com frequência, os aplicadores do direito (inclusive de tribunais superiores) têm tomado decisões como se ainda estivessem sob a égide do modelo anterior.

---

<sup>524</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha. O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020, p. 68.

<sup>525</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística**, Rio de Janeiro, n. 1, 2015, p. 28.

<sup>526</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, 2016, p. 590.

<sup>527</sup> Cf.: KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 2015.

<sup>528</sup> Cf.: SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015.

Em Portugal, em contrapartida, embora ainda seja notável a existência de uma cultura da representação geral, observa-se uma maior preocupação em cumprir as disposições advindas da Lei nº 49/2018. Há, por exemplo, especificações bem mais detalhadas sobre quais os atos para os quais o indivíduo fica incapaz e sujeito à representação. Mas, no fim das contas, este é o ponto: a regra continua sendo que ele seja incapaz e sujeito à representação.

## CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representa a consolidação, a nível global, de uma nova abordagem social e jurídica voltada a esta parcela da população. Seu advento se insere em uma fase de especificação dos direitos humanos e de superação da tônica de proteção geral e abstrata, assentada na igualdade formal, que regeu esta disciplina durante longo período.

Assim sendo, a tratativa concedida às pessoas com deficiência no âmbito internacional atinge uma etapa em que emergem direitos voltados à inclusão social, com ênfase na relação do sujeito com o meio e, conseqüentemente, na necessidade de eliminar barreiras sociais e atitudinais que possam obstaculizar o pleno exercício de seus direitos.

No contexto descrito, perde força o modelo médico de compreensão da deficiência, que situava as desvantagens enfrentadas pelos sujeitos com deficiência exclusivamente em suas características pessoais, exigindo que se reabilitassem e se adaptassem a uma sociedade que não foi construída para atendê-los e que não se preocupava em fazê-lo. Pelo contrário, era conivente com a exclusão sistemática a que eram submetidos e com a anulação de sua autonomia. Em seu lugar, ascende uma concepção biopsicossocial, que descreve a deficiência como um fenômeno complexo e multidimensional, resultado da interação entre as lesões do indivíduo e seu entorno físico e social. Percebe-se que são integrados fatores de funcionamento do corpo com fatores ambientais, unindo traços do modelo médico e do modelo social “puro”.

A positivação, no texto convencional, de um conceito de deficiência pensado sob lentes biopsicossociais impacta todo o conteúdo do documento, que precisa ser interpretado de acordo com as premissas deste modelo. Dessa forma, entende-se que direcionar eventuais intervenções somente para o indivíduo não resolve os problemas existentes, pois estes estão, em grande medida, atrelados à opressão social.

Um dos fatores determinantes para esta (e outras) mudanças paradigmáticas constantes na CDPD foi a possibilidade, até então inédita em escala similar, de participação das próprias pessoas com deficiência (por intermédio de organizações da sociedade civil) no processo de elaboração do tratado. Certamente a Convenção não teria assumido o mesmo formato se não fosse esta característica, fundamental para afastar a visão excessivamente paternalista que marcava o tratamento jurídico conferido a este grupo de indivíduos, assim como para o fortalecimento de uma abordagem focada em sua autonomia, e não apenas na proteção.

Atestou-se que compatibilizar estes dois princípios é tarefa complexa. O tema da autonomia das pessoas com deficiência mental e intelectual sempre foi desafiador para filósofos

e juristas que a ele se dedicaram. No ideário liberal, havia uma íntima conexão entre razão, dignidade e autonomia (desenhada por Kant e que influenciou uma série de estudiosos do assunto), que levava a um entendimento restritivo e individualista da última. A marca da humanidade era posicionada sobre a capacidade de raciocinar e se entendia que nada além da racionalidade determinava o valor das pessoas. Admitia-se, por conseguinte, a exclusão sistêmica dos “menos racionais”, aos quais, durante longo período, foram direcionadas unicamente políticas de bem-estar baseadas na caridade, e não na justiça.

Diante desses problemas, surgem novas propostas de compreensão da autonomia, como aquelas voltadas a uma visão relacional da figura, que assumem a condição constitutiva da dependência na natureza humana. Desconstrói-se, assim, a imagem de que apenas pessoas com deficiência são dependentes, afinal, todos os sujeitos estão imersos em relações de suporte e exercem sua autonomia porque inseridos em ambientes que o permitem. O reconhecimento da importância deste aspecto contextual leva a entender que este grupo de pessoas poderia ter sua autonomia potencializada com o apoio apropriado.

Admitir que todos os seres humanos são interdependentes é um passo importante, mas é preciso atenção para que a conformação com a dependência das pessoas com deficiência (que, em geral, será qualitativamente diferente das demais) não impeça a realização de todos os esforços para que desenvolvam sua autonomia e vivam conforme suas próprias ideias e vontades na máxima medida possível. O apoio e o cuidado não podem ser negligenciados, mas precisam ser pensados para facilitar a autonomia, jamais para sufocá-la. A ideia não é abrir mão da autonomia como objetivo, mas redesenhá-la para que pessoas com deficiência também tenham o potencial de desenvolvê-la com o devido suporte.

Quando se fala do equilíbrio entre autonomia e proteção, pensa-se imediatamente no instituto das incapacidades. Viu-se que o mais polêmico dispositivo da CDPD trata justamente deste tema: o artigo 12 reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais e, além disso, determina a passagem de um sistema de substituição para um de apoio ao exercício daquela capacidade.

Revela-se, então, uma interseção entre os assuntos levantados. Conforme lições advindas do modelo biopsicossocial, há fatores da experiência da deficiência que são socialmente construídos. A dependência não foge à regra, sendo edificada e mantida, em parte, por instituições e práticas opressivas que obstaculizam sua superação, mesmo quando esta é viável. Dessa forma, uma compreensão relacional de autonomia opera, também, sublinhando a relevância das intervenções no mundo social para torná-lo mais acessível. O artigo 12 da

Convenção, ao obrigar os Estados signatários a instituir mecanismos de apoio, demonstra-se um importante aliado neste desígnio.

