

A CURATELA COMO A TERCEIRA MARGEM DO RIO

CURATING AS THE THIRD RIVER BANK

Nelson Rosenvald

Pós-Doutor em Direito Civil na Università Roma Tre. Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra. Professor Visitante na Oxford University. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Resumo: O Estatuto da Pessoa com Deficiência guarda deferência à CDPD, com acato às suas salvaguardas, de modo que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal protejam e promovam a autonomia das pessoas com deficiência. A “primeira margem do rio” consiste em substituir qualquer forma de restrição de capacidade civil e curatela por modelos jurídicos hábeis a prover o acesso de pessoas com deficiência ao suporte que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. Já a “segunda margem do rio”, seria um giro de 180 graus, enfatizando o cuidado em detrimento da autonomia, preservando-se a incapacidade absoluta para aqueles casos em que a pessoa não possua resquícios de autodeterminação. Contudo, a existência de uma norma que abstratamente preveja uma espécie de incapacidade generalizada viola a dignidade da pessoa humana e a essência da CDPD, pois despersonaliza *a priori* seres humanos em razão de exclusiva avaliação de sua integridade psíquica. A terceira margem do rio é o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que aceita a premissa da deficiência como um fato jurídico, uma condição humana orgânica completamente dissociada da incapacidade. Ao conceituar a deficiência como uma vulnerabilidade, o legislador não tolera que um impedimento de longo prazo seja sancionado como fato ilícito com a eficácia punitiva do cerceamento da capacidade jurídica da pessoa com deficiência. A lei brasileira de inclusão admite a convivência entre as medidas de suporte à autonomia (através da regulamentação da tomada de decisão apoiada no CC) e a curatela. O fato jurídico da deficiência será aferido em uma tripla gradação: a) a regra geral da deficiência como vulnerabilidade e preservação da capacidade plena; b) a eventualidade da deficiência qualificada pela tomada da decisão apoiada quando houver limitação da aptidão decisória; c) a excepcionalidade da deficiência qualificada pela curatela. A curatela será associada a uma incapacidade relativa com um projeto terapêutico individualizado, na qual o decisivo será a abordagem da pessoa em sua singularidade, de forma que a extensão da curatela possa oscilar de uma pequena restrição à capacidade a uma drástica limitação da capacidade em casos graves, que recomendem uma curatela de ampla extensão. O foco na concretude do caso e uma análise multidisciplinar dos espaços residuais de autogoverno são as garantias de que a regra da proporcionalidade será preservada.

Palavras-chave: Dignidade. Autonomia. Pessoa com deficiência. Incapacidade. Curatela. Tomada de decisão apoiada.

Abstract: The Handicapped Legal Statute was written preserving the same spirit as the CDPD, (Code for the Handicapped), adhering to its safeguards in such a manner that the measures relative to the exercise of legal capacity protect and promote handicapped people’s autonomy. “The first riverbank” consists in substituting any form of restriction to civil capacity and curating by agile legal mechanisms to provide access to the handicapped to support needed in the exercise of legal capacity. On the other hand, “the second riverbank” is the diametric opposite, emphasizing care in detriment to one’s autonomy, preserving absolute incapacity for those cases where the person does not have minimum

self-determination. Nevertheless, the existence of a norm that abstractly foresees a type of generalized incapability violates human dignity and the spirit of the CDPD, because it depersonalizes human beings “a priori” by reason of an exclusive evaluation of their mental wholeness. The third riverbank is the Handicapped Legal Statute, which accepts the premise of a handicap as a legal fact, an organic human condition, completely disassociated with incapacity. The concept of handicap as vulnerability by the lawmaker does not withstand that a long-term impediment be sanctioned as an illicit fact, with punitive effect of repression of the handicapped person’s legal capacity. Brazilian law of (social) inclusion admits coexistence between measures of support to autonomy (through the regulation of Supported Decision Making in the Civil Code) and curating. The legal fact of a handicap will be gauged by a triple measurement: a) the general rule of a handicap as vulnerability and preservation of capacity; b) in the case of qualified handicap according to the Supported Decision-Making opinion as to one’s limitation of decision making capability; c) and the exceptional case of a curated handicap. Curating will be associated to relative incapacity with an individualized therapeutic Project, in which the approach to the person’s particular situation is decisive, the manner that the extent of curating may vary from slight restriction of capacity to drastic capacity limitation in grave cases, calling for ample curation. The focus in each concrete case and a multidisciplinary analysis of residual spaces of self-governance are assurances that the rule of proportionality will be preserved.

Keywords: Dignity. Autonomy. Handicapped person. Incapacity. Curating. Supported decision making.

Sumário: **1** Introdução – **2** A primeira margem do rio – **3** A segunda margem do rio – **4** A terceira margem do rio – **5** Conclusão

1 Introdução

No V Congresso do IBDCivil, em setembro de 2017, em Curitiba, a organização do evento me endereçou o seguinte questionamento: “A curatela implica mitigação da capacidade legal plena derivada do art. 12 da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência?”.

A CDPD é a primeira convenção internacional de direitos humanos internalizada no Brasil com quórum qualificado (pelo Decreto nº 6.949/09), o que lhe concede posição primária na ordem normativa brasileira, com equivalência às emendas constitucionais (§3º, art. 5º, CF). A indagação acima referida fere especificamente o art. 12.4 da CDPD, disciplinando:

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.

Pois bem, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) necessariamente guarda deferência à CDPD, inclusive com acato às suas salvaguardas, de modo que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal protejam e promovam a autonomia das pessoas com deficiência. Mas será que isso efetivamente acontece? O título deste artigo não é apenas uma resposta à indagação que me foi formulada, porém é uma homenagem ao mais famoso conto de Guimarães Rosa, publicado na obra *Primeiras estórias*. Aqui, a terceira margem do rio serve como metáfora aplicada ao caminho percorrido pela Lei Brasileira de Inclusão, que não aderiu a outras duas vias possíveis, sendo que a escolha entre as três alternativas oscilará conforme o peso que se queira conceder entre o necessário cuidado (proteção) da pessoa com deficiência e a promoção de sua autonomia.

