XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA II

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174
Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho
Luiz Fernando Bellinetti
Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-773-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça II, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Goiania/GO, entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, na Universidade Federal de Goiás.

O Encontro teve como pano de fundo a temática "Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo", perfeitamente adequada ao presente momento vivido pela sociedade brasileira e mundial, em que questões envolvendo o desenvolvimento e políticas públicas passam cada vez mais pela aplicação crítica das normas constitucionais.

Os artigos submetidos ao GT trataram sobre o acesso à justiça em sentido amplo, desse modo houve a abordagem quanto à justiça comum e a justiça especializada, sobretudo à Justiça do trabalho após a Lei 13.467/2017. Em todos os artigos se mostrava presente a problemática que envolve a efetividade do acesso à justiça em sentido material, ou seja, ao tratamento adequado do conflito e a sua resolução de mérito.

Desse modo, tratou-se das especificidades quanto ao acesso das crianças e adolescentes deficientes e vítimas de violência ao sistema de justiça para a garantia dos seus direitos; da ampliação da legitimação quanto ao mandado de segurança coletivo como um meio de acesso à justiça; dos riscos quanto à imposição dos honorários sucumbenciais na justiça do trabalho em relação ao acesso à justiça; da problemática (in)eficiência do Poder Judiciário para atuar com os meios complementares ou paraestatais de acesso à justiça; das questões que envolvem a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita em Goiás após a Súmula 25 do TJ-GO, e a respeito da possibilidade da adoção na Justiça do Trabalho da solução de controvérsias por meio da jurisdição voluntária, como um meio de assegurar o acesso à justiça pelos empregados. Após a apresentação desse primeiro bloco de seis trabalhos abriu-se debates, destacando-se a intervenção do prof. Antonio Gidi em relação ao mandado de segurança coletivo, tendo sido discutida a perda da sua especificidade em face do novo sistema de direito processual brasileiro, inaugurado com o Código de Processo Civil de 2015, questionou-se, ainda, a legitimação do Ministério Público para propor o Mandado de Segurança Coletivo.

O segundo bloco iniciou-se com a abordagem quanto à efetividade da tutela de direitos transindividuais por entidades sindicais com relação a eventuais prejuízos ao acesso à justiça, passando às questões a respeito do acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, sendo observada uma crítica quanto à necessidade de se assegurar a efetividade da prestação jurisdicional; apresentou-se uma proposta sobre a revisão da teoria geral do processo e seus conceitos fundamentais como forma de aprimoramento do acesso à justiça em sentido formal e material. Na sequência foi apresentada uma pesquisa que tratou da liberdade religiosa e do sacrifício de animais, com um enfoque na diferenciação entre a liberdade religiosa e a liberdade de culto; tratou-se da tomada de decisão apoiada como uma garantia de acesso à justiça; do papel da mediação de conflitos frente ao fenômeno da globalização. Retomaram-se as discussões orientadas pelos coordenadores do GT, sendo objeto de destaque o acesso à justiça do trabalho após a reforma trabalhista, sobretudo quanto à reforma sindical e a extinção da contribuição sindical. Considerou-se que no médio prazo tal medida poderá assegurar o aperfeiçoamento da representação sindical, bem como o fato de que desde a constituinte em 1988 havia se estabelecido o posicionamento de que a contribuição sindical deveria ser extinta, contudo tendo sido postergada tal medida para um momento histórico posterior.

O último bloco de apresentações iniciou com a abordagem da restrição quanto a ampliação dos direitos sociais assegurados Constitucionalmente em relação ao acesso à justiça; a questão dos ônus que foram impostos aos empregados para o acesso à justiça do trabalho após a reforma trabalhista; o aperfeiçoamento do acesso à justiça por meio da educação em direitos humanos, sendo abordada a questão do direito insurgente, e finalizando com o tratamento do problema do acesso à justiça no estado do Pará a fim de suscitar a necessidade de políticas publicas específicas.

Encerrou-se com novas discussões conduzidas pelos coordenadores do GT, sendo destacada a questão da importância de se (re)compreender o positivismo jurídico como um meio de controle das instituições judiciárias, e da interpretação da Lei, no sentido de se impedir que o sistema jurídico aberto crie restrições e instabilidades quanto a aplicação do Direito. Por sua vez, também se advertiu a respeito dos problemas políticos que afetam o Direito, sobretudo lembrando a redação do atual Código de Processo Civil, sua proposta inicial e seu estágio atual, após as alterações posteriores à sua promulgação, exemplificando com o efeito suspensivo recursal introduzido pelo artigo 1012 CPC/15.

É nosso desejo que a leitura dos trabalhos possam reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre o tema. Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente

obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas a partir dos inúmeros ensinamentos aqui presentes.

Coordenadores:

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho - UNB

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Profa. Dra. Silzia Alves de Carvalho - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UMA PERSPECTIVA SOCIAL, INCLUSIVA E FUNCIONAL

TOMA DE DECISIÓN APOYADA: UNA PERSPECTIVA SOCIAL, INCLUSIVA Y FUNCIONAL

Alexandre Walmott Borges
Loyana Christian de Lima Tomaz

Resumo

O presente trabalho versa sobre o instituto da Tomada de Decisão Apoiada por uma perspectiva funcional e de um modelo social inclusivo. Para tanto, analisou-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, partindo de um apanhado geral sobre a alteração da Teoria das Incapacidades e a inserção da medida de apoio Tomada de Decisão Apoiada, percorreu-se o art. 1783-A, do Código Civil Brasileiro, que a regula, buscando o diálogo de posicionamentos diversos. Por fim, apresentou-se os argumentos que podem ser utilizados para leitura do instituto sob esta perspectiva proposta.

