

Resenha

Recebido: 21.03.2021

Aprovado: 19.05.2021

Publicado: 23.07.2021

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v9i2.8384>

“A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela”, de Vitor Almeida

Joanna Dhália Andrade Macedo Gomes

Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

<http://orcid.org/0000-0001-9957-1767>

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Em “A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela”, o autor Vitor Almeida em sua tese de doutorado desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) traz uma abordagem crítica sobre a trajetória de invisibilidade das pessoas com deficiência enfrentando a parte mais tormentosa da Lei Brasileira de Inclusão que é a sua aplicação às pessoas com deficiência mental ou intelectual.

O século XXI é marcado por uma preocupação ímpar com a defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, tendo como documento mais significativo para lhes assegurar direitos a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e, mais recentemente, pela promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) - Lei nº 13.146/2015. No entanto, subsiste a preocupação com o reconhecimento das pessoas com deficiência como seres dotados de igual valor e merecedoras de igualdade de condições para efetiva e inclusiva participação social. Nesse sentido, o autor evidencia a exclusão e a invisibilidade das pessoas com deficiência que ao longo da trajetória da humanidade foram desdenhadas, desprezadas e sofreram com a privação de direitos e garantias fundamentais.

É evidente no complexo normativo brasileiro, englobando a CDPD, a Constituição de 1988 e a LBI, a dissociação entre incapacidade e deficiência, contudo a mera capacidade legal, não é suficiente para efetiva inclusão social que encontra resistência de parcela da sociedade que não reconhece no outro com deficiência a qualidade de pessoas humanas.

No primeiro capítulo o autor trata da trajetória, ainda em curso, para atingir a inclusão, investigando os chamados loucos ou alienados, expressão utilizada na antiguidade que foi substituída pelo modelo médico, com métodos psicoterapêuticos, terapia eletroconvulsiva e cirurgia de lobotomia. Neste período houve uma forte distinção entre “loucos” e “normais”, como também o crescimento dos manicômios.

Destaca como é antiga busca por liberdade e igualdade das pessoas com deficiência, Philippe Pinel em seus estudos ainda no século XIX já defendia a liberdade dos “loucos”, a igualdade entre sãos e doentes e a fraternidade, baseado nos ideais da Revolução Francesa.

O Brasil seguiu a corrente majoritária oposta, popularizando as práticas da lobotomia, o eletrochoque e o cardiazol. No entanto a alagoana Nise da Silveira se destacou por ter feito oposição isolada a estes métodos, utilizando a terapia ocupacional para dar uma abordagem mais humana ao tratamento da doença mental. Neste ponto o trabalho pouco explora os feitos, ainda que minoritários, mas de notável relevância da referida autora que foi referência na luta antimanicomial.

Em 1970 inicia a ascensão do modelo social, havendo uma transição do discurso médico para a abordagem social da deficiência, nesta mesma época se fortalece o movimento antimanicomial que só veio aparecer na legislação nacional com a Lei n.º 10.216/2001, que tratou da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionou o modelo assistencial em saúde mental.

Reflexão importante é feita relacionando a deficiência, seja sensorial, física ou intelectual ao envelhecimento da população, compreendendo a deficiência com uma característica inerente ao indivíduo, observando-a não como uma limitação própria e sim como um problema social de inadequação que passou a ter notoriedade justamente com o envelhecimento da população, eis que a população idosa experimenta a deficiência pelo desgaste gradual e inevitável do corpo.

No tocante a legislação brasileira e suas consequências, o Código de 1916 utilizava uma expressão pejorativa e muito criticada, “loucos de todo gênero”, influenciado pelo Código Criminal do Império de 1830, que reflete a ligação entre loucura e criminalidade pautado na teoria da degenerescência que impulsiona a criação dos manicômios judiciais. As consequências da expressão são refletidas na confusão jurídica entre incapacidade, insanidade mental e interdição, taxando-os com absolutamente incapazes, privando as pessoas com deficiência intelectual de seus direitos, renegando seus desejos e vontades, além de reforçar a segregação e exclusão sociais decorrentes do discurso médico.

Pautado nos ensinamentos de Edgar Castro, ressalta o papel da norma como homogeneização de condutas, dividindo em condutas conforme a normalidade e excluindo as demais. Assim, uma sociedade de normalização é fundamentalmente medicalizada, posto que a medicina é a ciência por excelência do normal e do patológico¹.

¹ ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 75.