2 A primeira margem do rio

Nesse balanceamento entre o perfil clássico da curatela como sanção punitiva de interdição de direitos fundamentais e uma renovada concepção da pessoa com deficiência como sujeito de direitos fundamentais, a “primeira margem do rio” consiste em reproduzir o caminho trilhado pela legislação reformista de países como Alemanha (*Betreuung*) e Grécia, substituindo-se qualquer forma de restrição de capacidade civil e curatela por modelos jurídicos hábeis a prover o acesso de pessoas com deficiência ao suporte que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.¹

A lei alemã para a reforma do direito de tutelas e curatelas para maiores de idade (Lei nº 48/90) estabeleceu para a pessoa com deficiência um regime

¹ O percurso da autonomia é sinuoso: “Paulatinamente, o homem assume a agência pela sua sina: primeiro, mediante a adesão dos pensadores políticos, posteriormente de economistas e dos filósofos. Por último, dominou a neurologia do final do século XIX, quando motivou a construção da psicanálise, que, por sua vez, moldou o estilo afetivo próprio das democracias ocidentais do século XX e do século XXI. A autora parte da ‘agência humana’ na política, através de, Hobbes na teoria do contrato social; evolui na agência econômica a partir de Adam Smith e alcança a agência ética pelo mérito de Kant e seu imperativo categórico. Finalmente, Freud revoluciona a mentalidade ocidental: o homem passa a ser definido, “não por uma metafísica ou ideologia abstrata e hipotética, mas pelas suas identificações primárias, pela sua história familiar, pelos seus afetos cotidianos, como autônomo que não deve se sujeitar aos desejos e interesses estranhos à razão” (SIQUEIRA, Natércia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 50-53).

de proteção e assistência à margem da incapacitação. Decidiu-se que ninguém seria submetido a um procedimento de incapacidade, pois além de se considerar vexatório e discriminatório, era desnecessário, porque não contribuía com nada mais do que o que estava disponível. Para solicitar a assistência de um cuidador, requer-se a necessidade de proteção da pessoa em razão de uma dificuldade na gestão dos próprios interesses, bem como por deficiência psíquica ou enfermidade mental.

Assim se considera que o cuidador em regra apoiará e assistirá a pessoa, o quanto o necessite e, às vezes, em atenção ao nível de deficiência, poderá representá-la, sem que essa representação exclua *de per se* a atuação do maior com deficiência, respeitando-se o direito à sua dignidade, em todas as situações em que seja possível reconhecer a sua vontade, a ponto de desenvolver todos os atos da via cotidiana, no âmbito pessoal e patrimonial, inclusive aqueles atribuídos ao assistente. Assim, o sujeito conservará a sua faculdade de atuação no tráfego jurídico, se assim o permite a sua capacidade natural, sobrepondo-se às faculdades do assistente.²

A concepção da capacidade jurídica como princípio, a natureza excepcional de suas limitações e a defesa de seu exercício pessoal resultam de uma dimensão que ela adquiriu nos últimos tempos, nos vários planos jurídicos, em especial no direito internacional. Com efeito, o conceito atual de capacidade transcende os contornos de sua qualificação como “atributo da personalidade”, próprio da doutrina civilista tradicional, configurando-se como verdadeiro direito humano. O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Ela é indispensável para o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e adquire uma importância especial para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais com respeito a sua saúde, educação e trabalho. Frequentemente, a negação da capacidade jurídica das pessoas com deficiência priva-lhes de vários direitos fundamentais, como o direito ao voto, o direito ao matrimônio e ao estabelecimento de família, os direitos reprodutivos, o direito à autoridade parental, o direito ao consentimento ao tratamento médico e o direito à liberdade.

² GARCIA ALGUACIL, María José. *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Reus, 2016. p. 32.

3 A segunda margem do rio

A “segunda margem do rio” consiste em um giro de 180 graus, pois inverte a ordem proposta no modelo anterior. Ao invés do protagonismo da autonomia da pessoa com deficiência sobre o cuidado, aqui se propõe enfatizar o cuidado em detrimento da autonomia, preservando-se a incapacidade absoluta para aqueles casos em que a pessoa não possua resquícios de autodeterminação.

A existência de uma norma que abstratamente preveja uma espécie de incapacidade generalizada viola a essência da CDPD, pois desprioriza *a priori* seres humanos em razão de exclusiva avaliação de sua integridade psíquica. Esse aspecto é bastante evidenciado no novo desenho do instituto do *guardianship of adults*, na Europa continental. Por uma imposição ética o Estatuto da Pessoa com Deficiência atraiu todos aqueles que não podem se autodeterminar para o setor da incapacidade relativa. O princípio da dignidade da pessoa humana não se compatibiliza com uma abstrata homogeneização de seres humanos em uma categoria despriorizada de absolutamente incapazes, que por sua própria conformação é infensa a qualquer avaliação concreta acerca do estatuto que regulará a condução da vida da pessoa deficiente após uma ordem de “interdição”.

Outrossim, a incapacidade absoluta, por essência, é incompatível com a regra da proporcionalidade em um duplo viés: seja pelo fato da curatela ilimitada reduzir a pessoa a uma doença e se olvidar de uma avaliação holística na qual se leve em consideração os seus afetos, crenças, potencialidades e direitos fundamentais; seja ainda pela tentativa de subversão axiológica das bases do direito civil contemporâneo, ao se pretender funcionalizar as situações existenciais às patrimoniais (e não o contrário!), com o objetivo de acautelar o princípio da segurança jurídica, equivocadamente compreendido como o resguardo da higidez de institutos clássicos como a prescrição e a teoria das nulidades. Em verdade, “segurança jurídica” no Estado Democrático de Direito significa acesso a direitos fundamentais, o que implica a indispensável tarefa de pontual adaptação dos institutos patrimoniais tradicionais às exigências de promoção de direitos das pessoas com deficiência. Jamais o oposto!