A inauguração de uma lógica alicerçada no apoio ao exercício da capacidade legal carrega consigo parte considerável da transformação intentada pela CDPD. É por intermédio do suporte que se torna factível a fruição e o exercício desta capacidade e de todos os demais direitos constantes no documento.

As determinações do referido artigo geraram transformações significativas nos regimes de incapacidade vigentes ao redor do mundo. Assim, foi gerada a necessidade de os Estados adequarem seus ordenamentos internos para cumprirem as obrigações assumidas. Nesta dissertação, optou-se pela realização de uma pesquisa de direito comparado que buscou avaliar em que medida os ditames sobre capacidade legal estabelecidos pela CDPD foram adequadamente transpostos para os ordenamentos jurídicos internos do Brasil e de Portugal.

Em prol de responder este problema, era fundamental, antes, compreender o sentido e o alcance da expressão “capacidade legal” positivada no texto convencional, pois apenas assim seria possível determinar se as reformas efetuadas pelos dois países foram adequadas e cumpriram sua função. A partir de uma análise dos trabalhos preparatórios do artigo 12 e de posicionamentos de órgãos oficiais das Nações Unidas (como a Oficina do Alto Comissariado e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), concluiu-se que a “capacidade legal” abarca as dimensões estática (de direito) e dinâmica (de fato).

Isso não implica, no entanto, uma absoluta proibição de que pessoas com deficiência sejam declaradas incapazes de fato e submetidas a mecanismo substitutivos de vontade. Esta conclusão é amparada, por exemplo, pelo fato de que, durante os debates sobre a formulação do artigo 12, muitas delegações que eram contrárias a mencionar a representação não repudiavam sua existência em casos excepcionais. Alegava-se que não deveria haver proibição nem promoção de ferramentas de substituição na Convenção, fomentando o emprego prioritário do apoio. Infere-se que a ideia não era que o tratado excluísse totalmente medidas de substituição, mas sim que estas não fossem incentivadas em seu texto, visto que sua aplicação deve ser excepcional (mesmo).

Além disso, a Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas, chamada durante o processo de formulação do artigo para preparar um parecer sobre o significado da capacidade legal, esclareceu que o conceito incluía, sim, a capacidade de fato, mas que o exercício desta poderia ser restringido de acordo com a idade ou com a aptidão para compreender o sentido e as consequências das próprias ações. Este documento serviu como base para as discussões

subsequentes, e foi com respaldo neste entendimento que os Estados aceitaram o texto final; compreendendo que, apesar da capacidade legal abarcar a dimensão do exercício dos direitos, esta poderia ser limitada em casos excepcionais.

O artigo 12(2), portanto, não prevê um direito absoluto à capacidade legal por parte das pessoas com deficiência, e sim uma garantida de igualdade em seu exercício. Dentro do contexto da CDPD, este princípio não pode ser compreendido sob seu viés meramente formal, como sinônimo de tratamento idêntico para todos os indivíduos, porque isso resultaria em situações injustas, com muitas pessoas com deficiência acabando desamparadas. Não há como fugir do fato de que existem sujeitos cujas necessidades não serão supridas com apoio, e o Estado não pode se omitir nestes casos, afinal, “deve-se respeitar a autonomia da pessoa com deficiência no alcance de suas possibilidades, mas também deve-se protegê-la na medida de suas vulnerabilidades”<sup>529</sup>.

Consequentemente, não há uma total impossibilidade de representação, porque, para alguns indivíduos, este será o único regime viável. Conforme asseverado, o melhor arranjo em prol de alcançar a igualdade material é aquele apto a suprir as necessidades mais distintas.

Isso posto, é preciso ter sempre em mente que a incapacidade não pode ser decretada em razão da existência de uma deficiência: a partir de uma compreensão biopsicossocial desta, quaisquer restrições de direitos que tenham justificativas centradas exclusivamente nas limitações pessoais do sujeito, sem considerar barreiras externas, são contrárias à Convenção.

Para além, é evidente que os mecanismos de substituição de vontade precisam ser repensados à luz da principiologia da CDPD, deixando de lado critérios objetivos e abstratos (como o do “melhor interesse”) e levando em conta, na máxima medida, as vontades e objetivos do sujeito concreto. Tais medidas precisam, também, ser acompanhadas das mais variadas salvaguardas, devendo incidir pelo menor prazo possível e ser periodicamente revistas, para avaliar se, com o tempo, não se tornaram insuficientes ou excessivas. Recorda-se o entendimento de que as salvaguardas constantes no artigo 12(4) do pacto internacional também se aplicam a ferramentas de substituição (além do apoio).

Por fim, não se pode perder de vista que, seja sob um regime de representação ou de suporte, deve haver um constante incentivo ao desenvolvimento da autonomia da pessoa afetada, com vistas a um futuro em que estas medidas não sejam mais necessárias (embora se saiba que esta não é uma realidade aplicável a todos os casos).

---

<sup>529</sup> RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIRO, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 83.



Defende-se, pois, a possibilidade de coexistência entre mecanismos de apoio e de substituição. No entanto, em razão da flagrante incompatibilidade entre os princípios que regem estes dois arranjos, os segundos devem ser situados fora do marco do modelo de suporte. Partindo desta premissa, a representação não deve ser descrita como um grau mais severo de apoio. O eufemismo não tem força de alterar a realidade: o regime instaurado pelo artigo 12(3) da CDPD supõe a criação e o desenvolvimento de ferramentas voltadas a garantir o exercício da capacidade legal pela própria pessoa com deficiência, situação que não coaduna com o estabelecimento de medidas restritivas desta mesma capacidade.