Esta noção joga as pessoas com deficiência a invisibilidade e a segregação, pois não são perfeitos, saudáveis e produtivos, dessa forma inferiorizados e percebidos como objeto que precisam de “reparação” ou “restauração”, a fim de que pudessem se assemelhar aqueles tidos como normais.

Referente a experiência brasileira na luta antimanicomial, a reforma da psiquiátrica perpassa por quatro dimensões, quais sejam: epistemológica, técnico-assistencial, jurídico-política e cultural². No campo legislativo a Lei n.º 10.216/2001, estabeleceu novas diretrizes para o tratamento de pessoas com transtornos mentais e se tornou um marco por excepcionar a internação e buscar a reinserção social, no sentido de reintegrar socialmente o paciente. Dessa forma houve uma transição do modelo asilar para o ambulatorial, contudo isto não se daria pela letra fria da lei, foi necessário percorrer uma longa jornada para efetivar os direitos assegurados pelo legislador e, com efeito, tutelar a dignidade e a inclusão social.

Faz, também, forte crítica ao reconhecimento com atraso dos direitos humanos da pessoa com deficiência, tendo em vista que o reconhecimento é vital ao ser humano e os traços negativos atribuídos interferem diretamente na nossa autonomia, no bem-estar ou sofrimento, ligando-se a forma como somos enxergados nas relações com os outros, o que Daniel Sarmiento, sintetiza ao dizer que “o olhar dos outros nos constitui”³.

Para além, Axel Honneth afirma que a concepção de uma autonomia individualista que bebe das bases das teorias modernas de justiça social, busca que as pessoas sejam dependentes o mínimo possível de outros, sendo assim uma noção de liberdade negativa que só atende aos que não necessitam⁴.

É importante perceber que reconhecer no âmbito jurídico a dignidade humana é uma busca pela realização do sujeito para que se veja reconhecido como membro, como componente da sociedade e como pessoa de uma existência digna. Ausente o reconhecimento social as normas protetivas têm caráter meramente programático, sem efetivar os direitos humanos fundamentais da pessoa com deficiência.

Ao fim deste primeiro capítulo, aborda o denominado modelo social da deficiência da CDPD que também estrutura a LBI, tendo ao longo da história a deficiência sido enquadrada em três modelos, o primeiro era o modelo moral da antiguidade com bases religiosas, em seguida o modelo médico, reparador e reabilitador que buscava a normalidade e com caráter protetivo e assistencialista, por último o modelo social que reorienta os estereótipos e estigmas culturais negativos associados a deficiência, para entender a deficiência como resultado da interação entre o indivíduo o meio social que é inserido.

² AMARANTE, Paulo. Reforma psiquiátrica e epistemologia. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, [s. l.], v. 1, n. 1. p. 34-41, jan. /abr. 2009.

³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241.

⁴ ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, São Paulo, n. 17, p. 81-112, jan. /jun. 2011. p. 83.

No segundo capítulo, passa a indicar a ruptura dos conceitos consolidados com amparo na proteção da dignidade. Com a Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana é o princípio fundante da República, assumindo assim o indivíduo papel central em nosso ordenamento jurídico e por conseguinte os conceitos centrais da dogmática jurídica precisam ser ressignificados, assim como é necessária uma releitura de institutos jurídicos.

Vale ressaltar que a historicidade e a relatividade estão intimamente ligadas aos institutos jurídicos, conceitos como personalidade e capacidade derivam de construções jurídicas localizadas espacial e temporalmente. Mostrando a importância da releitura da doutrina tradicional a luz do princípio da dignidade, Perlingieri afirma que a tutela da pessoa não encontra espaço na doutrina tradicional como valor fundamental, pois discorre de forma abstrata e geral⁵.

No cenário internacional a tutela da pessoa humana foi expressa pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e em 1988 foi firmada no ordenamento jurídico pátrio, passando a pessoa ser o Norte de todas as regras jurídicas, dito de outra forma, o vetor nuclear da ordem jurídica.

No entanto, a pessoa com deficiência continuou excluída, relegada à igualdade formal, e somente após a LBI tornou-se objeto de preocupações dos civilistas na busca pela real e concreta tutela de sua dignidade. Por isso há de se reconhecer que os direitos de determinados grupos por serem socialmente vulneráveis e frágeis, demandam proteção especial da legislação, requerendo intensa proteção e tutela para reequilibrar relações sociais tradicionalmente desiguais, com fundamento da solidariedade social, igualdade substancial e justiça social.

