

É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?

Aline de Miranda Valverde TERRA*

Ana Carolina Brochado TEIXEIRA**

RESUMO: A Lei 13.146 – EPD inaugurou um novo modelo de tutela da pessoa com deficiência no Ordenamento Jurídico Brasileiro, na esteira do que estabeleceu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Estruturalmente, houve a substituição do modelo médico pelo modelo social de deficiência, de modo que é a pessoa, suas escolhas e sua história biográfica que passou a receber atenção prioritária, a partir da análise da sua funcionalidade. Buscou-se analisar nesse artigo duas vertentes: 1) O alcance dos limites da curatela, por meio da busca pela interpretação do art. 85 do EPD mais adequada; 2) Os parâmetros para decisão sobre atos da pessoa curatelada em situações dilema, que colocam em xeque os parâmetros estabelecidos pelo EPD, em busca da real e concreta proteção da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Atos existenciais; atos patrimoniais; autonomia; capacidade; pessoa com deficiência.

SUMÁRIO: 1. O modelo médico da deficiência e o regime abstrato e excludente das incapacidades da pessoa com deficiência no Código Civil de 2002; – 2. O modelo social da deficiência e o novo regime das incapacidades das pessoas com deficiência introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência; – 3. Possibilidade de restringir a capacidade e a autonomia das pessoas com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais; – 4. Conclusão.

TITLE: *Is It Possible to Mitigate the Capacity and Autonomy of the Disabled Person for the Practice of Patrimonial and Existential Acts?*

ABSTRACT: *Law 13,146 - EPD inaugurated a new model for the protection of persons with disabilities in the Brazilian Legal System, following the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Structurally, the medical model has been replaced by the social model of disability, so that it is the person, his choices and his biographical history that started to receive priority attention, based on the analysis of its functionality. We sought to analyse in this article two aspects: 1) The scope of the curatorship limits, through the search for the interpretation of art. 85 of the most appropriate EPD; 2) The parameters for decision on acts of the curated person in dilemma situations, which put in check the parameters established by the EPD, in search of the real and concrete protection of the human person.*

KEYWORDS: *Existential acts; patrimonial acts; autonomy; capacity; disabled person.*

* Professora do Departamento de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Associada fundadora ao Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil e associada à *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Advogada.

** Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Professora de Direito Civil do Centro Universitário UNA. Advogada.

CONTENTS: 1. The medical model of disability and the abstract and exclusionary regime of incapacities of persons with disabilities in the Civil Code of 2002; – 2. The social model of disability and the new disability regime introduced by the People with Disabilities Act, based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities; – 3. Possibility of restricting the capacity and autonomy of persons with disabilities to practice patrimonial and existential acts; – 4. Conclusion.

“Consentir equivale a ser.” ***

1. O modelo médico da deficiência e o regime abstrato e excludente das incapacidades da pessoa com deficiência no Código Civil de 2002

No Brasil, como em todo o mundo, o conceito de deficiência vem passando por profundas transformações a fim de acompanhar as inovações na área da saúde, bem como a forma pela qual a sociedade se relaciona com a parcela da população que apresenta algum tipo de deficiência.

Na Antiguidade, vigia o modelo moral de deficiência, por meio do qual se buscava uma justificativa religiosa para a deficiência, que transformava a pessoa em alguém improdutiva, alguém a ser tolerada pela família e pela sociedade.¹ Essa ideologia foi sucedida pelo modelo médico de incapacidade, que considerava somente a patologia física e o sintoma associado que dava origem a uma incapacidade. Esse modelo foi adotado pelo Código Civil de 1916 e reproduzido no Código Civil de 2002, que estabeleceu disciplina abstrata das incapacidades baseada no sistema de tudo-ou-nada:² a pessoa com deficiência mental, que não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos civis, seria considerada absolutamente incapaz, sendo-lhe negado o exercício autônomo de qualquer ato da vida civil; fazia-se imperioso um representante para, em seu lugar, manifestar a vontade necessária à prática de referidos atos. A vontade do representante, portanto, substituía inteiramente a vontade da pessoa com deficiência. Se, no entanto, a pessoa com deficiência mental ostentasse discernimento reduzido, seria considerada relativamente incapaz, e a validade de sua manifestação de vontade vinculava-se à conjunta manifestação de vontade de seu

*** RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, item 5.

¹ PALACIOS, Augustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Ceri. Madrid: Cinca, 2008, p. 37.

² Em crítica ao regime das incapacidades do Código Civil de 2002, afirmam Anderson Schreiber e Ana Luiza Nevares: “Manteve-se um regime unitário que reúne todas as incapacidades sob o mesmo rótulo sempre sob a lógica do ‘tudo-ou-nada’. Quem é incapaz o é para todos os atos da vida civil, expressão que abrange desde a doação de um imóvel à compra de um refrigerante” (SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42).

assistente. Para os atos da vida civil, de maneira geral, exigia-se também a manifestação do assistente.

O modelo médico acabou por negar a inúmeras pessoas com deficiência, sujeitos de direito, em primeiro lugar, o exercício de parcela de autonomia relativa a atos que teriam plenas condições de exercer livremente, a revelar um regime excludente, que retira da pessoa com deficiência a possibilidade de decidir mesmo sobre os atos mais prosaicos da vida. Embora absoluta ou relativamente incapaz, a pessoa com deficiência raramente será desprovida de qualquer possibilidade de manifestação de vontade autônoma, sendo necessário assegurar-lhe espaços de liberdade dentro dos quais possa exercer sua autonomia, por menor e mais singela que seja.

Além disso, e ainda mais grave, o sistema das incapacidades codificado permitia, como regra, a dissociação entre titularidade e exercício também dos direitos inerentes à pessoa humana. Em um sistema abstrato, do tudo-ou-nada, isso acaba por impedir que a pessoa com deficiência pratique todo e qualquer ato ligado diretamente à realização do seu projeto de vida e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. E mais, no extremo, semelhante modelo pode mesmo permitir que lhes seja negada a própria qualidade de pessoa humana: a dissociação abstrata e absoluta entre titularidade e exercício de direitos inerentes à pessoa humana acaba, na prática, por promover a própria desconsideração das titularidades, fomentando um processo de reificação da pessoa com deficiência.

No Brasil, o exemplo mais emblemático e chocante desse fenômeno de reificação da pessoa com deficiência a partir da própria negação da titularidade de direitos inerentes à pessoa humana se passou no Hospital Colônia de Barbacena, fundado em 12 de outubro de 1903. A referida instituição se tornou conhecida pelo público na década de 1980, em razão do tratamento desumano que oferecia aos pacientes, aos quais eram negados os mais básicos direitos inerentes à pessoa humana. O psiquiatra italiano Franco Basaglia, pioneiro na luta antimanicomial na Itália, esteve no Brasil e conheceu o Hospital Colônia em 1979. Na ocasião, em uma coletiva de imprensa, desabafou: “Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como essa”.³

³ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/05/o-holocausto-manicomial-trechos-da-historia-do-maior-hospicio-do-brasil/>>. Acesso em 28 fev. 2018.

Os pacientes chegavam ao local em grandes vagões de carga, conhecidos como “trem do doido”. Embora a instituição tenha sido fundada com capacidade para 200 leitos, contava com cerca de cinco mil pacientes em 1961. Estima-se que pelo menos 60 mil pessoas tenham morrido no Hospital Colônia de Barbacena de frio, de fome, de doenças e de eletrochoques, cuja intensidade era tão forte que, não raro, causava sobrecarga no sistema e derrubava a rede elétrica do município.