Em suma, entende-se que é possível a atribuição excepcional de incapacidade a sujeitos com deficiência – assim como a quaisquer outros – desde que amparada por critérios neutros, que não decorram da deficiência e que sejam voltados à proteção daqueles para quem o apoio não basta; sempre respeitando os princípios da legitimidade, da proporcionalidade e da não discriminação. Sustentar a existência de um sistema de substituição de vontade apartado do modelo de apoio tem como objetivo ir contra a banalização de medidas restritivas, porque tentar encaixar dentro de uma mesma lógica ferramentas tão distintas tem o potencial lesivo de esvaziar o sentido do apoio e de relativizar a excepcionalidade da substituição.

Tendo em vista estas conclusões preliminares – acerca do significado (i) da própria deficiência; (ii) da autonomia que deve ser buscada e compatibilizada com a proteção dentro dos sistemas de incapacidade; e (iii) do alcance do termo “capacidade legal” – é que teve início a efetiva análise das ordens jurídicas brasileira e portuguesa.

Ressalta-se que, antes do advento das reformas legislativas inspiradas pela CDPD, Brasil e Portugal regulavam a disciplina das capacidades/incapacidades de maneira semelhante: ambos presumiam (em teoria) a capacidade plena de todas as pessoas maiores de idade, inclusive daquelas com deficiência, mas permitiam a limitação ou exclusão da dimensão de exercício com base no grau de prejuízo do discernimento. Observava-se, então, uma equivalência funcional entre o regime do interdito (em Portugal) e o do absolutamente incapaz (no Brasil), assim como entre aquele destinado aos inabilitados (em Portugal) e aos relativamente incapazes (no Brasil).

Até mesmo nos desvios de aplicação destes regimes as similaridades se faziam presentes: na lei, a incapacidade total era pensada como último recurso, devendo ser priorizada a parcial (a qual já seria exceção, dada a presunção de capacidade plena, mas esta também não era respeitada no tocante às pessoas com deficiência); mas, na jurisprudência, constatou-se que

esta excepcionalidade não era atendida, existindo uma inegável cultura da interdição total nos dois Estados.

No que tange às normas regentes após a Lei brasileira nº 13.146/2015 e à Lei portuguesa nº 49/2018, é preciso dizer que os dois países seguiram por caminhos divergentes em praticamente todas as opções legislativas possíveis.

Quanto às hipóteses de incapacidade, o Brasil restringiu seu rol e Portugal o ampliou. No que se refere às categorias, o Brasil excluiu o regime absoluto para maiores de idade e Portugal manteve todas as possibilidades existentes na legislação prévia, ainda que com nomes diferentes para os institutos. Enquanto o Brasil excluiu qualquer menção à deficiência, Portugal manteve-a como critério indireto de modulação da incapacidade. Na implementação do apoio, o Brasil optou por inaugurar uma ferramenta específica com este objetivo, a TDA, e preservar a existência da curatela paralelamente; em contrapartida, Portugal adotou um único mecanismo, o acompanhamento, que deveria abarcar desde o mero suporte até a representação.

Partindo para uma avaliação específica dos mecanismos (aleadamente) de apoio, importa ressaltar que a TDA possui uma compatibilidade muito maior com as diretrizes da Convenção e com as características enumeradas pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A medida está disponível para todas as pessoas, podendo ser requisitada com intensidades variadas; tem como premissa o respeito pelas vontades e preferências do próprio sujeito; não é utilizada como justificativa para a limitação de direitos; e a pessoa com deficiência pode solicitar, no Judiciário, sua modificação ou extinção a qualquer tempo. Privilegia-se, portanto, a autonomia do indivíduo em diversos aspectos procedimentais e materiais. O maior problema da TDA está mesmo em sua burocratização, que além de torná-la inacessível para uma parte dos sujeitos que poderia dela se beneficiar, gera seu desprestígio no Judiciário, que acaba preferindo, em larguíssima escala, a curatela.

Por sua vez, o acompanhamento falha em todos os requisitos (desenhados pela CDPD e pelo referido Comitê) para que um instrumento seja considerado de apoio. Conclui-se, então, que o país não inaugurou qualquer mecanismo de suporte ao exercício da capacidade legal. O acompanhamento nada mais é do que a unificação da interdição e da inabilitação em uma única figura com um nome diferente para afastar o caráter estigmatizante atrelado aos institutos anteriores. A verdade, porém, é que o estigma tende a perdurar, visto que não houve mudança efetiva de conteúdo, ainda sendo estabelecida uma relação de causalidade entre deficiência e incapacidade (que na lei é indireta, mas nos tribunais se revela, com frequência, automática).

O sistema jurídico português parece não ter compreendido a ideia do apoio inaugurado pela Convenção, partindo de pressupostos errôneos em sua implementação. O quadro é grave porque o acesso ao apoio é condição essencial ao exercício dos direitos fundamentais e de todos aqueles garantidos na CDPD para as pessoas com deficiência. Sem apoio, aumenta consideravelmente o risco de segregação e de prolongar a vulnerabilidade de uma população historicamente discriminada.

É este o risco que assume o país europeu ao deixar as pessoas com deficiência sem nenhum mecanismo de suporte institucionalizado (já que, ao regular o acompanhamento, esta modalidade sequer é citada); risco este que se comprova com a análise jurisprudencial, na qual se verificou que, em 100% das decisões nas quais o acompanhamento foi decretado, ele assumiu a forma da representação (com restrição do exercício de direitos pessoais na ampla maioria), tolhendo em grande medida a autonomia desses sujeitos.

