

DO SUJEITO À PESSOA: UMA ANÁLISE DA INCAPACIDADE CIVIL¹Ana Luiza Maia
Nevares²
Anderson Schreiber³**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo analisar a passagem da proteção do sujeito abstrato de direito para a tutela da pessoa compreendida em caráter concreto, em virtude do reconhecimento de que soluções abstratas e neutras se tornaram incompatíveis com um sistema informado pelos princípios da solidariedade social e da igualdade material. Tal análise se deu no âmbito do regime das incapacidades, baseado na abstração e focado nas relações patrimoniais, que se revelou excludente e em desconformidade com as situações subjetivas existenciais. Muito já se discutia a respeito da progressiva personalização do regime das incapacidades, diante da crescente importância da opinião e expressão do menor, em especial pelas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como pelo reconhecimento de que era preciso modular os efeitos da curatela dos maiores incapazes, conforme o grau de discernimento do interdito e o interesse subjacente à situação subjetiva em concreto. Nesse cenário, entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), que embora tenha sido uma corajosa intervenção legislativa, acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual a pessoa com deficiência é sempre capaz, perdendo, assim, a oportunidade de realmente proceder a uma reforma efetiva e ampla do regime das incapacidades, funcionalizando-o ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Palavras-chaves: Incapacidade Civil; Autonomia; Estatuto da Pessoa com Deficiência

Do sujeito à pessoa: transformações e dilemas.

Tornou-se frequente em doutrina a afirmação de que passamos, no direito contemporâneo, do sujeito à pessoa. Significa dizer que a noção abstrata de sujeito de direito, construída pela Modernidade como categoria unitária e generalista, na qual todos se encaixariam indistintamente, vem sendo gradativamente substituída pela tutela da pessoa,

¹ Os autores agradecem penhoradamente a Felipe Ramos Ribas Soares, Mestrando em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, por todo o auxílio na pesquisa e no debate de precedentes judiciais relativos ao tema deste artigo.

² Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e da pós-graduação lato sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: analuiza@bastostigre.adv.br

³ Professor de Direito Civil da UERJ. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise, Itália (2006). Membro da Revista Trimestral de Direito Civil. Membro do Forum Permanente de

compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. Na própria produção legislativa, a proteção ao sujeito de direito – proteção abstrata, geral e formalmente isonômica – cede passagem à proteção do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor e assim por diante, revelando crescente atenção aos diferentes personagens em que se fragmenta, na realidade concreta, o outrora monolítico sujeito de direito.

Essa mudança de abordagem, que, de fato, tem marcado a experiência jurídica mais recente, não se explica tanto pelo significado jurídico das expressões empregadas – sujeito e pessoa são, de resto, termos que não só podem, mas já foram historicamente utilizados em sentido intercambiável, tendo sido ambos invocados em caráter geral e abstrato, quer em textos doutrinários, quer em tratados internacionais, leis nacionais e decisões judiciais de diferentes países (RODOTÀ, 2007, item 2). O cerne da aludida transformação encontra-se, isso sim, no reconhecimento da insuficiência de uma tutela jurídica dirigida a um destinatário inteiramente abstrato, à luz de valores como a igualdade material e a solidariedade social – valores que as experiências jurídicas contemporâneas elegem como diretrizes fundamentais e se comprometem a realizar (TEPEDINO, 2004, pp.1-22).

A mudança paradigmática, portanto, não é tanto daquele a quem se atribui direitos (sujeito ou pessoa), mas sim da razão (ratio) pela qual esses direitos lhe são atribuídos. Não se trata de mera substituição de personagem, mas de um novo modo de encarar a atribuição de direitos e garantias no meio social, inspirada pela nítida tentativa de enfrentar as mazelas que uma solução geral e abstrata não foi capaz de remediar, senão em plano puramente formal.