O autor de forma expressiva defende que “A vulnerabilidade é a chave fundamental para descortinar os fins e objetivos que tais estatutos têm por mira, que são os de assegurar a plena dignidade de todos os membros da sociedade, inclusive aqueles tradicionalmente excluídos e invisibilizados”⁶.

Nesse sentido se faz importante diferenciar os vulneráveis e os vulnerados, no plano jurídico, utilizados de forma distinta. Todos os seres humanos, por natureza, são vulneráveis, ou seja, passíveis de serem atingidos, mas nem todos são atingidos do mesmo modo, ainda que estejam em situações idênticas, por razões pessoais e contingências adversas a sua vontade, alguns não conseguem superar a barreira colocada pela sociedade, sendo estes últimos os vulnerados.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137-143. V. MORAES, Bruno Terra; MAGALHÃES, Fabiano Pinto. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 138.

⁶ ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 122.

Para além, Carlos Nelson Konder traça uma distinção entre a vulnerabilidade de cunho existencial e patrimonial, sendo aquela subjetiva e com maior probabilidade de lesão a esfera extrapatrimonial do indivíduo que impõe normas jurídicas específicas para a máxima realização da pessoa humana. Já as estas últimas, acarretam lesão ao patrimônio e podem vir a ter indiretamente efeitos à personalidade. Tal distinção encontra relevância para a autonomia que pode ser restringida bruscamente se não consideradas da forma adequada as vulnerabilidades, tendo em vista que a vulnerabilidade é comum aos indivíduos, mas só atinge a dignidade de alguns que poderá ser respeitada a partir do reconhecimento do outro vulnerado com igual valor, buscando promover sua autonomia para uma vida independente e empoderada.

Todo indivíduo deve ser compreendido a partir da sociedade em que convive em o que Bodin de Moraes chama de “rede invisível de mútua interdependência”⁷, dessa forma começando a tomar forma a igualdade de direitos com base na solidariedade social, igualdade substancial e justiça social.

A doutrina tem se esforçado para definir os indicadores para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o autor aborda vários doutrinadores, dos quais destacamos o que formulou Daniel Sarmiento: “princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira abarca quatro componentes: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento”⁸.

A autonomia, como um dos componentes da dignidade pode ser entendida como uma autodeterminação do indivíduo para fazer as escolhas da própria vida privada que deve ser exercida com base na solidariedade social, observando as vulnerabilidades que decorrem das barreiras sociais a fim de preservar a autonomia dos vulnerados para assim deixar de ser a dignidade uma norma programática e um recurso apenas teórico.

A antiga concepção de pessoa como sujeito de direitos patrimoniais de forma abstrata e genérica, não se compatibiliza com a Constituição de 1988 que amplia essa noção de sujeito de direito, posto que toda pessoa é sujeito de direitos, mas nem todo sujeito de direito é necessariamente uma pessoa humana, já que as pessoas jurídicas também são dotadas de atributos da personalidade. Por tanto ser pessoa vai além de ter personalidade ou ser titular de direitos, há um valor intrínseco e ímpar de cada indivíduo que expressa sua identidade por suas escolhas, vontades e desejos adequados a sua noção de vida e mundo.

Trazendo o debate para o campo filosófico ao discorrer sobre a vida humana é impossível não observar o que a faz singular que é o poder sobre si mesmo, o livre-arbítrio que Santo Agostinho traduz na “liberdade de ‘querer o que se quer’, sendo ‘o que se quer’ um bem ou um mal, à livre escolha do sujeito”⁹. Dessa forma, chega se a conclusão de que não haverá liberdade quando não se tem o que optar ou quando os recursos são escassos.

⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 243.

⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92.

⁹ BODIN DE MORAIS, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 184-185.

A liberdade se expõe justamente quando o ser humano pode vivenciar diferentes maneiras de vida, escolhendo aquilo que lhe convém e o que confere sentido à sua vida, firmando assim sua individualidade em busca da felicidade, progresso individual e social.

Dessa forma para oportunizar ao indivíduo a liberdade de escolha da forma como viver sua própria vida, não são suficientes as liberdades negativas de não intervenção, se faz imperioso ao Estado e à sociedade proporcionar que os excluídos, os diferentes, os vulnerados possam autogovernar as suas vidas, ainda que as escolhas destes não se encaixem na moldura idealizada pela maioria.

Com a constitucionalização do direito civil inserido pela Constituição de 1988, o paradigma central passa a ser a dignidade da pessoa humana, largando a ética do individualismo que é substituída pela ética da solidariedade. As preocupações com as questões existenciais são prioritárias as patrimoniais por força do princípio da dignidade da pessoa humana.