Se o modelo codificado é criticável para os atos de natureza patrimonial,⁴ para os atos de natureza existencial se afigura, como se vê, conflitante com a noção de que a titularidade e o exercício do direito devem estar conjugados. Ademais, o mero estabelecimento de uma disciplina única para os requisitos de validade dos atos patrimoniais e existenciais se revela incompatível com a axiologia constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui tutela prioritária às situações jurídicas existenciais e instrumentaliza as situações jurídicas patrimoniais à sua realização. Nessa direção, parece equivocada igualar, *a priori* e abstratamente, os requisitos relativos ao elemento *vontade* para a prática de atos patrimoniais e para a prática de atos existenciais. A diferença entre os atos de autonomia patrimonial e existencial é, sobretudo, de fundamento constitucional.⁵

Quando o ato diz respeito a situações subjetivas patrimoniais, ele se reconduz à liberdade econômica garantida pelo art. 170, IV, da Constituição da República. Por outro lado, quando o ato se referir à situação subjetiva não patrimonial, o fundamento constitucional reside na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Nessa direção, se, como afirma Pietro Perlingieri, “ao diverso fundamento corresponde uma diversa colocação na hierarquia das fontes”,⁶ há de se reconhecer que ao diverso fundamento corresponde, também, uma diversa disciplina jurídica do ato de autonomia, a abranger também os requisitos de validade da vontade; trata-se de um tratamento qualitativamente diverso. Cuidando-se de atos de natureza existencial, a regra deve ser, sempre que possível, o exercício pelo próprio titular do direito, sem intermediários ou substituições da vontade.

⁴ SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41 et seq.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência superou algumas críticas ao modelo codificado, estabelecendo regramento diverso para a capacidade das pessoas com deficiência relativa à prática de atos existenciais e de atos patrimoniais, e mitigou, em parte, a abstrativização do regime, como se verá adiante. Importa sublinhar, no entanto, que a adoção de um novo modelo da deficiência contribuiu, decisivamente, para essas mudanças. É o que se passa a examinar.

2. O modelo social da deficiência e o novo regime das incapacidades das pessoas com deficiência introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, divulgada pela Organização Mundial da Saúde em 2001, passou a conjugar, ao modelo médico de deficiência, o modelo social, que considera a questão da deficiência sobretudo um problema criado pela sociedade, e cujo principal desafio é a integração plena do indivíduo na sociedade. Sob tal perspectiva, a incapacidade não é um atributo inerente ao indivíduo, mas “um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social”. Com efeito, a solução do problema requer uma ação social, consistente na realização das “modificações ambientais necessárias para a participação plena das pessoas com incapacidades em todas as áreas da vida social”. Cuida-se, portanto, a incapacidade de uma questão política.⁷

A integração do modelo médico e do modelo social enseja uma abordagem biopsicossocial da deficiência, que oferece uma compreensão das diferentes perspectivas de saúde: biológica, individual e social. Nesse contexto, a incapacidade é, necessariamente, “resultado tanto da limitação das funções e estruturas do corpo quanto da influência de fatores sociais e ambientais sobre essa limitação”.⁸

De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, deficiências “são problemas nas funções ou na estrutura do corpo, tais como, um desvio

⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Direcção-Geral da Saúde. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 22. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro, 2010, p. 71. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 10 set. 2018.

importante ou uma perda”⁹, que nem sempre, contudo, importam em limitação da capacidade ou da funcionalidade.¹⁰ Nesse contexto, de acordo com a CIF, uma pessoa pode:

ter deficiências sem limitações de capacidade (*e.g.* uma desfiguração resultante da Doença de Hansen pode não ter efeito sobre a capacidade da pessoa); ter problemas de desempenho e limitações de capacidade sem deficiências evidentes (*e.g.* redução de desempenho nas actividades diárias associado a várias doenças); ter problemas de desempenho sem deficiências ou limitações de capacidade (*e.g.* indivíduo VIH positivo, ou um ex. doente curado de doença mental, que enfrenta estigmas ou discriminação nas relações interpessoais ou no trabalho); ter limitações de capacidade se não tiver assistência, e nenhum problema de desempenho no ambiente habitual (*e.g.* um indivíduo com limitações de mobilidade pode beneficiar, por parte da sociedade, de ajudas tecnológicas de assistência para se movimentar). (...).¹¹

Referido modelo foi adotado expressamente pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, em 9 de julho de 2008, passando a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Ainda no preâmbulo da Convenção, reconhece-se que a deficiência, um conceito em evolução, “resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.¹² A propósito, afirma Mary Keys: “*previous reliance solely on a narrower medical approach is no longer considered appropriate, and instead a social and human rights*

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Direcção-Geral da Saúde. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 14. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

¹⁰ A CIF entende capacidade como a “aptidão de um indivíduo para executar uma tarefa ou uma acção devido a uma ou mais deficiências” e funcionalidade como “uma interacção ou relação complexa entre a condição de saúde e os factores contextuais (i.e. factores ambientais e pessoais)” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Direcção-Geral da Saúde. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 20. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 19 set. 2018).

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Direcção-Geral da Saúde. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 21. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 19 set. 2018.

¹² BRASIL. Presidência da República. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4ª Ed., rev. e atual.* Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoacomdeficiencia.pdf>>. Acesso em 1 set. 2018.

approach focused on removing barriers to participation is essential to the achievement of equality".¹³

O Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁴ contemplou o mesmo modelo, já em seu art. 2º, de acordo com o qual “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Nos termos do § 1º “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.”

Essa nova perspectiva da deficiência permitiu a reformulação do regime brasileiro das incapacidades da pessoa com deficiência. De acordo com o Estatuto, “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 84). Afirma-se, ainda, que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (art. 6º).

Diante dessa nova normativa, constata-se que a regra passou a ser a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência. Trata-se de mudança fundamental voltada a garantir à considerável parcela da população brasileira a necessária autonomia para o controle sobre suas próprias decisões, interrompendo um perverso ciclo de

¹³ KEYS, Mary. Article 12 [Equal Recognition Before the Law]. In: Della Fina et al. (eds.). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*. Switzerland: Springer International Publishing, 2017, p. 265. Em tradução livre: “a anterior confiança em uma abordagem exclusivamente médica não é mais considerada apropriada; em seu lugar, uma abordagem calcada nos direitos sociais e humanos focada na remoção de barreiras à participação mostra-se essencial para o alcance da igualdade”.

¹⁴ No Brasil, o Estatuto veio tutelar aproximadamente 45,5 milhões de pessoas que, de acordo com o Censo Demográfico de 2010, declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas, o que corresponde a 23,9% da população brasileira. No que tange a cada uma das deficiências analisadas, 18,8% das pessoas declararam ter deficiência visual; 5,1%, auditiva; 7,0%, motora; e 1,4%, mental ou intelectual (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro, 2010, p. 73. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 10 set. 2018.

desempoderamento das pessoas com deficiência. Resta investigar, no entanto, se é possível excepcionar a regra, e restringir sua capacidade, considerando todo o arcabouço legislativo que disciplina a questão. É o que se passa a analisar a seguir.