Essa profunda transformação, de todo benéfica, não se realiza, todavia, sem o enfrentamento de certos dilemas e a atenção a alguns perigos. Como selecionar, em uma realidade social repleta de grupos vulneráveis, o destinatário das normas protetivas? Como garantir que aos destinatários dessas normas não se equiparam outros, merecedores de igual tratamento, mas deixados de fora da sua incidência? Como assegurar o justo equilíbrio entre a proteção das vulnerabilidades concretas e o grau de abstração que se faz necessário a garantir a realização efetiva da isonomia? Como não deixar, em uma ordem jurídica cada vez mais pulverizada em suas fontes, que a proteção da pessoa, em seus múltiplos aspectos, converta-se em uma aplicação absolutamente casuística, capaz de criar uma espécie de “estatuto pessoal” para cada indivíduo? Se o consumidor merece proteção especial, porque o consumidor de bens de primeira necessidade não merece proteção ainda maior? Se merece proteção especial o

idoso, assim entendida a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (Lei 10.741/2003, art. 1º), porque não proteger ainda mais aquele que supera a barreira dos 80 anos?

De um lado, impõe-se a rejeição a esquemas abstratos e formais que, calcados em um sujeito de direito unitário, simplesmente ignoram os dados da realidade. De outro lado, é evidente que as normas jurídicas exigem algum grau de abstração, como condição da segurança e da previsibilidade que oferecem às relações sociais, não se podendo cogitar de uma solução que remeta a definição das regras aplicáveis ao momento do futuro conflito – solução que, por definição, afrontaria as garantias constitucionais de isonomia e legalidade. É preciso identificar, à luz dos valores fundamentais de cada ordem jurídica, a medida adequada de proteção das vulnerabilidades concretas, que seja, a um só tempo, capaz de escapar à abstração e generalidade de uma proteção jurídica que carece de efetividade, sem recair em um casuísmo anárquico, guiado exclusivamente pela percepção pessoal que cada magistrado possa deter acerca da solução “mais justa” no caso concreto.

Tamanho desafio torna-se ainda mais instigante naqueles campos do Direito que são tradicionalmente marcados por elevada exigência de segurança e previsibilidade. É o caso, por exemplo, do Direito das Sucessões, em que assumem notável importância prática o prévio conhecimento das regras de distribuição do acervo hereditário e a possibilidade de antecipação dos resultados da divisão patrimonial post mortem. É o caso também de um setor da Teoria Geral do Direito Civil que vem sofrendo continuada revisão nos últimos anos: o regime de incapacidades. Seu estudo mostra-se especialmente útil na análise dos efeitos da dita passagem do sujeito à pessoa.

REGIME DE INCAPACIDADES E AUTONOMIA DA PESSOA HUMANA. UM MODELO ABSTRATO, FORMAL E PATRIMONIALISTA. O “TUDO-OU-NADA” DA INCAPACIDADE JURÍDICA E SEU EFEITO EXCLUDENTE.

“Consentir equivale a ser” (RODOTÀ, 2007, item 5). O regime das incapacidades priva o sujeito de direito do livre consentimento, na medida em que o condiciona à assistência ou à representação para a prática de atos da vida civil. Tal privação, contudo, encontra justificativa histórica no propósito de proteger o incapaz, mostrando-se historicamente aceitável na medida em que impedia que seu patrimônio fosse dilapidado por atos praticados sem o pleno discernimento acerca de suas consequências. As “escolhas” do incapaz ficavam, assim, pendentes de participação alheia, indispensável à validade e eficácia da sua própria

declaração de vontade.

Ao modelo abstrato contrapôs-se, com especial força nas últimas décadas, a realidade concreta: em numerosas hipóteses, os incapazes acabam tolhidos de uma parcela de autonomia que se sentem em condições de exercer livremente. O regime abstrato e geral de “proteção” ao incapaz acaba se convertendo em instrumento de uma abordagem excludente, como se vê do exemplo historicamente recente da mulher casada. A designação de certa pessoa como “incapaz” – expressão que, por si só, já é carregada de significado negativo – assume, não raro, caráter discriminatório, como se vê com alguma frequência em casos envolvendo silvícolas, pródigos ou ébrios habituais.

O rótulo generaliza situações inteiramente distintas, que mereceriam da ordem jurídica remédios diferenciados. Nosso Código Civil de 2002, ao contrário, reproduziu com impressionante dose de desatualidade, o regime único de incapacidade contido na codificação de 1916. Em quase um século de distância, nada se alterou para os incapazes. Manteve-se um regime unitário que reúne todas as incapacidades sob o mesmo rótulo e as trata com pouquíssimas diferenciações, 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.