Então a concretização da dignidade depende da possibilidade de escolha que é conferida a pessoa humana para dar-lhe um papel em branco para escrever sua história de vida e realizar seus desejos íntimos e particulares, fazendo suas escolhas da própria vida e assegurando uma existência digna.

Antes da LBI, na legislação brasileira imperava a noção de discernimento do Código Civil, porém a autodeterminação deve estar associada a dignidade da pessoa humana e não a capacidade civil, essa distinção é relevante para compreender que essa noção não afeta as questões existenciais, por essa razão que os atos existências ainda devem ser preservados caso a pessoa tenha sua capacidade restringida juridicamente.

Não se pode deixar de destacar neste tema que no artigo 26.1 a CDPD e seu protocolo facultativo impõe que se conquiste e conserve “o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida”.

Preleciona Heloisa Helena Barboza que “em todas as situações envolvendo pessoas vulneráveis, capazes ou incapazes juridicamente, não obstante a legislação já editada para a sua proteção, é o desconhecimento, quando não o comprometimento de sua autonomia que, mesmo reduzida por força do estado de vulneração em que se encontram, não deve ser preterida em determinadas situações. Na verdade, deve ser protegida, quando não encorajada”¹⁰.

Passando a abordagem da capacidade, há de se falar em duas subespécies tradicionais, capacidade de direito, jurídica ou de gozo e a capacidade de fato, de exercício ou negocial. É necessário aprofundar-se em dissociar capacidade e personalidade, sendo aquela é a medida desta, pois a personalidade é um conceito absoluto, um valor que todo ser humano detém, já a capacidade é uma qualidade que se traduz na titularidade de direitos, que suporta restrições e modulações.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 423.

Com a LBI foi necessário reajustar o regime de (in)capacidades da pessoa com deficiência, de herança patrimonialista recebida na época do liberalismo, onde o mais importante era proteger o patrimônio do incapaz e impedia a prática de atos negociais para garantir segurança às relações jurídicas, isto é o que o comissariado para Direitos Humanos para Conselho da Europa chamava de *outcome approach*¹¹.

Atualmente, a capacidade civil é a regra, a incapacidade absoluta da pessoa maior na legislação brasileira foi banida, sendo uma medida excepcional a curatela como instrumento de proteção e que necessita do crivo judicial para limitar o agir do indivíduo de forma proporcional as necessidades de cada um e no menor tempo possível. No entanto, tais alterações no regime da capacidade civil não foi observada e compatibilizada por outros institutos que tem o requisito da capacidade para validade ou é causa impeditiva, especialmente no regime das invalidades, na prescrição e decadência, temáticas que extrapolam a abordagem do trabalho, mas extremamente relevantes.

De forma muito feliz o autor ressalta a problemática causada pela incompatibilidade de uma alteração que não foi sistemática por limitar-se ao regime de incapacidades, acompanhado pelo civilista Anderson Schreiber que afirma ter sido frustrado o resultado da reforma por limitar-se a pessoa com deficiência sem cuidar de forma ampla de todos os institutos correlatos¹².

Vê-se que nas situações existências é o espaço de maior sacrifício do sujeito curatelado, pois mesmo tento sido reconfigurado e ressignificado tem raízes patrimonialistas do modelo de substituição de vontade.

O discernimento é critério valoroso que por vezes é deixado de lado nos laudos periciais padrões, inúteis para uma avaliação individualizada a fim de averiguar o grau de dependência e funcionalidade e por consequência tivemos por muitos anos a preponderância da curatela genérica nos processos de interdição das pessoas com deficiência.

Um exemplo excelente trazido que faz refletir sobre a relevância em analisar o grau de dependência é a síndrome de *locked-in* (LIS), muito rara, que a pessoa preserva somente o movimento voluntário dos olhos e tem os músculos paralisados, mas não afeta a consciência e são lúcidas¹³. Dito de outra forma, tem o discernimento total, mas depende de suporte para prática de atos cotidianos da vida civil.

O marco na legitimação desse modelo foi a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) no ano de 2001, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), de acordo com a referida classificação funcionalidade é um “termo que engloba todas as funções do corpo, atividades e participação; de maneira similar, incapacidade é um termo que inclui deficiências, limitação da *atividade* ou restrição na participação”¹⁴.

¹¹ ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 174.

¹² SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? **Carta Forense**, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 14 jun. 2020.