A fim de materializar a “segunda margem do rio”, o Projeto de Lei nº 757 do Senado Federal inclui entre as suas propostas a reprimenda da incapacidade absoluta – hoje restrita aos menores de 16 anos de idade –, para inserir nesse rol as pessoas que, “por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento” para a prática dos atos da vida civil. A referida sugestão surge como uma forma de evitar abalos em institutos tradicionais como contratos, prescrição, responsabilidade civil e obrigações contraídas por pessoas com deficiência.³

³ A desconexão entre a curatela e a incapacidade absoluta provoca abalos sistêmicos que merecem exame pormenorizado. A partir da vigência da Lei nº 13.146/15, mesmo que a pessoa deficiente esteja sob

O retorno da redoma da incapacidade absoluta significa evidente retrocesso, por impor uma “repatrimonialização” do direito civil pela via da interpretação do princípio da segurança jurídica como a perpetuação dos institutos patrimoniais clássicos – forjados para a realidade socioeconômica e política dos dois últimos séculos – em detrimento da ressignificação do conceito de segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, cujo norte no direito privado é a edificação de um sistema de direito em que se funcionalizem os modelos jurídicos tradicionais em prol da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

A expressão “absolutamente incapaz” é tecnicamente e eticamente inadmissível. Ela parte da premissa de que existe uma classificação abstrata capaz de albergar seres humanos despersonalizados, inaptos a cumprir o seu destino e substituídos em todo e qualquer ato da vida civil. Isso é moralmente aceitável? É evidente que é da “natureza das coisas” que existam pessoas completamente impossibilitadas de exercer o autogoverno, seja por um grave AVC, estado comatoso, doenças crônicas degenerativas em estágio avançado. Porém, será que é necessário ressuscitar a anacrônica incapacidade absoluta apenas para justificar essas situações extremadas da vida, renunciando a outras alternativas legislativas e interpretativas que, ao invés de “interditar” o ser humano, possam conciliar tais casos excepcionalíssimos com a esmagadora maioria de hipóteses de curatela em que o curatelado remanesce com residuais ou parciais espaços de autodeterminação?

Transferir compulsoriamente para um curador poderes para decidir sob a própria existência do curatelado implica uma delegação coercitiva de direitos fundamentais, o resgate da “morte civil” dos tempos de Roma. Evidente que a mais bem-intencionada lei não pode cobrir a multifacetada realidade. Todos conhecemos ou convivemos com pessoas que não podem absolutamente decidir sobre a sua própria intimidade e vida privada (v.g. estado vegetativo persistente, Alzheimer avançado). Nesses casos extremos a representação será mais ampla, compreendendo também a curatela sobre a dimensão existencial da pessoa. Mesmo em tais episódios extremos, de impossibilidade veemente de contato com o mundo exterior, não mais existirá o rótulo “incapacidade absoluta”, mas apenas uma curatela de maior extensão no interno de uma incapacidade relativa. A incapacidade absoluta é incompatível com o sistema civil brasileiro pelo fato de que não

curatela, a prescrição e a decadência correrão contra ela. A teor dos arts. 198, I e 208 do CC, a prescrição e a decadência apenas não fluem contra os absolutamente incapazes (que serão apenas os menores de 16 anos). Evidentemente, haverá prejuízo para os que agora serão considerados relativamente incapazes. Ademais, os atos praticados pelo indivíduo sem a presença do curador serão submetidos à sanção da anulabilidade (art. 171, I, CC) e não mais à nulidade (art. 166, I, CC), com todas as consequências em termos de legitimidade e prazo para a invalidação do ato prejudicial.

se admite em um ordenamento jurídico guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência que regras de direito civil possam *a priori* estabelecer categorias de “não pessoas”. Inversamente, os diversos tons da incapacidade relativa permitem agasalhar todo tipo de assistência – desde as menos às mais extensas – conforme indique o projeto terapêutico individualizado levado a efeito por uma avaliação biopsicossocial que verifique, simultaneamente, o histórico clínico e social do indivíduo, com um olhar voltado para a pessoa e outro para o entorno.

Não recusamos, portanto, a sobrevivência do modelo da representação para hipóteses extremamente graves, no qual o magistrado por fundamentadas razões determinará uma curatela de ampla extensão. A final, trata-se de técnica de substituição na exteriorização da vontade aplicável não apenas em contexto de incapacidade absoluta por ausência de discernimento (que já não mais subsiste), mas também no âmbito de uma curatela por incapacidade relativa, quando o projeto terapêutico individualizado indique que a pessoa curatelada é incompetente para a prática de certos atos civis – patrimoniais ou existenciais. O ideal seria que duas formulações fossem levadas em consideração: a) os institutos patrimoniais devem se modelar aos avanços dos direitos humanos, materializados na Constituição Federal e em tratados internacionais aqui internalizados. Admitir o contrário significa subverter a própria racionalidade do sistema jurídico; b) a inserção das pessoas sem autodeterminação na classe dos relativamente incapazes é uma solução de compromisso que permite conciliar cuidado e autonomia. A possibilidade de um magistrado modular a curatela entre 0 e 100 só existe em uma lógica de razoabilidade na qual uma avaliação biopsicossocial possa aferir a concretude daquele ser humano, imerso em sua realidade e necessidades. Assim, sempre teremos sentenças fundamentadas que oscilarão entre os extremos das curatelas de amplíssima extensão (com representação generalizada), de um lado, e curatelas leves de outro (intercalando a assistência para certos atos e a ampla autonomia na maior parte dos atos da vida civil).

Caso o PLS nº 757 alcance êxito, a incapacidade absoluta será a “caixa de pandora” que permitirá a qualquer juiz no Brasil, assoberbado por uma quantidade absurda de processos, simplesmente impor sentenças açodadas e mal fundamentadas que restitua a “interdição” ao *status quo*. Para que se preocupe com a complexidade de um planejamento terapêutico individualizado – que implicará a contratação de um corpo de profissionais qualificados e do serviço social para emitir avaliações biopsicossociais – quando basta uma sentença que aplique a incapacidade absoluta para resolver os casos fáceis (aqueles nos quais a pessoa carece de qualquer resíduo de autonomia) e ao mesmo tempo decida

discricionariamente os *hard cases* que envolvem a ampla maioria das pessoas que se encontram em situação limítrofe?⁴

Em minha concepção particular, ao invés de perpetuar a artificialidade da dicotomia entre incapacidade absoluta e a incapacidade relativa, bastaria que houvesse apenas uma só incapacidade, conformada pelas salvaguardas determinadas pela CDPD. Uma incapacidade objetiva, baseada em uma impossibilidade de autodeterminação e que seja capaz de prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Conforme o art. 12.4 da Convenção de Nova York:

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.