A propósito, convém notar que o regime das incapacidades acaba frequentemente por se refletir sobre questões puramente existenciais, que diminuta ou nenhuma relação guardam com a preservação do patrimônio do incapaz. Na prática da vida, incapazes se vêem, muitas vezes, privados de estabelecer naturalmente suas relações afetivas e praticar gestos tão banais quanto uma doação de sangue. O reconhecimento das uniões estáveis estabelecidas por incapazes tornou-se intensamente polêmico na jurisprudência, porque, embora exprimindo a constituição fática de uma entidade familiar, reverbera, em última análise, sobre o patrimônio do protegido, o que deveria ser evitado a todo custo – com o perdão do trocadilho. Na interação entre interesses existenciais e patrimoniais, a incapacidade jurídica assume mais um papel lamentável: converte-se, não raro, em instrumento de manobras que visam retirar o consentimento de quem ainda pode dispor de seu patrimônio, com um sem-número de casos de pedidos de interdição de pessoas idosas inspirados na motivação puramente mercenária dos seus herdeiros.

Na prática, vê-se que o regime de incapacidade jurídica, desenhado de modo geral e abstrato para proteger o incapaz, acaba por mutilar sua autonomia e, conseqüentemente, sua dignidade. Impõe-se uma autêntica personalização do regime de incapacidades, de modo a permitir a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua

amplitude.

PROGRESSIVA PERSONALIZAÇÃO DO REGIME DE INCAPACIDADES. A OPINIÃO E A EXPRESSÃO DO MENOR.

A apreensão de que não era mais possível afastar o menor de uma atuação direta nas situações subjetivas relacionadas a aspectos fundamentais de sua personalidade foi refletida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90).

Na medida em que a Constituição Federal de 1988 assegurou à criança e ao adolescente (e com a Emenda Constitucional 65/2010 também ao jovem) tutela integral, reconhecendo-os como pessoas em desenvolvimento e como tal merecedoras de especial proteção do Estado, era preciso concretizar dita tutela no âmbito da legislação infraconstitucional e nessa esteira foi promulgado dois anos depois o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em diversas passagens do referido diploma legal, verifica-se a mudança de linguagem do legislador quanto à atuação do menor de dezoito anos. Assim é que, em seu art. 16, é reconhecido que o direito de liberdade da criança e do adolescente compreende a opinião e a expressão (ECA, art. 16, II).

Consoante o disposto no § 1º do art. 28, corroborado pelo disposto no art. 168, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional e terá sua opinião devidamente considerada por ocasião de sua colocação em família substituta, sendo necessário o seu consentimento nas hipóteses de adoção, em se tratando de adotando maior de doze anos de idade (ECA, art. 45, § 2º).

A Lei 8.069/90 prevê, ainda, a participação e a oitiva da criança ou do adolescente por ocasião da aplicação das medidas de proteção que disciplina, considerando a sua opinião (ECA, art. 100, XII). Garante, também, ao adolescente a sua oitiva pela autoridade competente no curso de processo que apure a prática de ato infracional (ECA, art. 111, inciso V).

O Código Civil não restou totalmente alheio a tal mudança de perspectiva, quando previu em seu art. 1.621, revogado pela Lei 12.010, de 2009, que direcionou toda a regulamentação da adoção de crianças e de adolescentes para o Estatuto da Criança e do Adolescente (CC, art. 1.618), que a adoção do maior de doze anos dependeria de seu consentimento, tal como dispôs o § 2º do art. 45 da Lei 8.069/90, bem como quando determinou em seu art. 1.740, inciso III, que incumbe ao tutor quanto à pessoa do menor

adimplir deveres que cabem aos pais, ouvida a opinião do pupilo, se este já contar doze anos de idade.

Sem dúvida, os dispositivos acima mencionados flexibilizaram os efeitos da incapacidade, seja porque exigem o próprio consentimento do menor para certos atos, seja porque determinam a sua participação em outros, demonstrando a preocupação em ouvi-los e considerar sua opinião.

Apesar do avanço em se considerar a atuação do menor de dezoito anos em situações que repercutem diretamente em sua personalidade e desenvolvimento, como é o caso da adoção, verifica-se que, novamente, o legislador se ateve a critérios etários arbitrários nos casos em que a oitiva ou o consentimento do menor foram considerados integrantes da hipótese legal. Como alerta Pietro Perlingieri, o efetivo exercício das situações subjetivas “pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de determinadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva.” (PERLINGIERI, 1997, p. 167).