3. Possibilidade de restringir a capacidade e a autonomia das pessoas com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais

Posto que a regra seja a plena capacidade civil, o Estatuto admite, excepcionalmente, que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, que “constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”, nos termos do art. 84, caput, §§ 1º e 3º. Ademais, de acordo com o art. 85, *caput* e § 1º, “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” e não alcançará “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Verifica-se, assim, que o próprio Estatuto parece responder afirmativamente à possibilidade de restrição da capacidade de fato das pessoas com deficiência para a prática de atos e negócios jurídicos relativos a situações jurídicas patrimoniais, admitindo que a curatela os alcance. No entanto, se a regra é a capacidade e a curatela é excepcional e proporcional às necessidades e às circunstâncias do sujeito concreto¹⁵ (art. 84, § 2º), parece vedado o estabelecimento de curatela genérica, que afirme, simplesmente, a sua extensão a todos os “atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (art. 85).¹⁶ A restrição da capacidade deixa, em definitivo, de ser no modelo do tudo-ou-nada, e passa a ser construída e delimitada no caso concreto, a

¹⁵ “Com a figura da “tomada de decisão apoiada” e o reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência, graças à influência marcante do art. 12, da CDPD e da alteração legislativa diretamente operada pela Lei n.13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a curatela se confirma como uma medida in extremis que somente poderá ser utilizada nos restritos limites da necessidade do curatelado e para atender aos seus interesses” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. 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, jan.-jun./2015, Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 25 jan. 2018).

¹⁶ No entanto, usualmente, as curatelas são estabelecidas em termos genéricos, como se constata na jurisprudência dos Tribunais Estaduais brasileiros: “Apelação cível - ação de interdição - curatela - interditando com graves problemas psiquiátricos - ausência de plena capacidade para o exercício dos atos da vida civil - caso concreto - laudo pericial e estudo social - recurso provido. - A curatela possui a finalidade de propiciar a representação legal e a administração de bens de sujeitos incapazes de praticar os atos do cotidiano, protegendo, assim, os interesses daqueles que se encontram em situação de incapacidade na gestão de sua própria vida. - Embora a pessoa com deficiência tenha assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos da Lei 13.146/2015, uma vez demonstrado, por meio de laudo pericial e estudo social, o comprometimento na gestão da própria vida civil do interditando, cabível a decretação de interdição. - *Nessa hipótese, consoante reza o art. 85, do Estatuto do Deficiente, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial*” (TJMG, 7ª C.C., Apel. Cív. 1.0427.13.001117-9/001, Rel. Des. Wilson Benevides, julg. 25.4.2017, DJ 5-5.2017, grifou-se).

partir das circunstâncias particulares da pessoa com deficiência, fazendo-se imperioso que o juiz elenque e justifique, um por um, os atos e negócios patrimoniais que estão submetidos à curatela.¹⁷

Para tanto, evidentemente, deverá o juiz ter em consideração em que medida a deficiência compromete a funcionalidade de cada indivíduo, vale dizer, a sua capacidade de interagir com os fatores contextuais, para a qual, evidentemente, a sua funcionalidade se afigura imprescindível. Significa, com efeito, que em relação aos atos patrimoniais não expressamente mencionados pelo juiz na decisão de curatela, o curatelado conservará toda a sua capacidade e autonomia.

De todo modo, parece que nem todo ato ou negócio jurídico patrimonial pode ser objeto da curatela. Aqueles personalíssimos, a exemplo do testamento (art. 1.858, CC), estão fora do seu escopo, não sendo dado ao curador sequer assistir o curatelado na confecção do seu ato de última vontade. A rigor, considerando-se que o testamento só produz efeitos após a morte do testador, de modo que em nada o prejudicará, e que os herdeiros necessários já estão suficientemente protegidos pela intangibilidade da legítima, entende-se que a pessoa com deficiência pode validamente testar, desde que tenha um mínimo de compreensão sobre os efeitos da sua manifestação de vontade.

¹⁷ A previsão contida no art. 753, § 2º do CPC/15 de que o laudo pericial deve indicar de forma especificada os atos submetidos à curatela reforça a necessidade de se discriminar e justificar na sentença os atos e negócios para os quais haverá a restrição. Desse modo, a simples apresentação de atestado médico, por não envolver em geral essa análise pormenorizada, não deve ser suficiente para a determinação da curatela: “De acordo com o art. 753, caput, do CPC/15, a realização de prova pericial é imprescindível no processo relativo à curatela, devendo o respectivo laudo indicar especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (§ 2º do art. 753). A ausência de exame pericial, tal como é exigido pelo dispositivo legal supracitado, não é sanável pela apresentação de simples atestado médico.” (TJRS, 8ª C.C., Apel. Cív. 70073947145, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 17.8.2017, DJ 24.8.2017). A ausência de indicação específica acerca dos atos de natureza patrimonial e negocial sujeitos à curatela pode ensejar divergências futuras. Nesse caso, julgado pela 2ª CC do TJMG, a curadora interpôs apelação da sentença que determinou a incidência da curatela para atos de natureza patrimonial, alegando que teria pleiteado a curatela apenas e tão somente para representação do curatelado junto ao INSS. Contudo, considerando a curatela como um encargo público e o melhor interesse do curatelado, afastou-se a restrição do *múnus* a apenas este ato: “Concluindo o laudo pericial que o curatelado possui limitações que atingem a manifestação de vontade e a capacidade de gerência de seus bens, não é razoável a restrição da curatela a um único ato (recebimento do benefício previdenciário), sob pena de deixar descobertas outras necessidades.” (TJMG, 2ª C.C., Apelação Cível 1.0592.15.000049-1/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, julg. 31.10.2017, publ. 8.11.2017)”. Novamente, a ausência de indicação específica acerca dos atos de natureza patrimonial e negocial sujeitos à curatela pode gerar a necessidade de novo pronunciamento judicial para que se determine se um ato estará ou não abarcado pela curatela. Esse acórdão, que trata da condução de veículos automotores, é um exemplo disso: “II - A submissão da pessoa com discernimento mental reduzido à curatela constitui medida extraordinária, que, quando imposta, deve ser precedida da exposição das razões e motivações de sua definição, conforme as necessidades e as circunstâncias de cada caso. III - Em se tratando de incapacidade fundada em critério subjetivo (psicológico), o julgador deve buscar aferir o grau da redução do discernimento e o seu reflexo na vida do sujeito, para então estabelecer os limites da curatela, sempre sob a ótica civil e constitucional da necessidade do interditando. IV - A incapacidade relativa para a prática dos atos da vida civil do portador de transtornos mentais e comportamentais decorrentes do uso de múltiplas drogas e substâncias psicoativas afigura-se incompatível com a permissão para a condução de veículos automotores, máxime quando o próprio laudo médico expressamente não a recomendada. V - Negou-se provimento ao recurso.” (TJDFT, 6ª T. Cív., Apel. cív. 20130111809777, Rel. Des. José Divino, julg. 29.11.2017, DJ 5.12.2017)

Cuidando-se, portanto, de ato de última vontade, a regra não é exigir-se a plena funcionalidade e entendimento, mas a funcionalidade mínima, já que os efeitos daquela declaração em nada prejudicarão a pessoa com deficiência.¹⁸ Se o escopo da restrição da capacidade e da autonomia é proteger a pessoa com deficiência, não parece compatível com esse objetivo exigir a total compreensão da realidade para atos de última vontade, uma vez que seus efeitos não recaem sobre o testador – o exigível é que se tenha o entendimento acerca dos efeitos daquilo que se pratica, livre de manipulações. Ademais, como os herdeiros necessários já estão suficientemente protegidos pela intangibilidade da legítima, de modo que qualquer disposição testamentária que se revele lesiva à legítima poderá ser objeto de redução. Nessa direção, não parece merecedor de tutela impedir o exercício da autonomia testamentária, ainda que haja redução do discernimento, em favor da proteção de interesses patrimoniais dos herdeiros para além da tutela da legítima. Em uma ponderação de interesses, o interesse do testador, pessoa com deficiência, deve prevalecer, reconhecendo-se como lícita e legítima a sua última manifestação de vontade reveladora de grau de discernimento compatível com o ato. É sob esse enfoque que deve se perquirir a capacidade testamentária do testador.

