

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Luisa Rocha Nunes

**A INTERNALIZAÇÃO DA CARTA DE NOVA IORQUE NO BRASIL E NA
ARGENTINA: um estudo doutrinário, jurisprudencial e normativo acerca da teoria das
(in)capacidades sob a perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano**

Ouro Preto

2021

Luisa Rocha Nunes

**A INTERNALIZAÇÃO DA CARTA DE NOVA IORQUE NO BRASIL E NA
ARGENTINA: um estudo doutrinário, jurisprudencial e normativo acerca da teoria das
(in)capacidades sob a perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ouro
Preto, como requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Área de Concentração: Direito Comparado e Direito
Civil

Orientadora: Profa. Dra. Iara Antunes de Souza

Ouro Preto

2021



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Luisa Rocha Nunes

A INTERNALIZAÇÃO DA CARTA DE NOVA IORQUE NO BRASIL E NA ARGENTINA:

um estudo doutrinário, jurisprudencial e normativo acerca da teoria das (in)capacidades sob a perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 02 de setembro de 2021.

Membros da banca

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza – orientadora (Universidade Federal de Ouro Preto)
Profa. Dra. Beatriz Schettini - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Profa. Mestranda Eloá Leão Monteiro de Barros - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 03/09/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Iara Antunes de Souza, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 03/09/2021, às 10:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0217190** e o código CRC **7F0F6F1F**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.009242/2021-99

SEI nº 0217190

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

RESUMO

Esse estudo tem como objetivo analisar as principais alterações sofridas pelas teorias das (in)capacidades civis do Brasil e na Argentina após a internalização da Carta de Nova Iorque (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD) no ordenamento jurídico dos referidos países, sob a perspectiva nas teorias de Roberto Gargarella (2010) sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Procurou-se estabelecer uma análise de Direito Comparado através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e normativas. Nos apontamentos realizados, observou-se que tanto o Brasil quanto a Argentina tentaram adaptar suas teorias das (in)capacidades à CDPD, sofrendo profundas alterações legislativas que impactaram nas novas decisões judiciais e nos sistemas de proteção ao exercício da capacidade atrelados às teorias. Verificou-se, contudo, que os países ainda possuem dispositivos normativos que possuem recomendações para que sejam extinguidos, vez que substituem a expressão de vontade da pessoa com deficiência. Constatou-se, também, a dificuldade que os países latino-americanos possuem de não apenas garantirem os direitos em duas constituições, como também fazer com que sejam difundidos em suas estruturas sociais. Tratou-se, portanto, de pesquisa na vertente jurídico-compreensiva, eis que pretendeu compreender a forma com a qual a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada no sistema jurídicos dos países, bem como sua influência na teoria das (in)capacidades civis nos ordenamentos jurídicos correlatos do ponto de vista legislativo, de estudiosos do tema e em decisões judiciais.

Palavras-chave: Carta de Nova Iorque. Teoria das (in)capacidades. Pessoa com deficiência. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar los principales cambios sufridos por las teorías de las (in)capacidades en Brasil y Argentina tras la internalización de la Carta de Nueva York (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPD) en el ordenamiento jurídico de esos países, desde la perspectiva de las teorías de Roberto Gargarella sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Se ha intentado establecer un análisis del Derecho Comparado por medio de investigaciones doctrinales, jurisprudenciales y normativas. En las notas realizadas, se observó que tanto Brasil cuanto Argentina intentaron adecuar sus teorías de las (in)capacidades a la CDPD, sufriendo profundos cambios legislativos que impactaron en las nuevas decisiones judiciales y en los sistemas de protección para el ejercicio de capacidad vinculados a las teorías. Sin embargo, se encontró que los países aún cuentan con disposiciones regulatorias que tienen recomendaciones para su extinción, ya que reemplazan la capacidad de las personas con discapacidad. También se señaló la dificultad que tienen los países latinoamericanos no solo para garantizar los derechos en las Constituciones sino también para difundirlos en sus estructuras sociales. Se trató, por tanto, de una investigación jurídica integrativa, pues pretendió comprender la forma en que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue incorporada al ordenamiento jurídico de los países, así como su influencia en la teoría de las (in)capacidades civiles en los ordenamientos jurídicos afines desde el punto de vista legislativo, de los estudiosos en la materia y en las decisiones judiciales.

Parabras-llave: Carta de Nueva York. Teoría de las (in)capacidades. Persona con discapacidad. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	10
2.1 A raiz elitista das Constituições Latino-Americanas do século XIX	11
2.2 O início do Constitucionalismo Social no século XX	11
3. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CARTA DE NOVA IORQUE)	17
3.1 A internalização dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos no Brasil e na Argentina	19
3.1.2 O processo de ratificação	19
3.1.3 Status hierárquico	20
4. TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS NO BRASIL	22
4.1 Alterações legislativas após a ratificação da Carta de Nova Iorque	23
4.2 Posições doutrinárias após a ratificação da Carta de Nova Iorque	25
4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	26
4.2.2 Incapacidade relativa	27
4.2.3 Curatela e Interdição	28
4.2.4 Tomada de decisão apoiada	29
4.3 Decisões judiciais após a ratificação da Carta de Nova Iorque	31
4.4 Panorama Crítico do Sistema Jurídico da Teoria das (In)capacidades civis após a internalização da Carta de Nova Iorque	34
5. TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS NA ARGENTINA	37
5.1 Alterações legislativas após a ratificação da Carta de Nova Iorque	39
5.2 Posições doutrinárias após a ratificação da Carta de Nova Iorque	42
5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa e <i>Autonomía personal</i>	42
5.2.2 <i>Incapacidad</i>	43
5.2.3 <i>Sistema de apoyos</i>	44
5.2.4 <i>Salvaguardias</i>	45
5.3 Decisões judiciais após a ratificação da Carta de Nova Iorque	45
5.4 Panorama Crítico do Sistema Jurídico da Teoria das (In)capacidades civis após a ratificação da Carta de Nova Iorque	48
6. CONCLUSÕES	50
REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)¹, conhecida como Carta de Nova Iorque, é um tratado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 2006, que, segundo a instituição, foi assinado e ratificado, seja quanto ao seu protocolo principal e ao facultativo, por vários países da América Latina, incluindo Brasil e Argentina (UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, 2019). Trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja internalização provocou significativas mudanças nas Teorias das (in)capacidades civis do Brasil e da Argentina.

Compreende-se por internalização, neste trabalho, o processo pelo qual o Tratado/Convenção Internacional é submetido a fim de ser incorporado ao ordenamento jurídico interno de cada país, possuindo não apenas status obrigatório como também força executória no plano interno.

Tratando-se da Teoria das (in)capacidades, tem-se uma abordagem no Direito Privado acerca da capacidade de cada pessoa tanto ao adquirir direitos quanto ao exercê-los. O Brasil e a Argentina possuem suas teorias das (in)capacidades codificadas em seus respectivos Códigos Civis, cabendo ao primeiro país dividi-la em capacidade de direito e capacidade de fato (BRASIL, 2002) e, ao segundo, em *capacidad de derecho* e *capacidad de hecho o de ejercicio* (ARGENTINA, 2014).

Neste campo, pretende-se abordar como a Carta de Nova Iorque e seu processo de internalização modificaram as teorias das (in)capacidades no Brasil e na Argentina, atentando-se às teorias de Roberto Gargarella quanto ao Novo Constitucionalismo Latino-americano que desenvolveu-se, principalmente, com a preocupação em garantir constitucionalmente novas demandas sociais, de tal modo que, em maior ou menor grau, as diferentes constituições latino-americanas buscaram assegurar uma proteção ao multiculturalismo e aos direitos humanos (GARGARELLA, 2015).

Nesse sentido, o presente trabalho buscou responder quais foram as principais mudanças provocadas nas Teorias das (in)capacidades do Brasil e da Argentina, bem como se os Estados

¹ Em inglês: *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*; em espanhol: *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Também é conhecida como Carta de Nova Iorque ou Convenção de Nova Iorque. Aqui, opta-se pela nomenclatura Carta de Nova Iorque.

contemplaram de fato os ditames previstos na Carta de Nova Iorque após a ratificação e a internalização no âmbito interno.

Através do Direito Comparado, disciplina jurídica que tem por objeto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas (ALMEIDA, 2013), o estudo tem como hipótese que a Argentina, cuja alteração realizada em sua teoria das (in)capacidades se deu na mesma época que a alteração realizada pelo Brasil, contemplou, com maior abrangência, as novas configurações trazidas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ao passo que o Brasil permanece não respeitando preceitos aos quais se comprometeu quando se tornou signatário da Convenção.

Para tanto, objetivou-se pesquisar como é o processo de ratificação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, considerando o Novo Constitucionalismo Latino-americano, no Brasil e na Argentina; foram levantadas e analisadas alterações legislativas, levantamento qualitativo de posições doutrinárias e decisões judiciais dos ditos países, no que tange a teoria das (in)capacidades civis, após a ratificação da CDPD; e apresentou-se um panorama crítico do sistema jurídico da teoria das (in)capacidades civis dos ditos países após a ratificação da CDPD.

Como supracitado nos parágrafos anteriores, este estudo foi realizado com base nas teorias de Roberto Gargarella sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Em seu artigo *“Apuntes sobre el Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”* (GARGARELLA, 2010), o professor argentino cita as recentes Constituições Latino-americanas da *Argentina en 1994, Bolivia en 2009, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Ecuador en 2008, Nicaragua en 1987, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Venezuela en 1999*, bem como países que introduziram importantes emendas constitucionais como Costa Rica, Chile, México o Venezuela.

Em suas análises, que também são observadas em *“El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. Crítica y Emancipación”* (GARGARELLA, 2010) e *“Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a ‘sala de máquinas’ da constituição”* (GARGARELLA, 2016), o autor acredita que, de maneira geral, os operadores da lei pareceram destinar seus esforços na seção dos direitos, deixando de lado a estrutura de poder sob a qual os países estavam organizados. Desse modo, as novas Constituições, apesar de extremamente garantidoras, trazendo a constitucionalização de diversos direitos provenientes de demandas sociais, encontram dificuldades para deixarem de ser apenas “simbólicas”.

A bibliografia pesquisada envolveu, qualitativamente, o estudo da Constituição dos países e a verificação do processo de ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; além de doutrinadores que tratam da temática envolvendo o Direito das Pessoas com Deficiência nos países, em especial quanto à teoria das (in)capacidades civis. Quanto às decisões judiciais, pretendeu-se uma análise qualitativa de julgados acerca das (in)capacidades civis das pessoas com deficiência após a ratificação da Carta de Nova Iorque. Ademais, foi utilizado o relatório da pesquisa de Iniciação Científica do Programa de Iniciação à Pesquisa (PIP-1S-2019/20-DEDIR) sob o título “A ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nos países da América Latina: Argentina, Bolívia Equador e México – fase 1”.

Tratou-se, portanto, de pesquisa na vertente jurídico-compreensiva, eis que pretendeu compreender a forma com a qual a Convenção I sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada no sistema jurídicos dos países, bem como sua influência na teoria das (in)capacidades civis nos ordenamentos jurídicos correlatos do ponto de vista legislativo, de estudiosos do tema e em decisões judiciais.

Outrossim, referido estudo de Direito Comparado é relevante na medida que propicia o levantamento de dados para futura avaliação de tendências de interpretações jurídicas acerca de Novos Direitos para além do Brasil, mas considerando regimes jurídicos de matriz constitucional semelhante. O recorte escolhido entre Brasil e Argentina justifica-se não só pela semelhança do regime jurídico constitucional como também pela contemporaneidade em que ambos incorporaram os desígnios da Carta de Nova Iorque, sofrendo mudanças significativas quanto à capacidade civil ou jurídica.

Sob essa perspectiva, da constitucionalização dos direitos das pessoas com deficiência, o estudo apresentará, no segundo capítulo, uma breve exposição acerca do Novo Constitucionalismo Latino-americano compreendido sob a ótica do professor Roberto Gargarella (2010).

No terceiro capítulo, será apresentada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial o seu art. 12, como uma das ‘novas’ demandas sociais constitucionalizadas, além do processo de internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil e na Argentina, principalmente no que tange à ratificação e o status hierárquico que a CDPD possui nos referidos países.

O quarto capítulo trará uma análise geral da teoria das (in)capacidades do Brasil, apresentando um levantamento de dados legislativos, posições doutrinárias e decisões judiciais após a ratificação da CDPD, como parte do processo de internalização da Convenção.

Na sequência, o quinto capítulo trará, também, uma análise geral da teoria das (in)capacidades da Argentina, bem como um levantamento de dados legislativos, posições doutrinárias e decisões judiciais após a ratificação da CDPD, como parte do processo de internalização da Convenção.

Ao final, o estudo apresenta as conclusões, numa breve comparação entre os países e suas respectivas adequações ao escopo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O Novo Constitucionalismo Latino-americano, aqui abordado através das teorias de Roberto Gargarella² (2010), compreende o constitucionalismo que surge das reformas constitucionais promovidas em boa parte dos países da América Latina do final do século XX até os dias atuais. Trata-se de teorias que surgiram para estudar o novo momento que países latino-americanos se encontravam e ainda se encontram.

Uma forma de se começar a analisar referidas constituições é se perguntar qual é a principal interrogante que elas formulam, o que elas vieram responder ou, mais precisamente, qual é o principal mal que elas vêm remediar. Assim destacou Gargarella (2010):

A pergunta pode ser pertinente, já que, quando olhamos para trás, uma ou outra vez, percebemos que o constitucionalismo sempre apareceu associado à necessidade de pôr fim a um certo mal; ditava-se, então, uma nova Constituição como contribuição institucional chave a uma empresa social mais vasta, orientada a remover da sociedade a situação de crise peculiar pela qual atravessava³. (tradução nossa)

As recentes Constituições da Nicarágua (1987), do Brasil (1988), da Colômbia (1991), do Paraguai (1992), do Peru (1993), da Argentina (1994), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), assim como emendas constitucionais importantes introduzidas em países como Costa Rica, Chile, México ou Venezuela, despertam um importante questionamento sobre o que os latino-americanos tem feito a nível constitucional na transformação da realidade: “fizemos o melhor possível, dentro dos limites óbvios em que nos movemos, para melhorar a qualidade das nossas instituições e contribuir para a conquista de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática?”⁴ (GARGARELLA, 2010, tradução nossa).