A inauguração de um modelo de apoio é um dos mais importantes tópicos da CDPD. Como representa uma mudança significativa e estrutural, sua implementação e efetividade tem encontrado obstáculos nos ordenamentos domésticos, como é o caso da TDA no Brasil, que não vem sendo utilizada. Se mesmo na ordem jurídica nacional (na qual o suporte é expressamente previsto, com detalhamentos materiais e processuais), a efetividade tem sido um problema, é evidente que, em regimes como o de Portugal (no qual o apoio sequer aparece na lei, ficando possivelmente implícito em uma única alínea genérica), a medida não terá eficácia social, sendo sempre preterida em relação aos instrumentos de substituição de vontade.

Não obstante a diferença entre a TDA e o acompanhamento em termos de adequação à CDPD, é preciso lembrar que o Brasil manteve a figura da curatela, que é restritiva de capacidade. Reitera-se que, neste trabalho, a curatela não é compreendida como forma de apoio, justamente em razão das supracitadas diferenças irreconciliáveis entre mecanismos de apoio e aqueles voltados à substituição. As duas figuras funcionam sob lógicas diversas e, embora possam coexistir paralelamente, não se confundem: a curatela é medida que limita a capacidade e que pode redundar em assistência ou em representação, não se encaixando em nenhuma das diretrizes de apoio previstas na CDPD e desenhadas pelo Comitê da ONU. Assim sendo, não há motivo para tentar encaixá-la dentro da lógica do suporte, porque isso pode levar à banalização de uma medida que, viu-se, já vem sendo excessivamente aplicada nos tribunais. Sua excepcionalidade deveria ser sempre evidenciada, e isso se torna difícil se ela é pensada dentro do marco do modelo de apoio, no qual não tem tanta força o princípio da subsidiariedade.

Ainda sobre a curatela, há que se falar sobre sua contenção à esfera patrimonial e negocial. Em virtude da compreensão da deficiência como fenômeno complexo e multifacetado, entende-se tal previsão como inapropriada, pois a delimitação não deveria ser pensada fora das circunstâncias de cada caso. Há uma série de variáveis – pessoais e sociais – que convergem para delimitar as necessidades de cada indivíduo e, eventualmente, existirão situações excepcionais em que a medida terá que incidir sobre direitos existenciais. É preciso considerar, no entanto, que o apoio segue sendo muito negligenciado neste sentido: antes de requerer a curatela para atos extrapatrimoniais, é necessário averiguar se a tomada de decisão apoiada (que pode operar em conjunto com a curatela da esfera econômica) não seria suficiente para solucionar o caso concreto.

Todas essas informações foram colhidas com o intuito de auxiliar a compreender se os ditames sobre a capacidade legal estabelecidos pelo artigo 12 da CDPD foram adequadamente internalizados pelo Brasil e por Portugal. A análise confirma que nenhum dos dois ordenamentos realizou esta transposição de forma completamente eficiente, mas por razões diversas. No Brasil, a regulamentação é marcada por falhas de coerência e pelo potencial de gerar desproteção das pessoas com deficiência em determinados aspectos. Em Portugal, as modificações parecem atingir mais a terminologia dos institutos do que o seu conteúdo.

O EPD pretendeu uma reforma mais ambiciosa na ordem jurídica brasileira, mas certas decisões – como o absoluto rompimento entre capacidade legal e capacidade mental e a limitação *a priori* da curatela à esfera patrimonial e negocial – indicam que a mudança pode ter sido audaciosa em demasia. Como consequência, temendo as repercussões do novo regime (e também com excessivo apego ao anterior e à alegada segurança jurídica que ele garantia), os tribunais continuam aplicando a lógica prévia, ainda que *contra legem*, criando um enorme hiato entre a lei escrita e a jurisprudência. Em Portugal, esta lacuna não é tão expressiva, mas isso é reflexo do fato de que não foram implementadas alterações significativas na legislação e muito menos na jurisprudência, vislumbrando-se certa falta de coerência entre os objetivos anunciados para a reforma (“proteger sem incapacitar”) e sua concretização nas normas do novo diploma legal.

Feitas estas considerações, ao avaliar ambas as reformas legislativas como um todo, conclui-se que, no Brasil, os erros são mais pontuais. Um exame global do novo regime lusitano denuncia que não há muita coisa, de fato, nova. Interdição e inabilitação foram apenas unificadas com uma nova nomenclatura. Com a mudança terminológica, alguns avanços foram implementados: o acompanhamento é medida mais flexível, que pode ser requerida pela própria

pessoa afetada (sendo necessário seu consentimento para que um terceiro o faça, a não ser que o tribunal opte por supri-lo), a qual também pode sugerir seus acompanhantes. Há, no mais, uma correta previsão de revisão periódica. Estes são pontos positivos em relação à estruturação prévia, na qual o sujeito era relegado a uma posição completamente passiva, mas certamente ainda ficam aquém de uma adequação às disposições da CDPD.

É por essas razões que, em Portugal, o erro soa mais estrutural: conserva-se a maior parte das premissas e consequências anteriormente postas, claramente inapropriadas à luz da Convenção. A mudança na nomenclatura não altera a realidade. A semântica da linguagem é muito importante, não há dúvidas, mas excluir as expressões “interdição” e “inabilitação” porque carregam consigo carga pejorativa associada à incapacidade e manter a aproximação do acompanhamento com esta mesma incapacidade não faz sentido. Ademais, se a linguagem é tão poderosa, alguns termos estigmatizantes poderiam ter sido evitados, como “demência notória”<sup>530</sup> e “perturbação mental notória”<sup>531</sup>.