Nesse debate, o aspecto mais relevante que se deve levar em conta é o discernimento, ou seja, a capacidade para compreender o ato praticado e as suas consequências. O discernimento do menor está intimamente ligado à sua maturidade, o que demonstra a impossibilidade de se estabelecer a priori critérios rígidos de incapacidade, em especial diante das situações subjetivas existenciais. Assiste, portanto, razão a Ana Carolina Brochado Teixeira e a Renata de Lima Rodrigues quando asseveram que “a noção jurídica de capacidade deve estar atrelada ao discernimento e à responsabilidade que dele advém, mas não necessariamente à idade, pois, maturidade pode ser alcançada independentemente da faixa etária, porque é adquirida a partir de experiências, vivências e estímulos que o indivíduo recebe durante a vida” (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, p. 48).

Nessa perspectiva, a idade, por óbvio, é um importante critério, mas não pode ser o único, devendo ser avaliado o interesse subjacente ao ato a ser praticado e a sua repercussão na esfera do menor e de terceiros. Com base nesses critérios, a opinião do menor terá maior ou menor relevância conforme o caso concreto e, em especial, conforme a sua maturidade e, portanto, o seu grau de discernimento, devendo ser louvadas soluções como aquelas do já citado § 1º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consideram a vontade do menor conforme o estágio de seu desenvolvimento e seu grau de compreensão.

As tensões relacionadas à vontade do menor encontram-se, precipuamente, no âmbito do exercício da autoridade parental. De um lado, tem-se o direito/dever dos pais de conduzir a

criação e a educação dos filhos; de outro lado, estão as crianças e os adolescentes a quem são garantidos os direitos de liberdade, respeito e dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento.

Questões dramáticas são postas em discussão, como o direito de o menor se recusar a tratamento médico (como se viu no célebre caso Hannah Jones, 2008), de seguir determinada religião ou de fazer uma tatuagem em seu corpo. Na busca da conciliação, não há parâmetros fixos, já que aquela dependerá do interesse em questão e do discernimento do filho.

À luz das considerações de Ana Carolina Brochado Teixeira, a finalidade da autoridade parental conformada aos valores e princípios constitucionais é aquela de “promoção do autogoverno progressivo dos filhos, proporcionalmente à possibilidade deles assumirem responsabilidades na condução da própria vida, de acordo com o seu discernimento” (TEIXEIRA, 2009, p. 224).

Nessa esteira, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil o enunciado 138, assim ementado: “138 – Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Na esfera judicial, apesar da ausência de regulamentação, são recorrentes os julgados que levam em consideração a opinião e a manifestação de vontade dos menores em demandas litigiosas que versam sobre a guarda e a convivência dos filhos. A análise da jurisprudência sobre a hipótese revela que não há critérios estanques para tais oitivas quanto à idade do menor, bem como quanto ao seu procedimento, sendo certo que o menor pode ser ouvido numa sala de audiências ou no curso de um estudo social ou psicológico (veja-se, a título de ilustração, TJMG, Apelação cível 0011687-17.2011.8.13.0261, j. 29.10.2013).

O desafio é garantir à criança e ao adolescente liberdade de expressão e sentimento de segurança em suas manifestações no âmbito de processos judiciais dessa natureza, sendo salutar que nesses casos haja uma interação multidisciplinar, para atender ao melhor interesse do menor.

MODULAÇÃO DA CURATELA EM RELAÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS. A TUTELA DAQUELES QUE NÃO TÊM O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL

O mesmo debate relativo à opinião e à expressão do menor é invocado em relação ao maior incapaz, em especial quanto às situações subjetivas existenciais, que repercutem

diretamente em sua personalidade.

Com efeito, ao se analisar a disciplina da curatela, verifica-se cabalmente a sua precípua preocupação com o patrimônio do curatelado, descuidando-se de instrumentos para aferir a recuperação do interdito, bem como de espaços de autonomia, já que resta ilógico atribuir aos maiores incapazes a titularidade de direitos relacionados aos aspectos de sua personalidade, não lhes concedendo a prerrogativa de exercê-los diretamente.