Importa destacar que a possibilidade de restrição da capacidade da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais admitida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não parece incompatível com a Convenção da ONU, de *status* constitucional, como já se apontou.

A Convenção estatui, no art. 12, n. 2, que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Referida Convenção proíbe, ao que parece, a substituição de vontade da pessoa com deficiência, e impõe aos Estados

¹⁸ É justamente por essa razão que o pródigo, apesar de não ter capacidade de fato para atos de disposição patrimonial, tem capacidade para testar. “Embora situado entre os relativamente incapazes (Código Civil, art. 4º, nº IV), ao pródigo apenas se proíbe a realização, sem a assistência do curador, de negócios jurídicos inter vivos de disposição patrimonial (art. 1.782). Tem, pois, capacidade para testar, ressalvada a hipótese de a prodigalidade ser resultante de deficiência mental”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 24. ed. V. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 199); “Já os pródigos possuem plena capacidade para testar. Em que pese o silêncio do dispositivo (art. 1.860) em exame a respeito da incapacidade absoluta e da relativa, o testamento só vai produzir efeitos após a morte do agente, não lhe acarretando, portanto, prejuízos. Além disso, a família do pródigo se encontra protegida pela reserva hereditária, que contempla como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, V. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 677)

signatários que adotem sistemas de suporte ao exercício da capacidade legal pela pessoa com deficiência que respeitem seus desejos e suas preferências individuais.¹⁹

Aliás, no mesmo art. 12, n. 4, a Convenção estabelece que:

“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, apliquem-se 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” (grifou-se).

Nota-se, assim, que embora no art. 12 traga a universalização da plena capacidade da pessoa com deficiência, reconhece que é possível que necessitem da adoção de certas medidas para que possam exercer sua capacidade legal, desde que sejam “proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial”.

No Brasil, há duas medidas a adotar: 1º) a tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A, CC),²⁰ que não repercute na capacidade civil do indivíduo; e 2º) a curatela das pessoas com deficiência, a importar em sua incapacidade relativa quando, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III, CC) – já que retiradas do rol dos absolutamente incapazes do art. 3º do Código Civil por

¹⁹ “The debate on whether substitute decision-making is permissible under the CRPD is ongoing, although both the CRPD Committee and General Comment No. 1 are very clear that it is not permitted. The Committee has repeatedly said that States Parties must take action to replace systems of substitute decision-making with supported decision-making that respects the will and preference of the person. Based on initial reports to the Committee, the General Comment refers to ‘the general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under Article 12 and a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision-making’. It states clearly that States Parties’ obligations require both the abolition of substitute decision-making regimes and their replacement with supported decision-making alternatives” (KEYS, Mary. Article 12 [Equal Recognition Before the Law]. In: Della Fina et al. (eds.). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*. Switzerland: Springer International Publishing, 2017, p. 268).

²⁰ “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.”

alteração implementada pelo art. 114 do Estatuto. Não há mais que se falar, portanto, em incapacidade absoluta, diante da qual adota-se o sistema de substituição de vontade, conferindo ao representante o poder de decidir no lugar do incapaz. Semelhante modelo se afigura de todo incompatível com o escopo promocional da autonomia da pessoa com deficiência.²¹

A tomada de decisão apoiada encerra instrumento “voltado a auxiliar a pessoa que se sente fragilizada no exercício de sua autonomia”,²² mas que reúne “condições de, por si, realizar suas escolhas e celebrar quaisquer negócios jurídicos sem a necessidade de assistência ou representação”.²³ Já a curatela se revela como medida de apoio mais intensa, em que se outorgam poderes de assistência para o curador,²⁴ e se reconhece a incapacidade relativa da pessoa com deficiência, a qual, de todo modo, para a validade do ato, deverá também manifestar sua vontade ao lado do seu assistente.²⁵

Veja-se, portanto, que em ambas as situações, a vontade da pessoa com deficiência é fundamental para a prática do ato, e havendo divergência entre a vontade do apoiador ou do assistente, e a vontade da pessoa com deficiência, será o juiz que dirimirá a controvérsia quando se tratar de questão que envolva risco para o apoiado.²⁶ Como se

²¹ No mesmo sentido, veja-se lição de Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida Júnior: “Não se cogita, no entanto, da incapacidade absoluta, eis que incompatível com a promoção da autonomia da pessoa com deficiência. É de se ressaltar ainda que, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil, é considerada relativamente incapaz a pessoa que não possa exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente, de forma consciente e autônoma, relativa a determinados atos patrimoniais/negociais, mas que, eventualmente, podem atingir os existenciais, desde que como salvaguarda para prevenir abusos e impedir que direitos sejam frustrados. Assim, tal dispositivo deve ser lido conforme a CPDP, incluindo as pessoas com deficiência, que, embora possam exprimir a vontade, esta objetivamente não venha a ser considerada válida e autônoma em razão do severo comprometimento das faculdades mentais. Entende-se, dessa forma, que o inciso III do art. 4º do CC é compatível com a proteção destinada à inclusão dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, pois cria regra genérica que se aplica a qualquer pessoa, independentemente da deficiência, que não puder por motivos físicos (estado comatoso, por exemplo) ou em razão de severa deficiência mental ou intelectual, evitando a discriminação e oportunizando o tratamento em igualdade de condições” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 219-220).

²² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 44.

²³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 42/43.

²⁴ Em situações extremas e justificáveis, a doutrina tem admitido a excepcional outorga de poderes de representação (MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 35.

²⁵ “Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos somente se realiza com a sua presença” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 238).

²⁶ Em relação à tomada de decisão apoiada, confira-se o art. 1.783-A, § 6º: “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.”

observa, não há, em nenhuma das situações, supremacia da vontade do apoiador ou assistente sobre a vontade da pessoa apoiada ou assistida.

A diferença fundamental entre os dois institutos reside no fato de que, na tomada de decisão apoiada, basta a vontade da pessoa com deficiência para a validade do ato – vale dizer, a ausência de manifestação do apoiador não torna o ato anulável, mesmo porque o apoiado é plenamente capaz –,²⁷ enquanto na incapacidade relativa, é imperiosa a conjunta manifestação do assistente, sob pena de anulabilidade. Neste caso, o processo decisório é complexo, a exigir, repita-se, duas manifestações de vontade: a do assistente e a do assistido. Não há, com efeito, substituição de vontade ou a prevalência da vontade da assistente na incapacidade relativa, nos termos do que exige a convenção, mas sim, um apoio mais intenso, em atenção à necessidade do indivíduo.

Importante sublinhar, no entanto, que em situações extremas e justificáveis, dado o máximo grau de comprometimento da funcionalidade da pessoa com deficiência, que não ostenta qualquer condição de se manifestar, a doutrina brasileira tem admitido a excepcional outorga de poderes de representação no âmbito da curatela, hipótese em que o negócio será válido com a só manifestação de vontade do curador.²⁸ Mas mesmo nessas situações, o curador tem como obrigação tentar reconstruir a vontade do curatelado, a sua história biográfica, de forma a decidir, da forma mais fiel possível, de acordo com os seus desejos e preferências.

Além disso, já no preâmbulo da Convenção, a alínea “j” reconhece “a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”, e o art. 3º elenca dentre os princípios da Convenção “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Encerra, portanto, princípio da Convenção – e, portanto, princípio da Constituição da República Federativa do Brasil – a promoção da proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, dos seus desejos e preferências, e o respeito pela dignidade inerente.

²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 42.

²⁸ “Excepcionalmente, se for para prover a concreta e particular necessidade da pessoa, entende-se que o juiz poderá atribuir poderes de representação ao curador. Mas 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”. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, p. 35/36).