A regulamentação brasileira contém, sim, erros e lacunas que merecem enfrentamento. Compreende-se, por exemplo, que seriam necessárias modificações legislativas no que se refere à delimitação da incidência da curatela e à opção pela expressão de vontade como único critério para a decretação da incapacidade. Neste último caso, o melhor caminho seria a adoção de um parâmetro neutro e não-discriminatório, mas que não se divorciasse por completo da capacidade mental. Nos demais casos, acredita-se que as falhas são passíveis de serem contornadas.

A tarefa não é fácil e exige muito dos aplicadores do direito, mas este esforço é apenas o esperado diante de mudanças tão significativas. Nesse sentido, é indispensável o fornecimento de programas de formação para aqueles que atuam no Poder Judiciário acerca das transformações paradigmáticas no tratamento jurídico voltado à deficiência, dado que a reforma disposta no EPD pode cair em desuso se não forem abandonados certos pressupostos, como a ligação automática entre deficiência e incapacidade e a ideia de que a proteção deve sempre se sobrepor à autonomia desses sujeitos.

Pelos motivos expostos, não se compreende quando parte dos estudiosos brasileiros parece pronta para abraçar o modelo antigo em nome da coerência perdida. Até porque, por mais coerência interna que existisse, não havia coesão sistêmica, já que aquele regime também não funcionava na prática: a proporção de incapacidades absolutas em relação às relativas era absurda; a pessoa com deficiência assumia posição demasiadamente passiva no processo de

---

<sup>530</sup> O termo aparece nos artigos 1601º e 1643º do Código Civil.

<sup>531</sup> O termo aparece nos artigos 1850º, 1861º e 1933º do Código Civil.

interdição; suas vontades eram constantemente desconsideradas sem justificativa para tal; e não havia nenhum mecanismo estatal disponível apto a proteger sem incapacitar.

Discorda-se, portanto, de quem considera que presumir a existência de discernimento de todas as pessoas com deficiência é mais perigoso e potencialmente lesivo do que continuar sufocando sua autonomia. O esforço deve ser empreendido para funcionalizar a nova disciplina – em especial dentro do Judiciário, que precisa ser melhor preparado para lidar com as alterações empreendidas –, e não para retornar a um modelo defasado.

Enfim, apesar dos equívocos, sustenta-se que o legislador do EPD internalizou de forma mais satisfatória o alcance e o significado do reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais; compreendendo o conceito como englobante das dimensões de direito e de fato. Em Portugal, o dispositivo parece ter sido assimilado apenas sob o enfoque da titularidade; afinal, se a capacidade de fato estivesse sendo garantida a este grupo de indivíduos de maneira igualitária, não haveria necessidade de menção expressa à deficiência como causa de incapacidade e o apoio no exercício daquela seria garantido pelo Estado. Nas entrelinhas da lei portuguesa, a incapacidade continua sendo uma presunção para esses indivíduos.

Nesta dissertação, o direito comparado foi empregado tendo em conta a importância de conhecer experiências levadas a cabo em outras ordens jurídicas para aprender com os erros externos e para considerar a viabilidade de soluções bem-sucedidas que poderiam vingar em solo nacional. Sob essa inspiração, acredita-se que o maior aprendizado a ser assimilado a partir do ordenamento lusitano – para além de questões pontuais, como a previsão de revisão periódica de medidas restritivas de capacidade – é que modificações meramente terminológicas, não focadas no conteúdo, são muito prejudiciais para pessoas com deficiência. Quando ocorrem, constrói-se a falsa impressão de que o problema foi resolvido, quando, em verdade, perpetua-se a injustiça e a discriminação de forma velada.

No mais, demonstra-se que a tentativa de unificar medidas de apoio e de substituição dentro de um mesmo instituto não funciona na prática. Banaliza-se a opção pela representação e o apoio é deixado completamente de lado (cenário agravado pela ausência de sua menção expressa na lei). Mantém-se, portanto, o posicionamento de que estes dois sistemas devem funcionar de forma apartada, o que depõe contra a corrente doutrinária e os magistrados brasileiros que defendem uma fungibilidade entre curatela e TDA.

No fim das contas, a verdade é que a compreensão da deficiência ainda está muito atrelada ao modelo médico nos dois países, o que leva à perpetuação da relação de causalidade

direta com a incapacidade. Isso significa que, em ambos, o *status quo* é mantido em grande medida. A diferença é que, em Portugal, isso é amparado pela lei; e, no Brasil, fica mais restrito ao âmbito jurisprudencial, que o faz *contra legem*. Assim sendo, na batalha travada entre proteção e autonomia, a primeira parece seguir vencendo sem esforço, não sendo a segunda devidamente acautelada, mesmo quando a legislação empenha esforços para tal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 2, 2016.

ALTMAN, Barbara. Disability Definitions, Models, Classifications Schemes, and Applications. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001.

ALVES, Rainer Grigolo; ÁVILA, Ana Paula de Oliveira; BRUST-RENCK, Priscila Goergen. Os direitos humanos e o direito civil: diretivas da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para um regime inclusivo da capacidade civil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 131, 2016.

ALVES, Raúl Guichard. Alguns aspectos do instituto da interdição. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

ANDRADE, Daniel de Pádua Andrade. Apontamentos sobre a tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ANJOS, Mário Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v. 2, n. 2, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: Princípios gerais. In: DIAS, Joelson et al. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

ASÍS, Rafael de. Sobre la capacidad. In PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco (org.). **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 2012.

BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2020.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Dificuldades resultantes da Lei nº 49/2018. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 1, 2019.

BARIFFI, Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014.

BARISON, Mônica Santos. **Judicialização da questão social: um estudo a partir dos processos de interdição das pessoas com transtornos mentais**. 2015. 290 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.



BARISON, Mônica Santos; GONÇALVES, Rafael Soares. Judicialização da questão social e a banalização da interdição de pessoas com transtornos mentais. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 125, 2016.

BARRANCO, María del Carmen; CUENCA; Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. **Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V**. Madrid, 2012.