O Código Civil apenas previu a possibilidade de o juiz estabelecer os limites da curatela, em especial circunscrevendo-a aos atos de cunho patrimonial (CC, art. 1.782), nos casos de interdição dos deficientes mentais, dos ébrios habituais, dos viciados em tóxico e daqueles excepcionais sem o desenvolvimento mental completo (CC, art. 1.767, III e IV e art. 1.772), deixando de fora os enfermos que não tenham o necessário discernimento para a vida civil e aqueles que por causa duradoura não puderem exprimir a sua vontade.

Sem dúvida, tratou-se de restrição injustificável, na medida em que é evidente que as patologias psíquicas têm gradações, podem ser controladas com remédios e terapias, sem contar na sua total heterogeneidade, demonstrando que é preciso empreender uma análise mais casuística da enfermidade apresentada.

A preocupação em relação à renovação do instituto da curatela, para garantir ao interdito a menor limitação possível de sua capacidade, com base em sua condição pessoal, é recorrente entre aqueles que se dedicam ao tema, tendo sido aprovado na VI Jornada de Direito Civil o enunciado 574, assim ementado: Enunciado 574 – A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).

De fato, é possível colher na jurisprudência casos em que a interdição limitou-se aos atos de cunho patrimonial, não só em virtude de conclusão cabal do laudo pericial quanto à ausência de incapacidade total (v.g., TJRJ, Apelação Cível 00008400-14.2009.8.19.0024, j. 7.11.2013), bem como em virtude de outras provas produzidas nos autos que atestaram a incapacidade apenas relativa, como o fato da interdita ter vivido duas vezes em união estável, levar seus filhos para o posto de saúde para consultas médicas e vacinas, se comunicar com todos com facilidade e cuidar dos afazeres domésticos (TJSP, Apelação cível 006099-67.2007.8.26.0032, j. 27.3.2012).

Em outros casos, apesar da interdição, foi impossível desconhecer os vínculos afetivos construídos pelo interdito, havendo diversos casos na jurisprudência em que restou reconhecida a união estável de uma pessoa interditada (TJRS, Apelação Cível 0081293-31.2013.8.21.7000, j. 5.12.2013). Realmente, em se tratando a união estável de uma situação de fato, na maior

parte das vezes aferível a posteriori, não se consegue subsumi-la cabalmente ao esquema do regime das incapacidades, que pressupõe uma manifestação de vontade para a constituição dos atos jurídicos, ausente na constituição de uma união estável, que ocorre paulatinamente, com o fortalecimento dos laços afetivos e de comunhão de vida dos partícipes.

Verifica-se, assim, a dificuldade em não se reconhecer às pessoas interditadas titularidades subjacentes à sua personalidade, como ocorre quanto à constituição de vínculos familiares. E mais: é preciso sempre construir no caso concreto os limites da incapacidade, sendo certo que a interdição deve se limitar aos aspectos nos quais haja realmente uma ausência ou dificuldade de discernimento.

Mais uma vez, vale reproduzir as ponderações de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, ao asseverarem que a incapacidade deve ser sempre construída e delimitada apenas diante do caso concreto, com o fim de categorias apriorísticas, sendo certo, portanto, que “restrições à capacidade de exercício e à autonomia dos indivíduos só podem ser realizadas a partir de questões devidamente problematizadas e legitimamente construídas no caso concreto” (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010, p. 48).

Parece que as ponderações acima foram em parte consagradas na Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, denominado de Estatuto da Pessoa com Deficiência. Este diploma legal revoga os incisos II e III do art. 3º do Código Civil, para determinar que são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, modificando, ainda, o rol dos relativamente incapazes, para nele incluir os ébrios habituais e os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Desse modo, a incapacidade da pessoa enferma, agora não mais assim designada na lei, mas sim deficiente, será aferida no caso concreto, não havendo mais uma categoria abstrata e apriorística que vincule à incapacidade os maiores que não tenham discernimento para os atos da vida civil.

A curatela, portanto, será medida extraordinária e proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível (Lei 13.146/15, art. 84, § 3º). Além disso, a curatela abrangerá apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (Lei 13.146/15, art. 6º e art. 85 caput e § 1º).