4 A terceira margem do rio

4.1 A deficiência como fato jurídico

Aqui se encontra o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em um viés ponteano, a Lei nº 13.146/15 aceita a premissa da deficiência como um fato jurídico, ou seja, uma condição humana orgânica, completamente dissociada da incapacidade. Ao se conceituar a deficiência como uma vulnerabilidade existencial, o legislador não tolera que um impedimento de longo prazo seja automaticamente sancionado como fato ilícito com a eficácia punitiva do cerceamento da capacidade jurídica da pessoa com deficiência. É digno de elogio que a LBI tenha autonomizado o fato jurídico da deficiência da consequente eficácia da incapacidade. Vale dizer, o impedimento funcional decorrente de um acontecimento natural não é mais

⁴ Em 2008, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tomou uma decisão no caso de *Shtukaturov v. Rússia*, entendendo que a incapacitação de uma pessoa constitui uma ingerência na vida privada que deve se qualificar como muito grave, pois supõe a dependência de um representante em todos os âmbitos de sua vida, aplicando-se por um período indefinido, sem que possa ser impugnada. Afirmou-se, ainda, que a existência de um transtorno mental, mesmo grave, não pode ser a única razão para justificar uma incapacitação total, devendo contemplar-se uma resposta razoável, que restrinja o direito à esfera íntima ao estritamente necessário. O Tribunal considerou que a incapacidade legal do requerente violou seus direitos a um julgamento justo (art. 6^o) e o respeito da sua vida privada (art. 8^o).

visto pejorativamente pelo ordenamento jurídico como um ilícito merecedor de uma sanção punitiva conhecida como “interdição”. Pelo contrário, caracterizando-se a deficiência como uma condição humana, é assegurada cidadania plena em um ambiente de proteção e promoção a seus direitos fundamentais. Por isso, já é tempo de abandonar a perspectiva da deficiência como tragédia, fortuito ou castigo divino e investir em políticas públicas que substituam os ideais de reabilitação, normalização e cura pela inclusão e adaptação das instituições às vicissitudes das pessoas, em suas diferenças.

Doravante, a deficiência deve ser conceituada como a interação de uma condição médica com fatores ambientais que agregam à loteria natural (John Rawls) e potencializam os seus efeitos negativos. Algo que nas jurisdições da *common law* é palpável pela distinção entre os termos *impairment* (debilitação) e *disability* (deficiência). Assim, o fato de uma pessoa ser incapaz de mover as pernas não importa em deficiência, isso só ocorrerá quando a debilitação a impeça de, por exemplo, entrar em uma biblioteca. Assim, a deficiência pode ser evitada se o contexto social aponte para a superação de barreiras pela via de adaptações razoáveis na arquitetura das cidades.

O modelo ou visão social de direitos humanos considera que o tratamento jurídico devido às pessoas com deficiência (sejam elas capazes ou incapazes) não deve partir de um fundamento exclusivamente científico, porém preponderantemente social. A deficiência é um fenômeno complexo que não se restringe a um atributo médico e individual da pessoa. Cuida-se da interação de condições médicas com fatores ambientais. A limitação funcional da pessoa é uma variável importante, mas não isolada. O ambiente também exerce influência sobre essa restrição corporal ou psíquica, podendo o entorno agravar circunstâncias que transcendem as características do indivíduo. Há um contexto social que requer adaptação para que todos os seres humanos participem ativamente da vida comunitária e se mantenham como centro das decisões que lhes afetem.

Com efeito, a noção de “deficiência”, abarca um conceito em evolução, atualmente centrado na adição entre uma limitação funcional psicofísica e as travas impostas pela ausência de acessibilidade a direitos. Há uma especial dificuldade para a satisfação das necessidades normais, agravada pela limitação ambiental e pelas barreiras sociais, econômicas e jurídicas que inviabilizam a inserção dessas pessoas em sociedade. O Estado, a sociedade e as próprias pessoas com deficiência assumem um papel ativo, de responsabilização pela inclusão de todos os indivíduos, independentemente de suas particularidades, afirmando-se o reconhecimento de sua identidade própria, naquilo que se convencionou chamar de “direito à diferença”.⁵

⁵ Ao abordar a deficiência como uma condição humana, explica Andrew Salomon que *doença e identidade* são aspectos compatíveis dessa condição, em que *corrigir* faz parte do modelo da doença e *aceitar* faz parte do modelo da identidade. Sabemos que fatores ambientais podem alterar o cérebro e, inversamente,

O eixo personalista da Constituição Federal de 1988 é a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Ao superar a esfera meramente defensiva da proteção ao indivíduo, pela concessão de uma tutela promocional ao desenvolvimento da pessoa humana, a Lei Maior potencializa o princípio da autonomia e, conseqüentemente o direito fundamental à capacidade civil. Desde então, impõe-se um aumento da “carga argumentativa” para restringi-la pela via da curatela.

A imprescindibilidade desse ônus persuasivo como motivação para a incapacitação civil se torna ainda mais veemente com a adoção pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.⁶ Com o ingresso da CDPD⁷ em nosso direito interno, o vocábulo *interdição* é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando, na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação. De fato, o termo *interdição* remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer

que a química e a estrutura cerebral determinam em parte o quanto podemos ser afetados por influências externas. Daí que a prudência aconselha a constante mediação entre cuidado e autonomia, sendo que em alguns casos o imperativo será a proteção e, em outros, a promoção da liberdade (SALOMON, Andrew. *Longe da árvore*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 20-49). Arremata o autor: “Depois que passei a vera surdez, o nanismo, o autismo e a transgeneridade como identidades dignas de apreço, topei com os movimentos pro-ana e pro-mia, que procuram retirar as associações negativas em torno da anorexia e bulimia, promovendo-as a escolhas de estilo de vida em vez de doenças. Propor que os anoréxicos estão apenas explorando uma identidade é tão moralmente frouxo quanto aceitar a crença de membros de gangues que estão apenas buscando uma identidade que por acaso implica matar pessoas” (SALOMON, Andrew. *Longe da árvore*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 49).