Palavras-chave: Palavras-chave: tomada de decisão apoiada, Estatuto da pessoa com deficiência, Perspectiva social, inclusiva e funcional

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo versa sobre el instituto de la Toma de Decisión Apoyado por una perspectiva funcional y un modelo social inclusivo. Para ello, se analizó el Estatuto de la Persona con discapacidad, partiendo de un recuento general sobre la alteración de la Teoría de las Incapacidades y la inserción de la medida de apoyo toma de Decisión Apoyada, se recorrió el art. 1783-A, del Código Civil Brasileño, que la regula, buscando el diálogo de posicionamientos diversos. Por fin, se presentaron los argumentos que pueden utilizarse para la lectura del instituto bajo esta perspectiva propuesta.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: toma de decisión apoyada, Estatuto de la persona con discapacidad, Perspectiva social, inclusiva y funcional

INTRODUÇÃO

Os países signatários da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência vêm implementando institutos de apoio às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva. No Brasil, promulgou-se a lei n. 13.146, conhecida como "Lei Brasileira de Inclusão" ou "Estatuto da Pessoa com Deficiência", que alterou a redação de outros diplomas legislativos.

No que se refere ao sistema de apoios, em seu artigo 114, foi criada a figura da Tomada de Decisão Apoiada, incluindo o artigo 1.783-A no Código Civil Brasileiro, com o intuito de considerar os desejos e preferências das pessoas com deficiência como os sujeitos de direito que são.

A Tomada de Decisão Apoiada tem por finalidade garantir a liberdade de escolha e tomada de decisão a partir de informações claras e proporcionais às potencialidades da pessoa apoiada. O instituto deve ser visto de uma perspectiva funcional e de um modelo social inclusivo.

Neste contexto, primando pelo propósito das medidas de apoio, convém analisar o art. 1783-A do Código Civil, sob o prisma da liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva, uma vez que é a própria pessoa com deficiência que detém legitimidade para propor a Tomada de Decisão Apoiada, bem como revogá-la a qualquer momento.

Para tanto, utiliza-se do método indutivo geral, partindo-se de premissas prováveis e pensamento lógico, com o intuito de encontrar ao menos considerações sobre o tema. A pesquisa é qualitativa, ou seja, foca no caráter subjetivo do objeto analisado, estudando as suas particularidades, por meio da leitura de livros, artigos e jurisprudência sobre o assunto.

No primeiro tópico, analisou-se a instituição da Lei n. 13.146, de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), partindo para um apanhado geral sobre a alteração da Teoria das Incapacidades e a inserção da medida de apoio Tomada de Decisão Apoiada.

Em seguida, percorreu-se o art. 1783-A, que regula a Tomada de Decisão Apoiada, a partir de entendimento doutrinário e de juristas brasileiros, buscando o diálogo de posicionamentos diversos, o que enriquece os debates sobre esse assunto.

Analisou-se dos parágrafos 3º, 6º, 7º e 8º do art. 1783-A do Código Civil, buscou-se verificar se a interferência prevista nestes parágrafos pelo Juiz e pelo Ministério Público no

processo judicial de Tomada de Decisão Apoiada restringe sua função de dar liberdade às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva para exercerem seus direitos e deveres.

Por último, apresentaram-se os argumentos que podem ser utilizados para uma interpretação do instituto da Tomada de Decisão Apoiada numa perspectiva funcional, inclusiva e social.

1 - A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Ao longo da história, as pessoas com transtorno mental ou de comportamento sofreram exclusão da sociedade, padecendo de toda sorte de abusos e crueldades.

> Denota-se, portanto, que as pessoas com deficiência mental eram tratadas rebaixadas a uma categoria de sub-humanos, cidadãos de segunda classe e encarcerados sem julgamento. [...] Por força de inúmeras atrocidades cometidas em face das pessoas com deficiência, surgiram movimentos visando reconhecer a necessidade de propiciar a estes sujeitos condições para uma vida digna.
> A partir do século XVIII as pessoas com transtornos mentais ou do comportamento passam a ser vistas como doentes, e o confinamento destas pessoas passa a ser visto como algo bárbaro. (FILHO OLIVEIRA; SILVA, 2016, p.11)

No Brasil, foram cometidas enormes atrocidades contra os indivíduos portadores de transtornos mentais ou desvios de comportamento. Em seu livro intitulado "holocausto brasileiro", a jornalista mineira, Daniela Arbex, expõe a história do maior hospício brasileiro, conhecido como "colônia", localizado em Barbacena, no interior do Estado de Minas Gerais. Em 2016, o "best-seller holocausto brasileiro" foi adaptado e transformado em documentário, sendo reproduzido pela TV.

Estima-se que aproximadamente 60.000 (sessenta mil) internos do manicômio "colônia" perderam suas vidas em razão das condições subumanas de tratamento. Essa instituição foi conhecida pela segregação social realizada dentro de seus muros, pois não só pessoas acometidas de enfermidade mental foram submetidas à internação e aos tratamentos desumanos. Indivíduos sem qualquer doença, cerca de 70% (setenta por cento), mas que por algum motivo causavam constrangimento às suas famílias ou possuíam algum vício, eram enviados numa viagem sem volta para o hospital psiquiátrico "colônia" nos chamados "trens de doidos".