Além da curatela, a pessoa com deficiência poderá se valer da tomada de decisão apoiada, elegendo duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculo e gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. O pedido de

tomada de decisão apoiada deve ser submetido ao crivo judicial, restando circunstanciado em termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar, sendo certo que, em caso de divergência entre a pessoa apoiada e os apoiadores, caberá ao juiz decidir a divergência.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: VIRTUDES E DEFEITOS

A menção ao instituto da tomada de decisão apoiada suscita uma análise mais ampla do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), que tem atraído críticas severas e provocado debates acalorados no meio acadêmico e judicial. O aludido Estatuto consubstancia, por um lado, valente intervenção legislativa, que tem a virtude de ter se proposto a revisitar de modo criativo um setor tradicionalmente intocável como o regime das incapacidades, fazendo, enfim, cumprir muito daquilo que já impunha a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de dezembro de 2006, e seu Protocolo Opcional. Nesse sentido, o Estatuto “vem atender uma população de quase 46 milhões de pessoas no Brasil, o que corresponde a 25% da população brasileira, que integram os 15% da população mundial, cerca de um bilhão de pessoas, afetadas por algum tipo de deficiência” (BARBOZA e ALMEIDA, no prelo). Vislumbra-se no diploma motivação personalista, por procurar atribuir maior autonomia às pessoas com deficiência, que, vítimas de preconceito na sociedade brasileira (aí incluído o Poder Judiciário), acabavam e ainda acabam muitas vezes tolhidas do livre exercício de suas escolhas por força de uma aplicação all-or-nothing (e equivocada, como já visto) do instituto da incapacidade.

Por outro lado, o Estatuto veio recheado de problemas técnicos. Por exemplo, alterou-se a redação do art. 1.768 do Código Civil para admitir a autocuratela, mas se deixou de promover alteração semelhante no art. 747 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), convertendo a alteração do art. 1.768 da codificação civil em letra natimorta. Falha grave, que continua a merecer correção por meio de alteração do novo código processualista. O Estatuto causa, ainda, certa perplexidade em passagens relevantes, como na nova redação que reservou ao art. 4º do Código Civil: ali foram convertidos em relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, personagens que até a entrada em vigor do Estatuto eram tidos como absolutamente incapazes. A alteração exigirá assistência, com participação do incapaz no ato, o que pode ser inviável em termos práticos,

bastando se pensar na pessoa em estado comatoso, entre outros tantos exemplos (SIMÃO, 2015).

Outra inovação polêmica encontra-se no art. 84, §1º, do Estatuto, que alude a uma possibilidade de submissão da pessoa com deficiência à curatela “quando necessário”. Em primeiro lugar, a norma não especifica o que se deve entender como “quando necessário”, deixando espaço imenso à atuação do intérprete justamente no ponto que parece ter sido a grande motivação do Estatuto: evitar que a pessoa com alguma deficiência física ou mental fosse, por essa só circunstância, considerada automaticamente incapaz, sem maior aprofundamento sobre a sua real aptidão para exprimir sua vontade. Além disso, por contrariar frontalmente o caput do art. 84, segundo o qual é assegurado à pessoa com deficiência o “exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, o §1º suscita dúvidas na doutrina que vem discutindo se o dispositivo apenas remete à curatela do incapaz, tal qual regulada no Código Civil, ou se, ao contrário, refletiria uma modalidade nova de “curatela de pessoa capaz”. Se foi esta última a intenção do legislador, melhor teria sido empregar novo nomen juris, pois o simples uso da expressão “curatela” poderá atrair entendimentos já sedimentados no âmbito de um dos institutos mais tradicionais do direito civil, confundindo situações funcionalmente distintas (BARBOZA, no prelo).

Mesmo nas inovações que tem sido festejadas, há, por trás da inovação inicial, vícios antigos. Merece atenção, nesse particular, o novo instituto da tomada de decisão apoiada. A inspiração do instituto parece ter sido a *amministrazione di sostegno* introduzida no direito italiano há mais de dez anos, pela Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004 – anteriormente, portanto, à Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que data de 2006, o que, por si só, já recomendaria a adoção de outros modelos. Não bastasse isso, é preciso compreender que, na experiência italiana, a introdução da *amministrazione di sostegno* veio atender, em larga medida, à crítica que se fazia à rigidez dos instrumentos tradicionais da *interdizione giudiziale* e da *inabilitazione*. Daí a criação de um instituto cujas características principais foram, desde a origem, “flexibilidade e proporcionalidade” (BONILINI e TOMMASEO, 2008, p. 28), tendo o legislador aberto ao *administratore di sostegno* um leque amplo de atuação, que pode se exprimir por meio de representação ou por meio de assistência, conforme o ato que se tenha em vista, tudo a depender da avaliação do juiz no caso concreto e sem afetar a plena capacidade do beneficiário para todos os atos que não venham a ser contemplados de modo específico.