⁶ A convenção transcende o direito geral de igualdade e edifica uma *cláusula especial de igualdade*, pois enuncia e define em termos específicos a proibição de discriminação das pessoas com deficiência. A intensidade da vinculação dos órgãos estatais é mais intensa no caso de proibições especiais de discriminação do que a partir do parâmetro do direito geral de igualdade, implicando uma maior limitação da liberdade de conformação legislativa. Assim, diante de uma cláusula especial de igualdade, o que se verifica é o ônus argumentativo, portanto, a consistência das razões para justificação de qualquer tratamento desigual à pessoa com deficiência e qualquer diferenciação terá caráter excepcionalíssimo (SALLES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 147).

⁷ Esse diploma essencial – que doravante trataremos como CDPD –, conceitua as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. Destaca-se o princípio do “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (art. 3, “a”), que fica expresso no reconhecimento de que gozam de “capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12, item 2). Enfim, temos como ponto de referência da CDPD a complexa busca de um equilíbrio entre a exigência de tutela dos espaços residuais de autonomia decisória do sujeito – na tentativa de preservar a sua liberdade pessoal –, e, de outro, a proteção da própria pessoa com deficiência e da segurança do tráfico jurídico.

ato ilícito, apenas para atender a interesses de familiares ou terceiros.⁸ Como já se afirmou, com a interdição não se forma qualquer programa de desenvolvimento da personalidade ou se consente a alguma forma concreta de participação na vida social pela pessoa, simplesmente, apaga-se a luz sobre a sua individualidade.⁹

4.2 O balanceamento entre o cuidado e a autonomia

A partir do momento em que o fato jurídico da deficiência é entendido como uma característica da pessoa humana, em sua diversidade – associado a uma limitação ambiental – e não mais um pressuposto para a sua despersonalização,¹⁰ a dignidade da pessoa humana assume com relação a esse enorme contingente de pessoas uma dupla dimensão. Primeiramente, uma eficácia negativa, fundada no dever de proteção, pela qual a pessoa com deficiência será merecedora de respeito por parte do Estado, sociedade e família. Todavia, trata-se de um renovado direito de proteção, apartado da concepção oitocentista de proteção como punição, centrada no modelo puramente organicista e científico do isolamento e custódia decorrentes da doença incurável, com vistas à remoção do ser humano problemático e afirmação da paz social e segurança jurídica.¹¹ Isto é, sai de cena a arcaica concepção da proteção da sociedade em face do incapaz, substituída por uma moderna proteção do sujeito vulnerável dentro da sociedade. Com efeito, o repaginado direito de proteção recusa a heteronomia e se funda no imperativo categórico, pelo qual o impedimento duradouro jamais poderá acarretar a instrumentalização da pessoa para fins alheios, suprimindo a indispensável consideração e estima, sejam quais forem as suas vicissitudes, pois a dignidade é uma condição inata da pessoa humana, independentemente de seu aporte comunitário. Em uma sociedade de mercado, o ser humano não pode ser valorado pela sua utilidade

⁸ Por mais que o CPC/15 tenha entrado em vigor após o Estatuto da Pessoa com Deficiência e utilizado os termos “interdição”, “interditando”, “interditado” em diversas passagens (arts. 747 a 757), a Lei nº 13.105/15 deve deferência à CDPD, face à sua superioridade normativa, com *status* de emenda constitucional.

⁹ FAROLFI, Alessandro. *Amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 20.

¹⁰ Em síntese, a CDPD perfiha-se ao método introduzido pela Organização Mundial de Saúde e atualmente utilizado para a definição da deficiência, o ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health*). A inovação do instrumento consiste em um desvio do foco, da causa para o impacto nas condições de saúde, compreendendo a deficiência como fenômeno multidimensional, que tomam em consideração os seus aspectos sociais e o peso do ambiente no funcionamento da pessoa, não mais como uma disfunção médica ou biológica, capaz de reduzir a pessoa em toda a sua complexidade (valores, crenças e direitos fundamentais) a uma simples doença.

¹¹ Por muito tempo a disciplina nacional de tratamento se inspirou na lei francesa de 1838 (*Loi Esquirol*) e sua concepção arcaica inspirada na obrigação de tratamento baseada na custódia indeterminada e segregação da pessoa, com a finalidade de proteção – não da pessoa – porém de seus familiares, patrimônio e sociedade, composta pelas pessoas sãs.

social, primeiro passo para que a pessoa seja reificada quando visualizada a deficiência por um déficit de funcionalidade mais severo. Daí o mérito do art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...]”.

Em complemento, a CDPD enfatiza a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana. De acordo com o art. 3º, “a”, encabeçando os princípios da convenção, encontra-se “O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Ao entrelaçar dignidade, autonomia e independência, o inciso incide em pleonasma, pois os dois últimos vocábulos exteriorizam o perfil ativo da dignidade, evidenciando o fato de que a deficiência não será um óbice para que as pessoas elejam e promovam as suas escolhas de vida, tornando-se protagonistas de suas biografias. Em paralelo, a Convenção determina que sejam adotados mecanismos locais de afirmação da autonomia para impedir que as eventuais limitações cognitivas possam acarretar empecilhos na tomada de decisões e no exercício do autogoverno. Esse novo paradigma é dotado de uma força expansiva sob outros setores do ordenamento, impondo uma reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana.

Nesse concerto entre a dignidade como proteção ou promoção, a ênfase será posta na última em sua dupla acessão: seja no sentido de promoção como direito fundamental de acesso à igualdade de oportunidades através da substantivação de condições sociais necessárias (direito à saúde, à educação, à moradia,¹² ao emprego), por meio de técnicas promocionais; seja como promoção de desenvolvimento autônomo de projetos de vida da pessoa com deficiência. Historicamente a proteção da pessoa com sofrimento psíquico era uma “faca de dois gumes”. Se, por um lado, prestava-se a lhe servir de escudo no tocante aos desafios diários da vida, por outro, isolava o ser humano e sacramentava a sua condição de menos valia, perenizando a incapacidade.