Sobre esse episódio, a doutrina comenta que:

> Houve – há não tanto tempo assim – no Brasil e lá fora, casos tão tristes quanto numerosos de pessoas que eram privadas de qualquer resquício de dignidade. Embora pudessem até ser formalmente capazes (à luz do direito civil), não lhes era dado parcela alguma, ainda que mínima, de autodeterminação. Podemos lembrar o caso de Barbacena, em Minas Gerais – e seu terrivelmente célebre manicômio. A cidade recebia diariamente "trens de doidos" de todas as partes do país. Vidas humanas com trajetórias diversas e terríveis acabavam ali, (às vezes era apenas uma mãe solteira rejeitada pela família). Entravam e dificilmente saiam. Privados de liberdade e sem qualquer voz. Era a autêntica morte civil entre nós (que dizemos tanto não existir; na prática existia). Note-se que tudo isso era feito, em regra, sem interdição alguma. Eram internados sem interdição. Pessoas muito diferentes acabavam tristemente lá (alguns, sem dúvida, com sérios problemas mentais; outros, porém, talvez a maioria, apenas párias sociais). Uma coisa é certa: depois de entrar, perdiam a humanidade. [...](FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 299)

Não obstante a conscientização para um tratamento humanizado ter começado antes, esse período de trevas proporcionado tanto pelo Estado, quanto pela classe médica, e por que não dizer da omissa sociedade, somente sofreu modificação e reconhecimento jurídico com a edição da Lei n. 10.216, de 06 de abril, de 2001.

Ainda que considerada extremamente louvável a edição da norma protetiva acima citada, em um passado recente, jamais se poderia imaginar que uma pessoa portadora de deficiência mental, independente da gradação, pudesse ser considerada relativamente incapaz no âmbito do direito civil.

A essas pessoas era relegado o direito de autodeterminação, sendo condenadas a chamada "morte civil", ou seja, a total subtração do exercício dos atos inerentes à capacidade civil, quer sejam patrimoniais ou existenciais.

O Código Civil de 1916 (Código Beviláqua), em seu artigo 5º, II, de forma ampla considerava como absolutamente incapaz "os loucos de todo o gênero", expressão que já fora suprimida na redação original do artigo 3º do Código Civil de 2002.

Em que pese o Código Civil de 2002 tenha um viés patrimonialista e individualista, priorizando o "ter" ao "ser", sua adequação aos princípios insculpidos na Constituição Cidadã de 1988, neste caso, em especial ao da dignidade da pessoa humana e da igualdade, era indispensável e inevitável.

Neste sentido Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:

> Seria impossível para uma jurista formado no padrão mental dos séculos passados imaginar a capacidade civil como um direito fundamental. Aliás, o próprio conceito de direito fundamental seria algo distante, sobretudo se

> aplicado às relações civis-materiais. O direito civil e os princípios constitucionais normativos não dialogavam, mantendo-se o direito civil separado, orgulhoso, isolado.
> Hoje podemos falar não só no direito fundamental à personalidade (na dimensão jurídica, com todas as consequências que daí decorrem), como podemos ir além: falar no direito fundamental à capacidade civil. Capacidade civil tem haver com autodeterminação, escolha dos próprios rumos, decisões sobre aspectos existenciais e patrimoniais da própria vida. A capacidade civil sempre foi negada em maior ou menor grau, àqueles que se comportavam de modo diferente do modelo padrão. Qualquer que fosse a terminologia adotada, os "loucos de todo gênero", na dicção famosa do Código Civil de 1916, não tinham lugar na sociedade, sua voz nunca era ouvida. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 301)

Neste contexto, em 09 de julho de 2008, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo n. 186, de 2008, cujo *caput* de seu artigo 1º. Trouxe: " Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007"

Portando, a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, foi alçada a categoria de Emenda Constitucional.

Nessa conjuntura, foi instituída a Lei n. 13.146, de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que promoveu significativa alteração no que tange a incapacidade absoluta até então prevista no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ficando esta restrita aos menores de 16 (dezesseis anos).

Cristiano Chaves, Felipe Braga e Nelson Rosenvald, explicam que:

> O Brasil, a partir de 2015, passou a contar com uma lei que concretizou o compromisso assumido no plano internacional. A lei, com 127 artigos, altera profundamente a teoria das incapacidades tradicional, e busca fundamentalmente promover a autonomia da pessoa com deficiência. A preocupação em proteger a pessoa com deficiência existe, mas é secundária em relação ao (prioritário) intuito do Estatuto de promover a autonomia e a autodeterminação da pessoa com deficiência. Conforme dissemos, o Estatuto, nesse contexto, reformulou a teoria das incapacidades que tínhamos, e de certo modo a adequou às opções valorativas básicas da Constituição.
> Algo é certo: convém não exagerar as possibilidades transformadoras da lei, como se, numa penada legislativa, tudo mudasse lá fora. Sabemos que não é assim. Mudanças, sobretudo, culturais, levam tempo, e dependem muito de nós, como sociedade. Nem sempre é fácil – quase nunca é – conviver com certas doenças, lidar com transtornos psíquicos. Porém o direito civil não

> deve ser um elemento de separação, de isolamento, deve ao contrário fornecer meios para rotular menos e ajudar mais, ajudar com respeito. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 302-303)

Essa alteração, nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, implica em uma reformulação da "Teoria das Incapacidades", inclusive sendo reconhecida e nomeada por alguns doutrinadores como "Teoria das Capacidades".