O questionamento que o professor argentino propõe, logo no início de “Apuntes sobre el Constitucionalismo Latinoamericano del siglo XIX” (GARGARELLA, 2010), se torna o ponto de partida para melhor analisar o que são essas novas Constituições ou reformas

² Abogado y sociólogo, Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister en Ciencia Política, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina). Master of Laws (LL.M) y Doctor of Jurisprudence (JSD), University of Chicago Law School. Cursó sus estudios postdoctorales en Balliol College, Oxford

³ “La pregunta puede ser pertinente ya que, cuando miramos hacia atrás, una y otra vez, nos encontramos con que el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal; se dictaba entonces una nueva Constitución como contribución institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba.”

⁴ “[...]¿hemos hecho lo mejor posible, dentro de los obvios límites en que nos movemos, para mejorar la calidad de nuestras instituciones y contribuir al logro de una sociedad más justa, igualitaria, democrática?”

constitucionais dos países latino-americanos e o que elas têm em comum. Necessário, portanto, compreender os relatos históricos que perpassam o desenvolvimento dessas Constituições.

2.1 A raiz elitista das Constituições Latino-Americanas do século XIX

Cumpra observar, neste ponto, que a maioria dos países latino-americanos entrou no século XX com constituições liberais-conservadoras. Esse período, situado entre os anos de 1850 e 1910, apresentou Constituições que foram resultado de um acordo político entre liberais e conservadores. Ressalta-se que, na primeira metade do século XIX, as vertentes liberal e conservadora figuravam em lados opostos da política, sendo, portanto, mais do que divergentes, inimigas políticas (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016).

Por haver ideias convergentes entre as duas vertentes, como a defesa da propriedade, ameaçada pela crescente demanda de grupos politicamente cada vez mais demandantes, surge, na segunda metade do século XIX, uma inesperada aliança entre os dois maiores campos político-ideológicos da região, unindo, em suas Constituições, sínteses imperfeitas de aspirações legais de ambos os grupos (GARGARELLA, 2013). Essas Constituições se destacaram, de um lado, por estabelecerem um sistema de pesos e contrapesos, declarando neutralidade, por exemplo, no tocante à tolerância religiosa, feito este proveniente do grupo liberal e, por outro lado, a adoção de um sistema de autoridade concentrada, aspiração conservadora.

Além disso, as Constituições liberais-conservadoras excluíram, ou melhor, nunca incluíram, em seus textos, cláusulas sociais que pudessem favorecer os menos avantajados e nem dispuseram de qualquer iniciativa que permitisse a participação da massa na esfera pública. Por isso, pode-se dizer dessas Constituições que representam pactos elitistas e excludentes, vez que ignora demais grupos sociais.

2.2 O início do Constitucionalismo Social no século XX

Com a virada do século, novas questões surgiram, a evolução do trabalho, das relações trabalhistas, o surgimento e crescimento de classes trabalhadoras, não sendo mais as Constituições liberais-conservadoras suficientes para responder às novas demandas.

A exigência de que as Constituições fossem capazes de abordar essas novas demandas, além de um crescente desconforto com os níveis de desigualdade e autoritarismos presentes nas

décadas anteriores, fez com que despontassem as primeiras Constituições do chamado “Constitucionalismo social”.

Foi com a Revolução Mexicana de 1910 que se iniciou o marco desse Constitucionalismo, trazendo a Constituição de 1917, pioneira no mundo, uma robusta declaração de direitos, assumindo um compromisso social (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016). Entre as diversas novidades, a revolucionária Constituição incorporou os primeiros direitos trabalhistas, trazendo ampla proteção aos trabalhadores, reconhecendo acordos sindicais e regulando as relações laborais.

Sendo um marco para o Constitucionalismo Latino-americano, a Constituição Mexicana influenciou na estrutura das novas Constituições dos países da região que foram se constituindo com longas listas de direitos sociais, como foi o caso do Brasil (1937), da Bolívia (1938), de Cuba (1940), do Uruguai (1942), do Equador e da Guatemala (1945), da Argentina e da Costa Rica (1949).

2.3 A segunda metade do século XX, as recentes Constituições e os direitos humanos

A segunda metade do século XX ficou marcada pela ascensão de regimes ditatoriais na América Latina que dirimiram diversos direitos sociais que os países já haviam garantido, além de todo o caráter autoritário, repressor e obscurantista característico destes regimes.

Foi na segunda metade do século XX que a América Latina, com o fim dos períodos ditatoriais, iniciou mais um período de mudanças constitucionais, mais precisamente a partir do final dos anos 80 até o início dos anos 2000. A urgência política dos países em promulgar novas Constituições, capazes de proteger os direitos humanos básicos violados por esses regimes, fez com que países como Brasil (1988), Colômbia (1991), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) abrigassem em suas novas Constituições direitos previstos em tratados de direitos humanos que já haviam sido assinados em décadas anteriores.

Além disso, a aplicação dos chamados “programas de ajuste estrutural”, caracterizado por severas políticas econômicas aplicadas pelos governos democráticos pós-ditatoriais durante a década de 1980, impactou numa drástica redução de gastos públicos e na eliminação de programas sociais (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016). Notória foi a repercussão da implementação desses programas no constitucionalismo da região. Estados que em décadas anteriores haviam garantido trabalho e proteção social, passaram a vivenciar seu encolhimento,

vendo surgir crescentes mobilizações sociais reivindicando os direitos que as Constituições prometiam.

É possível observar, também, que a maioria dos países da região adotaram o sistema presidencialista, uma predileção tradicional igualmente da esquerda (GARGARELLA, *apud* DE OLIVEIRA; STRECK, 2014), transformando-se, ainda, numa problemática do hiper presidencialismo, que se apresentava como causa fundamental da instabilidade política das jovens democracias regionais (GARGARELLA, 2010). Numa tentativa de limitar o presidencialismo,

[...] muitas das novas Constituições, ao menos as dos anos noventa, foram escritas sob a invocada ideia de reduzir ou moderar os poderes do presidente. Lamentavelmente, na maioria dos casos, elas falharam em suas promessas iniciais, ou não cumpriram as mesmas. Pior ainda, muitas dessas novas Constituições pareceram escritas, fundamental, se não exclusivamente, com o objetivo “urgente” de autorizar a reeleição imediata do presidente em exercício. No entanto, o certo é que são poucos os constitucionalistas e doutrinadores que duvidaram dessas informações, ou as avaliaram, para dizer que, na verdade, Constituições como a da Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador ou Venezuela, em parte aumentam, mas em parte também moderam os poderes do presidente⁵ (GARGARELLA, 2010, tradução nossa).

As recentes Constituições se apresentaram como Constituições fortes e extensas, não raro surpreendendo com os mais de 400 (quatrocentos) artigos que podem ser encontrados nas Constituições do Brasil, Equador ou Bolívia, se comparados, muito superficialmente, com a Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, que contém 7 (sete) artigos (GARGARELLA, 2010).

Em seus extensos textos, as atuais Constituições da América Latina garantem, portanto, cultura, saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, além de proteção ao meio ambiente. As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) ilustram bem as inovações, sendo a do Equador a primeira a prever direitos da natureza e a da Bolívia a primeira a prever direitos dos animais (OLIVEIRA; STRECK, 2014)

Nota-se que algumas dispuseram em seus textos temas como equidade de gênero, mecanismos de democracia participativa ou ainda afirmaram a existência dos Estados “pluri” ou “multi” culturais, concedendo proteção especial aos grupos indígenas.

⁵ “[...] Muchas de las nuevas Constituciones, al menos las de los años noventa, se escribieron bajo la invocada idea de reducir o moderar los poderes del presidente. Lamentablemente, en una mayoría de casos, ellas fallaron en sus promesas iniciales, o incumplieron las mismas. Peor aún, muchas de estas nuevas Constituciones parecieron escritas, fundamental sino exclusivamente, con el objetivo “urgente” de autorizar la reelección inmediata del presidente en ejercicio. Sin embargo, lo cierto es que no son pocos los constitucionalistas y doctrinarios que dudaron de estas afirmaciones, o las calificaron, para decir que en verdad Constituciones como las de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador o Venezuela, en parte aumentan pero en parte también moderan los poderes del presidente.”

As novas Constituições e mudanças constitucionais pós década de 1980 podem ser compreendidas, portanto, como soluções ou mesmo enfrentamento direto às crises sociais que se intensificaram nos anos anteriores. Sobre essas recentes Constituições, que concederam status legal especial aos direitos humanos, afirma o professor Gargarella que produziu resultados interessantes, uma vez que “teve um interessante efeito nos conservadores. Por exemplo, após essas mudanças constitucionais, muitos juízes conservadores começaram a considerar mais seriamente os argumentos baseados no valor dos direitos humanos” (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 37).

Entretanto, imperioso admitir que, apesar das reformas provocadas pelas novas garantias constitucionais, essas reformas foram limitadas em seus objetivos e conquistas. Parece comum a essas Constituições que a maior parte de suas elaborações foi dedicada para novos direitos, ignorando, de certo modo, a organização dos poderes. A omissão dos reformistas legais se vislumbra justamente quando desconsideram o impacto que a organização do poder ou a “maquinaria democrática”⁶ tende a ter sobre os mesmos direitos que querem proteger.

O professor Gargarella (2016) pondera, então, que as novas Constituições tendem a apresentar um novo desenho contraditório, na medida em que aparentam ser social e democraticamente comprometidas em seu rol dos direitos, mas também rejeitam os ideais sócio democráticos, mantendo sua tradicional organização política vertical hiper presidencialista, dificultando toda e qualquer iniciativa de empoderamento popular.

Nesse ponto, muitos consideram as novas Constituições latino-americanas como “poéticas”, qual seja, apresentam textos que não falam apenas da realidade, mas passam a incluir expressões de desejos, sonhos, aspirações, que em nada compactuam com a realidade dos países a quem essas Constituições se destinam (GARGARELLA, 2010).

Ao longo da análise, o professor argentino não crê que foi feito o melhor possível, dentro dos limites, para melhorar a qualidade das instituições e contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática, acreditando que os latino-americanos promoveram reformas muito incipientes, focadas em objetivos a curto prazo, principalmente nas reeleições presidenciais. Observa ainda “que um bom número de nossas Constituições foram pensadas, com razão, como um modo de dar resposta ao problema (ou conjunto de

⁶ A maquinaria democrática é abordada por Roberto Gargarella (2016) quando trata da “Sala de máquinas” da Constituição, que consiste no poder de garantir provisões da constituição que determina a relativa autoridade dos atores governamentais. Gargarella argumenta que o empoderamento de inúmeros direitos adicionais nas Constituições da América- Latina é minado pela falha em reorganizar as estruturas de poder, assim como assegurar que esses novos direitos sejam implementados.

problemas que era considerado fundamental ao momento da reforma”⁷ (GARGARELA, 2010, tradução nossa), que nos últimos tempos perdeu-se essa preocupação, eis que faltou uma imaginação constitucional. Então, conclui Roberto Gargarella (2010):

O ponto, em definitivo, é o seguinte: o êxito das reformas constitucionais requer de modificações amplas e consistentes que alcancem não só as diversas áreas da Constituição (tanto sua parte ‘orgânica’ como ‘dogmática’), como também ao resto do que John Rawls denominara a ‘estrutura básica’ da sociedade. Para dizê-lo de outro modo, uma Constituição não pode florescer em qualquer contexto, e muito menos em contextos políticos, legais, sociais, econômicos que lhe sejam hostis. Daí que o êxito dela requer ações sobre outras esferas da sociedade, capazes de permitir que a reforma germine e floresça de modo mais apropriado.⁸ (Tradução nossa)

Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Lênio Luiz Streck (2014) alertam ainda:

Se o novo constitucionalismo pode ir desaparecendo a medida que os governos, agora alinhados, fossem sendo substituídos por outros com diversas pautas ideológicas. É neste ponto que testaremos um elemento central no constitucionalismo: o acentuado grau de autonomia do direito. Até que ponto o (novo) constitucionalismo latino-americano conseguirá firmar as raízes daquilo que Ferrajoli chama de «Constituição normativa» e Hesse de «força normativa da Constituição»? Até que ponto maiorias engendradas por novos governos não enfraqueceriam o protagonismo e comprometimento dos textos constitucionais que tantos (novos) direitos consagram? Ou seja, parece que o desafio maior das Constituições do novo constitucionalismo é se afirmarem como Constituições Normativas e não como Constituições Simbólicas. Que os direitos previstos não sejam, na expressão de Gargarella, direitos adormecidos, que possam despertar-se e ativar-se⁹ (tradução nossa).

Na missão de introduzir de fato mudanças sociais na Constituição, é necessário, antes, “afetar a organização do poder que foi desenhada por velhas e elitistas sociedades do século XIX” (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016). Assim, para garantir os direitos que a sociedade atual acredita serem fundamentais, como os direitos elencados na Carta de Nova

⁷ “[...]que un buen número de nuestras Constituciones fueron pensadas, con razón, como modo de dar respuesta al problema (o conjunto de problemas) que era considerado fundamental al momento de la reforma [...]”