BJORNSDÓTTIR, Kristín; STEFÁNSDÓTTIR, Guorun; STEFÁNSDÓTTIR. It's my life: autonomy and people with intellectual disabilities. **Journal of Intellectual Disabilities**, London, v. 19, n. 1, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRADDOCK, David; PARISH, Susan. An Institutional History of Disability. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo**, São Paulo, v. 50, 1955.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.423/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 27 de abril de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.056836-6/001**. Relator: Des. Leite Praça. Data do Julgamento: 27 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.038783-3/001**. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Data de Julgamento: 17 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (19ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.056836-6/001**. Relator: Des. Leite Praça. Data do Julgamento: 27 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0701.15.042176-9/001**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior. Data de julgamento: 03 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.18.057653-0/001**. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Data do julgamento: 14 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.065296-2/001**. Relator: Des. Albergaria Costa. Data do julgamento: 25 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Arguição de inconstitucionalidade nº 1.0000.17.034419-6/002**. Relatora: Des. Márcia Milanez. Data de julgamento: 14 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.444262-8/0001**. Relator: Des. Roberto Apolinário de Castro. Data de julgamento: 13 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (5ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.024516-3/001**. Relatora: Des. Áurea Brasil. Data de Julgamento: 01 de julho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.007244-3/001**. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Data de Julgamento: 16 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.18.080340-5/001**. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes. Data de julgamento: 18 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0000.21.010184-6/001**. Relator: Des. Belizário de Lacerda. Data de Julgamento: 30 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 1.0720.16.006327-0/001**. Relator: Des. Fábio Torres de Sousa. Data de julgamento: 12 de março de 2020.

BRESOLIN, Keberson. Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas. **Conjectura: Filosofia e Educação**, Caxias do Sul, v. 18, n. 3, 2013.

CALERO, Carlos Marín. Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad. In: PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Franciso. **Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Ediar, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatórios do Seminário nacional sobre a banalização da interdição judicial no Brasil**. Brasília, 2007.

CAMPOS, Luciana Cristina de. **Sob o signo da curatela**: as relações entre família, justiça e medicina em torno dos processos de interdição por diagnósticos de doenças mentais. 2015. 99 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2015.

CARLSON, Licia. Cognitive Ableism and Disability Studies: Feminist Reflections on the History of Mental Retardation. **Hypatia**, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001.

CARLSON, Licia. **The Faces of Intellectual Disability: Philosophical Reflections**. Bloomington: Indiana UP, 2010.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIROZ, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro**. 2013. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

CELIK, Elif. The role of CRPD in rethinking human rights subject. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 21, n. 7, 2017.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. **Parecer sobre a proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação**. Lisboa, 2018.

CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, v. 3, n. 3, 2018.

COSTA, Mariana Fontes da. O reconhecimento da proibição do excesso como critério delimitador das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja**. Logroño, v. 24, 2012.

DAVY, Laura. Between an ethic of care and an ethic of autonomy: negotiating relational autonomy, disability and dependency. **Angelaki**, Sydney, v. 24, n. 3, 2019.

DAVY, Laura. Philosophical Inclusive Design: Intellectual Disability and the Limits of Individual Autonomy in Moral and Political Theory. **Hypatia**, Cambridge, v. 30, n. 1, 2015.

DEGENER, Theresia. A human rights model disability. **Research Gate**, [s.l.], 2017.

DEGENER, Theresia. Disability in a Human Rights Context, **Laws**, Basel, v. 5, n. 35, 2016.

DEL VILLAR, Katrine. Should Supported Decision-Making Replace Substituted Decision-Making? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Coercive Treatment under Queensland's Mental Health Act 2000. **Laws**, Basel, v. 4, 2015.

DELGADO, Janet. Re-thinking relational autonomy: Challenging the triumph of autonomy through vulnerability. **Bioethics Update**, Mexico City, v. 5, 2019.

DEMENCHONOK, Edward. Rethinking Kant's Concept of Concept of Human Rights as Freedom. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo v. 13, n. 2, 2012.

DHANDA, Amita. Constructing a New Human Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **International Journal on Human Rights**, São Paulo, n. 8, 2008.

DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. 13, n. 1.

DHANDA, Amita. Legal Capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? **Syracuse Journal of International Law and Commerce**. Syracuse, v. 34, 2007.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia. Artigo 2: Definições. In: DIAS, Joelson et al. (Org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, 2009.

ELLS, Carollyn; HUNT, Matthew; CHAMBERS-EVANS, Jane. Relational autonomy as an essential component of patient-centered care. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, Indiana, v. 4, n. 2, 2011.

ELLS, Carolyn. Lessons About Autonomy form the Experience of Disability. **Social Theory and Practice**, Tallahassee, v. 27, n. 4, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FONTÁN, Otilia del Carmen Zito. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: un llamado a la conscientización social. In: FONTÁN, Otilia del Carmen Zito. **Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

FOUGEYROLLAS, Patrick; BEAUREGAR, Line. An Interactive Person-Environment Social Creation. In: ALBRECHT, Gary; SEELMAN, Katherine; BURY, Michael (eds.). **Handbook of Disability Studies**. London: Sage Publications, 2001.

FREITAG, Bárbara. **Itinerários de Antígona: a questão da moralidade**. Campinas: Papirus, 2005.

GARY, Mercer. Dignity and Disability: Toward a Relational Approach. **Philosophy Theses**, Atlanta, v. 5, n. 2, 2017.

GAUDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, 2016.

GOODING, Piers. Navigating the ‘Flashing Amber Lights’ of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns. **Human Rights Law Review**, Oxford, v. 15, n. 1, 2015.