Carlos Roberto Gonçalves discorre que:

> Destina-se a aludida Lei n. 13.146/2015, como proclama o art. 1º, "a assegurar e a promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania". Em suma, para a referida lei o deficiente tem uma qualidade que os difere das demais pessoas, mas não uma doença. Por essa razão é excluído do rol dos incapazes e se equipara à pessoa capaz.
> A consequência direta e imediata dessa alteração legislativa é exatamente esta, repita-se: o deficiente é agora considerado pessoa plenamente capaz. [...]
> O citado art. 62 declara, efetivamente, que "A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I- casar-se e constituir união estável; lI- 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 com1ivência 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".
> Por seu turno, o mencionado art. 84 estatui, categoricamente, que "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas". Quando necessário, aduz o § 1º "a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei". A definição de curatela de pessoa com deficiência, complementa o § 3º, "constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível". *(GONÇALVES, 2016, p. 111).*

Tais inovações trazidas pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em especial o artigo 114, transmudou a teoria das incapacidades, principalmente no que tange aqueles indivíduos que outrora eram taxados como absolutamente incapazes, e que hoje, juridicamente, estão classificados como relativamente incapazes.

Obviamente, mencionadas alterações, refletirão sobremaneira nas relações jurídicas anteriores, nas existentes e nas que estão por vir.

A evolução do direito, bem como da própria sociedade conclamam para um *status* onde a pessoa seja o protagonista de suas relações, respeitando-se maximamente os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, inseriu-se no Código Civil Brasileiro, o instituto assistencialista ou modelo de apoio da Tomada de Decisão Apoiada, que possui o objetivo de prestar auxílio à pessoa com deficiência, na tomada de algumas decisões (previamente acordadas) da sua vida, prestando o apoiador auxílio e informações esclarecedoras a pessoa apoiada, de maneira a promover o poder de autodeterminação da pessoa com deficiência (art. 116 da Lei 13.146/2015).

2- Tomada de Decisão Apoiada

A Tomada de Decisão Apoiada, conforme já mencionado, constitui novo instituto do direito assistencial, e tem como intuito dar maior autonomia à pessoa considerada capaz, bem como preservar seu poder de autodeterminação. Assim, o legislador brasileiro, reitera os princípios constantes na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº: 186, de 9 de julho de 2008.

Para analisar o novel instituto, deve-se abrir mão da visão do Direito Civil clássico, para a qual basta para sua compreensão o exame conceitual. A sua leitura, deve ser feita a partir da compreensão da sua estrutura e função, vez que todo instituto de direito tem como fim trazer algo para a sociedade, a luz dos princípios constitucionais.

O artigo 1783- A do Código Civil que regulamenta a tomada de decisão apoiada no sistema jurídico pátrio é uma norma híbrida, tratando de direito material e formal, inclusive estabelecendo critérios processuais.

Ademais, o legislador optou por conceituar o instituto no *caput* do artigo 1.783 do Código de Civil, *in verbis*:

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

Percebe-se que a tomada de decisão apoiada consiste em auxílio prestado a pessoa com deficiência por duas pessoas que sejam de sua inteira confiança, capazes, com o fim de ajudá-la a tomar decisões relativas aos atos da vida civil, naquilo que tange a direitos patrimoniais e negociais, posto que a Lei 13.146/2015, em seu artigo 6º, determina que a deficiência não afeta a capacidade para decisões relativas a direitos familiares e reprodutivos, preservando o poder de autodeterminação da pessoa com deficiência.

Segundo Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 49), não se trata da "institucionalização de um palpite", pois repercute na assunção de deveres de informação, cooperação e proteção a serem cumpridos pelo apoiador, do qual pode ser inclusive exigida prestação de contas ao Poder Judiciário.

Por não ser tratar de mero palpite, mas mecanismo de apoio com características peculiares que busca garantir a independência das pessoas com deficiência, a tomada de decisão apoiada deve torna-se a regra no direito assistencial, uma vez que a mesma é menos invasiva, e tem por fim a preservação da autonomia e liberdade da pessoa com deficiência, sendo a curatela medida extraordinária, já que esta é mais invasiva e retira do curatelado o seu poder de autodeterminação nos atos da vida civil.

O Código Civil brasileiro exige que a pessoa apoiada escolha no mínimo duas pessoas para tal função, diferentemente dos instrumentos de apoio estrangeiros, que estabelecem apenas um apoiador. Segundo Jacqueline Lopes Pereira, essa previsão traduz uma limitação à liberdade positiva, já que condiciona a existência do instrumento ao número mínimo de dois apoiadores. (PEREIRA, 2018, p. 125).

Nessa linha, Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber ensinam:

> É difícil compreender a opção do legislador brasileiro pela indicação de "pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas" para o exercício da função de apoiador. [...] A exigência de que os apoiadores sejam "pelo menos 2 (duas) pessoas" configura duplo mal: não contribui para evitar os abusos, ao mesmo tempo em que dificulta em muito a vida do apoiado, desestimulando a participação de apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o deficiente, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto com outra pessoa, que não conhecem tão bem ou com quem não mantém o mesmo tipo de relação. (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p.53)

Apesar das críticas tecidas a opção legislativa, Jacqueline Lopes Pereira (2018, p.126) dispõe que a interpretação deve ser "constitucionalizada lida à luz da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, dando relevância às preferências da

apoiada e possibilitando que o dever seja prestado de modo alternado ou compartilhado, a critério da própria pessoa que o institui".