⁸ “El punto, en definitiva, es el siguiente: el éxito de las reformas constitucionales requiere de modificaciones amplias y consistentes que alcancen no sólo a las diversas áreas de la Constitución (tanto a su parte ‘orgánica’ como ‘dogmática’), sino también al resto de lo que John Rawls denominara la ‘estructura básica’ de la sociedad. Para decirlo de otro modo, una Constitución no puede florecer en cualquier contexto, y mucho menos en contextos políticos, legales, sociales, económicos que le sean hostiles. De allí que el éxito de la misma requiera de acciones sobre otras esferas de la sociedad, capaces de permitir que la reforma germine y florezca del modo más apropiado.”

⁹ “[...] si el nuevo constitucionalismo puede ir desapareciendo a medida que los gobiernos ahora alineados fuesen siendo sustituidos por otros con diversas pautas ideológicas. Es en este punto que probaremos un elemento central en el constitucionalismo: el acentuado grado de autonomía del derecho. ¿Hasta qué punto el (nuevo) constitucionalismo latinoamericano conseguirá firmar las raíces de aquello que Ferrajoli llama de «Constitución normativa» y Hesse de «fuerza normativa de la Constitución»? ¿Hasta qué punto mayorías engendradas por nuevos gobiernos no debilitarían el papel dirigente y compromisorio de los textos constitucionales que tantos (nuevos) derechos consagran? O sea, parece que el desafío mayor de las Constituciones del nuevo constitucionalismo es el de afirmarse como Constituciones Normativas y no como Constituciones Simbólicas. Que los derechos previstos no sean, en la expresión de Gargarella, derechos dormidos, que puedan despertarse y activarse.”

Iorque¹⁰, abordada no próximo capítulo, não basta que se compreenda o direito em si como autônomo. Deve-se, antes, entender que existe uma estrutura política-econômica-social que não se contenta apenas com normas jurídicas.

¹⁰ Trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado de direitos humanos de 2006.

3. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CARTA DE NOVA IORQUE)

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD (ONU, 2006), também conhecida como Carta de Nova Iorque, é um tratado de direitos humanos da ONU de 2006, que, segundo a instituição, foi assinado e ratificado, seja quanto ao seu protocolo principal e ao facultativo, por mais de 170 (cento e setenta) países, incluindo Brasil e Argentina. A CDPD representou um marco na garantia dos direitos humanos, sendo aprovado, pela primeira vez, um tratado cuja elaboração contou com a maior participação da sociedade civil organizada já vista na ONU. Portanto, a Carta de Nova Iorque concretizou não apenas anos de luta das pessoas com deficiência como estabeleceu um novo conceito de deficiência, não mais baseado nos antigos modelos médico e social, mas sim no modelo de avaliação biopsicossocial de deficiência. Diz o artigo 1º da Convenção (2006):

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. 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 igualdades de condições com as demais pessoas.

Além das significativas mudanças que a Convenção trouxe para a compreensão e garantia dos direitos das pessoas com deficiência, interessa, nesse trabalho, o disposto especialmente no art. 12 da referida Carta que trata sobre a capacidade das pessoas com deficiência, qual seja:

Artigo 12 - Reconhecimento igual perante à 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 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 (ONU, 2006).

O artigo 12 da CDPD provocou uma das mudanças mais revolucionárias e complexas ao impor a igualdade perante a lei. Ocorre que a igualdade em si não é novidade para o Direito, mas sim a exclusão da deficiência como critério mitigador da personalidade jurídica e da capacidade jurídica (MENEZES; CAYCHO; BARIFFI, 2021).

A regra é, portanto, que as pessoas com deficiência são absolutamente capazes, possuem autonomia para decidirem sobre as questões da vida e desenvolverem livremente sua personalidade, exprimindo suas vontades. É através desse ditame que os países membros da Convenção devem legislar sobre questões envolvendo a capacidade da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que os países que assinaram, ratificaram e internalizaram a Convenção sofreram mudanças substanciais em seus ordenamentos jurídicos, visto a obrigação que assumiram ao acordar os termos dispostos na Carta e ao caráter legal e hierárquico que foi concedido a ela em cada país.

Outrossim, faz-se importante o esclarecimento quanto aos conceitos de Tratado e Convenção, entendendo Valério de Oliveira Mazzuoli (2020, p. 136) que, o Tratado,

[...] trata-se de expressão genérica por natureza, eleita pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º, §1º, alínea 'a'). O termo designa normalmente (mas não exclusivamente) os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância. São exemplos os tratados de paz, de amizade, de arbitragem, de cooperação, de navegação etc [...].

Ao passo que a Convenção

[...] começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais, nos quais matérias da maior relevância para a sociedade internacional passaram a ser frequentemente debatidas, gerando atos internacionais criadores de normas gerais de Direito Internacional Público, demonstrativos da vontade uniforme das partes em assuntos de interesse geral. A expressão convenção conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-lei ou tratados-normativos, dos quais são exemplos a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, as de Genebra sobre direito humanitário etc [...]. (MUZZUOLI, 2020, p. 136).

De maneira geral, o tratado é utilizado para acordo solenes e a convenção é um tratado que cria normas gerais (GUERRA, 2021, p. 35), sendo a Carta de Nova Iorque, portanto, uma Convenção Internacional.

Delimitando-se os estudos ao processo de internalização desta Convenção de Direitos Humanos no Brasil e na Argentina, assim como as modificações em seus marcos regulatórios que tratam sobre a Teoria das (in)capacidades a fim de que se adequem ao tratado, convém prosseguir a discussão sobre o processo pelo qual os Tratados e as Convenções de Direitos Humanos são submetidos em cada país para melhor compreensão de sua força legal.

3.1 A internalização dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos no Brasil e na Argentina

Compreende-se por internalização, nesse trabalho, o processo pelo qual os Tratados e Convenções Internacionais são submetidos a fim de serem incorporados ao ordenamento jurídico interno de cada país, possuindo não apenas status obrigatório como também força executória no plano interno, ou seja, que os direitos previstos em ambos “possam ser direta e imediatamente exigíveis no plano da ordem interna” (LOPES; LOPES, 2016, p. 56).

3.1.2 O processo de ratificação

A ratificação de um tratado/convenção internacional é a vinculação jurídica de um Estado a ele. Consiste em um ato administrativo no qual o Chefe de Estado confirma o tratado assinado em seu nome ou em nome do Estado, declarando que o Estado se submeterá ao regime jurídico ali disposto (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2021).

Normalmente, antes da ratificação o tratado deve ser aprovado por algum órgão interno do Estado que observará o juízo de conveniência e verificará se há, nas normas jurídicas internas, conflitos que impeçam a ratificação. Além disso, apenas os tratados e as convenções multilaterais devem ser ratificados, ou seja, tratados que contemplam mais de dois países.

Dispõe a Constituição Brasileira, em seu art. 84, inciso VIII, que é função privativa do Presidente da República, “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Além disso, é de competência exclusiva do Congresso

Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (CR, art. 49, inciso I). Em 09 de julho de 2009 o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como será mais bem explicado no tópico subsequente.

No país vizinho, o art. 99, inciso 11 da *Constitución de La Nación Argentina* dispõe que o Presidente da nação possui a seguinte atribuição: “celebra e assina tratados, concordatas e outras negociações requeridas para a manutenção de boas relações com as organizações internacionais e as nações estrangeiras, recebe seus ministros e admite seus cônsules”¹¹ (tradução nossa). Ao passo que corresponde ao Congresso, conforme art. 75, inciso 22 do mesmo texto, “aprovar ou rejeitar tratados celebrados com outras nações e com organizações internacionais e concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis¹²” (tradução nossa). Em 06 de junho de 2008 o Congresso Argentino aprovou a CDPD.

Brasil e Argentina tornaram-se signatários da Convenção em 30 de março de 2007, tendo o primeiro a ratificado em 01 de agosto de 2008 e o segundo, em 02 de setembro de 2008 (UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, 2021).

3.1.3 Status hierárquico

Como visto, no Brasil, a Constituição de 1988 previu que o presidente pudesse celebrar os tratados e as convenções internacionais (CR, art. 84, inciso VIII) e que o Congresso Nacional os aprovasse (CR, art. 49, inciso I). Quanto aos tratados/convenções de direitos humanos, especificamente, a Constituição também trouxe o artigo 5º, §3º que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

E assim, conforme Decreto Legislativo nº 186, de 2008, o texto da CDPD foi aprovado pelo Congresso Nacional nos termos do §3º, art. 5º da CR/88. Em 25 de agosto de 2009 a Convenção e seu Protocolo Facultativo foram promulgados por meio do Decreto nº 6.949, entrando em vigor na mesma data de sua publicação. Diferentemente dos outros

¹¹ “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.”

¹² “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

tratados/convenções que são considerados normas supralegais, a Convenção assumiu hierarquia constitucional, ingressando na ordem jurídica interna como norma constitucional.

Por outro lado, a Argentina elencou no art. 75, inciso 22 de sua Constituição os tratados que possuem hierarquia constitucional, completando, ainda, que “os demais tratados e convenções de direitos humanos, depois de aprovados pelo Congresso, exigirão o voto de dois terços do total de membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional¹³” (tradução nossa). Nesse caso, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada pelo Congresso através da *Ley 26.378*, promulgada em 06 de junho de 2008, tendo adquirido o status de hierarquia constitucional somente em 2014, através da *Ley 27.044*.

Em continuidade ao exposto até o presente tópico, os próximos dois capítulos apresentarão um panorama geral das teorias das (in)capacidades frente à constitucionalização da Carta de Nova Iorque nos ordenamentos jurídicos brasileiro e argentino, ou seja, serão expostas modificações legislativas, posições doutrinárias e decisões judiciais que contribuem para a compreensão da internalização dos ditames da Convenção.

¹³ “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

4. TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS NO BRASIL

A capacidade civil, de maneira genérica, pode ser entendida como a aptidão da pessoa para exercer direitos e assumir deveres no âmbito civil (CC, art. 1º), além de exercer por si atos da vida civil e negócios jurídicos. Trata-se de um elemento da personalidade, uma medida, podendo ser plena ou limitada.

Pode ser classificada em *capacidade de direito* ou *de gozo* e *capacidade de fato* ou *de exercício*. A primeira é inerente à personalidade, comum a toda pessoa humana, podendo presumir-se que todos possuem capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de direitos e deveres na ordem civil, cessando a capacidade de direito apenas com a morte da pessoa. Já a segunda, está relacionada com a capacidade que cada pessoa possui para exercer propriamente os atos da vida civil (TARTUCE, 2020, p. 139).

Nesse sentido, uma pessoa que possui capacidade de direito mais a capacidade de fato, é uma pessoa que possui capacidade civil plena.

Ao contrário da capacidade de direito, que não se pode limitar nem sofrer restrições, a capacidade de fato possui suas particularidades e exceções, conhecidas como incapacidades, que limitam a referida capacidade e o exercício de direitos. A incapacidade se subdivide em dois tipos: incapacidade relativa e incapacidade absoluta.

A incapacidade relativa refere-se a pessoas que podem praticar os atos da vida civil, desde que haja assistência (TARTUCE, 2020, p. 148). Enquanto a incapacidade absoluta refere-se a pessoas que possuem direitos, porém não podem exercê-los pessoalmente, devendo ser representados. Assim, as pessoas absolutamente incapazes têm capacidade de direito, mas não capacidade de fato ou de exercício (TARTUCE, 2020, p. 142).

Como forma de defesa dos interesses dos incapazes, o ordenamento jurídico brasileiro previu institutos de direito assistenciais para a realização de atos civis em nome das pessoas incapazes, tratando-se da tutela, da curatela e do poder familiar ou autoridade parental. A tutela diz respeito à representação dos “interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los” (SCHREIBER, 2021, p. 1.506). Portanto, aos absolutamente incapazes é designado o instituto da tutela e, por se tratar de rol definido pelo único critério etário (menor de 16 anos) e instituto destinado apenas aos menores de 18 (dezoito) anos que não tem quem exerça o poder familiar, não serão aprofundados neste estudo.

A curatela é designada para a proteção dos interesses dos maiores de idade incapazes, justificando-se “pela falta de discernimento ou possibilidade de expressão de vontade para o exercício dos atos civis, ou seja, pela falta de capacidade civil plena” (SOUZA, 2021, p. 68). Como será visto no próximo tópico, com as mudanças sofridas no sistema jurídico das (in)capacidades por meio da entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - EPD), não há mais no direito brasileiro pessoas maiores absolutamente incapazes. Assim sendo, trata-se a curatela de medida extraordinária que “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (art. 85, §2º da Lei 13.146/15) das pessoas elencadas no art. 4º do CC/02 e das pessoas com deficiência, quando necessário e de acordo com a lei, nos termos do art. 84, §1º do EPD. Dentre outras características, se tratando de medida de proteção extraordinária, deverá ser instituída sempre por processo judicial, sendo estabelecida de forma “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (TARTUCE, 2020, p. 145).

Tem-se, de maneira geral, a teoria das (in)capacidades, que analisa o sistema das capacidades no direito brasileiro e quem são as pessoas incapazes a quem o legislador direcionou os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002.

Modificando-se consideravelmente a teoria das (in)capacidades, faz-se necessário analisar o impacto no ordenamento jurídico brasileiro, as posições doutrinárias e as decisões judiciais posteriores à entrada em vigor do EPD.

4.1 Alterações legislativas após a ratificação da Carta de Nova Iorque

Após o Brasil assinar e ratificar a Carta de Nova Iorque, entraram em vigor leis que tratam dos direitos das pessoas com deficiência em seus mais variados aspectos, garantindo desde o exercício da expressão da vontade, à garantia de acesso a saúde, educação, trabalho, entre outros direitos, procurando adequar o ordenamento interno ao escopo da Convenção, fazendo com que tenha “no Brasil atualmente um microssistema jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência” (SOUZA, 2020, p. 56). No entanto, interessa nesse estudo a lei que impactou diretamente na percepção da capacidade civil da pessoa com deficiência. Trata-se da Lei nº 13.146/2015, que se originou de um antigo projeto de lei (PL 7.699/2006) que visava instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Após sancionada e promulgada em 15 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro em 2016, tendo

“como objetivo primordial, assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (MENEZES; RODRIGUES; MORAES, 2021, p. 115).