¹³ ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 180.

¹⁴ OMS. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Trad. Amélia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 09 nov. 2020.

Dessa forma, os critérios adequados para verificar a necessidade de submissão do indivíduo a curatela são a falta de discernimento e a funcionalidade, verificando se restringe a sua capacidade, e a dependência é o critério para quantificar, ou seja, modular a extensão da curatela.

É incompatível com os valores constitucionais e com a dignidade humana usar a incapacidade para de forma taxativa e estereotipada impedir a pessoa com deficiência de autodeterminar-se e afetar as situações existências, as quais não se aplica a mera divisão em capacidade jurídica e capacidade de fato. Devendo o ordenamento brasileiro abandonar a ideias patrimonialista e as divisões em capacidade e incapacidade e entre a incapacidade absoluta e relativa, como se pudesse esticar uma corda e colocar de um lado pessoas capazes e de outro incapazes.

Mesmo com a alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil há fortes críticas e tramita no Senado o Projeto de Lei nº 757/2015, que visa alterar o Código Civil, a LBI e o CPC, advogando que o Estatuto mais desprotege que ampara, especialmente as pessoas enquadradas nos antigos incisos II e II do artigo 3º do Código Civil¹⁵.

No entanto, no entendimento do autor essa alteração é incompatível com a CDPD e por decorrência lógica já nasceria com vício de inconstitucionalidade e seguindo a mesma linha Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes pontuam que não devemos cogitar que a pessoas com deficiência curatela seja considerada incapaz, devemos utilizar o termo pessoa com a capacidade restringida¹⁶.

No capítulo derradeiro, vem tratar da emancipação da pessoa com deficiência intelectual mediante uma curatela funcionalizada. Inicia destacando a paridade participativa para inclusão social e pleno exercício da cidadania, essenciais para que as pessoas com deficiência possam estabelecer relações familiares e afetivas, como namorar, casar e ter filhos. Não se pode esquecer de considerar de forma conjunta a dependência, o discernimento e a vulnerabilidade para garantia da autodeterminação nos limites dos atos, desejos e vontades que a pessoa com deficiência intelectual puder exprimir. Para assim tomar medidas efetivas e apropriadas de apoio que sejam proporcionais a cada pessoa com deficiência, buscando a participação social em igualdade de condições.

Neste cenário o autor explicita os sistemas de apoio à promoção da autonomia da pessoa com deficiência intelectual, que pode se dar por meio da representação ou assistência, em caso se curatela, ou pelo instituto da tomada de decisão apoiada.

Afirmar a autonomia não significa negligenciar as necessidades de apoio e salvaguardas para que alcancem a igualdade substancial, por isso a CDPD e a LBI não desemparam ou desassistem as pessoas com deficiências ao incluir um sistema protetivo de apoio que rompeu o com o antigo sistema de substituição da vontade.

¹⁵ Art. 3º (...) “II – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial. III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

¹⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, [s.p.]. jan./jun. 2015.

Nesse ponto faço uma ressalva que devemos atentar a interpretar a CDPD e a LBI pautado no princípio da dignidade humana que é o cerne da Constituição de 1988, nos despreendendo das amarras ao sistema patrimonial, para compreender que ao dizer que a pessoa com deficiência não é imperiosamente incapaz, não se nega que podem ter a sua capacidade restringida e nesses casos devem ser tratadas de forma diversa para protegê-los.

No caso concreto, especialmente na prática de atos negociais onde surge a discussão sobre a validade e invalidade dos atos praticados pela pessoa com deficiência submetida a curatela em momento posterior, subsiste o questionamento se seria possível falar em anular ou declarar nulo um ato praticado antes da decisão judicial que aplica a curatela e reconhece que a necessidade de apoio era contemporânea ao ato negocial ou isto seria uma intervenção a autonomia privada, visto que até então a pessoa era plenamente capaz.

Esses contornos transbordam o tema, mas é inevitável fazer essa correlação que tem importante relevância no cotidiano das pessoas com deficiência e que abre janelas à hermenêutica jurídica, sendo importante a função do intérprete da norma.

A curatela no modelo de apoio empenha-se em proteger a fim de emancipar, dito de outra forma, ela tutela para libertar e incluir, colocando como essencial o apoio e a orientação para que se respeite as vontades, desejos e preferências. Assim se refundou totalmente a curatela, modificando seus pilares para criar novos perfis.