GRABY, Steve; GREENSTEIN, Anat. Relational autonomy and disability: beyond normative constructs and post-structuralist deconstructions, In: MALLETT, Rebecca; OGDEN, Cassandra; SLATER, Jenny (Eds.) **Precarious Positions: Theorizing Normalcy and the Mundane**. Chester: University of Chester Press, 2016.

GUSTIN, Miracy. **Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: The MIT, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Moral Development and Ego Identity. **Telos**, Washington, n. 24, 1975.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo – Volume 1**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOLZSCHEITER, Anna. Discourse as capability: Non-state actors’ capital in global governance. Millennium. **Journal of International Studies**, London, v. 33, n. 3, 2005.

HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e Fundamentação da Incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina Carvalho; LARA, Mariana (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

JACKSON, Mary Ann. Models Of Disability And Human Rights: Informing The Improvement Of Built Environment Accessibility For People With Disabilities At Neighborhood Scale, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018.

JERÓNIMO, Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa Uminho, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

KANTER, Arlene. The Americans with Disabilities Acts at 25 Years: lessons to learn from the Convention on the Rights of People with Disabilities. **Drake Law Review**, v. 63, 2015.

KENDALL, Elizabeth; CLAPTON, Jayne. Autonomy and participation in rehabilitation: Time for a new paradigm? **Disability and Rehabilitation**, Brisbane, v. 24, n. 18, 2002.

KITTAY, Eva Feder. When Caring is Just and Justice is Caring: Justice and Mental Retardation. **Public Culture**, Durham, v. 13, n. 3, 2001.

KITTAY, Eva Feder. **Love's Labor: Essays on Woman, Equality and Dependency**. New York: Routledge, 1999.

KITTAY, Eva Feder. The Ethics of Care, Dependence and Disability. **Ratio Juris**, Oxford, v. 24, n. 1, 2011.

KITTAY, Eva Feder; CARLSON, Licia (eds.). **Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy**. Massachusetts: Wiley-Blackwell, 2010.

KITTAY, Eva Feder. As the Margins of Moral Personhood. **Ethics**, Chicago, v. 116, n. 1, 2005.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Development of Comparative Law in Latin America. In: REIMANN, Mathians; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 2015.

LANÇA, Hugo Cunha. A capacidade de agir da pessoa com deficiência: proposta hermenêutica da norma relativa ao maior acompanhado. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 23, n. 9, 2019.

LARA, Mariana Alves. **Capacidade Civil e Deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LARA, Mariana Alves. **O Direito à Liberdade de Uso e (Auto)Manipulação do Corpo**. 2012. 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

LARA, Mariana Alves; GUIMARÃES, Luíza Resende. A coexistência entre curatela e tomada de decisão apoiada: semelhanças, diferenças e a questão da fungibilidade. In: LARA, Mariana; ALMEIDA, Renata Barbosa de; MAFRA, Cristina Monteiro; RODRIGUES JR., Walsir Edson. **Direito das Famílias e das Sucessões: Contribuições acadêmicas dos programas de pós-graduação em Direito da FDMC, PUC Minas, UFMG e UFOP**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

LARA, Mariana Alves; QUEIROZ, Fabio Pereira. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LEÃO, Anabela Costa. Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Volume 1**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

LÖVE, Laufey et al. The Inclusion of the Lived Experience of Disability in Policy Making, **Laws**, Basel, v. 6, n. 33, 2018.

MARQUES, Flávia da Terra. Tomada de Decisão Apoiada e Amministrazione di Sostegno: análise comparada, perspectivas materiais e jurisprudenciais. In: VIEIRA, Marcelo de Mello; LARA, Mariana Alves (orgs.). **O Direito Civil nos Tribunais Superiores: Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2020.

MARQUES, Sofia; VIEIRA, Fernando. Proteção da autonomia na incapacidade: novas exigências ao regime jurídico português. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 34, 2018.

MCSHERRY, Bernadette. Legal capacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Journal of Law and Medicine**, Sidney, v. 20, n. 22, 2012.

MELISH, Tara. The UN Disability Convention: Historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify. **Human Rights Brief**, v. 14, n. 2, 2007.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a insuficiência dos critérios do *status*, do resultado da conduta e da funcionalidade. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 2, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística**, Rio de Janeiro, n. 1, 2015.

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. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 9, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, 2016.

MINKOWITZ, Tina. CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], v. 4, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado – Breve apresentação da Lei. 49/2018. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 2, 2019.

MONTEIRO, António Pinto. O Código Civil Português entre o elogio passado e um olhar sobre o futuro. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 4002, 2017.

MORAES, Walter. Conceção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**, Brasília, n. 2, 2000.

MORRIS, Jenny. Impairment and Disability Constructing. **Hypatia**, Cambridge, v. 16, n. 4, 2001.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 34º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2016.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 37º período de sesiones**. Nueva York: Naciones Unidas, 2017.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 01**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

NACIONES UNIDAS. Oficina del Ato Comisionado. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Guía de formación**. Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da capacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, 2016.

NEVES, Alexandra Chícara. Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual: a nova concepção de pessoa com deficiência. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e inabilitação: jurisdição civil e processual civil e comercial**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

NUSSBAUM, Martha. Capabilities and Disabilities: Justice for Mentally Disabled Citizens. **Philosophical Topics**, Fayetteville, v. 30, n. 2, 2002.

ORDEM DOS ADVOGADOS. **Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei nº 110/XIII**: Estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação. Lisboa, 2018.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008.

PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: Cinca, 2007.