O principal ponto a se destacar quanto às alterações legislativas recai sobre a revolução que o Estatuto provocou na teoria das (in)capacidades ao excluir a pessoa com deficiência do rol dos absolutamente incapazes, ainda que admitido casos em que possam se encaixar entre os relativamente incapazes. Em seus artigos 6º e 84, dispôs o EPD, respectivamente:

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.

Assim sendo, os incisos I, II e III do art. 3º¹⁴ do Código Civil de 2002 foram revogados, permanecendo no rol de absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos e foram retirados do rol do art. 4º¹⁵ “os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, introduzindo no inciso III “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Desse modo, o legislador garantiu a plena capacidade civil à pessoa com deficiência, retirando a hipótese em que poderia ser considerada absolutamente incapaz, consolidando, portanto, aos ditames da CDPD.

Outras alterações trazidas pelo EPD dizem respeito à curatela e à tomada de decisão apoiada. Segundo o novo panorama jurídico, a curatela será instituída apenas nos casos em

¹⁴ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

¹⁵ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigios.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

que se tratar de pessoas maiores relativamente incapazes, não havendo mais que se falar em curatela para pessoas absolutamente incapazes, vez que a este rol se destina a tutela, em razão de ter permanecido ali, apenas o critério etário. Ademais, o EPD trouxe disposição expressa quanto à possibilidade de se instituir a curatela à pessoa com deficiência com medida protetiva extraordinária:

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. (Lei 13.146/2015)

A outra novidade diz respeito à introdução de um modelo de apoio conhecido como Tomada de Decisão Apoiada, tratando-se de “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” (CC, art. 1.783-A). Este modelo será abordado tópico seguinte, onde são trazidas algumas posições doutrinárias no que tange à pontuais modificações sofridas na teoria das (in)capacidades.

4.2 Posições doutrinárias após a ratificação da Carta de Nova Iorque

Podemos dizer, já de imediato, que houve uma verdadeira *revolução* na *teoria das (in)capacidades*, praticada pelo citado Estatuto da Pessoa com Deficiência (TARTUCE, 2020, p. 142). O avanço, ou melhor, a revolução, concretiza-se “ao retirar do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se atrelar diretamente a deficiência mental aos critérios de incapacidade” (BARROS; SCHETTINI, 2019, p. 5). Sendo assim, esta seção destina-se a reunir alguns apontamentos doutrinários acerca das modificações trazidas pelo advento do EPD, em especial quanto à garantia da dignidade da pessoa humana às pessoas com deficiência, as mudanças na incapacidade relativa, o instituto da curatela e a interdição, além da introdução do modelo da tomada de decisão apoiada.

4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 1º, inciso III da CR/88, pode ser entendido, de maneira geral, como um conceito que está em permanente processo de construção e desenvolvimento, considerando o pluralismo e a diversidade de valores presentes nas sociedades democráticas contemporâneas (SCARLET, 2013, p. 3). A previsão constitucional, portanto, privilegia o que já vinha sendo reconhecido no mundo nas décadas anteriores, quando,

[...] após a Segunda Guerra, marcadamente no mundo ocidental, a dignidade surge como um consenso ético. No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 10 de dezembro de 1948, os povos das nações unidas reafirmaram a sua fé nos direitos humanos fundamentais e na “dignidade e no valor da pessoa humana”; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – também intitulada Pacto de San José da Costa Rica –, em seu art. 11, dispôs que “toda pessoa tem direito ao respeito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade [...]” (HUPSEL, 2016, p. 57)

Tratando-se, pois, de uma qualidade reconhecidamente inerente a todo e qualquer ser humano, compreende-se, por dignidade da pessoa humana, neste estudo,

[...]a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SCARLET *apud* BERNARDO, 2006, p. 235)

Desse modo, “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto” (MORAES *apud* BERNARDO, 2006, p. 235). Nesse sentido, a essência da dignidade humana condiciona-se à própria existência da pessoa e, seu reconhecimento jurídico, por conseguinte, importa que seja assegurado a todas as pessoas a sua existência ontológica no mundo, no sentido de tutelar tanto a manutenção as condições materiais de subsistência, quanto a preservação dos valores de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (SOARES, 2009, p. 210).

Reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro como princípio fundamental, a dignidade humana, ou melhor, a garantia do respeito à dignidade humana, bem como a sua promoção, condiciona as demais normas do país à sua expressa observância, perpassando noções de “igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade” (MORAES *apud*

BERNARDO, 2006, p. 237). A igualdade, por exemplo, compreendida no sentido de reconhecimento das diferenças,

[...] ou seja, a garantia às minorias de manifestarem-se livremente, sem a necessidade de terem de adotar comportamentos uniformizantes que lhes descaracterizem como tal, conforme lembra Boaventura de Sousa Santos: ‘as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza’ [...] (BERNARDO, 2006, p. 238)

Através dessa noção de proteção, reconhecimento, promoção da dignidade nos mais variados aspectos da vida do indivíduo e, principalmente, a garantia de ter respeitada a qualidade inerente à cada pessoa, é que a Carta de Nova Iorque e, conseqüentemente o Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantiram o reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência.

Na visão de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, ao retirar a pessoa com deficiência da categoria incapaz, o EPD provocou verdadeira “mudança paradigmática, senão ideológica” (STOLZE; PAMPLONA, 2007, p. 27). Para os autores, o Estatuto pretendeu que a pessoa com deficiência não mais fosse rotulada como “incapaz”, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, e, à luz da perspectiva constitucional isonômica, fosse considerada plenamente capaz, mesmo que, em determinadas situações de exercício de atos da vida civil, fossem necessários institutos assistenciais específicos como a tomada de decisão apoiada e a curatela.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ponderam, ainda, que o EPD veio em boa hora, promovendo uma reconstrução valorativa na tradicional disposição do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil, conferindo tratamento mais digno à pessoa com deficiência (STOLZE; PAMPLONA, 2021, p. 28).

4.2.2 Incapacidade relativa

Uma novidade trazida pelo EPD foi a conversão daqueles “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (CC, art. 4º, III) em relativamente incapazes, antes dispostos no rol dos absolutamente incapazes.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, no entanto, a hipótese de tratar pessoas que, por causa temporária ou permanente são impedidas de manifestar sua vontade (como aquele que esteja em estado de coma), como relativamente incapazes, não convence. Para os autores, “se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa” (STOLZE; PAMPLONA, 2021, p. 30). Consideram que talvez o legislador não soube

onde situar a norma, entendendo os autores que caberia, melhor do que uma alteração no Código Civil, um dispositivo legal autônomo apenas para a norma.

Por outro lado, Mariana Alves Lara (2019, p. 45) pontua:

[...] as críticas feitas às alterações do Código Civil, que excluíram do rol dos incapazes dos arts. 3º e 4º todas as menções à deficiência e enfermidade, não deveriam ser direcionadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Isso porque o Estatuto não fez mais que seguir os preceitos da Convenção e, sobretudo, as recomendações do Comitê, no sentido de que as pessoas com qualquer tipo de deficiência devem ser consideradas plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil [...].

À essa adequação aos preceitos da Convenção, Caio Mário da Silva Pereira chama de “uma bem intencionada mudança ideológica” (PEREIRA, 2020, p. 230), não desprovida de críticas, no entanto, uma vez que, retirando o critério de discernimento da expressão volitiva e reputando a todos os enfermos a capacidade plena, o legislador acabou desamparando, na prática, essas pessoas. Nesse sentido, demonstra-se uma preocupação comum que a doutrina e a jurisprudência possam oferecer ao intérprete soluções que não exponham as pessoas que antes estavam protegidas pelo rol dos incapazes, à situações de risco, perigo ou golpe, por exemplo, causadas por uma tentativa de adequação a terminologias e tratamentos não discriminatórios, supostamente endossados pelas mudanças legais (PEREIRA, 2020).

4.2.3 Curatela e Interdição

Como consequência das modificações trazidas pelo EPD, não há no ordenamento jurídico brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade e, como tal, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no sistema civil do país. A Convenção e o Estatuto reafirmam, portanto, a capacidade civil plena das pessoas com deficiência como sendo a regra, visando a sua inclusão social, em razão da sua dignidade. Há uma troca do binômio dignidade-vulnerabilidade, por dignidade-liberdade (TARTUCE, 2020).

Eventualmente, o direito brasileiro permite que pessoas com deficiência possam ser consideradas relativamente incapazes, em alguma das hipóteses do art. 4º do CC/02, como é o caso do §3º, quando não puderem exprimir sua vontade, ou ainda, o caso de pessoas com deficiência psíquica/intelectual, tendo a redação do art. 748 do CPC/15, aparentemente contraditória, legitimado o Ministério Público e demais pessoas do rol previsto no art. 747, a

promoverem a interdição “em caso de doença mental grave”. Essa possibilidade está prevista, também, no art. 84, §1º do EPD, anteriormente mencionado na seção 4.1 deste capítulo.

No instituto da curatela, que protege os interesses dos maiores relativamente incapazes, há um conflito entre o disposto no EPD e no Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, a Lei 13.146/2015 propõe uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador ou a instituição da curatela, desconsiderando a ideia de interdição, alterando o art. 1.768 do CC/02 deixando de mencionar que “a interdição será promovida” e incluindo que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. Ao passo que o CPC/15 revoga expressamente o referido artigo do Código Civil, através de seu art. 1.072, inciso II, estando o CPC/15 todo baseado no processo de interdição, regulando-o (SCHREIBER, 2021).

Neste ponto, tanto Schreiber (2021) quanto Tartuce (2020) entendem que é necessária uma nova norma para esclarecer a questão, definindo o cabimento da ação de interdição ou apenas o disposto no EPD mencionando uma ação com nomeação de curador. Para tanto, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 757/2015, que pretende reparar este conflito, “introduzindo uma expressão única não só no CPC/2015, mas em toda a legislação, que passa a ser *ação de pedido de curatela*” (SCHREIBER, 2021, p. 1.529), retirando, ainda “todas as menções à “ação de interdição” constantes do Novo CPC” (TARTUCE, 2020, p. 143).

Schreiber (2021) vai mais além e acredita que apenas uma terceira norma decidindo qual das outras duas deve prevalecer não será suficiente, visto que o CPC/15 está inteiramente estruturado no processo de interdição, sendo necessária uma considerável reforma no Código para que exclua de vez a possibilidade da interdição. Ademais, na falta de solução para o impasse, entende o autor que é possível utilizar o disposto no EPD, uma vez que advém da Carta de Nova Iorque, tratado de direitos humanos que possui natureza de norma constitucional.

A questão, talvez, seja a concretização de um sistema que garanta a capacidade civil plena como regra, e, caso reconhecida excepcionalmente a incapacidade, aplicando-se a proteção oferecida pelo instituto da curatela, não seja definida de forma a dirimir totalmente a capacidade civil do interdito, limitando-se apenas aos atos patrimoniais e vedando “o seu alcance no direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (BARROS; SCHETTINI, 2019, p. 20).

4.2.4 Tomada de decisão apoiada

Como já mencionado anteriormente, a tomada de decisão apoiada (TDA), prevista no art. 1.783-A do CC/02, foi uma inovação trazida pela entrada em vigor do EPD, em conformidade com os ditames do art. 12 da Carta de Nova Iorque.

Para Flávio Tartuce (2020), a tomada de decisão apoiada parece ter a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores de idade, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela; no entanto, duvida da eficiência prática da medida, uma vez que a pessoa com deficiência pode usar de uma simples procuração para atribuição de poderes, sendo totalmente capaz no atual sistema jurídico das capacidades.

Sobre a tomada de decisão apoiada, destacou Nelson Rosenvald (2015):

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais. Conclui-se, portanto, que atualmente existe o instituto da curatela para os atos de cunho patrimonial da pessoa com deficiência – objeto do presente feito –, bem como a tomada de decisão apoiada para os demais atos da vida civil. (grifo nosso).

Desse modo, a TDA “só deve ser utilizada em quadros que o deficiente seja capaz de exprimir a sua vontade” (BARROS; SCHETTINI, 2019, p. 17), ou seja, na utilização da medida de apoio, a pessoa com deficiência é capaz e não há substituição de sua vontade por qualquer meio. O modelo caracteriza-se pela não interferência no poder de decisão da pessoa apoiada, representando um suporte, conforme sugerido na Carta de Nova Iorque, para que seja proporcionado e garantido à pessoa com deficiência, a máxima liberdade de escolha (BARROS; SCHETTINI, 2019), em outras palavras, seja promovido o exercício de sua autonomia e expressão de vontade.

Para Joyceane B. de Menezes, Francisco Luciano R. Rodrigues e Maria Celina B. de Moraes (2021), a tomada de decisão apoiada encontra grande dificuldade em estabelecer-se no sistema jurídico brasileiro, especialmente no que tange à transição do sistema substitutivo de vontade para o referido instituto. Ocorre que alguns juristas têm compreendido o instituto da curatela como um “apoio mais intenso”, talvez em função da sua localização no EPD, estando no mesmo artigo que reitera a capacidade jurídica da pessoa com deficiência. A curatela seria um apoio mais intenso, enquanto a tomada de decisão apoiada seria um apoio àqueles que ainda

conseguem exprimir uma vontade. Nesse caso, por considerarem um apoio mais intenso, desconsideram o caráter substitutivo da vontade e de uso excepcional. O ordenamento jurídico brasileiro é claro no sentido de que não se pode interpretar a curatela como medida de apoio, vez que permanece mitigando a capacidade civil da pessoa, com poderes de caráter substitutivos da vontade.