Para a instituição da tomada de decisão apoiada, no ordenamento jurídico brasileiro, necessita-se de procedimento judicial com participação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, equipe multidisciplinar, ouvida a pessoa do apoiado e outros interessados.

Possui exclusivamente a legitimidade ativa para requerer o apoio a pessoa que será apoiada, segundo a dicção do artigo 1.783-A, §2º, do Código Civil. A pessoa que necessitará do apoio deverá apresentar ao juízo competente indicação expressa de quem serão as duas pessoas a ocuparem a posição de apoiadores.

Quanto à legitimidade ativa, a doutrina diverge, de acordo com Nelson Rosenvald deve-se aplicar a lógica de "quem pode o mais, pode o menos", sendo admissível a legitimidade de familiar, do Ministério Público ou do curador para requerer a substituição da curatela pela Tomada de Decisão Apoiada como pedido alternativo ao levantamento da curatela. Por sua ótica, essa extensão proporcionaria mais proteção à pessoa com deficiência (ROSENVALD, 2015, p. 756).

Em contrapartida, defendendo a dicção legal Joyceane Bezerra de Menezes elucida:

> Trata-se de um ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva daquele que dela se beneficiará, por isso, deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros. Assim, o próprio juiz, ex officio ou mediante provocação do Ministério Público, não poderá designar a decisão apoiada em favor do jurisdicionado tampouco indicar novos apoiadores em substituição àqueles indicados pelo apoiado. (MENEZES, 2016, p. 46).

Em que pese às justificativas apresentadas pelos autores, a mais harmônica com a natureza e escopo da Tomada de Decisão Apoiada proposta pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e construída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é a última.

Apesar de não existir jurisprudência consolidada sobre o assunto, é importante exemplificar com decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Agravo de Instrumento interposto em face de decisão liminar que nomeou curadora provisória em "Ação de Tomada de Decisão Apoiada".

Em sede de recurso, o autor sustentou que a decisão de primeiro grau extrapolou os limites do pedido da ação, pois sendo pessoa com deficiência visual decorrente de doença de diabetes e analfabeto, não tendo decréscimo de sua capacidade cognitiva, o autor nomeou sua companheira e sua filha como apoiadoras e pediu a homologação do termo, ao que o julgador

decretou a sua curatela provisória. Em decisão julgada em 18/09/2017, os desembargadores da 1ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP deram provimento ao recurso por unanimidade e afastaram a curatela provisória, nomeando de imediato as apoiadoras indicadas pelo autor. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2049735- 75.2017.8.26.0000, Relator: Des. Rui Cascaldi, julgado em 18/03/2017).

É importante frisar que somente pode exercer o cargo de apoiador aquela pessoa que seja idônea e com a qual a pessoa apoiada mantenha laços afetivos e de confiança, conforme consta no art. 1.783-A, *caput*, do Código Civil, já citado.

A relação fiduciária deve estar presente, já que o objeto da Tomada de Decisão Apoiada não é a decisão em si, numa perspectiva de substituição da vontade da pessoa que a institui, mas consiste na obrigação de prestação de deveres, como de diligência e de informação, a serem exercidos pelos apoiadores eleitos, os quais devem manter vínculo de confiança com a pessoa apoiada. (PEREIRA, 2018, p. 117).

O juízo competente para processar as demandas relativas ao processo de tomada de decisão apoiada dependerá das normas de organização judiciária de cada tribunal. Sendo a competência das varas de família, não existindo essas varas na comarca, a competência será do juízo cível.

Quanto à duração do apoio, a legislação brasileira não fixou lapso temporal expresso, deixando que as partes possam acordar e estabelecer o prazo de vigência do acordo de Tomada de Decisão Apoiada. No mesmo sentido, o Direito Italiano, não estabeleceu prazo determinado para a duração do apoio, segundo Código Civil italiano, arts. 404 e 405. Por outro lado, o Código Civil Francês, em seu art. 439, prevê prazo de um ano, podendo ser prorrogado por mais um ano.

Apesar de não estipular prazo legal para a duração do apoio, este pode ser previsto no documento, instrumento da Tomada de Decisão Apoiada, ao árbitro do apoiado. Além disso, a pessoa apoiada poderá, a qualquer tempo, requerer ao juízo competente a extinção do acordo firmado (art. 1.783-A, §9º, CC).

Outra hipótese de extinção da Tomada de Decisão Apoiada dar-se-á quando um dos apoiadores for destituído do cargo e, não querendo o apoiado nomear outro, será ser extinto o apoio. De acordo com o Código Civil, indispensável a existências de dois apoiadores para auxiliar a pessoa apoiada, apesar da crítica já discutida anteriormente por parte da doutrina.

Nesta esteira Maria Helena Diniz:

> Havendo negligência, pressão indevida ou inadimplemento de obrigações assumidas, o apoiado ou qualquer pessoa poderá apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Julgada procedente tal denúncia, o órgão judicante destituirá o apoiador e nomeará, após ouvir o apoiado e se for do interesse deste, outra pessoa para a prestação de apoio. O apoiado poderá, no exercício de seu direito potestativo, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de decisão apoiada. Assim, se um dos apoiadores for destituído e o apoiado não quiser a nomeação de novo apoiador, ter-se-á extinção da tomada de decisão apoiada. Consequentemente, o órgão judicante não poderá evitar o fim da tomada de decisão apoiada se o apoiado a pleitear. (DINIZ, 2017, p. 765).