A Lei Brasileira de Inclusão segue um modelo semelhante ao do direito italiano, admitindo a convivência entre as medidas de suporte à autonomia (através da regulamentação da tomada de decisão apoiada no CC) e a curatela. Com efeito, o fato jurídico da deficiência será aferido em uma tripla gradação: a) regra geral da deficiência como vulnerabilidade existencial, com preservação da capacidade

¹² Eloquentes exemplos de afirmação de autonomia são o reconhecimento de que o lugar natural da pessoa com deficiência não é em uma instituição estatal ou privada, mas em sua própria moradia: “a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia” (art. 19 CDPD).

plena. O fato de uma pessoa possuir um impedimento de longo prazo de caráter físico, sensorial e, principalmente, mental ou intelectual, não acarretará uma *capitis deminutio* ao seu estado civil. A pessoa deficiente jamais será discriminada e contará com a garantia de uma presunção de plena capacidade. A configuração de impedimento de longo prazo não gera automática incapacidade, porém vulnerabilidade. Sob esse prisma todos os atos por ela praticados serão válidos, enquanto não sobrevenha sentença que qualifique a deficiência pela curatela, tendo como motivação a patente impossibilidade de autodeterminação; b) a eventualidade da deficiência qualificada pela tomada da decisão apoiada quando houver limitação da aptidão decisória (art. 84, §2º);¹³ c) a excepcionalidade da deficiência qualificada pela curatela (art. 84, §1º), nos casos em que a partir de um laudo biopsicossocial objetivamente se possa aferir uma absoluta impossibilidade de autodeterminação e interação social. Corretamente o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura de a pessoa querer e entender – e que, portanto, justifiquem a curatela –, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual.¹⁴

Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a incapacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que a impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade. A impossibilidade não é qualquer dificuldade ou complexidade, mas um impedimento de caráter absoluto. *Não poder exprimir a sua vontade* importa em situação

¹³ Quando a pessoa com deficiência possuía limitações no exercício do autogoverno, mas preserve de forma precária a aptidão de se expressar e de se fazer compreender, o caminho não será o binômio incapacidade relativa/curatela. A Lei nº 13.146/15 criou a *tomada de decisão apoiada* (art. 1.783-A, CC) como *tertium genus* protetivo em prol da assistência da pessoa deficiente que preservará a capacidade civil. Esse novo modelo jurídico se coloca de forma intermediária entre os extremos das pessoas ditas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela impossibilidade de expressão que serão curateladas e se converterão em relativamente incapazes.

¹⁴ Esse concerto de opções legislativas conforme a distinção entre a pessoa com deficiência e a pessoa com deficiência qualificada pela curatela também é devidamente ilustrado nos arts. 11 e 12 da Lei nº 13.146/15: “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. §1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”. Da aparente contradição entre os textos dos *caputs* e de seus parágrafos, infere-se que a autodeterminação não é uma prerrogativa de qualquer pessoa com deficiência. Quando ela for qualificada pela curatela, poderá se dar a substituição, na tomada de decisões, em atos personalíssimos, como esterilização, internação e tratamentos médicos, desde que respeitada a identidade, a história de vida e as circunstâncias pessoais e sociais do paciente. A simples proibição de substituição em âmbitos vinculados ao exercício de direitos fundamentais, sem que existam meios alternativos de expressão da vontade, poderia redundar em exclusão total da pessoa em esferas de atuação consideradas essenciais.

de ausência de consciência de si e do entorno, para a qual todo um sistema de tomada de decisão apoiada seja insuficiente, sendo necessária a escolha de um curador para exercer a assistência. Ora, não reconhecer a opção de um curador como alternativa, nesses casos, implicaria suprimir a possibilidade de a pessoa exercer os seus direitos.

A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que somente procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade de a pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente. Todavia, e tenha-se isso como fundamental, ainda nessa hipótese, os interesses, as preferências e o bem-estar da pessoa sob curatela serão o guia para as decisões e não a mera vontade discricionária do curador.¹⁵

É um equívoco inferir da Lei nº 13.146/15 que a incapacidade civil foi sepultada em *terra brasilis*. Será que poderíamos admitir que, para o futuro, teremos uma nação composta unicamente de pessoas plenamente capazes, inclusive todos aqueles que atualmente estão submetidos à curatela por um déficit psíquico? Obviamente não. Inexiste pretensão ideológica capaz de afetar a natureza das coisas. Por mais que o legislador pretendesse (e ele não pretendeu!) fundar o mundo ideal e “politicamente correto” das pessoas plenamente capazes, não há como desconstruir a realidade inerente à imperfeição humana e às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau. Em um Estado Democrático de Direito, o pluralismo demanda o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria das incapacidades, porém, adequou-a à Constituição Federal e à CDPD. Se fosse consagrada a tese da capacidade plena de todas as pessoas com deficiência psíquica acentuada, necessariamente admitiríamos a incongruência da Lei nº 13.146/15, pois preservaria a condição de relativamente incapazes dos ébrios habituais, viciados em tóxico e pródigos (art. 4º, II, IV, CC),^{16 17} sem que igual qualificação fosse emprestada a

¹⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da tomada de decisão apoiada. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 607.

¹⁶ A incapacidade relativa de usuários de drogas e álcool e esbanjadores compulsivos é historicamente associada à ojeriza aos que exercem comportamentos de risco que se divorciam dos padrões habituais da sociedade. Para a Lei nº 13.146/15, essas pessoas merecem a pecha de relativamente incapazes quando curatelados (incs. III e V, conforme a nova redação do art. 1767). Aparentemente a lei reforça a incapacitação dessas pessoas como uma sanção punitiva pelo exercício da autonomia para a prática de atos contraindicados pelo grupo social majoritário.