Nessa direção, o modelo de restrição da capacidade civil para a prática de atos patrimoniais adotado pelo direito brasileiro por meio da curatela – que não é substitutivo da vontade – afigura-se compatível com a Convenção, desde que implementado nos termos pontuais e específicos já referidos, e que se revele a medida necessária e mais adequada para a promoção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa com deficiência, seus desejos e preferências.²⁹

No que tange ao exercício de atos e negócios existenciais, a análise se afigura bem mais complexa. Como se apontou, o Estatuto determina, no art. 6º, a plena capacidade civil da pessoa com deficiência em relação a diversas situações jurídicas existenciais; no art. 85, *caput*, que a curatela abrange apenas “atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, e no § 1º, que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”. Diante dessa normativa, há que se interpretar, em primeiro lugar, a expressão “atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Duas são as possibilidades: i) entender que os atos submetidos à curatela são aqueles relacionados a direitos que a um só tempo sejam patrimoniais e negociais, vale dizer, o direito deve ostentar, cumulativamente, a natureza patrimonial e negocial; ou ii) compreender que os atos submetidos à curatela podem ser aqueles relacionados a direitos de natureza patrimonial, bem como aqueles relacionados a direitos de natureza negocial.

A primeira interpretação reduz sensivelmente os atos objeto da curatela: somente os atos relativos a direitos decorrentes de negócios jurídicos patrimoniais poderiam ser abrangidos pela curatela, a excluir tanto os direitos decorrentes de atos jurídicos *stricto sensu* quanto os direitos decorrentes de negócios jurídicos existenciais.³⁰ Este entendimento pode mesmo acabar por desproteger a pessoa com deficiência, pois nega,

²⁹ No âmbito do direito espanhol, afirma Inmaculada: “De dicho pronunciamiento judicial de nuestro Tribunal Supremo compartimos la afirmación de que la incapacitación judicial no es, en si misma considerada, una institución contraria a los valores de la Convención ONU (...) pero, en cambio, a la vista de lo dispuesto por el art. 12.4 del citado tratado, sí podría no ser ajustado a los principios y valores de la Convención su actual ámbito de aplicación, el cual debería reducirse, limitándose a aquellos supuestos residuales para los cuales sea la única medida de protección (en defecto, pues, de otras) verdaderamente necesaria y beneficiosa para la persona, esto es, cuando sea ineludible su aplicación, contraviniendo, sin duda alguna, la Convención, su adopción desproporcionada en determinados supuestos en los cuales es superflua o inútil la limitación o privación de la capacidad de obrar, llamándose judicialmente enfermedad a la tristeza, a la violencia, a la inestabilidad familiar o a una deficiente instrucción” (VIVAS-TESÓN, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 39).

³⁰ Ato jurídico *stricto sensu* é a manifestação de vontade obediente à lei, porém geradora de “efeitos que nascem da própria lei”. Negócio jurídico é a declaração de vontade destinada “à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 400).

a priori e em abstrato, qualquer possibilidade de o curador se envolver em negócios existenciais ou atos jurídicos *stricto sensu*, relegando a pessoa com deficiência à própria sorte quando ela, na realidade da vida, não for efetivamente capaz de tomar uma série de decisões existenciais, como, por exemplo, aquelas relativas ao tratamento de saúde que podem ser cruciais para a cura e, até mesmo, para a manutenção da sua vida. A segunda interpretação, de outro lado, amplia os confins da curatela, admitindo-a para qualquer direito de natureza patrimonial, seja ele decorrente de ato jurídico *stricto sensu* ou de negócio jurídico, bem como para os direitos decorrentes de negócios jurídicos existenciais, sempre que tal expansão se revele medida necessária e proporcional à promoção prioritária da dignidade humana, dos desejos e preferências da pessoa com deficiência. Estariam fora do escopo da curatela os direitos existenciais decorrentes de ato jurídico *stricto sensu* bem como aqueles decorrentes de negócios jurídicos existenciais expressamente excluídos pelo Estatuto do alcance da curatela (art. 85, § 1º) e aqueles para os quais não se admite a restrição da capacidade civil (art. 6º).

Assim, parece possível, por exemplo, submeter à curatela negócio jurídico referente a alguns direitos morais de autor,³¹ a exemplo do direito de conservar a integridade da obra e o direito de modificação da obra. Pense-se, por exemplo, em um famoso escritor que, acometido por alguma deficiência ao longo de sua vida, é submetido à curatela. Poderia o juiz, ao que parece, determinar a necessária manifestação de vontade do curador, ao lado da vontade do curatelado, para a celebração de negócios jurídicos voltados à modificação de obra de sua autoria, sempre com o escopo de proteger e promover seus desejos, preferências e interesses.

³¹ Os direitos morais de autor são direitos da personalidade, portanto, existenciais. Os direitos morais voltam-se à proteção da subjetividade do criador intelectual. A obra está indissolavelmente ligada àquele que a criou, e revela-se essência da sua personalidade. Sobre a natureza dos direitos morais de autor, confira-se: “Os direitos respeitantes ao liame pessoal entre autor e obra são, assim, inseridos, pela doutrina, entre os direitos da personalidade, embora, por força do poder de exploração econômica da criação, decorram proventos, classificáveis sob a rubrica de direitos patrimoniais, portanto, de cunho real”. (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. Atualizado por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215); “A paternidade intelectual, sendo um bem interior da pessoa, dela inseparável existe permanentemente na sua esfera jurídica. Assim, o direito que tem um tal objeto é munido dos atributos necessários para poder ser classificado entre os direitos da personalidade”. (CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 337); A preservação do vínculo de paternidade entre autor e obra, “considerado, por muitos, indelével, é a função dos direitos morais do autor. E a proteção do vínculo e dos consequentes interesses existenciais do autor projetados nas obras tem por fim a proteção da própria personalidade do criador. Por isso os direitos morais são compreendidos, por parte substancial da doutrina, como sendo direitos pessoais do autor, inseridos entre os direitos de personalidade”. (SOUZA, Allan Rocha de. Direitos morais do autor. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013, p. 6. Disponível em: <<http://civilistica.com/direitos-morais-autor/>>. Acesso em: 4 mar. 2018).

No entanto, mesmo em relação àqueles direitos que o Estatuto expressamente impede a limitação da capacidade (art. 6º) bem como àqueles que impede sejam objeto de curatela (art. 85, § 1º), é preciso fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, embora não admita estruturalmente a restrição da capacidade e a submissão à curatela, é sempre possível – como o é em relação a atos e negócios praticados por pessoas sem qualquer deficiência –, a partir de análise funcional realizada *a posteriori*, o desfazimento do ato/negócio existencial quando comprovado que a pessoa com deficiência não tinha a funcionalidade necessária para praticá-lo, protegendo-a de forma prioritária, nos termos da principiologia da Convenção, da qual se extraem os princípios da promoção dos desejos, preferências e interesses, bem como da dignidade da pessoa com deficiência, de status constitucional.³²

Essa solução - embora prestigie a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência, que não sofre restrições iniciais - admite a sua valoração axiológica (ou seja, a aferição de sua compatibilidade com os valores constitucionais) no caso concreto e apenas posteriormente ao exercício do ato de autonomia. Ficando comprovado que a decisão existencial foi tomada sem a necessária compreensão pela pessoa com deficiência dos seus efeitos em sua esfera pessoal, esse ato de autonomia, na realidade, poderá importar em lesão aos interesses da pessoa com deficiência, violando os princípios constitucionais da promoção dos seus desejos, preferências e interesses, bem como da dignidade da pessoa com deficiência e, por isso, poderá ser desfeito. Em verdade, nenhum ato de autonomia, quem quer que o pratique, pessoa com ou sem deficiência, está imune ao exame axiológico. E no que tange à pessoa com deficiência, essa análise deve levar em conta a especial axiologia introduzida na Constituição brasileira pela Convenção, a qual, repita-se, volta-se à tutela prioritária e à promoção dos desejos e preferências da pessoa com deficiência.