A representação e a assistência foram institutos operacionalizados no regime dualista de absolutamente e relativamente incapaz, usado nos institutos da tutela e curatela respectivamente. Dentre elas há diferença, a representação pode ser definida com uma atuação em nome de outrem, ou seja, substituição de vontade. Já a representação não perpassa pelos atos extrapatrimoniais, a pessoa com deficiência, especialmente intelectual, submetida à curatela deve aquiescer sobre questões existenciais com a máxima participação possível de acordo com o seu grau de compreensão.

Portanto o representante legal tem incumbência de buscar suporte para a autonomia da pessoa com deficiência, direcionado a orientar e fiscalizar de forma moderada os atos da pessoa com a capacidade restringida. Afastando-se da ideia de outorga de poder e se aproximando da assistência. O que diferencia os institutos é o grau de intervenção do apoiador na vida do apoiado, sendo a assistência definida como a prática conjunta do relativamente incapaz com o seu assistente.

Passando a tratar da decisão judicial, deve ser exposto na sentença com adequada fundamentação, os atos jurídicos em que o curatelado precisará de um representante, não se sobrepondo aos interesses da pessoa com deficiência, mas respeitando os desejos e vontades, e os que precisará de assistente. A intensidade do apoio deve ser aferida no caso concreto e modulada de acordo com os institutos existentes que melhor se adequem a cada situação particular.

Ademais, quando o juiz não fixar a representação como mecanismo de apoio, por decorrência lógica do reconhecimento da capacidade plena, se adotará o modelo da assistência que é mais compatível com a busca pela autonomia das pessoas com deficiência. Conclusão bastante perspicaz do autor, da qual

consinto. Neste sentido retoma o debate quanto a validade do ato ou negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência submetida à curatela. Em que o autor demonstra o desapego ao formalismo e defende que não se poderia anular o negócio jurídico apenas por estar ausente o assistente, precisando analisar se houve prejuízo e se detinha capacidade para aquele determinado negócio pactuado.

Nesse novo sistema de apoio que tem por base a máxima preservação da capacidade civil, surge um instrumento jurídico além da curatela, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) para pessoas que tem comprometimento de alguma das funções cognitivas e são plenamente capazes, porém com restrição no livre agir individual.

A TDA já desponta uma grande distinção ao propicia o apoio e ao mesmo passo preservar a capacidade civil, promover a autonomia e tutelar a dignidade da pessoa com deficiência. Apesar da elogiável inovação há também críticas, sobretudo pela judicialização considerada uma burocratização desnecessária, já que estamos tratando de pessoas capazes, além da exigência da atuação do Ministério Público.

Dentre essas críticas, Anderson Schreiber pontua que o contrato de mandato parece uma alternativa mais prática à pessoa com deficiência capaz, que sem o crivo judicial pode outorgar poderes para o mandatário representar seus interesses¹⁷.

Há ainda um debate sobre o alcance da TDA a atos existenciais pois o texto legal utiliza a expressão atos da vida civil englobando atos patrimoniais e existências, mas é indiscutível que no termo deve constar de forma pormenorizada os atos negociais e as situações existências que serão necessárias o apoio.

No tocante a legislação, a parte final do §4º do artigo 1.783-A, deixa dúvida sobre a validade do negócio jurídico caso não tenha participado o apoiador eleito conforme acordo. Nesse aspecto não é possível advogar pela nulidade ou anulabilidade se entendemos que para pessoa submetida a curatela que tem a capacidade restringida é necessário analisar uma conjuntura de fatores e se houve efetivo prejuízo para então anular ou declarar nulo o ato, seria contraditório aplicar um regime mais rígido a pessoa capaz.

Nesse ponto, para uma discussão mais aprofundada seria relevante estudar a correlação entre o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais pactuadas por pessoa com deficiência submetida a curatela e as que firmaram acordo para uso da TDA.

Em seguida passa a explorar o caráter excepcional e emancipatório da curatela que lutou contra a doutrina tradicional, o que chama Caio Mario Pereira da Silva de “trilogia assistencial”¹⁸, composta pelo poder família, tutela e curatela.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? *Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 14 jun. 2020.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5. p. 245.

A curatela tem como pressuposto a decisão judicial, nos moldes do artigo 755 do Código de Processo Civil, cuja qual nomeará o curador e fixará os limites da curatela de acordo com o estado e o desenvolvimento mental do curatelado, bem como verificando as características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

A sentença de curatela tem natureza declaratória e efeito *ex nunc*, de acordo com a jurisprudência brasileira, mas se admite a possibilidade de nulidade do ato praticado, caso comprovada a falta de discernimento do curatelado no momento da celebração do negócio jurídico.

