

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA: MEDIDAS DE APOIO E GARANTIA PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELLECTUAL E MENTAL¹

Maria Aparecida Gugel²

Definir uma pessoa somente pelo que ela não pode fazer ou em função de suas limitações pressupõe estender o rótulo de inútil ou inservível a humanidade inteira. Praticamente todo ser humano tem limitações para desenvolver algumas atividades: cantar, cálculos matemáticos, orientar-se em algum lugar novo, correr, praticar esportes, dançar, memorizar dados, recitar poesia, cozinhar, fazer trabalho manual. Para a maioria das pessoas é irrelevante o fato de ter limitações para a realização de certas atividades. Historicamente as pessoas com deficiência foram rotuladas com ênfase nas atividades que não podem realizar, ao contrário de ressaltar as atividades que podem desenvolver sem dificuldades (COURTIS, 2003).

RESUMO: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao reconhecer a importância da autonomia e independência individuais das pessoas com deficiência, inclusive a liberdade para fazer as próprias escolhas, impõe novos alinhamentos no sistema jurídico do Brasil, especialmente sobre a capacidade civil. A Lei Brasileira da Inclusão das Pessoas com Deficiência traz essa nova visão com novos paradigmas de apoio e garantias para o exercício do direito das pessoas com deficiência intelectual e mental em igualdade de condições com as demais pessoas por meio da tomada de decisão apoiada e curatela.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência intelectual; capacidade civil; tomada de decisão apoiada; curatela.

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) consolida princípios e valores assentados na dignidade da pessoa humana, e pavimenta os direitos das pessoas com deficiência em diferentes domínios como a educação, a saúde, o trabalho, entre tantos outros. Baseia-se (artigo 1º) nos comandos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas, Decreto Legislativo nº 6.949/2009, norma de natureza constitucional que reconhece perante a sociedade mundial a importância da autonomia e da independência individual da pessoa com deficiência e, sobretudo, a liberdade para fazer suas próprias escolhas.

Em relação à capacidade legal da pessoa com deficiência, prevista no Artigo 12 da CDPD³, a LBI promoveu, por obrigação protocolar (Artigo 4, item 1, letra b da CDPD), mudanças na concepção

¹ Artigo elaborado para o 26º Congresso Nacional das Apaes realizado em novembro/2017 em Natal-RN.

² Subprocuradora-geral do Trabalho; Doutora pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Facoltà di Giurisprudenza, Autonomia Individuale e Collettiva, Roma, Italia; Membro Colaborador do Núcleo de Atuação Especial em Acessibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público (Neace/CNMP) e do GT7/CDDF/CNMP.

³ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Artigo 12 – Reconhecimento igual perante a lei

civilista sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência, especialmente nos artigos 6º, 84 e 85⁴ que asseguram o direito ao exercício dessa capacidade para praticar todos os atos da vida. Quando necessário e para resguardar direitos, a LBI requalificou a medida de proteção por meio da curatela e criou nova salvaguarda com a tomada de decisão apoiada, sempre com a determinação de preservação do exercício dos direitos civis.

CAPACIDADE LEGAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, O QUE SIGNIFICA?

Inicialmente, é importante refletir sobre os motivos que levaram à mudança de visão em relação à capacidade legal da pessoa com deficiência - especialmente a pessoa com deficiência intelectual relacionada ao *déficit* cognitivo e a pessoas com deficiência mental relacionada à saúde mental - inserida na CDPD e na LBI de maneira a encorajar a sociedade brasileira (principalmente a comunidade jurídica) a sustentar a eficácia das novas medidas e, por outro lado, desencorajar a proposição de leis que retrocedam os seus conteúdos.

Entre doutrinadores mundiais há uma nova percepção sobre o conceito de dignidade humana relacionado à pessoa com deficiência. O modelo estandardizado e sempre agregado ao conceito de normalidade foi repensado de forma a conter efetivamente o respeito à diversidade humana que intrinsecamente tem diferentes capacidades, potencialidades e possibilidades.