³² “Muito mais relevante do que a previsão legal de incapacidade (e do respectivo grau) ou a qualificação do interesse (se predominantemente patrimonial ou existencial) da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual será a individuação da normativa de cada caso particular, do modo que melhor promova a dignidade da pessoa concretamente considerada. Nesse sentido, no regime das invalidades em geral propõe-se a possibilidade de o intérprete modular as consequências do regime jurídico de nulidade ou anulabilidade indicado por lei para certos vícios dos atos de autonomia privada – e, particularmente no caso das incapacidades, sustenta-se a necessidade de avaliá-las em concreto, à luz do discernimento e da vulnerabilidade apresentadas pelo agente, tomando-se como norte o referido imperativo de proteção da pessoa humana independentemente do enquadramento a priori que lhe seja conferido por lei”. (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influxos de uma perspectiva funcional sobre as (in)validades dos negócios jurídicos praticados por pessoas com deficiência intelectual ou psíquica In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309).

No entanto, em casos extremos, considerando-se a vulnerabilidade exacerbada da pessoa com deficiência, tendo em vista o grave comprometimento de sua funcionalidade, bem como naquelas situações em que o ato de autonomia existencial é irreversível, a exemplo do que ocorre em uma doação de órgãos, essa solução *a posteriori* tampouco é suficiente para proteger adequadamente a pessoa com deficiência.

Nessa direção, como já afirmou Joyceane Bezerra de Menezes,

Em verdade, o dispositivo procura evitar a coisificação da pessoa curatelada que não pode ter a sua integridade fisiopsíquica comprometida pela atuação indevida do curador. Porém, se o curatelado não tiver qualquer capacidade de agir, estiver sob tratamento médico, houver a necessidade de se decidir sobre certa intervenção em matéria de saúde e não existir familiar em condição de fazê-lo? *Haveria sim a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado*, assim entendido como as suas preferências genuínas, sua percepção do mundo, suas convicções pessoais acerca da própria identidade. Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível, às suas inclinações e relações afetivas”.³³

À mesma conclusão chegaram Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida Júnior:

“(...) a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa interdita são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade. 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. Não seria razoável permitir que pessoa com deficiência se autoamputasse, a pretexto de lhe assegurar o direito sobre o próprio corpo. Certamente,

³³ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 532, grifou-se. Em outra oportunidade, ratifica a autora: “Dito isto, a fixação dos limites da curatela deve evitar dois extremos: de um lado, a proteção excessiva que aniquila toda autonomia da pessoa, lançando-a em um estado semelhante ao da morte civil. De outro lado, a limitação da curatela apenas à administração do patrimônio, excluindo, em abstrato e a priori, eventual e necessária proteção no plano das questões existenciais. *Se houver necessidade de proteger o interdito no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos*” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. 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, jan.-jun./2015, p. 22-23. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 25 jan. 2018, grifou-se).

porém, haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde”.³⁴

A solução se justifica. Embora o direito ostente importante papel transformador da sociedade,³⁵ há de se reconhecer que há limites para essa transformação. Não é porque o Estatuto determina que as pessoas com deficiência gozam de plena capacidade para a prática de certos atos existenciais que eles realmente serão capazes de exercê-los por si só. A depender do grau da deficiência, do comprometimento da sua funcionalidade, do ponto de vista prático, a pessoa não conseguirá exercer tais atos autonomamente, e o direito precisará reconhecer essa situação a fim de promover sua adequada proteção.

Além disso, a não admissão de qualquer espécie de limitação da capacidade da pessoa com deficiência para o exercício dos direitos referidos nos arts. 6º e 85, §1º decorre, em verdade, de análise isolada do Estatuto e desconsidera o ordenamento jurídico no qual ele está incluído. A interpretação, como preconiza a metodologia do direito civil-constitucional, ou é sistemática ou não é interpretação.³⁶ O intérprete deve considerar todo o arcabouço legislativo em cotejo com as especificidades do caso concreto para eleger a solução que, de acordo com a legalidade constitucional, melhor discipline os fatos apresentados.

Na esteira do que se apontou acima, a Convenção é norma constitucional, sendo hierarquicamente superior ao Estatuto. Considerando-se, por conseguinte, que a Convenção impõe a promoção da proteção dos direitos humanos da pessoa com

³⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 265, grifou-se.

³⁵ “Dado que na realidade como um todo não existem somente velhas ‘estruturas’ a serem modificadas, mas também exigências - ideais e práticas - que requerem satisfação, também a norma promocional (ou seja, a norma que se propõe à função inovadora da realidade) é sempre fruto de demandas, de necessidades, de impulsos “já existentes”, em uma certa sociedade. O Direito de tal modo, torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2/3).

³⁶ “O sistema jurídico não é puramente eventual porque as relações contenedísticas (*contentutistiche*), do qual é expressão, representam um componente essencial mesmo na interpretação do enunciado legislativo individualmente considerado. A unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78).

“(,,,) consolida-se hoje o entendimento de que cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída do complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. *Revista Forense*, vol. 419, ano 110, jan/jun 2014, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 82/83).

deficiência e o respeito pela dignidade inerente, se no caso concreto apenas a restrição pontual, episódica e excepcional de parcela da capacidade civil for capaz de promover a proteção adequada da pessoa com deficiência, o intérprete poderá afastar algum dos comandos contido nos arts. 6º e 85, §1º do Estatuto, e identificar a disciplina mais adequada ao caso concreto, de acordo com a suas peculiares circunstâncias. Trata-se, todavia, de medida excepcionalíssima, justificada exclusivamente pela promoção da dignidade da pessoa com deficiência, voltada à concretização de seus desejos e preferências sempre que possível identificá-los.³⁷³⁸

O que se sustenta, em suma, é que o § 1º do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que proíbe a curatela para os direitos nele referidos, e o art. 6º, que proíbe a restrição da capacidade civil para o exercício dos direitos que elenca, podem ser afastados para permitir, por exemplo, que, em relação a uma situação específica, para a prática de um certo ato ou negócio existencial, o curador deve submeter a questão ao juiz, que decidirá se a pessoa com deficiência pode ou não o praticar. Não se trata, portanto, de dar um cheque em branco para o curador decidir, ele mesmo, sobre referidos direitos existenciais. Trata-se, sim, de lhe conferir o *dever* de levar ao conhecimento do juiz o desejo da pessoa com deficiência de exercer certo e determinado direito existencial, para que o *juiz* decida se ele pode ou não o praticar, em decisão fundamentada de acordo com a racionalidade da CDPD. Nesse caso, obviamente, o magistrado deve se desincumbir de seu ônus argumentativo, definindo a questão casuisticamente à luz dos parâmetros definidos pela Convenção.

Essa construção vai ao encontro da ideia de que, contemporaneamente, o intérprete não está vinculado à letra da lei, mas à norma, identificada a partir do confronto dialético entre disposições legislativas e fatos, em uma unidade incindível. No âmbito de um ordenamento unitário e complexo, caracterizado por clara hierarquia de fontes,

³⁷ Trata-se de situação em que o absoluto respeito à impossibilidade de desvinculação entre titularidade e exercício dos direitos da personalidade pode prejudicar a pessoa com deficiência. Nessas hipóteses, em caráter excepcionalíssimo, é possível separá-los, de modo que a pessoa com deficiência não fique desprotegida pelo próprio ordenamento jurídico.