¹⁷ Especificamente com relação aos pródigos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência perdeu uma boa oportunidade de retirar essas pessoas do universo da incapacidade e da curatela. A excessiva preocupação com a tutela econômica do indivíduo não encontra resposta na realidade contemporânea. A pessoa possui

uma pessoa com deficiência e submetida a uma curatela por impossibilidade de manifestar a sua vontade.

Portanto, a curatela será associada a um decreto de incapacidade relativa, consubstanciado em um projeto terapêutico individualizado, na qual o decisivo será a abordagem da pessoa em sua singularidade, de forma que o termo “curatela” seja compreendido como um grande arco, cuja oscilação possa variar entre medidas de pequena restrição à capacidade (com a preservação quase integral da autonomia e assistência do curador em situações devidamente delimitadas), ao extremo de uma drástica limitação da capacidade em casos graves, que recomendem uma curatela de ampla extensão, tendo basicamente o curador um acentuado poder de representação sobre os interesses da pessoa curatelada.¹⁸ O foco na concretude do caso e uma análise multidisciplinar dos espaços residuais de autogoverno do curatelando são as garantias de que a regra da proporcionalidade será preservada.¹⁹ Os diversos tons da incapacidade relativa permitem agasalhar todo tipo de assistência – desde as menos às mais extensas – conforme indique o projeto terapêutico individualizado levado a efeito por uma avaliação biopsicossocial que verifique, simultaneamente, o histórico clínico e social do indivíduo, com um olhar voltado para a pessoa e outro para o entorno.

autonomia existencial, e, se deseja fazer liberalidades com o dinheiro que ganhou em uma vida de trabalho, jogos ou apostas, ou por herança (nos dois últimos exemplos, sem sequer se esforçar), esse ato é uma questão de intimidade, um traço da personalidade imune à interferência estatal pela pena da “interdição”, a não ser que a prodigalidade seja apenas um sintoma de uma patologia grave, que justificará a curatela. Nessas situações, a razoável intromissão do direito privado sobre as escolhas de vida será no sentido de proteger bens do pródigo, evitando que ele seja privado do mínimo existencial, inclusive para que no futuro não se converta em um encargo para o Estado.

¹⁸ Portanto a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa curatelada são intangíveis há de ser entendida nos limites da razoabilidade. Certamente, haverá situações em que o curador tomará providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde. O curador não tem (nem terá) poder sobre o corpo do curatelado. Em geral, interferências severas sobre o corpo do curatelado serão realizadas com autorização judicial, como a esterilização de mulheres com deficiência mental. Porém, esse procedimento extraordinário demandará o respeito à vontade do curatelado e só se justificará diante da falta de qualquer outra alternativa aliada à necessidade de preservação da saúde do curatelado (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 265). Asseveram os autores que “o exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade-reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do §2º acrescido ao artigo 1550 do Código Civil pelo Estatuto [...]. O respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las por causas físicas ou mentais. Embora as situações existenciais devam ser analisadas com bastante cautela para que não haja cerceamento de direitos, o eventual recurso ao judiciário é admissível em nome da proteção da pessoa com deficiência” (p. 265-266).

¹⁹ Ou seja, desaparece do cenário jurídico a dicotomia funcional entre a representação convencional e a judicial, sendo aquela marcada pelo fato de o representante agir em nome próprio e no interesse do representado, enquanto na representação clássica, derivada da incapacidade absoluta, ele atuava em seu nome e interesse, ignorando as aspirações e crenças da pessoa interditada. O que ditará a atuação do curador (submetida ao controle judicial e ao crivo familiar) quando a pessoa estiver totalmente impossibilitada de se autodeterminar será uma análise retrospectiva sobre o sistema de crenças do curatelado, condizentes com o seu *modus vivendi*.

A possibilidade de modulação da eficácia da incapacidade de modo a ajustá-la às necessidades de cada pessoa impede que se cerceie a autonomia da pessoa curatelada, pois, se nas situações patrimoniais mostra-se possível dissociar a titularidade do exercício, nas existenciais tal não se afigura viável. A dissociação entre a capacidade de direito e de fato se amolda à estrutura dos direitos subjetivos patrimoniais, mas não se ajusta às existenciais, em que não se mostra possível a repartição entre a titularidade e o exercício.²⁰

Nada obstante, a realidade palpável é extremamente rica e delicada para ser artificialmente reduzida à dicotomia do *tudo ou nada*. Se a linguagem médica descreve o estado do paciente em uma escala que vai de grave a completamente saudável, qual seria a razão de legitimar um discurso jurídico binário: capaz para atos existenciais e incapaz para atos patrimoniais? Impende avaliar as condições de saber e querer para individualizar estatutos protetivos conforme as especificidades da pessoa com deficiência, selecionando os interesses concretamente merecedores de tutela com base em parâmetros objetivos que respeitem a história pessoal de cada um. Como consequência provável de uma argumentação voltada à tópica, uma sentença de curatela poderá determinar que para certos atos da vida a pessoa preservará a sua autonomia; em outros, a sua vontade será somada a de um assistente, sem que, necessariamente essa distinção seja pautada pela oposição entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. Eventualmente, o grau de discernimento do indivíduo indicará a sua aptidão à autônoma prática de atos patrimoniais, sendo a sua fragilidade psíquica justamente um fator de acentuado cuidado no trânsito existencial, espaço que demandará a atuação da pessoa do curador.²¹

O câmbio de uma legislação punitiva e excludente do indivíduo incapaz para uma ordem comprometida com a inserção social da pessoa com deficiência é aferido por uma proporcionalização da curatela em dois níveis: a) personalização da curatela; b) funcionalização da curatela. Para além da intervenção qualitativamente diversa pela via do projeto terapêutico individual e o favorecimento, quando

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 239.