O que se (re)argumenta é sobre a concepção (antiga) de dignidade e de valor das pessoas que sempre esteve atrela ao papel que assumem (e o quanto contribuem) na sociedade. O que se questiona é a origem da concepção de capacidade da pessoa: ela é natural ou foi construída?

-
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 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.

⁴ Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84 A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85 A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Obviamente que foi construída. O exemplo está na pessoa considerada talentosa que pode assim ser reconhecida porque teve acesso e oportunidade para desenvolver-se, contrariamente a uma pessoa com deficiência (ou uma pessoa sem talento) que não teve oportunidade ou acesso à formação que não terá o mesmo reconhecimento. A pessoa talentosa, com capacidade de raciocinar e comunicar é mais digna que a outra? O que o movimento de pessoas com deficiência deseja “é uma caracterização universal da dignidade que abarque dignidade igual para todas as pessoas” (Palacios, 2008, p. 162), incluídas as pessoas com deficiência com suas próprias características.

Segundo o atual pensamento filosófico da americana Martha Craven Nussbaum (2007), não mais se podem aplicar velhas teorias e sim reconhecer a igual dignidade para as pessoas com deficiência, sua autonomia e potencialidades. A dignidade não pode mais se basear em atributos das pessoas, como a razão ou outras habilidades específicas.

Michael Stein (2007), por sua vez propõe a teoria dos direitos humanos da pessoa com deficiência e defende que ela merece ter todos meios necessários para desenvolver seus próprios talentos, devendo a sociedade reconhecê-la segundo os seus valores inerentes e não só a contribuição decorrente de suas habilidades individuais. Isso significa afirmar que também são consideradas as habilidades das pessoas mais vulneráveis (a pessoa com deficiência intelectual, por exemplo). Ou seja, as pessoas com deficiência têm direito a iguais oportunidades por razões humanas e não porque são mais ou menos talentosas ou funcionais ou porque colaboram mais ou menos para a sociedade.

Outro ponto a ser considerado é o reconhecimento da dignidade humana da pessoa com deficiência a partir da autonomia e independência, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas. A autonomia diz respeito ao espaço de cada pessoa para, sem restrições, agir voluntariamente. Palacios (2008) afirma que o valor da autonomia se baseia no pressuposto prévio de uma capacidade de ação e de comportamento autodirigido e que se apoia na imagem da pessoa moralmente livre. Essa liberdade moral é implícita à pessoa, qualquer pessoa. Trata-se, segundo Rafael de Asís (2004), em quem Palacios se apoia, de um momento individual no qual se edificam planos e projetos de vida de acordo com suas necessidades e que estarão condicionados ao empenho de cada um ao contexto social.

A reorientação trazida pela CDPD sobre a noção de dignidade humana para as pessoas com deficiência, implica afirmar que se forem mantidas as velhas formulações, indiscutivelmente, a pessoa com deficiência que não se aproxima da “normalidade” não terá capacidade para ela mesma exercer com plenitude os seus direitos. A capacidade civil das pessoas com deficiência na perspectiva da CDPD é plena e ocorre em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida – pressuposto geral: a capacidade civil é plena.

Qualquer restrição ao gozo dessa capacidade (na antiga forma de interdição de direitos) é nula. Inverteu-se a ótica, rompeu-se com a teoria civilista das incapacidades prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil que construíra as diferentes capacidades. Embora em 2002 tenha ocorrido uma pequena mudança com a previsão da capacidade relativa como regra, ela não foi suficiente porque ainda manteve o espírito norteador da referida teoria, acompanhada da prática judicial que optava por permanecer na mesma situação, ou seja fomentar o rótulo de pessoa incapaz e decretar a interdição de toda sorte de direitos. Os novos institutos previstos pela LBI – a tomada de decisão apoiada e a curatela - não são compatíveis com esse passado.

Nessa nova visão o que importa é a pessoa, ela é o sujeito do direito e terá sempre a garantia do exercício desse direito, por ela própria ou por meio de apoio. O apoio instrumentaliza o exercício da capacidade legal para que possa efetivamente viver com autonomia – trata-se da aplicação do princípio da dignidade/igualdade real ou dignidade/inclusão. Daí porque a CDPD determina que para o exercício da capacidade civil sejam criadas salvaguardas, medidas de proteção ou institutos que garantam o exercício dos direitos, tendo como critérios absolutos o respeito à vontade e às preferências das pessoas. As salvaguardas devem ser isentas de conflito de interesses e de

influência indevida; proporcional e apropriada à circunstância da pessoa e fixada por um período de tempo, o mais curto possível – primeiro pressuposto.