³⁸ Já se admitiu que a curatela deveria ser ampliada para atos que exigissem do curatelado “capacidade de autodeterminação e senso de responsabilidade”: “Admite-se que o Ministério Público, como defensor dos interesses dos incapazes, interponha recurso requerendo a ampliação do âmbito protetivo da curatela, para abranger, além dos atos patrimoniais e negociais, a prática de atos que exigem do interditando capacidade de autodeterminação e senso de responsabilidade. 4. No caso em concreto, considerando a uníssona conclusão pericial de que a interditanda não possui capacidade de autodeterminação que lhe permita reger sua própria vida de forma autônoma e independente, e ainda, tendo por intuito proteger sua dignidade como sujeito de direitos em condição de vulnerabilidade, o exercício da curatela deve ser ampliado para abarcar a prática dos atos de dirigir veículos, exercer o poder familiar e casar, bem como no tocante às decisões a respeito dos direitos referentes ao próprio corpo, à sexualidade, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e aos atos de demandar e ser demandada. (...) 6. Nos termos dos artigos 1.778 do Código Civil e 757 do Código de Processo Civil, a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado. 7. Apelo conhecido e parcialmente provido.” (TJDFT, 8ª T. Cív., Apel. cív. 20150610076122A, Relª. Desª. Ana Cantarino, julg. 22.2.2018, DJ 1.3.2018)

o jurista deve buscar a solução mais adequada ao caso concreto, observados os valores e os interesses considerados normativamente preponderantes, à luz da Constituição. Não se trata, evidentemente, de admitir a arbitrariedade do intérprete. Cuida-se, sim, de reconhecer que o intérprete é dotado de discricionariedade interpretativa,³⁹ exercida nos limites do princípio da legalidade constitucional, “entendido certamente, não como uma subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular e isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação”.⁴⁰

Logo, se no caso concreto o intérprete concluir que a mitigação da capacidade civil da pessoa com deficiência é o único instrumento adequado para a concretização do princípio constitucional da promoção da proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência e do respeito pela dignidade inerente, poderá afastar a regra do Estatuto, fazendo com que o curador leve ao conhecimento do juiz a questão, que decidirá pela possibilidade ou não de a pessoa com deficiência exercer o direito. Para tanto, será sempre necessário justificativa consistente, baseada em argumentos racionais-constitucionais, uma vez que está contrariando regra expressa de proteção prevista no EPD.

Aliás, e ratificando essa construção, importa observar que embora o Estatuto estabeleça que a curatela não alcança, por exemplo, o direito à saúde, ele próprio parece reconhecer que, excepcionalmente, a curatela pode sim alcançá-lo. Veja-se o art. 12, segundo o qual “o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica”, e, o § 1º, que determina que “em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”. Ora, se o Estatuto estabelece que se deve assegurar à pessoa em situação de curatela sua participação para a obtenção do consentimento *no maior grau possível*, é porque reconhece que haverá situações em que a possibilidade de participação da pessoa em situação de curatela é em grau mínimo, ou mesmo que

³⁹ Fabrizio di Marzio define, com precisão, o conceito de discricionariedade interpretativa: “Con il sintagma ‘discrezionalità interpretativa’ intendo riferirne al potere, proprio dell’attività decisoria, di scelta nel merito, considerato tuttavia non in se stesso ma in quanto conseguenza del potere di scelta che il giudice esercita – prima che sulla soluzione da adottare – sulla interpretazione da effettuare per giungere alla soluzione (DI MARZIO, Fabrizio. Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LII, n. 3, mai./jun. 2006, p. 399). Confira-se, ainda, TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 60, 2015, p. 372 et. seq.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

não será possível a sua participação no consentimento.⁴¹ Nesses casos, evidentemente, o consentimento deverá ser dado pelo próprio curador.⁴²

Importante sublinhar que mesmo nas situações em que a pessoa com deficiência não puder participar do consentimento, o curador não poderá substituir sua vontade em toda e qualquer questão de saúde. Não poderá o curador, por exemplo, decidir submeter o curatelado a uma cirurgia eletiva, como uma plástica com finalidade exclusivamente estética. Isso porque, o art. 13 do Estatuto apenas admite que a pessoa com deficiência seja “atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”.

E, mesmo nestes casos, surge a difícil questão relativa aos parâmetros a serem adotados pelo curador na tomada de decisão.

Pense-se na situação em que uma pessoa que a vida inteira foi testemunha de Jeová adquire alguma grave deficiência que compromete em grau máximo as suas

⁴¹ Gustavo Pereira Leite Ribeiro se filia à corrente que entende que capacidade para consentir não se confunde com a capacidade de fato: “Na experiência estrangeira, a capacidade para consentir é resultado de construção doutrinária e jurisprudencial comprometida com a viabilização de atos e de decisões relativos aos direitos de personalidade, em consonância com as exigências do livre desenvolvimento da personalidade e do respeito incondicional da dignidade da pessoa humana. (...) A capacidade para consentir possui caráter instrumental. Sua finalidade é distinguir aquelas pessoas que emitem decisões autênticas sobre os cuidados de saúde e aquelas cujas decisões precisam ser supervisionadas ou substituídas por outra pessoa. Se o paciente não tem capacidade para consentir, seu assentimento não constitui uma autorização idônea para a execução de intervenção diagnóstica ou terapêutica, assim como dissentimento não é suficiente para obstar a legítima atuação do médico” (RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 747-748).

⁴² A jurisprudência já vem reconhecendo essa possibilidade: “Apelação. Direito civil e processual civil. Ação de interdição. Nomeação de curador. Controvérsia entre os genitores do interditado. Maior afinidade como critério de escolha. Melhor interesse do interditado. Ampliação dos efeitos da tutela. Acompanhamento médico e preservação da saúde do doente. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. Quando os genitores litigam pela curatela do filho, mostra-se essencial a mínima manifestação de vontade do interditado com relação a quem terá o encargo de zelar pelos seus bens e interesses. Mesmo que não seja o caso de se levar em conta a opinião do interditado, ao julgador cabe avaliar, ao nomear o curador, o mínimo indício de vínculo afetivo ou afinidade com o interditado, a fim de preservar sempre o melhor convívio e, por óbvio, o melhor interesse do incapaz. 2. Não constando dos autos qualquer prova, informação ou mesmo sinal de que a genitora do interditado, nomeada curadora, não preze pelo bem estar do filho, que não o acompanhe no tratamento médico ou ainda que interfira negativamente na sua recuperação, não há motivos para que seja alterada a curatela. 3. *Uma vez que a perícia conclua que o interditado está em estado de ‘comprometimento do pensamento, do afeto, do juízo de realidade, da memória recente e tardia, da atenção, da concentração e do pragmatismo’, é necessária a ampliação dos efeitos da curatela para, além do encargo à prática de atos de natureza patrimonial e negocial, a curadora nomeada também fique responsável por orientar e acompanhar o interditado em seu tratamento médico, além de prover a sua saúde, de acordo com as necessidades do filho*. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido” (TJDF, 5ª Turma Cível, Apel. Cív. 20140310159903, Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo, julg. 19.4.2017, DJ 9.5.2017, grifou-se). Na mesma direção, e também em relação a questões de saúde do curatelado, confira-se: TJRS, 8ª C.C., Apel. Cív. 70069713683, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 15.9.2016, DJ 19.9.2016; TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cív. 0001611-45.2013.8.26.0547, Rel. Des. James Siano, julg. 13.3.2016, DJ 13.3.2016.

funcionalidades, e precisa se submeter a uma cirurgia já quando sob curatela, para a qual os médicos advertem, antecipadamente, a necessidade de realização de transfusão de sangue. Deve o curador autorizar a transfusão de sangue, violando a liberdade religiosa, ou deve negá-la? A questão de fundo que se coloca é: deve o curador adotar como parâmetro o “melhor interesse” da pessoa com deficiência, ou deve nortear a decisão por sua história biográfica?