Os apoiadores também poderão exercitar o direito potestativo de pleitear judicialmente a exclusão do acordo de Tomada de Decisão Apoiada. Neste caso, a exclusão dependerá de manifestação do juiz sobre a matéria, autorizando o desligamento do apoiador solicitante, nos termos do art. 1.783-A, §10, Código Civil.

No que diz respeito àqueles que exercem a função de apoiadores, conforme já mencionado, o Código Civil estabelece dois requisitos cumulativos: Primeiro, a idoneidade da pessoa indicada como apoiadora, no sentido de uma pessoa responsável para exercer o múnus. Já o segundo requisito, exige que o apoiador seja uma pessoa com a qual o apoiado mantenha vínculo e relação de confiança. Isto se dá porque ao apoiador compete a função de auxiliar o apoiado a tomar as decisões relativas a alguns atos da vida civil, e para isso o apoiado necessitaria de uma pessoa que vislumbraria seus interesses, e nada mais indicado que seja uma pessoa de sua inteira confiança para lhe orientar.

Ao apoiador compete prestar ao apoiado auxílio nas decisões que este venha a tomar sobre os atos da vida civil, fornecendo ao apoiado os elementos e informações necessários para que ele possa exercer a sua capacidade civil e o seu poder de autodeterminação.

Nos casos em houver divergências acerca da opinião do apoiador e do apoiado, caberá a eles levar referido conflito até o juiz, para que este, após manifestação do Ministério Público venha dirimir a questão (art. 1.783-A, §6º).

O apoiador, nos casos em que for negligente, exercer pressão indevida sob o apoiado, ou não vier a adimplir suas obrigações, poderá ser denunciado ao Ministério Público ou ao juízo no qual tramita o processo de Tomada de Decisão Apoiada. Sendo julgada procedente a denúncia, a destituição do apoiador é medida que se impõe.

Por fim, poder-se-á aplicar as disposições referentes às prestações de contas da curatela, nos termos do art. 1.783-A, §11, Código Civil, aos apoiares.

Ponto importante que deve ser tratado refere-se à repercussão da Tomada de Decisão Apoiada na esfera de terceiros. Os acordos celebrados pelo apoiado terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783-A, §4º, CC). Já que, no processo de tomada de decisão apoiada "não haverá perda da capacidade do requerente, mas tão somente um reforço à validade do negócio jurídico que ele pretende efetivar" (DINIZ, 2017, p.764).

Terceiros com quem o apoiado venha a celebrar negócios jurídicos poderão solicitar aos apoiadores que contra-assinem o contrato ou o acordo que as partes venham a celebrar, no qual o apoiador deverá especificar a sua função, e desde que o negócio esteja dentro dos limites estabelecidos no processo de decisão apoiada.

Para Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares a contra-assinatura trata-se de uma faculdade "inútil":

> [...] por um lado, porque o próprio dispositivo não reserva qualquer consequência jurídica diferenciada na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores. Ainda assim, a exigência de tal contra-assinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio celebrado. (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p.53).

Desse modo, segundo os autores supramencionados, tal faculdade poderia tornar a Tomada de Decisão Apoiada uma espécie de assistência e, além do mais, acarretando óbices ao efetivo exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência.

Por último, se o negócio jurídico a ser celebrado com terceiros gerar discordância de opiniões entre os apoiadores e a pessoa apoiada, a questão deverá ser levada a juízo, para que o juiz, após manifestação do *parquet*, decida sobre a controvérsia.

O apoio deve obedecer aos limites do acordo homologado como sentença judicial, ou seja, nos termos do art. 1.783-A, §1º, CC, a pessoa com deficiência e os apoiadores deverão apresentar ao juiz termo em que constem os limites do apoio, em quais atos o apoiador deverá exercer a sua função de apoiador.

Como já exposto, a lei assegura a faculdade de a pessoa com deficiência elaborar termo seguindo a estrutura constante do artigo 1.783-A do Código Civil com o fito de aprimorar o exercício de sua capacidade legal e alargar a compreensão a respeito das condições concretas que envolvem uma escolha. (PEREIRA, 2018, p118).

Neste contexto, ante ao seu direito potestativo de elaborar o termo da tomada de decisão apoiada, a depender do arbítrio, pode-se inserir questões patrimoniais e existenciais, já que nesse caso a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual guarda capacidade cognitiva suficiente para ter e exercer seus direitos.

Perfilhando desse entendimento Joyceane Bezerra de Menezes esclarece:

> Ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio. (MENEZES, 2016, p.47).

Em sentido contrário, Luciana Berlini defende que o instituto deve se restringir a negócios jurídicos mais complexos, pois o seu uso em situações corriqueiras e existenciais poderia afetar a ordem natural e singela que acontecem. O que seria contrário ao objetivo dos mecanismos de apoio, bem como um obstáculo à efetividade do instituto da tomada de decisão apoiada. (BERLINI, 2016, p. 180).

Outro fundamento possível para não abranger as questões existências no âmbito da tomada de decisão apoiada é a observância e interpretação extensiva do artigo o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência concomitantemente ao art. 1783-A do Código Civil.

O art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a deficiência não afeta a capacidade civil para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse diapasão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tutela a não interferência na organização e planejamento familiar, que são exemplos de questões existenciais.