²¹ Nesse sentido também nos parece que transita a advertência de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: “Com isso afirmamos que a incapacidade deve ser sempre construída e delimitada apenas diante do caso concreto, fator que obriga a reestruturação do regime das incapacidades que, em uma profunda mudança de perspectiva, impõe o fim de categorias apriorísticas. Ou seja, não podemos preceituar que certas pessoas, porque enfermas ou deficientes, são absoluta ou relativamente incapazes de maneira abstrata. Essas restrições à capacidade de exercício e à autonomia dos indivíduos só podem ser realizadas a partir de questões devidamente problematizadas e legitimamente reconstruídas no caso concreto” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35).

possível, da atuação do curador restrita ao exercício de direitos de natureza patrimonial, a funcionalização da curatela será patente ao se priorizar a promoção da autonomia do curatelado como norte de qualquer restrição temporária sobre a capacidade civil (art. 758, CPC/15). O antigo curador de bens se converte em um cuidador da saúde em um processo colaborativo de reconquista da autodeterminação, ostentando deveres fiduciários perante o curatelado, devendo agir com base em seus melhores interesses (art. 755, CPC/15).

Surge uma concepção na qual aquele antes visto como interdito e sujeito irrecuperável se converte em um curatelado com um *status* transitório, influenciado por fatores externos presentes no contexto social, um sujeito cuja condição pode ser suportada e curada.²² A curatela deve ser compreendida na lógica de um processo,²³ ou seja, um conjunto de atos coordenados cuja finalidade é a restituição à pessoa do direito fundamental da capacidade civil. A curatela sem prazo subverte essa dinâmica, institucionalizando a incapacidade, sem que os sujeitos do processo terapêutico percebam claramente a premência da função de libertação da pessoa humana submetida ao status de incapaz.²⁴ A funcionalização requer que a pessoa do curador não se identifique necessariamente com um familiar e que, por vezes, seja pluralizada, pela via de uma curatela compartilhada ou fracionada (art. 1.775-A, CC).

O repensar da curatela evita que o processo seja um abrupto marco de irrupção do *status* jurídico da despersonalização. A inserção de regras de proporcionalidade permitirá que se reserve à deliberação da pessoa aquilo que a medida de seu discernimento lhe oportunize, mesmo que na seara patrimonial. Qualquer reserva de autonomia faculta à pessoa a posição de partícipe da própria existência. A complexidade da *psique* exige respostas flexíveis do sistema. Ao invés do silêncio e limitação do espaço, concede-se maior poder de iniciativa e inclusão social.

A flexibilização da curatela também se adequa à diretriz da concretude, tão cara a Miguel Reale. Em qualquer processo dessa natureza há de se levantar o

²² VIMERCATI, Benedetta. *Consenso informato e incapacità*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 134.

²³ Aderimos aqui à noção de *processo* da forma concebida por Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006) utilizada para materializar o direito das obrigações, dinamizando o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para a qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. O percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que concretiza deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustração das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

²⁴ Nos moldes do Código Civil de 2002, a “interdição” seguramente ostentava o posto de mais grave sanção punitiva do direito brasileiro: ao contrário da prisão, não havia proporcionalidade entre o delito e o apenamento; inexistia previsão de duração da pena, assim como progressão de regime, revisão de condições ou qualquer benefício no transcurso de seu cumprimento. Em regra, ela era vitalícia e desprovida de controle sobre a situação pessoal do interdito e fiscalização do comportamento do curador.

vêu do ser humano que subjaz ao indivíduo abstrato e categorizado pela norma. Ao invés de uma sentença reducionista que rotule a pessoa na praticidade do *pret a porter* de regras estanques, o ordenamento jurídico oferecerá respostas mais complexas e ajustadas às circunstâncias de cada pessoa – na linha da “alta costura” –, soluções artesanais e ajustadas a cada perfil humano. Enfim, a subjetividade humana é bem mais complexa do que um catálogo de regras jurídicas e nada melhor que um pouco de delicadeza no trato do semelhante.

5 Conclusão

Retornamos à indagação que justifica esse escrito: “A curatela implica mitigação da capacidade legal plena derivada do art. 12 da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência?”

Ao dispor o art. 12 da CDPD acerca do “Reconhecimento igual perante a lei”, não apenas a convenção enfatiza que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei e que gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, como preceitua:

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.

Três aspectos acima referidos merecem destaque: a) a necessidade de a curatela respeitar os direitos, as vontades e as preferências da pessoa humana, sendo proporcional e apropriada às suas circunstâncias; b) a restrição à capacidade deve se dar pelo período mais curto possível; c) a necessidade de submissão da curatela a uma revisão regular, independente e imparcial. A referida trilogia remete aos princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade e denota um duplo denominador comum: de um lado, a vontade de caracterizar a elasticidade e a flexibilidade das medidas de proteção, bem como a de adequá-las às características concretas de cada beneficiário e, de outro, a valorização da margem de

autonomia decisória realizável pela pessoa, através da eliminação do automatismo da relação entre medidas de proteção e reconhecimento da incapacidade. Em síntese, aprenderemos a conviver com diferentes estatutos de proteção, à medida que estejam em jogo situações jurídicas de pessoas deficientes ou pessoas com deficiência qualificada pela curatela. Naturalmente, a ofensa aos direitos fundamentais da pessoa curatelada não será singelamente eliminada pelo câmbio legislativo da incapacidade absoluta para a incapacidade relativa, se o giro linguístico não for acompanhado de uma atualização procedimental, hábil a substancializar a fruição de direitos fundamentais pela pessoa curatelada, preservando ao máximo a sua autonomia.

Com base em toda a fundamentação alinhavada nesse artigo, respondemos afirmativamente à indagação: sim, a curatela mitiga o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência. Todavia, a subsistência desse modelo jurídico em nosso ordenamento jurídico não ofende a CDPD. A LBI e o CPC/15 inseriram salvaguardas apropriadas e efetivas que personificam e funcionalizam a curatela, proporcionalizando a sua excepcional incidência, conforme planejamento terapêutico individualizado, de modo compatível com a proteção e promoção internacional dos direitos humanos. Lado outro, resta evidente a incompatibilidade entre a deficiência e a incapacidade absoluta, pois uma regra que *a priori* e abstratamente suprime a aptidão do exercício pessoal de todos direitos fundamentais, de forma a situá-los na pessoa de uma representante legal, vulnera diretamente as salvaguardas referidas no art. 12 da CDPD.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 105-123, abr./jun. 2018.

Recebido em: 6.3.2018

1º parecer em: 2.4.2018

2º parecer em: 3.4.2018