Para os autores, a preferência excessiva pela curatela “justifica-se tanto pelo fato de a curatela facilitar o acesso a benefícios assistenciais e previdenciários, como pela maior proteção que oferece ao patrimônio pessoal e familiar” (MENEZES; RODRIGUES; MORAES, 2021, p. 123)¹⁶. Destacam, ainda, o Projeto de Lei n. 11.091/2018 (originado do PLS n. 757/2015) que tramita no Senado Federal, e pretende esclarecer algumas contradições, alinhando o Código Civil e o Código de Processo Civil ao escopo da CDPD.

O Projeto traz, também, importantes modificações para a tomada de decisão apoiada, como o estabelecimento de uma vulnerabilidade presumida da pessoa com deficiência que estiver sob a tomada de decisão apoiada, além de passar a exigir que “o instrumento de apoio indique as hipóteses em que a participação dos apoiadores é indispensável à validade do ato e a obrigatoriedade do registro da sentença que homologa o acordo de tomada de decisão apoiada” (MENEZES; RODRIGUES; MORAES, 2021, p. 126).

4.3 Decisões judiciais após a ratificação da Carta de Nova Iorque

A análise de decisões judiciais, enquanto fonte do Direito, contribui para que se possa observar para onde caminha o posicionamento jurídico de determinado ordenamento, possui fundamental importância ao realinhar o entendimento dos tribunais em demandas iguais ou semelhantes e ainda contribui para que se possa observar as tendências a serem aplicadas aos casos concretos. Dessa forma, as decisões judiciais apresentam as soluções aplicadas pelos intérpretes, fruto de um esforço conjunto entre as posições doutrinárias e entendimentos já consolidados, além de, claro, a estrita observância normativa, principalmente no que se refere a legislações novas ou reformadas.

E então a importância de se verificar como os tribunais estão respondendo após a ruptura com entendimentos anteriores relacionados à (in)capacidade civil e o sistema de proteção atrelado a ela.

¹⁶ MENEZES, J. B de; RODRIGUES, F. L. L.; MORAES, M. C. B. de. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. In: MENEZES, J. B. de; CAYCHO, R. A. C.; BARIFFI, F. J. (Coord.). **Capacidade Jurídica, deficiência e direito civil na América Latina**. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021. Cap. 2, p. 107-129.

As principais modificações foram observadas após a entrada em vigor do EPD, em 2016, visto que foi a partir desse ponto que a teoria das (in)capacidades sofreu todas as mudanças anteriormente relatadas. É o que se passa a analisar.

No que diz respeito à incapacidade relativa e as alterações sofridas após a vigência do EPD, em 2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 1927423 SP 2020/0232882-9, deu provimento ao recurso que buscava a anulação/reforma da decisão para ser declarada a parte recorrente como relativamente incapaz com fundamento no artigo 4º, inciso III do CC.

O Juízo de primeiro grau havia julgado procedente o pedido inicial, ajuizado em 20/11/2017, para decretar a curatela de J. J. de J., declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3º, II, do Código Civil/2002. O curador especial nomeado para o interditado interpôs apelação, cujo provimento foi negado pela Décima Câmara de Direito Privado da Corte de origem, sob o fundamento de que o recorrente padece de demência - Doença de Alzheimer de início tardio e, por isso, a declaração da incapacidade relativa do apelante resultaria em falta da proteção jurídica garantida pela legislação.

Em sede de Recurso Especial, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, em seu voto, reconheceu que:

[...] a nova legislação trouxe alterações significativas na estrutura prevista no Código Civil no tocante à capacidade das pessoas naturais, entre elas a revogação dos incisos II e III do art. 3º do Código Civil, segundo o quais eram absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo por causa transitória. No tocante ao art. 4º, que prevê as hipóteses de incapacidade relativa, constata-se que foi excluída a referência à deficiência mental, passando a tratar, apenas, das pessoas que "por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade"(as quais, anteriormente, eram consideradas absolutamente incapazes). Dessa forma, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, somente são consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. Em face disso, não é mais possível, portanto, inserir as pessoas com enfermidade ou deficiência mental no rol dos absolutamente incapazes. (STJ - REsp: 1927423 SP 2020/0232882-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 27/04/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2021, grifo nosso).

O STJ deu provimento ao recurso especial declarando a incapacidade relativa do recorrente, mantendo a mesma curadora e a extensão da curatela fixadas na origem.

Com relação à aplicação do modelo da tomada de decisão apoiada, em 2019, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou sentença que deixou de homologar o pedido dessa assistência, formulado por M. A. d. S. nos termos do artigo 1.783-A do Código Civil. Na decisão, o Relator Carlos Alberto de Salles destaca que,

[...] sendo a autora analfabeta, com dificuldades de expressão e de cognição, além do contexto social em que inserida, com pressão de um irmão, há constatação da deficiência biopsicossocial da idosa [...] A necessidade da homologação do termo de tomada de decisão apoiada é reforçada pelos pareceres técnicos do juízo (ps. 33/36), bem como pelos vídeos da audiência realizada. (TJ-SP - AC: 10082624420198260037 SP 1008262-44.2019.8.26.0037, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 18/12/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/12/2019. grifo nosso).

Nesse sentido, reformou-se a sentença homologando o termo de tomada de decisão apoiada, nos termos do art. 1.783-A do CC/02.

Ainda sobre a TDA e sua aplicabilidade, em 2020, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Apelação Cível, reformou a decisão que declarou o recorrente incapaz e nomeou a ele uma curadora. Na decisão, entendeu o Tribunal que a tomada de decisão apoiada é a melhor solução, sendo certo que o recorrente já se encontra aos cuidados das pessoas nomeadas como apoiadoras. Portanto, a decisão foi reformada e homologado o acordo em que o recorrente, por livre e expressa manifestação de vontade, indicou como suas apoiadoras sua mãe e sua irmã, pois já vinha recebendo o apoio direto e presencial de ambas. (TJ-MG - AC: 10000190111591003 MG, Relator: Maria Inês Souza, Data de Julgamento: 25/08/2020, Data de Publicação: 28/08/2020).

Noutra decisão do Tribunal mineiro (2021), é possível observar a utilização das expressões “interdição” e “interdito”, conforme ainda previsto no CPC/2015:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECHAÇADA - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A PRÁTICA DE ALGUNS ATOS DA VIDA CIVIL - DEFICIENTE MENTAL - LAUDO MÉDICO PERICIAL - INCAPACIDADE RELATIVA DECLARADA - PODER DE REPRESENTAÇÃO - POSSIBILIDADE.- [...] Conquanto o procedimento da interdição não esteja previsto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015), que alterou as disposições do CCB/2002 relativas à curatela, o instituto possui previsão expressa no vigente CPC/2015, podendo ser decretada segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito e nos limites da capacidade verificada na instrução do feito. III - Constatado, **por meio de laudos médicos**, que o curatelando é relativamente incapaz para a prática de atos de disposição patrimonial, impositiva a nomeação de curador especial e a fixação dos limites do encargo observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, não se tratando de medida invasiva ou prejudicial a sua liberdade se poderá praticar todos os demais atos de vida civil como bem entender. IV - Na

esteira do entendimento jurisprudencial, é cabível a atribuição de poderes de representação ao curador, a fim de se garantir maior proteção ao curatelado, mormente em face da constatada situação de **vulnerabilidade**. (TJ-MG - AC: 10000211120530001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 11/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/08/2021, grifo nosso)

Em que pese a utilização dos termos como interdição e interdito tenha sido preservada e que toda ação que institui a curatela esteja sob o nome da “ação de interdição”, constata-se que são institutos diferentes, pois, enquanto a ação de interdição versa sobre direito formal, a curatela trata de direito material, não sendo a utilização do termo interdição a questão primordial a ser discutida, mas sim a excepcionalidade com que deve ser instituída a curatela e seus limites de atuação, vez que mitiga o exercício pleno da capacidade. É possível constatar, também, a utilização do binômio dignidade-vulnerabilidade citado por Tartuce (2020), como uma tendência a justificar a curatela sempre no sentido de garantir maior proteção à pessoa curatelada e seu patrimônio, ou, como referido na decisão, interdita.

4.4 Panorama Crítico do Sistema Jurídico da Teoria das (In)capacidades civis após a internalização da Carta de Nova Iorque

Cumprе destacar, neste ponto, que a Carta de Nova Iorque obrigou o Brasil a modificar sua teoria das (in)capacidades, reformulando, após a entrada em vigor em 2016 da Lei n.13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - EPD), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, os artigos 3º e 4º do CC/02, conforme já foi explicado.

Percebe-se como o Código Civil de 2002 mantinha a deficiência como critério mitigador da capacidade civil e como contrariava os ditames da CDPD, estando ainda, em desacordo com a Constituição, vez que a referida Convenção foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como Emenda Constitucional, possuindo, portanto, hierarquia constitucional.

Dessa forma, como a regra é que todas as pessoas com deficiência são plenamente capazes, tendo a Convenção reafirmado a excepcionalidade da incapacidade, não há que se falar mais em pessoas absolutamente incapazes que sejam maiores de idade, considerando a única possibilidade de uma pessoa ser considerada absolutamente incapaz, se menor de 16 (dezesseis) anos, apesar de ainda admitir-se a hipótese de relativização da capacidade da pessoa com deficiência.

Em relação aos dispositivos protetivos, o legislador incluiu através do Estatuto da Pessoa com Deficiência a Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada. A problemática em torno da Curatela - que não é um instituto sem contradições, pelo contrário, há diversos dissensos - envolve a substituição da vontade do curatelado em razão de “medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (TARTUCE, 2020, p.144).

Conforme o art. 84 do EPD¹⁷ assegura-se à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas, admitindo a possibilidade da pessoa com deficiência ser submetida à curatela, quando restar necessário. Ainda que especifique que a Curatela atingirá tão somente direitos de natureza patrimonial e negocial, resguardando direitos existenciais, esse instituto não deixa de contradizer o preceituado na Carta de Nova Iorque quando a mesma afirma que “essas salvaguardas, deveriam sempre agir no sentido de resguardar e proteger os direitos, as vontades e as preferências das pessoas com deficiência no exercício de suas capacidades”¹⁸ (UN, 2006).

Quanto ao art. 84, §2º¹⁹ do Estatuto da Pessoa com Deficiência que faculta à PcD a escolha pela Tomada de Decisão Apoiada, Eloá Leão M. de Barros e Beatriz Schettini citam Iara Antunes de Souza:

Logo, o processo de decisão apoiada corrobora a regra da capacidade civil da pessoa com deficiência, permitindo que se extraia o maior nível de discernimento de suas decisões e atos da vida civil. Contudo, se em razão da deficiência, a pessoa não se sentir apta à tomada de certa decisão, poderá se valer do instituto para que, de qualquer forma, exerça sua capacidade, ainda que com ajuda de outras pessoas. Afinal, mesmo havendo a tomada de decisão apoiada, o ato de manifestação de vontade da pessoa com deficiência é que será externalizado e valerá perante terceiro (SOUZA *apud* BARROS; SCHETTINI, 2019, p. 17).

Tem-se, pois, que a Tomada de Decisão Apoiada, até o presente momento, incorpora, aparentemente, a única medida que o Brasil apresentou como um tipo de apoio nos moldes recomendados pela Convenção (art. 12 CDPD) que devem ser providos pelos Estados para

¹⁷ 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. (Lei 13.146/2015)

¹⁸ “[...] such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person [...]”.

¹⁹ “[...] § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada [...]”.

garantir e proteger os direitos das pessoas com deficiência, priorizando a autodeterminação, a autonomia e a vontade da pessoa frente aos atos da vida civil.

De maneira crítica, observa-se que, apesar do direito brasileiro ter tentado adequar-se ao disposto na CDPD, principalmente no que se refere à garantia da capacidade civil plena da pessoa com deficiência, há diversas interrogantes que ainda necessitam ser solucionadas ou mesmo reformadas, como é o caso da questão da previsão da interdição no CPC/2015, e, como elemento mais destacado, a possibilidade de aplicar o instituto da curatela à pessoa com deficiência. A curatela segue sendo o velho modelo de substituição da vontade da pessoa e, apesar de possuir caráter excepcional, vem sendo aplicado constantemente como a regra. Ao passo que um sistema de apoio, como a tomada de decisão apoiada, não tem sido recepcionado pelo ordenamento jurídico.

Foi possível observar que há uma preocupação comum, ao menos nos julgados expostos, com a efetividade da proteção da pessoa declarada incapaz e, muito mais comum do que a adoção da tomada de decisão apoiada, a curatela acaba sendo instituída.

5. TEORIA DAS (IN)CAPACIDADES CIVIS NA ARGENTINA

De maneira geral, o direito argentino entende que a capacidade é a aptidão da pessoa para ser titular de direitos, adquirir obrigações e exercer esses direitos por si mesma. Trata-se de um atributo inerente à pessoa e que está diretamente relacionado com o respeito à dignidade e a liberdade pessoal, de maneira que eventuais limitações só podem ser estabelecidas legalmente (FERNÁNDEZ, 2015).

A Argentina codifica dois tipos de capacidade, a *capacidad de derecho* e a *capacidad de hecho o de obrar, de ejercicio o goce*. A *capacidad de derecho* está relacionada com a aptidão que a pessoa tem para adquirir direitos e contrair obrigações somente pelo fato de ser pessoa: “toda pessoa humana goza de aptidão para ser titular de direitos e deveres jurídicos. A lei pode privar ou limitar esta capacidade a respeito de fatos, simples atos ou atos jurídicos determinados”²⁰ art. 22 (CCyC, 2015, tradução nossa).

A *capacidad de derecho* independe se a pessoa exerce atos por ela mesma ou se por meio de intervenção ou intermediação de terceiro.

Já a *capacidad de hecho o de obrar*, também conhecida como *capacidad de ejercicio o goce* diz respeito a capacidade que toda pessoa humana possui para “exercer por si mesma seus direitos, exceto as limitações expressamente previstas neste Código e em uma sentença judicial”²¹ conforme art. 23 (CCyC, 2014, tradução nossa).