Mostrando assim como é imprescindível que a decisão judicial tenha fundamentação precisa e clara sobre o caso em particular, especificando os limites de atuação do curador e apontando se o apoio se dará por meio da representação ou assistência, a fim de não lançar a pessoa com deficiência a exclusão total de fazer as escolhas da própria vida.

Analisando a importância da sentença de curatela personalizada a dependência de cada indivíduo, afirma que com a LBI a curatela assumiu três formatos, a saber: a representação em todos os atos patrimoniais e alguns existenciais, a representação em alguns atos e a assistência em outros, ou assistência para os atos patrimoniais, sendo esta última a regra quando não especificado na sentença.

O comprometimento intelectual não deve ser razão para supressão total da liberdade existencial do indivíduo, configura-se até atentatório a dignidade humana. Dessa forma nada impede que tenha desejo de constituir uma família, viver em união estável, casar e ter filhos, atos que devem ser praticados livremente pela pessoa com deficiência intelectual.

Importante alteração da LBI foi a supressão da nulidade ou anulabilidade do casamento em razão da deficiência, reforçando o que já era posto na CDPD com base nos princípios da liberdade, solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana, sem deixar de observar os requisitos gerais impostos a todas pessoas e o livre consentimento para o casamento.

Um debate interessante é quanto ao regime de bens do casamento, se caberia a escolha pelo curador já que remonta a esfera patrimonial, o autor entende que seria necessário está expresso na sentença de curatela a necessidade de intervenção do curador. Em contrapartida, admite que em situações excepcionais, com fundamento na cláusula de proibição de abuso de direito, se admite que o juiz imponha o regime de separação obrigatória¹⁹.

Todo o processo de reconstrução passa pela personalização da curatela respeitando às vontades, desejos e preferências da pessoa individualmente considerada, afastando a generalização e as sentenças padronizadas. A interpretação da LBI e do CPC deva seguir as diretrizes da CDPD que propõe a humanização, personalização e temporariedade da curatela.

¹⁹ ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 243.

O artigo 85 da LBI destaca os direitos que não afetados pela curatela, quais são: o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Essa restrição tem provocado vivo debate em relação à proteção das pessoas com deficiência, caso não tenham condições para exercer seus direitos existenciais.

No entanto respeitar a autonomia aos atos existenciais não se traduz em abandonar a pessoa as suas próprias decisões isoladas, sem observar o comprometimento psíquico para expressão válida de vontade e por óbvio cabe ao curador tomar as providências cabíveis para preservar o corpo e a saúde do curatelado.

A CDPD no item 4 do artigo 12 impõe que as salvaguardas sejam aplicadas no período mais curto possível e que haja uma revisão, assim é importante que as decisões judiciais submetam um prazo. Entende o autor que seria possível o magistrado delimitar um marco temporal para revisão, a fim de reavaliar os limites da curatela, na verdade esta deveria ser a regra e não as curatelas vitalícias que se tornam uma pena perpétua.

Seguindo o doutrinador Nelson Rosenvald defende uma revisão periódica da curatela para averiguar o estado de saúde e o efetivo cumprimento das atribuições do curador, especialmente quanto a promoção da dignidade da pessoa submetida à curatela, bem como para acompanhar a gestão patrimonial do curador²⁰.

No entanto esta visão encontra entrave com a realidade do judiciário brasileiro abarrotado de processos que não consegue de forma célere prestar a atividade jurisdicional e teria processos permanentemente em curso com revisões periódica, o que me leva pensar até na necessidade de criação de varas especializadas para viabilizar esse procedimento.

Por certo o apoio pretendido pela CDPD impõe que se busque a emancipação do curatelado e sejam resguardados seus direitos fundamentais, sendo o curador verdadeiramente um “cuidador” nas questões existenciais e não um mero gestor patrimonial, mesmo que não tenha poderes específicos de representação ou assistência para situações extrapatrimoniais.

Insere-se na cláusula geral de proteção do melhor interesse da pessoa com deficiência o artigo 8º da LBI a nomeação como curador da pessoa designada pela pessoa com deficiência, a chamada autocuratela, como diretiva antecipada de vontade, ou seja, ainda com capacidade poderá designar uma ou mais pessoas para futuramente exercerem o papel de curador, externando suas vontades, desejos e crenças caso eventualmente não possa mais exprimir em momento posterior.