PALACIOS, Agustina. **Seminario Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos**. Universidad Carlos III. Madrid, 2010.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad em la diversidad funcional**. Madrid: Diversitas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 7, 1955.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 26 ed. Rev. Atual Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Ray. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, 2009.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres: incapacidades e suprimimento: a visão do jurista. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas e Direitos Humanos, **Revista USP**, São Paulo, n. 69, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. **Apelação nº 123/15.1T8CS.C1.1**. Relator: Luís Cravo. Data de julgamento: 12 de dezembro de 2012.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 1713/12.0TJLSB-A.L1-1**. Relator: Pedro Brighton. Data de julgamento: 19 de fevereiro de 2013.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 18153/18.0T8LSB-B.L1-6**. Relator: Manuel Rodrigues. Data do julgamento: 02 de julho de 2020.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 3020/08.3YXLSB.L1-7**. Relator: Luis Espirito Santo. Data de julgamento: 09 de setembro de 2014.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Apelação nº 5539/18.9T8FNC.L1-2**. Relator: Jorge Leal. Data de julgamento: 11 de dezembro de 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 1050/20.6T8PRD.P1**. Relator: Carlos Portela. Data de julgamento: 28 de fevereiro de 2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 1206/11.2TJPRT.01**. Relator: Ana Paula Amorim. Data de julgamento: 20 de maio de 2013.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 13569/17.1T8PRT.P1.I**. Relator: Joaquim Correia Gomes. Data do julgamento: 26 de setembro de 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Apelação nº 15/20.2T8OVR.P1**. Relator: José Carvalho. Data de julgamento: 14 de julho de 2020.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS. **Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 110/XIII**. Lisboa, 2018.

QUINN, George; ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention. In: GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (eds.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (orgs.). **The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability**. New York: United Nations, 2002.

RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 77, n. 9, 1980.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, 2016.

REYES, María Soledad Cisternas. **Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global**. Anuario de Derechos Humanos, nº 15. Santiago: 2015.

RIBEIRO, Alanna; BRITTO, Nara. *Soft Law e Hard Law* como caminho para afirmação do direito à proteção de dados: uma análise da experiência internacional e brasileira. **Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia**, Brasília, 2018.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: QUEIRO, Fabio; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Gabriela Cunha (coord.). **Interdição e Inabilitação: Jurisdição Civil e Processual Civil e Comercial**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

SAMUEL, Geoffrey. **An introduction to Comparative Law Theory and Method**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SANTOS, Francieli Lunelli. História da deficiência: do modelo biomédico ao modelo biopsicossocial – concepções, limites e possibilidades. **Anais Eletrônicos do XVI Encontro Regional de História**. Ponta Grossa, 2018.

SAVIGNY, Friederich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual** – Tomo II. Madrid: Góngora y Compañía, 1878.

SÊCO, Thaís. F. Tenório. **A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade**. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

SEOANE, José Antonio. Que és una persona con discapacidade?. **Papeles de Filosofía**. Santiago de Compostela, v. 30, n. 1, 2011.

SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. **International Journal of Law and Psychiatry**, Dublin, n. 40.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVERS, Anita. An Essay on Modeling: The Social Model of Disability. In: RALSTON, Christian; HO, Justin Hubert (eds). **Philosophical Reflections on Disability**. Dordrecht: Springer, 2010.

SILVERS, Anita. Reconciling Equality to Difference: Caring (F)or Justice for People with Disabilities. **Hipatyá**, Cambridge, v. 10, n. 1, 1995.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, São Paulo, n. 2, 1999.

SZMUKLER, George; BACH, Michael. Mental Health Disabilities and Human Rights Protections. **Global Mental Health**, Cambridge, v. 2, n. 20, 2015.

TOURAINÉ, Alan. **Crítica de la modernidad**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

TRANCAS, Bruna; CONDE, Ema; VIEIRA, Fernando. O maior (des)acompanhado e as perícias médico-legais. **Revista Julgar**, Lisboa, n. 41, 2020.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **Concluding observations to the initial report of Brazil**. New York: United Nations, 2016.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **Concluding observations to the initial report of Portugal**. New York: United Nations, 2015.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. **General Comment nº 1: Equal recognition before the law**. New York: United Nations, 2014.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the First Session**. New York: United Nations, 2002.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Second Session**. New York: United Nations, 2003.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Fourth Session**. New York: United Nations, 2004.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Sixth Session**. New York: United Nations, 2005.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Report of the Eighth Session**. New York: United Nations, 2006.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Third Session**. New York: United Nations, 2004.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Fifth Session**. New York: United Nations, 2005.

UNITED NATIONS. General Assembly. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. **Daily Summary of Discussions of the Seventh Session**. New York: United Nations, 2006.

UPIAS. **Fundamental Principles of Disability**. London: Union of the Physically Impaired Against Segregation, 1976.

URBINA, Paola A. Los sistemas de apoyo como facilitadores del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. **Thomson Reuters**. [s.l.], v. 44, 2018.

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

VÍTOR, Paula Távora. Os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída. In: NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa. **Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência**. Porto: CJE, 2018.

WEHMEYER, Michael et al. The Intellectual Disability Construct and its Relation to Human Functioning. **Intellectual and Developmental Disabilities**, v. 46, n. 4, 2008.

WENDELL, Susan. **The Rejected Body**: Feminist, philosophical reflections on disability. New York: Routledge, 1996.

WENDELL, Susan. Toward a Feminist Theory of Disability. **Hypatia**, Cambridge, v. 4, n. 2, 1989.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLTERSTOFF, Nicholas. **Justice: Rights and Wrongs**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WOODBURN, Hanna, Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation on the UN Convention on the Rights of Persos with Disabilities. **Political Perspectives**, Washington, v. 7, n. 1, 2013.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ZARIAS, Alexandre. **Negócio Público e Interesse Privado**: a análise dos processos de interdição. 2005. 218 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2005.

ZARIAS, Alexandre. **Negócio Público e interesses privados**: a interdição civil e os dramas de família. São Paulo: Hucitc/Anpocs, 2005.

ZATTI, Vicente. **Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2007.