A capacidade jurídica então, corresponde à pessoa que possui *capacidad de derecho* mais a *capacidad de ejercicio*. E, como visto, a *capacidad jurídica* pode sofrer limitações por meio da *capacidad de ejercicio*. A essas limitações dão-se os nomes de *capacidad restringida* e *incapacidad*.

As limitações a capacidade da pessoa serão sempre excepcionais e impostas em benefício da pessoa, jamais para castigá-las. A *capacidad restringida* supõe que a pessoa conserva sua capacidade, a qual é limitada somente para determinados atos, enquanto a *incapacidad*, além do rol taxativo a quem abrange no art. 24²² do CCyC, relaciona-se à pessoa

²⁰ “**ARTICULO 22** – Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”

²¹ “**ARTICULO 23** – Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”

²² “**ARTÍCULO 24** – Incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

que esteja absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado.

De forma a proteger a pessoa *com capacidad restringida* ou *incapaz*, o legislador argentino designou institutos de proteção que delimitam a forma de atuação na prática dos atos limitados pela pessoa ou por terceiro. A restrição da capacidade jurídica demanda que o juiz designe o ou os apoios necessários previstos no art. 43²³ do CCyC, conhecidos como *Sistemas de apoyo*. Já a incapacidade demanda que a pessoa exerça seus direitos através de seus representantes, que podem atuar na figura de *representación*, *tutela* e *curatela*, a depender da pessoa que foi declarada incapaz.

Os *Sistemas de apoyos al ejercicio de la capacidad* serão designados sempre que for declarada a *capacidad restringida* de uma pessoa. O juiz, portanto, poderá designar os *apoyos* que forem necessários, delimitando as funções com os ajustes razoáveis de acordo com as necessidades da pessoa. Compreende-se por *apoyo* “qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que o necessite a tomada de decisões para reger a si mesma, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral”²⁴ conforme art. 43 (CCyC, 2014, tradução nossa). Esse sistema possui como função primordial a promoção da autonomia e facilitação da comunicação, da compreensão e da manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos.

Ressalta-se, ainda, a figura da *inhabilitación*, que está diretamente relacionada aos pródigos e a questão patrimonial, e, quando declarada, demanda a designação de um *apoyo*, através da *asistencia* conforme previsto nos artigos 43 e 100 do CCyC.

A *representación* diz respeito às pessoas que não podem exercer por si mesmas seus direitos, está expressa no art. 101 do CCyC e abrange a representação habitual dos filhos por nascerem e dos filhos menores de idade não emancipados, por seus pais; a representação de pessoa menor de idade não emancipada, por seus tutor (na impossibilidade dos pais serem os representantes); a representação de pessoa com *capacidad restringida* para certos atos; e a

²³ “**ARTÍCULO 43.** Concepto. Función. Designación Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

²⁴ “[...] cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general [...]”

representação de pessoa que se encontre absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e manifestar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado, por seu curador.

Como o instituto da tutela refere-se à pessoa menor de idade não emancipada e que não pode ser representada por seus pais, não será aprofundada neste estudo, por tratar-se de instituto atrelado exclusivamente à questão etária.

A curatela, como citada anteriormente, está prevista nos artigos 138, 139 e 140²⁵ do CCyC, e é instituída com a função de cuidar da pessoa incapaz e de seus bens até que recupere sua saúde. Depreende-se, portanto, que a função do curador é representativa e substitui a vontade da pessoa. No entanto, deve sempre promover a autonomia e a possibilidade de recuperar a interação e a exteriorização da vontade. Os limites da incapacidade são estabelecidos pelo juiz através de sentença, sendo a função representativa do curador proporcional à extensão da incapacidade da pessoa representada, nos termos dos artigos 24 e 38²⁶ do CCyC (FERNÁNDEZ, 2015).

Para melhor compreensão de como a teoria das (in)capacidades sofreu modificações na Argentina através da internalização da Carta de Nova Iorque, é necessário destacar pontos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

5.1 Alterações legislativas após a ratificação da Carta de Nova Iorque

²⁵ **ARTICULO 138.-** Normas aplicables. La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección. La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

ARTICULO 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

ARTICULO 140.- Persona protegida con hijos. El curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.

²⁶ **ARTICULO 24.-** Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

a) la persona por nacer;

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

ARTICULO 38.- Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

A Argentina introduziu duas importantes reformas legislativas a nível nacional em se tratando de capacidade jurídica. A primeira pode ser identificada como a *Ley nacional de salud mental* n° 26.657, promulgada em 02 de dezembro de 2010 (OLMO, 2021). Entre as novidades, a lei incorporou o art. 152 do antigo Código Civil nos seguintes termos:

ARTIGO 42. — Incorpora-se como artigo 152 do Código Civil:

Artigo 152 ter: As declarações judiciais de inabilitação ou incapacidade deverão basear-se em um exame médico constituído por avaliações interdisciplinares. Não poderão prorrogar-se por mais de três anos e deverão especificar as funções e atos a que se limitam, buscando o menor impacto possível na autonomia pessoal²⁷. (tradução nossa).

Desse modo, foi sendo estabelecido um modelo para o exercício dos direitos, que ficaria definido conforme estabelecido especificamente em cada sentença judicial, e não mais se daria nos modelos anteriores em que as sentenças que declaravam incapacidade absoluta por insanidade ou surdo-mudez ou ainda inabilitação, restringiam apenas atos de disposições de bens (OLMO, 2021).

A outra importante alteração legislativa consiste no advento de um novo Código Civil. Em 2014, a Argentina aprovou o novo *Código Civil y Comercial de la Nación* (CCyC), que entrou em vigor em 2015 e impactou diretamente na teoria das (in)capacidades do país. De acordo com o CCyC, “os casos que este Código rege devem ser resolvidos segundo as leis que sejam aplicáveis, em conformidade com a Constituição Nacional e os tratados de direitos humanos os quais a República seja parte[...]” art. 1° (CCyC, 2014, tradução nossa)²⁸, além da lei dever ser “interpretada levando-se em conta suas palavras, suas finalidades, as leis análogas, as disposições que surgem dos tratados sobre direitos humanos, os princípios e valores jurídicos, de modo coerente com todo o ordenamento[...]” art. 2° (CCyC, 2014, tradução nossa)²⁹.

A partir de então, com a iminente necessidade de adequar a capacidade jurídica aos ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o referido Código retirou

²⁷ “**ARTICULO 42.** — Incorporase como artículo 152 ter del Código Civil:

Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”

²⁸ “**ARTÍCULO 1°** - Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

²⁹ “**ARTÍCULO 2°** - Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

do seu rol de incapazes os “*dementes*”³⁰ e os “*sordomudos*”³¹, passando a considerar que a capacidade plena da pessoa humana se presume conforme art. 31³² (CCyC, 2014), restringindo o exercício da capacidade jurídica ao seguinte rol:

Artigo 24 – Pessoas incapazes de exercício. São incapazes de exercício:

- a) a pessoa por nascer;
- b) a pessoa que não possui idade e maturidade suficientes, com o alcance do disposto na Seção 2ª deste Capítulo;
- c) a pessoa declarada incapaz por sentença judicial, na extensão prevista nessa decisão.³³ (tradução nossa)

Além das hipóteses do rol taxativo do artigo anterior, o art. 32 (CCyC, 2014) traz a incapacidade das pessoas declaradas por sentença judicial, conforme citado no inciso “c” do art. 24 (CCyC, 2014) e quando deve ser declarada a capacidade restringida, prevendo a designação de *apoyos* ou de um curador:

Artigo 32 – Pessoa com *capacidad restringida* ou *incapacidad*. O juiz poderá restringir a capacidade para determinados atos de uma pessoa maior de treze anos que sofra de vício ou alteração mental permanente ou prolongada, de gravidade suficiente, desde que considere que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em prejuízo à sua pessoa ou seus bens.

Em relação a estes atos, o juiz deve designar o ou os *apoyos* necessários previstos no artigo 43, especificando as funções com os ajustes razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa.

O ou os apoios devem promover a autonomia e favorecer as decisões que atendam às preferências da pessoa.

Excepcionalmente, quando a pessoa se encontrar absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e manifestar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e o sistema de apoios for ineficaz, o juiz poderá declarar sua incapacidade e nomear um curador.³⁴ (ARGENTINA, 2014, tradução nossa)

³⁰ “Art.141.- Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.”

³¹ “Art.153.- Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.”

³² **ARTÍCULO 31.-** Reflas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad se rige por las siguientes reglas renerales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades;

³³ **“ARTÍCULO 24 –** Incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

³⁴ **“ARTÍCULO 32 –** Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o

A curatela, segundo o Código Civil e Comercial argentino, é um sistema de proteção à pessoa e aos seus bens, sendo “a principal função do curador a de cuidar da pessoa e dos bens da pessoa incapaz, e tratar que recupere sua saúde, as rendas dos bens da pessoa protegida devem ser destinadas a esse fim”³⁵ art. 138 (CCyC, 2014, tradução nossa). Ainda que a curatela utilize da substituição da vontade, ponto aqui criticado, o CCyC (2014) traz, no art. 139, que a pessoa capaz pode designar, mediante uma diretiva antecipada, quem deve exercer sua curatela, mantendo um mínimo de autonomia proveniente deste instituto.

5.2 Posições doutrinárias após a ratificação da Carta de Nova Iorque

A CDPD se constitui como o primeiro tratado de consenso universal que importa a especificação concreta dos direitos das pessoas com deficiência desde a perspectiva de direitos humanos, que adota o modelo social de deficiência. Este modelo importa uma virada transcendental na condição das pessoas com deficiência, já que deixa de considerá-las portadoras de uma patologia que as “tornam deficientes” e passa a tratar “o problema” no cenário social, inadequadamente preparado para o pleno desenvolvimento de uma pessoa com deficiência³⁶ (HERRERA; CAMELO; PICASSO, 2016, p. 78, tradução nossa).

5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa e *Autonomía personal*

No entendimento dos autores Julio César Rivera e Luis Daniel Covi (2016, p. 282), o direito argentino passa a atender as pessoas com deficiência não somente

prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

³⁵ “La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.”

³⁶ “La CDPD se constituye como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, que adopta el modelo social de la discapacidad. Este modelo importa un giro transcendental en la condición de las personas con discapacidad ya que deja de considerarlas portadoras de una patología que las “discapacita” y ubica “el problema” en el escenario social, inadecuadamente preparado para el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.”

[...] como proprietárias ou titulares de relações jurídicas patrimoniais, mas sim buscando o reconhecimento da dignidade pessoal que possuem, o que requer que sejam postas em ação medidas concretas que vão muito além dos sistemas de representação e assistência que se organizavam para que estes sujeitos pudessem atuar no mundo jurídico³⁷ (tradução nossa).

Além da evolução da legislação contar com a devida consideração da dignidade da pessoa com deficiência, a tendência contemporânea é a de preservar ao máximo a autodeterminação da pessoa com deficiência, o que levou a modificação do regime da capacidade/incapacidade por regimes que admitem graus de incapacidades, de modo que a pessoa com deficiência possa manter o maior grau de autodeterminação de acordo com seu estado de saúde e seu grau de discernimento.

5.2.2 *Incapacidad*

Para Julio César Rivera e Luis Daniel Crovi (2016) a solução encontrada pelo Código, ao estabelecer como critério para se declarar uma pessoa incapaz, o fato da pessoa se encontrar “absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e manifestar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e o sistema de apoios for ineficaz” art. 32 (CCyC, 2014), desperta críticas por parte da doutrina, que entende que a declaração de *incapacidad* violaria o disposto no art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Destacam os autores que, em que pese o reconhecimento da igualdade no exercício dos direitos humanos para as pessoas com qualquer tipo de deficiência, além da necessidade de respeitar sua autodeterminação, existem situações em que se torna impossível ou mesmo inadequado pensar em qualquer *sistema de apoyo* ou *asistencia* pois a pessoa com deficiência está totalmente isolada do mundo por sua própria afecção.

Exemplificam a opinião com o caso de uma pessoa totalmente inconsciente por haver sofrido um acidente cerebrovascular que a colocou prostrada em uma cama sem poder se expressar e sem reação frente a qualquer estímulo. Para os autores, nessa situação, o sistema jurídico deve intervir declarando a incapacidade, não se tratando de discriminação contra a pessoa ou de desconhecimento de seus direitos humanos, mas sim de proteção a sua vida civil, visto que a pessoa não pode celebrar nenhum negócio jurídico por si mesma e o ordenamento jurídico não pode fugir dessa realidade.

³⁷ “[...] como propietarios o como titulares de relaciones jurídicas patrimoniales sino que se persigue el reconocimiento a la dignidad personal que tienen, lo que requiere la puesta en acción de medidas concretas que van mucho más allá de los sistemas de representación y asistencia que se organizaban para que estos sujetos pudieran actuar en el mundo jurídico.”

Nessa situação, a declaração de incapacidade não é um castigo, mas sim uma medida de proteção que o Direito pode oferecer a pessoa, além da possibilidade de a própria pessoa deixar diretivas médicas antecipadas em previsão à sua própria incapacidade.

5.2.3 *Sistema de apoyos*

Quanto ao *sistema de apoyos*, Otilia Zito Fontán e Marcela Spina (2021, p.36) apontam que a legislação argentina não avançou muito na regulamentação dessas medidas, que devem ser

[...] suficientemente flexíveis para dar resposta a uma realidade que afeta pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, pessoas com deficiência, pessoas idosas e [...] ‘pessoas cujo exercício da capacidade requiera um sistema de apoyos’ e assim, promover sua autonomia e o exercício de seus direitos³⁸. (tradução nossa)

Segundo Juan Pablo Olmo (2021), é curioso que a regra não seja mais da curatela e sim do *sistema de apoyos*, conforme o Código Civil y Comercial, e ainda assim o legislador dedicou uma escassa regulação aos *apoyos*. O Código regula os *apoyos* judiciais, mecanismos de assistência estabelecidos pelo juiz nas sentenças que reconhecerem a capacidade restringida, mas também são reconhecidos os *apoyos* extrajudiciais, “que compreendem não apenas *apoyos* vinculados ao exercício da capacidade jurídica (art. 12 CDPD), como também os *apoyos* na comunidade para a manutenção de uma vida autônoma (art. 19 CDPD)”³⁹ (OLMO, 2021, p. 11, tradução nossa).