E porque a pessoa com deficiência muda no decorrer da vida, com igual perspectiva da evolução do ser humano, o comando da CDPD determina a revisão sistemática de referidas salvaguardas – segundo pressuposto.

Portanto, a capacidade civil da pessoa com deficiência é o pressuposto básico e a partir dele são definidas as regras para as medidas de proteção ou salvaguardas de forma a garantir o exercício dos direitos, seja com a tomada de decisão apoiada, seja com a curatela.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A tomada de decisão apoiada é um novo instituto que apoia a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa com deficiência mental a decidir sobre qualquer assunto relacionado aos seus direitos. É, como consta do artigo 84 da LBI, uma garantia para o exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

O novo instituto processual que está previsto no parágrafo 2º do artigo 84 da LBI como faculdade da pessoa com deficiência, foi construído inteiramente no artigo 116 da LBI, introduzindo-se no Código Civil como um novo artigo, o 1783-A.

Trata-se de um processo judicial autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica seus dois apoiadores de confiança que serão nomeados pelo juiz. Para todo o processo o juiz será assistido por uma equipe multiprofissional com profissionais da área da deficiência do interessado – nesse aspecto o judiciário deve ter em seus quadros referidos profissionais para a formação da equipe, bem como ter delineados os critérios para o desempenho de suas atribuições.

Os apoiadores - duas pessoas idôneas e indicadas pela pessoa com deficiência – têm como principal atribuição informar a pessoa com deficiência intelectual e\ou a pessoa com deficiência mental com todos os elementos necessários de maneira a que possa formar a compreensão, tomar parte da decisão e, assim, exercer seus direitos, por exemplo em relação ao regime de casamento, à maternidade/paternidade, às transações bancárias e comerciais, entre outros.

Do processo judicial de tomada de decisão apoiada participam, além da parte interessada e das duas pessoas indicadas como apoiadoras, o juiz, assistido por uma equipe multidisciplinar, e o Ministério Público.

O pedido de tomada de decisão apoiada deve ser redigido em petição escrita, por meio de advogado ou defensor público, com a indicação dos dois apoiadores e dos limites do apoio, além do prazo de vigência para a prestação do apoio. Essas pessoas prestarão o compromisso de apoio para a tomada de decisão. Elas devem ter vínculos e gozar da confiança da pessoa com deficiência apoiada.

Os atos praticados pela pessoa com deficiência apoiada têm validade e efeitos sobre terceiros, sem qualquer restrição, se estiverem dentro dos limites do apoio. Se tais atos trouxerem risco ou prejuízo para a pessoa apoiada, e constatado que decorreu de divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, o juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá a questão.

Caso o apoiador for negligente na prestação do apoio ou pressionar indevidamente a pessoa com deficiência apoiada, ou ainda não cumprir com as obrigações assumidas, a pessoa com deficiência ou qualquer outra poderá denunciá-lo ao Ministério Público ou ao juiz. Se a denúncia se comprovar, o juiz destituirá o apoiador e nomeará um outro, considerando a indicação da pessoa com deficiência interessada.

A qualquer tempo a pessoa apoiada pode solicitar o término do acordo assinado em processo de tomada de decisão apoiada. O apoiador também poderá solicitar ao juiz a sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, sobre a qual o juiz deverá se manifestar.

CURATELA

Qualquer exceção ao pressuposto de que a pessoa com deficiência goza de capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas deverá ser considerada como de relativa capacidade para o exercício de um direito respectivo e legalmente previsto – o poder negocial - que tem como medida de proteção extraordinária e temporária a curatela. É a previsão do artigo 84 da LBI.