3- Os parágrafos 3º, 6º, 7º e 8º do art. 1783-A do Código Civil podem restringir a liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva?

A Lei nº. 13.146/2015 optou por um modelo de sistema de apoio via judicial, com a instituição do art. 1783-A do Código Civil, necessitando da participação do Ministério Público (§3º, art. 1783-A, do Código Civil).

A autuação do Ministério Público é vista por alguns doutrinadores como um contrassenso ao reconhecimento da capacidade legal da pessoa com deficiência, não sendo necessária sua intervenção em um processo de jurisdição voluntária ajuizado por pessoa reconhecidamente capaz.

Neste sentido, Cíntia Muniz de Souza Konder leciona:

> O primeiro ponto que nos causa estranhamento é a razão do Ministério Público, apresentado pelo Promotor de Justiça, ter que dar a sua oitiva nesse processo. Como defensor dos incapazes, é determinado por lei que o Parquet oficie nos processos nos quais figurem pessoas com essa qualificação. Contudo, em se tratando de pessoa capaz, não nos parece necessária a intervenção do Ministério Público. Afinal, as pessoas com deficiência são consideradas capazes pelo novo diploma legal. (KONDER, 2017, p.176)

Assim, parece que legislador reconhece as pessoas com deficiência como capazes, mas dúvida da sua autodeterminação, devendo o Ministério Público participar do processo judicial.

Em contrapartida, há entendimentos que consideram indispensável a participação do parquet, fundamentando- se na prescrição do artigo 12, alínea 4, da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, diante da vulnerabilidade da pessoa com deficiência e do resguardo de seus interesses, mesmo que reconhecida sua capacidade legal.

A prescrição legal ainda prevê a atuação do juiz e do Ministério Público, nos casos em houver divergências acerca da opinião do apoiador e do apoiado, caberá a eles levar referido conflito até o juiz, para que este, após manifestação do Ministério Público venha dirimir a questão (art. 1.783-A, §6º, do Código Civil).

Nesse tocante, percebe-se que o juiz ouvindo o parquet avaliará o resultado da escolha, pondo fim à divergência. Assim, a decisão do Juiz substitui a vontade das partes, tratando-se de mecanismo que tem finalidade diversa da Convenção Internacional sobre direitos das Pessoas com Deficiência, uma vez que as preferências da pessoa apoiada podem ser desconsideradas.

Já as disposições dos parágrafos 7º e 8º do artigo 1.783-A do Código Civil podem induzir a interpretações com traços protecionistas, como a leitura de que o próprio Magistrado poderia nomear novo apoiador, especialmente quando constatada inidoneidade.

Divergindo desta leitura Joyceane Bezerra de Menezes dispõe:

> É certo que, independentemente da previsão legal, o juiz deverá perscrutar sobre eventual conflito entre a pessoa indicada para apoiar e a que pretende o apoio. Poderá não homologar determinado apoiador, fundamentando a sua decisão no conflito de interesse, na inidoneidade do indicado ou em eventual pressão que este exerça sobre o beneficiário. Sendo a escolha do apoiador um ato personalíssimo, não poderá impor qualquer outro nome ao apoiado. Ressalta-se, por indispensável, dada a natureza do instituto da TDA, que o apoiador deve estar no exercício pleno de sua capacidade civil. (MENEZES, 2016, p.49).

Tal entendimento alinha-se melhor ao fim social da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

Parece que a condição de o Poder Judiciário e o Ministério Público analisarem o termo de Tomada de Decisão Apoiada, bem como o Juiz decidir no caso de divergência de escolhas, a princípio não restringem a liberdade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual com capacidade cognitiva, desde que seja para salvaguardá-la, pois não se pode esquecer-se da sua vulnerabilidade concreta reivindicadora de especial atenção e tutelas.

4- **A Tomada De Decisão Apoiada numa Perspectiva Social, Inclusiva e Funcional**

A Tomada de Decisão Apoiada é um instituto novo e está em processo de formação, sendo o diálogo indispensável para a sua consolidação e avanços. Apesar das inquietações da doutrina e juristas brasileiros, o instituto deve ser compreendido numa perspectiva social, inclusiva e funcional.

No âmbito do Direito Civil brasileiro, para que a pessoa possa ser sujeito da relação jurídica, esta deve ter personalidade jurídica bem como capacidade civil plena, para exercício por si só dos atos da vida civil. Do contrário, sendo a pessoa considerada relativamente ou absolutamente incapaz, deveria ser devidamente assistido ou representado.

Até o ano de 2016, com a entrada em vigência da Lei Brasileira de Inclusão, as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual eram desprovidas dessa capacidade civil plena, sendo representadas quando da prática dos atos da vida civil, por meio da curatela, decretada mediante processo de "interdição", sob a justificativa de que protegeria a pessoa e seu patrimônio de seu próprio juízo de escolha.

Neste contexto jurídico, amplamente utilizado pelos países ocidentais no século XX, de substituição da vontade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual pela do seu representante, surge a necessidade de discutir as perspectivas destes ordenamentos jurídicos sobre a capacidade jurídica da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

No modelo de substituição, conforme já mencionado, há aferição sobre a autodeterminação da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, sendo exigido um processo prévio que comprove a sua reduzida capacidade cognitiva para a designação de terceiro que venha a tomar decisões substitutivas das suas, não consideradas apropriadas.

Raciocínio disposto no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2012, após processo de interdição, era atribuído ao curador que representaria na exteriorização da vontade em atos da vida civil, tanto patrimoniais, quanto existenciais.