Otilia Zito Fontán e Marcela Spina (2021) entendem que falta no ordenamento jurídico argentino propostas de ferramentas jurídicas que permitam a designação, implementação e formalização de *apoyos* para o exercício da capacidade, que sejam voluntários e independentes de processo judicial. As autoras, procurando implementar e pôr em prática *sistemas de apoyo* extrajudiciais que sejam capazes de atender às necessidades de pessoas em situação de vulnerabilidade, propõem os “*acuerdos de apoyo*”. Os *acuerdos* são outorgados pela pessoa que formaliza a designação e quem exercerá essa função, podendo ser formalizados mediante procedimento de escritura pública ou intervenção judicial, sempre considerando as reais necessidades da pessoa e suas circunstâncias pessoais.

³⁸ “Suficientemente flexibles para dar respuesta a una realidad que afecta a personas que están en situaciones de vulnerabilidad, personas con discapacidad, personas mayores y [...] “personas cuyo ejercicio de capacidad requieran de un sistema de apoyos” y así promover su autonomía y el ejercicio de sus derechos.”

³⁹ “[...] que abarca no solo los apoyos vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD), sino también a los que se conocen como apoyos en la comunidad para el sostenimiento de una vida autónoma (art. 19 CDPD).”

5.2.4 *Salvaguardias*

Para Juan Pablo Olmo (2021), os *sistemas de apoyo* devem ser complementados com as devidas salvaguardas, quais sejam, medidas que a CDPD recomendou que os Estados adotassem para garantir o respeito ao direito, à vontade e às preferências da pessoa no exercício de sua capacidade jurídica. Houve, segundo o autor, uma omissão do legislador ao não recepcionar, expressamente, as medidas de salvaguardas, sendo curioso que, em vários artigos do *Código Civil y Comercial* são abordados aspectos de salvaguarda, como garantias de procedimento, direito de ser ouvido, dever de prestar contas, entre outros. Onde houver previsão generalizada, não será considerada taxativa, podendo o juiz adotar o que considerar mais adequado, aplicando-se diretamente a CDPD (OLMO, 2021, p. 15).

5.3 Decisões judiciais após a ratificação da Carta de Nova Iorque

Com relação a análise de decisões judiciais sobre a questão na Argentina, há um estudo publicado pela advogada argentina Giuliana Busso (2018) intitulado “*Los tribunales civiles ante las incapacidades declaradas bajo el Código Civil anterior*”, como parte de um projeto da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica Argentina (UCA), onde a autora analisa as salas “A” até “L” da Câmara Nacional de Apelações na matéria Civil correspondentes ao primeiro ano de vigência do Código Civil e Comercial. De maneira geral, a advogada conclui que

[...] todas as salas concordam que devem modificar as interdições dadas conforme o regime do Código Civil. A incapacidade é uma suposição excepcional, toda pessoa que não cumpra com os três requisitos previstos no art. 32, último parágrafo do CCC (A. Impossibilidade de interacionar em seu entorno; B. impossibilidade de expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado; C. que o sistema de apoios resulte ineficaz) deve manter sua capacidade, a qual somente pode restringirse com relação a atos determinados.⁴⁰ (Tradução nossa)

A sala “A”, primeira analisada, tratou de um caso em que decidiu-se revogar a sentença que declarava a pessoa incapaz com base no regime do Código Civil anterior ao de 2014, pois não mais enquadrava-se nos requisitos necessários para decretar-se a incapacidade, ainda que tenha sido uma sentença dada antes da entrada em vigor do CCyC. Dessa forma, com o novo

⁴⁰“[...] todas las salas concuerdan en que deben modificarse las interdicciones dictadas bajo el régimen del Código Civil. La incapacidad es un supuesto excepcional, por lo que toda persona que no cumpla con los tres requisitos del artículo 32 último párrafo (A. imposibilidad de interaccionar con su entorno; B. imposibilidad de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; C. que el sistema de apoyos resulte ineficaz), debe mantener su capacidad, la cual sólo puede restringirse con relación a actos determinados.”

regime, a pessoa deve ser declarada capaz com capacidade restringida. A sala “A”, então, estabelece as linhas gerais da jurisprudência ao definir que a pessoa incapaz pode solicitar a revisão do art. 40⁴¹ e ação de cessação da incapacidade do art. 47⁴² do CCyC.

Entretanto, a advogada conclui, também, que não existe unanimidade na interpretação do sistema de apoios. A sala “J” sustenta que se trata de um sistema duplo. Por um lado, para alguns atos pode implicar a representação e, assim, a substituição ou não da vontade da pessoa com capacidade restringida. Seria o “sistema de apoio para o exercício da capacidade”. Através dessa interpretação, algumas salas têm optado por um apoio com faculdades de representação para a administração e disposição de todos os bens ou de alguns em particular. E por outro lado, a segunda modalidade desse sistema duplo é o “sistema de apoios para a tomada de decisões”, cuja função é a assistência.

Essa interpretação pode ser encontrada nas salas “B”, “D”, “G”, “H”, “J”, “K” e “L”. Enquanto a sala “J” se refere ao apoio para o exercício da capacidade como um apoio ‘intenso’, as salas “H”, “K” e “L” expressam claramente que o que caracteriza o sistema de apoios com funções de representação é a manutenção da vontade decisória do sujeito. E é através dessa interpretação que se introduz o CCyC, uma vez que no regime anterior o curador tomava todas as decisões sem necessidade de consultar o incapaz.

Portanto, considera-se que no apoio sempre deverá ser levada em conta a opinião da pessoa com capacidade restringida devido ao estabelecido nos artigos 32 (“devem promover a autonomia e favorecer as decisões que respondam às preferências da pessoa protegida”) e 43 (“As medidas de apoio tem como função a de promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação da vontade da pessoa para o exercício de seus direitos”) do CCyC.

A problemática encontrada por Giuliana Busso (2018) estaria nos casos em que respeitar a vontade da pessoa pudesse ocasionar um prejuízo à mesma. É o que se refere na sala “H”, tratando-se dos perigos de prejuízos na integralidade do patrimônio. A advogada entende que em tais sistemas de apoio, sejam com funções de representação ou assistência, deveriam buscar

⁴¹ “Artículo 40. Revisión La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.”

⁴² “Artículo 47. Procedimiento para el cese El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.”

a intervenção judicial, possibilitando que o próprio juiz operasse como salvaguarda nos termos do art. 12 da Carta de Nova Iorque.

De todo modo, a autora conclui sua análise jurisprudencial percebendo que os apoios com funções de representação se nomeiam para questões patrimoniais. Prevalece a representação para a disposição dos bens, enquanto a assistência prevalece para o exercício dos direitos personalíssimos, cumprir com tratamentos médicos e prestar consentimento livre e esclarecido.

A título de exemplo, outros *fallos* (julgados) merecem destaque em se tratando do entendimento da capacidade civil após as alterações no microsistema jurídico da teoria das (in)capacidades.

Em 2019, em processo de determinação da capacidade de R. P. A, o *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil* n° 106 declarou a restrição da capacidade do causante nos termos da primeira parte do art. 32 do CCyC. A Sala “L” de *la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* modificou referida decisão declarando a incapacidade do causante, nos termos da última parte do art. 32 do CCyC, entendendo que o causante não estava em condições de realizar por si só atos e situações, podendo acarretar perigo ou desproteção.

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina* (CSJN), em sede de Recurso Extraordinário, entendeu que a decisão que declarou a incapacidade do causante era arbitrária, tendo omitido considerar, conforme as circunstâncias concretas nos autos, que o causante apresentava atraso mental moderado, mas poderia levar sua vida cotidiana com assistência de seus familiares. Desse modo, não se tratava de uma pessoa que se encontrava absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e no qual o sistema de *apoyos* resultasse ineficaz. A Corte declarou procedente o Recurso Extraordinário e deixou sem efeitos a decisão da Sala “L” de *la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, determinando que os autos voltassem ao tribunal de origem para que uma nova decisão fosse emitida de acordo com o expressado. (CSJN, “P. A., R. s/ determinación de la capacidad”, Fallos 342:35, 07/02/2019)

Em 2018, em pedido especial para exercer o direito a votar por parte de quem estava declarado incapaz, a CSJN entendeu que a sentença confirmada pela Sala “F” de *la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil* observou o velho modelo de incapacitação, considerando 33 que manteve a interdição civil do causante e sua proibição para votar nos termos do artigo 3º, alínea “a” do *Código Electoral Nacional*, que exclui do *padrón electoral* os dementes assim declarados em juízo.

No caso, a Corte destacou que, para restringir o direito ao voto do sr. H. O. F., deveria ser determinado que carecia de capacidade para realizar este ato político específico, através de avaliações que demonstrariam razões concretas pelas quais não se encontrava em condições de exercer seu direito de maneira autônoma, que não poderia votar nem com alguma medida de *apoyo* que lhe fosse designada, sem substituir sua vontade. Além de não ser encontrado nos autos nenhuma limitação expressa do direito ao voto, os profissionais que avaliaram o sr. H. O. F., concluíram que compreende situações cotidianas e expressou o direito de votar. Assim, a Corte declarou procedente o Recurso Extraordinário e deixou sem efeito a sentença da Sala “F” de *la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*. (CSJN, “F., H. O. s/ artículo 152 ter Código Civil”, Fallos 341:745, 10/07/2018)

Importante destacar, deste julgado, o argumento da Defensora Geral que interpôs o Recurso extraordinário, quando pleiteou a inconstitucionalidade do art. 3º, inciso a do *Código Electoral Nacional* por estar em desacordo com os direitos dispostos na Constituição Nacional e de diversos tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que restringe o direito ao voto dos “dementes assim declarados em juízo”.

Em outra decisão da CSJN, em 2016, a Corte deixou sem efeitos a sentença apelada que confirmou a sentença de primeira instância que declarou a incapacidade absoluta de V.A.P, nos termos do art. 141 do antigo Código Civil Argentino, que dizia “se declaram incapazes por demência as pessoas que por causa de doenças mentais não possam aptidão para reger a si mesmas ou administrar seus bens”⁴³ (tradução nossa). No caso, a Corte destacou a necessidade de adequar a situação jurídica ao marco normativo do novo *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ainda que a sentença apelada tenha contemplado a implementação de um sistema de *apoyos* de maneira análoga ao previsto no CCyC, entendeu a Corte que o causante foi enquadrado numa condição que não mantém vigência, qual seja, a de absolutamente incapaz. Determinou a Corte que fosse reavaliada a situação do causante e adequasse juridicamente a sua capacidade de acordo com a nova normativa (CSJN, “P., V. A. s/ art. 152 ter código civil, Fallos 339:676, 17/05/2016).

5.4 Panorama Crítico do Sistema Jurídico da Teoria das (In)capacidades civis após a ratificação da Carta de Nova Iorque

⁴³ “Art. 141 - Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.”

Assim como no Brasil, a Argentina possui uma teoria das (in)capacidades que foi profundamente afetada pela internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Mas ao contrário do Brasil, que sofreu modificações em seu Código Civil através da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Argentina aprovou um novo Código Civil e Comercial (2014). Foi através do novo Código que as mudanças no sistema das capacidades foram introduzidas ao ordenamento jurídico argentino, além da inovação trazida pela já destacada *Ley nacional de la salud mental* n° 26.657.

Observa-se que na Argentina a *capacidad de ejercicio* pode sofrer limitações que podem declarar a *capacidad* restringida ou a *incapacidad*. No cenário da incapacidade, a crítica é direcionada ao inciso c do art. 24 do CCyC, que permite que uma pessoa seja declarada incapaz por meio de sentença judicial. Ao dispor que o juiz pode declarar a incapacidade de pessoa que está absolutamente impossibilitada de interagir em seu entorno e expressar sua vontade por qualquer modo, meio ou formato adequado e o sistema de *apoyos* resultar ineficaz, questiona-se em que medida o dispositivo legal não contraria a Carta de Nova Iorque e, por conseguinte, norma constitucional do país, ao retirar totalmente a capacidade jurídica da pessoa.

Quanto à curatela, por ter natureza de representação e substituição da vontade da pessoa, é instituto que ainda demanda reformas ou mesmo exclusão do ordenamento jurídico, vez que a orientação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas é no sentido da necessidade de se eliminar os regimes de substituição da vontade, pelos regimes de *apoyo* na tomada de decisões (FONTÁN; SPINA, 2021).

Diferentemente do Brasil, que a curatela se destina às pessoas maiores relativamente incapazes, a curatela no sistema argentino destina-se à proteção das pessoas maiores incapazes, enquanto às pessoas com *capacidad restringida* é designado o *sistema de apoyos*. Tal *sistema de apoyos* deverá ser designado sempre promovendo a autonomia e favorecendo as decisões que correspondam às preferências da pessoa protegida (CCyC, art. 32).

6. CONCLUSÕES

Quando Roberto Gargarella (2010) desenvolve ideias acerca do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, uma de suas conclusões é a de que as Constituições por si só não se bastam, principalmente se não considerarem a adequação a contextos sociais, políticos e econômicos diversos. O ordenamento jurídico interno de cada país deve ser uníssono. Constituição, leis e decisões judiciais necessitam estar em conformidade.

Contudo, quando se têm Constituições extensas, declarando diversos direitos demandados socialmente e que constitucionalizam Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, é possível identificar de forma objetiva legislações que contrariam seus preceitos. Isso ocorre nos casos dos Códigos Civis da Argentina e do Brasil, em que suas teorias das (in)capacidades estão codificadas com contradições aos ditames da Carta de Nova Iorque.