A expressão “superior interesse” utilizada no artigo 13 do EPD tem recebido críticas ao argumento de que pode ensejar um negativo paternalismo,⁴³ autorizando o curador a tomar as decisões considerando o que ele, curador, entende como melhor interesse do curatelado. Na situação descrita, se o curador não for testemunha de Jeová, certamente entenderá que o melhor interesse da pessoa com deficiência é se submeter à transfusão a fim de manter-se vivo.

A Convenção, em seu art. 12, n. 4, refere-se a respeito à “vontade e as preferências da pessoa”, a remeter à história biográfica da pessoa com deficiência, o que, conduziria à recusa à transfusão de sangue. Esta, ao que parece, é a solução que garante o respeito à personalidade da pessoa com deficiência.

A questão se torna mais tormentosa quando a pessoa com deficiência não tem uma história biográfica que possa conduzir o curador à decisão mais consentânea com seus desejos e preferências – quando, por exemplo, já nasceu com uma deficiência severa que nunca possibilitou que fizesse escolhas prévias. Em situações como essa, o parâmetro do melhor interesse se aplica, que deve conduzir à decisão que proporcione a maior qualidade de vida para a pessoa com deficiência.⁴⁴

Em suma, conclui-se que embora a regra seja a plena capacidade e autonomia da pessoa com deficiência para o exercício dos direitos contemplados nos arts. 6º e 85, §1º, a possibilidade de mitigação não pode ser afastada de forma absoluta. A rigor, recusar qualquer tipo de mitigação da capacidade e da autonomia da pessoa com deficiência nesses casos revela o mesmo problema já referido acerca do regime das incapacidades estabelecido originalmente pelo Código Civil de 2002: a adoção de um esquema formal e abstrato, elaborado a partir de um sujeito etéreo e fictício, e que

⁴³ KEYS, Mary. Article 12 [Equal Recognition Before the Law]. In: Della Fina et al. (eds.). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*. Switzerland: Springer International Publishing, 2017, p. 277.

⁴⁴ Bach and Kerzner, *apud* KEYS, Mary. Article 12 [Equal Recognition Before the Law]. In: Della Fina et al. (eds.). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary*. Switzerland: Springer International Publishing, 2017, p. 277.

ignora a complexidade da vida real. Embora não se negue que as normas jurídicas devam ser dotadas de algum grau de abstração, os princípios constitucionais da igualdade material e da solidariedade social impõem a proteção das vulnerabilidades concretas, da pessoa humana individual identificada a partir de sua conjuntura única e complexa.⁴⁵

Nessa esteira, a restrição da capacidade e da autonomia será admitida quando se revelar a única medida capaz de concretizar os princípios da Convenção, vale dizer, sempre que se revelar o único instrumento de tutela necessário e adequado à promoção da proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, seus desejos e preferências, e do respeito pela dignidade inerente. Essa mitigação da capacidade e da autonomia para o exercício dos direitos existenciais expressamente mencionados pelo Estatuto deve ser sempre excepcionalíssima e justificada pelas circunstâncias especiais do caso concreto, a partir de análise biopsicossocial por equipe multidisciplinar. Evidentemente, o ônus argumentativo do juiz, nesses casos, será ainda maior.

Ela deve, ademais, ser episódica, vale dizer, referida a certo e determinado ato existencial. Jamais poderá ser genérica – como aliás, não pode ser qualquer restrição de capacidade da pessoa com deficiência, mesmo em relação a atos e negócios patrimoniais. Além disso, a mitigação da capacidade deve ser sempre temporária, estabelecida pelo menor tempo possível, a exigir periódicas avaliações acerca da possibilidade de autodeterminação da pessoa com deficiência para a prática dos atos existenciais abrangidos pela restrição de sua capacidade.

4. Conclusão

Não obstante o grande avanço rumo à tutela integral da pessoa com deficiência sob a perspectiva emancipatória inaugurado pela Convenção e regulamentado pelo EPD, deve-se buscar uma interpretação que, efetivamente, promova a pessoa com deficiência proporcionalmente às suas necessidades e funcionalidade. Nesse sentido, faz-se necessário interpretar a amplitude do art. 85 do EPD, ao mencionar que a curatela apenas afeta atos de natureza patrimonial e negocial pois, por ser medida excepcional, deve ser sempre funcionalizada à promoção da pessoa humana.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23.

A solução parece estar na adoção de um sistema em que a regra seja a autonomia e a capacidade. É sempre possível, todavia, desfazer o ato ou o negócio, seja existencial ou patrimonial, mesmo sem existir qualquer alteração estrutural da capacidade da pessoa com deficiência, quando, no caso concreto e posteriormente à sua realização, ficar provado, a partir de análise funcional, que ele não atende aos valores constitucionais, vale dizer, que ele, ao invés de proteger, vulnera a pessoa com deficiência, e que ela o praticou porque não tinha a compreensão necessária de seus efeitos.

Além disso, excepcionalmente, sempre que ficar comprovado por análise biopsicossocial, levada a cabo por equipe multidisciplinar, que a pessoa com deficiência não tem, de fato, condições de decidir sozinha sobre algum aspecto existencial e a restrição da capacidade se revelar o único expediente técnico capaz de tutelar seus interesses, ela poderá ocorrer. Cuida-se, portanto, de medida de caráter excepcional, e que deve ser determinada a medida exata da necessidade para proteger a pessoa com deficiência, tendo em vista o princípio constitucional da promoção dos desejos e preferências da pessoa com deficiência.

Quanto ao exercício dos direitos contemplados nos arts. 6º e 85, §1º do EPD, embora a regra seja a plena capacidade e autonomia da pessoa com deficiência, a possibilidade de mitigação não pode ser afastada de forma absoluta. Caso contrário, haveria o risco de retroceder ao mesmo esquema abstrato que ignora a pessoa humana concreta, o que não se pode aceitar em nome dos princípios constitucionais da igualdade material e da solidariedade social.

A restrição da capacidade é permitida quando se revelar o único meio para salvaguardar a pessoa com deficiência, seus direitos humanos, desejos e preferências. Faz-se necessário interpretar o art. 85 do EPD no sentido de que a curatela só pode ser decretada para atos patrimoniais e negócios jurídicos *lato sensu*. Em relação às situações existenciais expressas nos arts. 6º e 85, §1º EPD, incluí-las no programa de curatela deve ser situação excepcionalíssima e justificada pelas circunstâncias inerentes ao caso concreto, a partir de análise biopsicossocial por equipe multidisciplinar, cabendo ao juiz, de forma ainda mais detalhada, justificar as razões de contrariedade *a priori* ao EPD.

Nesse plano de curatela, modulado e individualizado na sentença, o magistrado deverá minudenciar de forma detalhada e motivada os atos existenciais que, excepcionalmente, estarão sob curatela. Além de episódica, qualquer mitigação da

capacidade deve ser sempre temporária, estabelecida pelo menor tempo possível, a exigir revisões de tempos em tempos, a fim de se verificar a necessidade de nova modulação, preservando-se, preferencialmente, os atos existenciais.

civilistica.com

Recebido em: 9.10.2018

Aprovado em:

7.2.2019 (1º parecer)

21.3.2019 (2º parecer)

Como citar: TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/e-possivel-mitigar-a-capacidade/>>. Data de acesso.