Dessa forma, em 2007, foi dado importante passo sobre a temática da capacidade da pessoa com deficiência. Por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência tratando de um novo modelo referente a capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual numa perspectiva funcional e social.

Nessa linha, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência define a deficiência e contextualiza as medidas a serem tomadas pelos Estados para garantir maior igualdade e liberdade. A alínea "e" do preâmbulo do tratado reconhece "deficiência" como "conceito em evolução" e resultante "da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas". (BRASIL, 2009).

Percebe-se que o fim social da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é não descaracterizar a individualidade de cada um, mesmo sob o aspecto coletivo. Neste sentido, Gabrielle Sales e Ingo Sarlet (2016, p. 151) dispõe a deficiência em uma "abordagem coletiva que se projeta para a pluralidade, para a igualdade, para a tolerância e para a diversidade".

Assim, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência abandona o critério da substituição da vontade e parte para modelo funcional com

instrumentos de apoios a serem desenvolvidos em prol da liberdade e de preferências da pessoa com deficiência.

A luz desses princípios estipulados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que no Brasil instaura-se a Tomada de Decisão Apoiada. Neste diapasão, que este novo instituto deve ser visto sob uma visão funcional, inclusiva e social.

A Tomada de Decisão Apoiada é um mecanismo de apoio que possibilita a inserção da pessoa com deficiência na sociedade não depende da sua "cura"- visão assistencialista, mas a sociedade que deve se "curar", ou seja, educar-se, adaptar-se e incluir as pessoas com deficiência – visão inclusiva.

Nas palavras de Maria Salete Fábio Aranha (2012): "A inclusão parte do mesmo pressuposto da integração, que é o direito da pessoa com deficiência ter igualdade de acesso ao espaço comum da vida em sociedade". Inclusive, participando da realização dos atos da sua própria vida civil, segundo suas necessidades e preferências.

Trata-se de modelo social que a sociedade, Estado e família devem trabalhar em conjunto para a superação de barreiras e para a redução da condição de vulnerabilidade vivenciadas pela pessoa com deficiência.

Por fim, o aspecto funcional coaduna com o propósito do modelo social e reconhece o direito à igualdade de tratamento, bem como a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, sem deixar de dar importância a outros sujeitos que componham a sua rede de apoio.

Da abordagem funcional, consagram-se três princípios: "in dubio pro capacitas", "intervenção mínima" e "beneficência", previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Segundo Jaqueline Lopes Pereira:

> O primeiro consiste em sempre fazer prevalecer a capacidade civil plena da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. O segundo princípio revela que, se for o caso de intervir na supressão da vontade da pessoa com deficiência, que assim se faça de forma pontual e com especificação sobre quais atos ela não poderá faticamente expor suas preferências. Por fim, o terceiro princípio é diretriz para que as decisões acerca da vida e bens da pessoa com deficiência devam sempre se voltar a seu melhor interesse sem, todavia, furtá-la também do "direito de errar".(PEREIRA, 2018, p.45).

Do exposto, vislumbra-se a pessoa com deficiência psíquica e intelectual como agente condutor de sua autonomia e não mero recebedor passivo de prestações alheias, em outras palavras, um sujeito ativo de todo o processo de sua própria emancipação social.

A Tomada de Decisão Apoiada pode ser o instrumento dessa inserção individual e social, desde que entendia pelos operadores de direito sobre os três prismas elencados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa verificou-se que as vontades e preferências das pessoas com deficiência, são indispensáveis ao sistema de apoio pensado sob a perspectiva de uma função social inclusiva, por isso previsto na Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Destarte, muda-se a noção de capacidade civil e de seu exercício legal, diferentemente do previsto nos arts. 3º e 4º do Código Civil, antes da Lei Brasileira de Inclusão. Ao passo que se instaura um sistema de apoio às pessoas com deficiência, denominado Tomada de Decisão Apoiada.

Tratando de instituto novo em plano de formação, muitas são as inquietações da doutrina e juristas brasileiros com posicionamentos ora únicos ora diversos. Sendo o diálogo, indispensável para a sua consolidação e avanços.

Por fim, neste diálogo não se pode perder de vista que a Tomada de Decisão Apoiada é produto de um pensamento inclusivo, rechaçando a ideia de direção vertical imposta por um representante.

REFÊRENCIAS

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.161-184.

BRASIL. **Decreto n. 6.949/2009**: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2049735-75.2017.8.26.0000**, Relator: Des. Rui Cascaldi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/03/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** v. 5. 31. ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil.** Vol. único. Salvador: JusPodivm, 2017.

FILHO OLIVEIRA, ROBERTO Alves de; SILVA, Marcelo Rodrigues da. A CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL: (IN) CONSTITUCIONALIDADE? In**: Direito civil contemporâneo I.** (Coord.) REIS, Clayton; RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: http: <www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/r310g1en/WmD5B1340n13eQ09.pdf> Acesso em 05 abr 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro.** vol. 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente capazes pela Lei nº 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doenças mentais: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. (Coord.) BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 167-184.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./ set. 2016. p. 31-57.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: **O direito civil**: entre o sujeito e a pessoa, estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá. (Coord.) ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 39-56.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **TOMADA DE DECISÃO APOIADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU INTELECTUAL**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018. 154p.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.731-800.

ROSENVALD, Nelson. Tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nossas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 505-514.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 151-170.