Como fora exposto, todas as pessoas são capazes. Essa é a regra. E ninguém deve ser privado do exercício de sua autonomia e exposição da sua vontade. Como encontrado na pesquisa, os dois países, ainda que em diferentes graus, contrariam a Carta de Nova Iorque.

O Brasil, na medida em que permanece adotando o instituto da curatela, regime de mitigação da capacidade, e que vem sendo instituído menos como uma excepcionalidade, e mais como uma regra. Apesar do país ter retirado do rol dos absolutamente incapazes a pessoa com deficiência, ainda há a possibilidade que sua capacidade sofra limitações, como disposto no rol das pessoas relativamente incapazes, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (CC, art. 4º, III).

Em se tratando dos sistemas de apoio que a Carta de Nova Iorque recomenda que os Estados prevejam, nota-se que não há, no Código Civil, nenhuma outra menção à sistema ou medida de apoio para exercício da capacidade, se não a tomada de decisão apoiada, que foi introduzida pelo EPD. Referida medida de apoio ainda encontra dificuldade de ser recepcionada pelo sistema jurídico brasileiro, que muito se utiliza da curatela.

Pode-se observar que a Argentina, cujo Código Civil é o mais recente, modificou sua teoria das (in)capacidades após a ratificação da Carta de Nova Iorque (que adquiriu hierarquia constitucional no país em 2014 com a *Ley 27.044*), também mantém o instituto da curatela, característico da substituição da vontade da pessoa incapacitada pela do curador que, claro, deve agir conforme o melhor interesse do curatelado. A novidade do Código foi a introdução dos *sistemas de apoyo* na tomada de decisão. Tal sistema procura adequar a legislação argentina

à Carta de Nova Iorque, carecendo, no entanto, de maior regulamentação e recepção no ordenamento jurídico argentino.

As decisões judiciais posteriores à entrada em vigor do Código Civil também procuraram adequar-se à nova configuração de capacidade, concedendo a quem possuía incapacidade e não mais enquadrava-se nos requisitos necessários, a capacidade restringida, porém, ainda é possível observar a mesma preocupação quanto aos entendimentos jurisprudenciais do Brasil, de que a capacidade restringida, assim como a incapacidade relativa, talvez não seja suficiente para a proteção da pessoa.

Ante ao exposto, necessário se faz lembrar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi a convenção de direitos humanos que contou com a maior participação da sociedade civil mundial até então vista na ONU, sendo possível concretizar os direitos que demandavam. A internalização da CDPD, bem como as alterações que provocaram nos ordenamentos jurídicos dos países, assim como as dificuldades de se desenvolverem ferramentas jurídicas que de fato estejam em consonância com o espoco da Convenção e sejam recepcionadas e aplicadas no sistema jurídico dos Estados, permitem que seja visualizado com maior clareza o que o professor Roberto Gargarella (2010) queria dizer com a questão do êxito das reformas constitucionais que devem alcançar a estrutura básica da sociedade, e o desafio de serem reconhecidas como Constituições Normativas e não como Constituições Simbólicas, como pontuaram Fábio Oliveira e Lênio Streck (2014). Ou seja, os direitos das pessoas com deficiência não devem portar-se como direitos adormecidos, mas sim capazes de força normativa no microsistema jurídico de proteção a eles destinado.

A ONU continua realizando relatórios a fim de compreender o andamento da aplicação dos direitos humanos por ela preconizados nos países que assinam Convenções de Direitos Humanos. Em todas as últimas Compilações realizadas em cada país aqui estudado, o Comitê dedicou-se tanto à apreciação figura jurídica local da capacidade das pessoas com deficiência entre outras preocupações quanto a políticas públicas, mecanismos de proteção e de promoção dessas pessoas⁴⁴.

⁴⁴ Vide material em anexo.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H.; SILVA, P.B.C.E.G.E.D.N.E. **MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**. Editora Saraiva, 2021. 9786555594836. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594836/>. Acesso em: 06 ago. 2021

ANDERSON, S. **Código Civil Comentado** - Doutrina e Jurisprudência. Grupo GEN, 2021. 9786559640720. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640720/>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ARGENTINA. Constitución (1994). **Constitución de La Nación Argentina**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Acesso em: 01 ago. 2021.

ARGENTINA. Ley 26. 378, de 21 de maio de 2008. **Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm> Acesso em: 01 ago. 2021.

ARGENTINA. Ley 26.657, de 25 de novembro de 2010. **Ley Nacional de Salud Mental**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm> Acesso em: 05 ago. 2021.

ARGENTINA. Ley 27.044, de 19 de novembro de 2014. **Otórgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239860/norma.htm> Acesso em: 02 ago. 2021.

ARGENTINA. Ley n.º 26.994, de 7 de octubre de 2014. **CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.ht> Acesso em: 06 ago. 2021.

BARROS, Eloá L. Monteiro de; SCHETTINI, Beatriz. **A tomada de decisão apoiada e a sua contribuição para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos: um olhar sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Guanambi: Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 6, n. 02, e265, 2019, p. 1-29. Disponível em:

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/265/159>

Acesso em: 28 ago. 2021.

BERNARDES, Wesley de Oliveira Louzada. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil:** breves reflexões. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8, 2006, p. 229-267. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf> Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 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: 29 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113146.htm#art2%C2%A1 Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1927423 SP 2020/0232882-9.** Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 27/04/2021 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205812237/recurso-especial-resp-1927423-sp-2020-0232882-9/inteiro-teor-1205812385> Acesso em: 10 ago. 2021.

BUSSO, Giuliana. **Los tribunales civiles ante las incapacidades declaradas bajo el Código Civil anterior.** Portal de Revistas Académicas y Científicas, 2018. Disponível em <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/3468/3502> Acesso em: 13 ago. 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTÍCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Secretaría de Jurisprudencia. Argentina. Disponível em <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/> Acesso em: 12 ago. 2021.

Derecho de las personas con discapacidad. Disponível em <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-personas-con-discapacidad> Acesso em: 01 ago. 2021.

GARGARELLA, Roberto. **Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX.** Una mirada histórica ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, pp. 30-48. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. Crítica y Emancipación,** (3): 169-188, primer semestre 2010. Disponível em <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20120301125018/CyE3.pdf> Acesso em: 15 jul. 2021.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da constituição.** Universitas JUS, v. 27, n.2, p. 33-41, 2016. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/jus/article/viewFile/4308/3261> Acesso em: 15 jul. 2021.

GUERRA, S.C. S. **CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.** Editora Saraiva, 2021. 9786555594898. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594898/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

HERRERA, M.; CAMELO, G.; PICASSO, S. **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.** 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos: 2014. Disponível em [http://www.saij.gob.ar/docsf/codigocomentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docsf/codigocomentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) Acesso em: 15 ago. 2021.

LARA, Mariana Alves. **Em defesa da restauração do discernimento como critério para a incapacidade de fato.** Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 19, 2019, p. 39-61. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/361/270> Acesso em 27 ago. 2021.

LOPES, Dalliana Vilar; LOPES, Gills Vilar. **A internalização dos tratados sobre Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira e a problemática da ordem internacional.** Brasília: Universitas Relações Internacionais, 2016, p. 51-59.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 9788530990442. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990442/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MENEZES, J. B de; RODRIGUES, F. L. L.; MORAES, M. C. B. de. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. In: MENEZES, J. B. de; CAYCHO, R. A. C.; BARIFFI, F. J. (Coord.). **Capacidade Jurídica, deficiência e direito civil na América Latina**. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021. Cap. 2, p. 107-129.

MENEZES, J. B. de; CAYCHO, R. A. C.; BARIFFI, F. J. (Coord.). **Capacidade Jurídica, deficiência e direito civil na América Latina**. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 10000211120530001**. Relator Des. Peixoto Henriques. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 11/08/2021. Disponível em <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1267013315/apelacao-civel-ac-10000211120530001-mg> Acesso em: 19 ago. 2021.

NACIONES UNIDAS. **Consejo de Derechos Humanos**. Disponível em <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/ARIndex.aspx> Acesso em: 11 ago. 2021.

OLIVEIRA, Fábio C. Souza de; STRECK, Lênio Luiz. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. ISSN 1138-4824, núm. 18, Madrid, 2014, p. 125-153. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40823>. Acesso em: 16 jul. 2021.

ONU, UNITED NATIONS TREATY COLLECTIONS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en Acesso em: 04 ago. 2021.

PAMPLONA, P.S.E. R. **Manual de Direito Civil** - Volume único. Editora Saraiva, 2021. 9786555595987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595987/>. Acesso em: 2021 ago. 20.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - Vol. I - Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Grupo GEN, 2020. 9788530990367. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990367/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

RIVERA, Julio César; CROVI, Luis Daniel. **Derecho Civil – Parte General**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. Disponível em: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/2/CIVIL1/Derecho-Civil-Parte-General-Rivera.pdf> Acesso em: 10 ago. 2021.

ROSELVALD, Nelson. **A Tomada de Decisão Apoiada**. 2015. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/a-tomada-de-decis%C3%A3o-apoiada> Acesso em: 14 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 1008262-44.2019.8.26.0037**. Relator Des. Carlos Alberto de Salles. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 18/12/2019. Disponível em <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912658632/apelacao-civel-ac10082624420198260037sp-1008262-4420198260037> Acesso em: 15 ago. 2021.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim 102/13, 2013, p. 13 – 44. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?=&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017b9bfdfe9fedaddc6c&docguid=I20889450428a11e58548010000000000&hitguid=I20889450428a11e58548010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=5&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#> Acesso em: 29 ago. 2021.

SOARES, R.M. F. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2009. 9788502139459. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SOUZA, Iara Antunes de. **DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL**. Rev. de Biodireito e Direito dos Animais, 2020, p. 55-74. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/6585/pdf> Acesso em: 10 ago. 2021.

SOUZA, Rafael Barreto. **Nada Sobre Nós Sem Nós: Uma Análise da Legitimidade Jurídica da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Fortaleza: R. Opin. Jur., ano 11, n. 15, 2011, p.213-234. Disponível em

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/303/159> Acesso em: 14 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Lei de Introdução e Parte Geral - Vol. 1.** Grupo GEN, 2020. 9788530989309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989309/>. Acesso em: 07 ago. 2021.

UNITED NATIONS. **Convention on the Rigths of Persons with Disabilities.** Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html> Acesso em: 04 ago. 2021.

ANEXO

Apresenta-se nos anexos I e II extratos dos relatórios da *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* quanto à aplicação da Carta de Nova Iorque nos países estudados.

I Brasil

Consejo de Derechos Humanos

Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal

27º período de sesiones

1 a 12 de mayo de 2017

Recopilación sobre el Brasil

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

I. Antecedentes

1. El presente informe se ha preparado de conformidad con las resoluciones 5/1 y 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, teniendo en cuenta la periodicidad del examen periódico universal. El informe es una recopilación de la información que figura en los informes de los órganos de tratados y los procedimientos especiales y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, presentada en forma resumida debido a las restricciones relativas al número de palabras.

[...]

3. Personas con discapacidad

75. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebra el hecho de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tenga rango constitucional en el Brasil y elogia la creación de una comisión permanente sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Cámara de Diputados del Congreso, la aprobación de un plan nacional de derechos de las personas con discapacidad denominado “Vivir sin Límites” y la adopción de varias medidas para mejorar la accesibilidad¹⁴⁸.

76. Preocupaba al Comité que muchas personas con discapacidad vivieran en la pobreza y carecieran de acceso a los recursos necesarios para procurarse un nivel de vida adecuado, especialmente en comunidades indígenas y zonas rurales.

77. También le preocupaba que las personas con discapacidad cuya capacidad jurídica estuviera restringida mediante inhabilitación pudieran ser esterilizadas sin su consentimiento libre e informado.

78. Asimismo, le preocupaban las informaciones de privación arbitraria de libertad y tratamiento impuesto a personas con discapacidad en contra de su voluntad y en razón de su deficiencia. Recomendó que el Brasil aboliera la práctica de internamiento u hospitalización en contra de la voluntad del interesado y prohibiera los tratamientos médicos forzosos, particularmente los tratamientos psiquiátricos.

79. En relación con las recomendaciones pertinentes¹⁵², el equipo en el país observó que el Estatuto de las Personas con Discapacidad (Ley núm. 13146) había entrado en vigor en enero de 2016 y que, con apoyo de la UNESCO, el Brasil había adoptado medidas para mejorar sus actuales mecanismos de diseño y aplicación de políticas sobre accesibilidad de las personas con discapacidad.

II Argentina

Consejo de Derechos Humanos

Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal

28° período de sesiones

6 a 17 de noviembre de 2017

Recopilación sobre la Argentina

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

I. Antecedentes

1. El presente informe se ha preparado de conformidad con las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 5/1 y 16/21, teniendo en cuenta la periodicidad del examen periódico universal. El informe es una recopilación de la información que figura en los informes de los órganos de tratados y los procedimientos especiales y en otros documentos pertinentes

de las Naciones Unidas, presentada en forma resumida debido a las restricciones relativas al número de palabras.

[...]

3. Personas con discapacidad

85. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instó a la Argentina a armonizar toda su legislación a nivel federal, provincial y local con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y garantizar la participación efectiva de las organizaciones que representaban a las personas con discapacidad en ese proceso.

86. El Comité recomendó a la Argentina que elevara el rango institucional de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad y la dotara de los recursos humanos y financieros necesarios para cumplir eficazmente su mandato de coordinar la aplicación de la Convención.

87. El Comité instó a la Argentina a velar por que las leyes y reglamentos pertinentes definieran la denegación de ajustes razonables como una forma de discriminación basada en la discapacidad.

88. El Comité instó a la Argentina a que adoptara leyes y políticas que reemplazaran el sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un modelo de apoyo para la adopción de decisiones que defendiera la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas afectadas.