Vejamos que o Código Civil traz uma a ordem de preferência a ser observada se atender ao melhor interesse do curatelado e sua vontade, uma vez que ele pode ter indicado através da autocuratela, devendo o juiz levar em consideração a vontade e as preferências da pessoa curatelada.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 771.

Ademais, é possível a curatela compartilhada em que duas ou mais pessoas exercem o ofício de curador de forma simultânea, nos moldes do artigo 1.775-A do Código Civil. Admitem-se duas espécies, a curatela conjunta compartilhada e a conjunta fracionada, em que na última seriam divididos os atos e atividades cabíveis a cada cocurador e na primeira haveria a participação de um ou outro²¹.

Essas espécies de curatela visam o tratamento e cuidado adequado a pessoa curatelada, bem como uma gestão patrimonial eficiente, e sobretudo promover a autonomia e a dignidade da pessoa com deficiência.

Seguindo neste cenário, surge o tema ainda não legislado das diretivas antecipadas de vontade, que seria um negócio jurídico voltado as situações existenciais em que uma pessoa com capacidade civil plena opta por fazer escolhas para se no seu futuro não puder exprimir sua vontade.

O tema ganha relevância com o envelhecimento da população e os avanços médicos contribuem para tanto. Muito pertinente as doenças degenerativas progressivas, levando a pessoa a planejar o futuro se utilizando da tomada de decisão apoiada para anotar diretrizes da sua curatela ou ainda cuidados com sua saúde e disposições de seu corpo.

Podemos dizer que os instrumentos de representação no tocante as situações existenciais, objetivam respeitar à vontade espontaneamente declarada pelo representado quando capaz e por tal razão merece relevância, devendo prevalecer sob a vontade do representante em respeito à autonomia da pessoa com deficiência.

Há também as procurações de saúde em que se escolhe um representante para decidir sobre o paciente que estiver impossibilitado de exprimir sua vontade, permanentemente ou temporariamente. Mas que não se confunde com o contrato de mandato.

Como não existe legislação específica não tem requisito formal a ser cumprido, baste que seja feita por pessoas capazes e que os poderes sejam detalhados de forma clara, precisa e inequívoca. Observemos que o procurador é destinado a decisões na esfera existencial, assim não há impedimento que seja nomeado outro curador para as relações patrimoniais.

Dentre os gêneros das diretivas antecipadas de vontade o autor destaca a autocuratela, o termo é polissêmico, podendo ser entendido como na situação do próprio interessado requerer a sua curatela ou declaração prévia de vontade na qual a pessoa ainda plenamente capaz escolhe o curador.

Aquelas pessoas que sofrem com uma doença incapacitante progressiva, com altas chances de se agravar ou com enfermidades degenerativas, podem manifestar sua vontade em relação aos procedimentos médicos que deseja se submeter e quais se recusa a ser submetida. É justamente na autocuratela que se exprime a maior preservação da autonomia da pessoa com deficiência, consoante o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

²¹ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 773.

Assim, o autor conclui o seu trabalho de forma ímpar fazendo uma interligação entres fatores históricos, avanços médicos e alterações legislativas atinentes as pessoas com deficiências, para mostrar o caráter emancipatório e excepcional assumido no novo perfil da curatela após a CDPD e a LBI. Incrementado pela minuciosa exploração da compreensão da capacidade civil e da autonomia, para ressignificação do sistema de apoio aos vulneráveis.

Tudo isto pautado no modelo social da deficiência e na história de opressão social desse grupo historicamente vulnerável, com vista a importância do reconhecimento social para que se concretizem os direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiências.

Por fim a curatela enquanto instrumento de proteção e apoio da pessoa com deficiência declarada como relativamente incapaz, ou melhor dizendo, com a capacidade restringida, tem a função de promover a autonomia e a igualdade substancial. Compreendendo a curatela como um modo diferente de viver que merece respeito da sociedade em geral e o cortejo à diversidade humana.

Referências

- ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- AMARANTE, Paulo. Reforma psiquiátrica e epistemologia. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, [s. l.], v. 1, n. 1. p. 34-41, jan. /abr. 2009.
- ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, vulnerabilidade, reconhecimento e justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, São Paulo, n. 17, p. 81-112, jan. /jun. 2011.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, [s.p.]. jan./jun. 2015.
- MORAES, Bruno Terra; MAGALHÃES, Fabiano Pinto. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.
- OMS. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Trad. Amélia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 09 nov. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.
- PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? **Carta Forense**, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 14 jun. 2020.