Percebe-se claramente na construção do artigo 84 que somente i) quando necessário e porque não poder exprimir a vontade, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, a qual ii) constitui medida de proteção de caráter extraordinário, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Lembre-se, conforme anotado no tópico anterior, que a capacidade civil pode ser exercida com apoio, daí a faculdade de a pessoa com deficiência exprimir sua vontade por meio da tomada de decisão apoiada, um novo paradigma para o exercício de direitos e que vale como regra geral.

Curatela é o nome que se dá ao processo judicial no qual um juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisa as necessidades de uma pessoa com deficiência intelectual ou mental adulta (com 18 anos ou mais) para o exercício de sua capacidade civil. O juiz decidirá se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso. A curatela poderá ser pleiteada por pais, tutores, cônjuge ou qualquer parente, pelo Ministério Público ou pelo próprio interessado.

A LBI no artigo 114 alterou as antigas concepções do código Civil no que diz respeito à teoria das incapacidades em relação à pessoa com deficiência. No artigo 1.767 do Código Civil revogou alusões à natureza da deficiência da pessoa e fixou que somente serão alvo da curatela a pessoa que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir a sua vontade.

Lembre-se que a expressão “exprimir a sua vontade” não diz respeito aos fatores relacionados à forma de comunicação da pessoa, mas a de dar a conhecer a sua vontade e entender o contexto na qual referida vontade está sendo expressada. Nesse contexto, não mais se admite que qualquer pessoa com deficiência intelectual (déficit cognitivo) ou com deficiência mental (saúde mental) possa estar sujeita à curatela, não, e tão somente, aquela muito comprometida, que sequer consegue exprimir a sua vontade (CNMP, 2016).

Antes de se pronunciar acerca dos termos e limites da curatela, o juiz assistido por equipe multidisciplinar entrevistará a pessoa sobre sua vida e aspirações e assim aferir a capacidade que a pessoa tem e se consegue exprimir a vontade.

Para a escolha do curador o juiz levará em conta a vontade e as preferências da pessoa. A relação entre a pessoa em situação de curatela e o curador não poderá ter qualquer conflito de interesses e de influência indevida, devendo ser proporcional e adequada às circunstâncias da pessoa, segundo o artigo 1.772 do Código Civil.

A curatela, repita-se, afeta somente os atos de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração, conforme o artigo 1.782 do Código Civil.

Não poderá ser exigida a curatela para que as pessoas com deficiência intelectual e mental acessem qualquer outro direito - o artigo 85 da LBI não dá margem a dúvidas -, especialmente àqueles direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto, além de outros direitos como por exemplo, o previdenciário relacionado à pensão por morte ou o direito assistencial ao benefício da prestação continuada.

CONCLUSÃO

Pode-se resumir assim a afetação da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental:

- A capacidade civil da pessoa com deficiência será sempre plena, igual às demais pessoas – é o **PRESSUPOSTO**.
- A pessoa com deficiência exerce sua capacidade civil por meio da tomada de decisão apoiada, quando assim o desejar segundo a sua faculdade de escolha e a expressão de sua vontade – é uma **1ª. SALVAGUARDA, REGRA GERAL**.
- A pessoa com deficiência muito comprometida e que não consegue exprimir sua vontade tem relativa capacidade para exercer direitos de natureza patrimonial e negocial por meio da curatela – é uma **2ª SALVAGUARDA EXTRAORDINÁRIA E DE EXCEÇÃO**.

REFERÊNCIAS

COURTIS, C.. *Discapacidade e inclusion social: retos teoricos y desafios practivos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003*, Revista Jueces para la Democracia, n. 51.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Tomada de decisão apoiada e curatela : medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Brasília : CNMP, 2016.

DE ASIS ROIG R.. *La incursión de la discapacidad en la teoria de los derechos: posibilidad, de educacion*, in Derecho y poder, in Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, politicas, jurídicas y filosoficas, CAMPOY CERVERA, I. (coord.), Colección Debates del Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas, n. 2, Dykinson, Madrid, 2004.

NUSSBAUM MC.. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Tamón Vila Vernis y albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación em la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad*. Colección CERMI, 2008, n. 36.

STEIN, M.A., *Disability Human Rights*, California, Law Review, vol. 95.1, 2007.