Deste modo, na experiência italiana, embora tenha sido topograficamente inserida ao lado dos institutos tradicionais da *interdizione giudiziale* e da *inabilitazione*, como uma espécie

de terceira opção – dentre as quais, registre-se, a doutrina e a jurisprudência italianas admitem que se trafegue ao longo do tempo em relação à mesma pessoa –, a verdade é que a *amministrazione di sostegno* foi introduzida no ordenamento italiano com o propósito de substituir progressivamente os institutos tradicionais, inaugurando uma nova abordagem de proteção da pessoa moldada à luz das suas concretas necessidades e aptidões, que se diferenciava radicalmente daquela abordagem abstrata e geral com que sempre foram tratadas a *interdizione giudiziale* e a *inabilitazione*. Tal assertiva é comprovada pelo fato de que muitos autores italianos sustentam uma espécie de vocação geral do instituto da *amministrazione di sostegno*, defendendo sua extensão a outros beneficiários desprovidos de qualquer traço de deficiência, mas que, por razões práticas, são faticamente impedidos de praticar por si mesmos os atos da vida civil, tal como se vê, por exemplo, em relação à população carcerária (BONILINI e TOMMASEO, 2008, p. 95). Na lição da Paolo Cendon, o instituto “tem em si um potencial de maciez, de elasticidade, de ductilidade suficiente para adaptar-se de maneira proporcional, calibrada e de distinguir as dificuldades específicas de cada pessoa” (CENDON, 2002, p. 33).

Em nosso Estatuto da Pessoa com Deficiência, muito diversamente do que ocorre na experiência italiana, a tomada de decisão apoiada surge como uma espécie de instrumento auxiliar, em benefício do deficiente que já conta com a possibilidade de uma curatela “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” (art. 84, §3o.) – a qual, para alguns autores nacionais, poderia ser concedida preservando-se, inclusive, a plena capacidade da pessoa com deficiência, nos termos do caput do art. 84. Note-se que tal flexibilização da curatela, a nosso ver, já havia sido operada pela doutrina especializada na matéria e, por isso mesmo, não chega a ser uma conquista do próprio Estatuto, como alardeiam os seus entusiastas, mas é indiscutível, de qualquer modo, que não deixa de ser bem-vindo o fato do Estatuto tornar expresso em lei aquilo que somente se podia identificar nas obras doutrinárias. O certo, todavia, é que, diante dessa reconhecida transformação da curatela, com sua imperativa adequação “às necessidades e às circunstâncias de cada caso”, a tomada de decisão apoiada, construída à luz do modelo italiano da *amministrazione di sostegno*, perde sentido e utilidade. Ou, melhor dizendo, a tomada de decisão apoiada somente guardaria utilidade nesse novo contexto se representasse uma via mais simples para o beneficiário, mas não é o que ocorre no Estatuto: trata-se de processo que é necessariamente judicial, o que já ameaça por definição sua agilidade. Para piorar: o §3º do novo art. 1.783-A que o Estatuto faz inserir na codificação civil determina que “antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá

pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio”.

Burocratiza-se, a mais não poder, a tomada de decisão apoiada. A oitiva do Ministério Público, aliás, sequer tem cabimento, uma vez que se trata, lembre-se, de remédio disponibilizado para pessoa capaz. O excessivo controle judicial tampouco encontra justificativa, à luz da plena capacidade do beneficiário. O Estatuto deveria ter ouvido, neste particular, às críticas que a melhor doutrina italiana faz à sua própria reforma legislativa, especialmente ao desnecessário caráter judicial da *amministrazione di sostegno* nos casos em que se trata de mero auxílio. Aliás, em termos de modelos, talvez melhor tivesse sido seguir, neste campo, o instituto do *sauegarde de justice*, do direito francês, o qual se instaura por mero provimento administrativo, sem necessidade alguma de processo judicial.

Respeitadas as diferenças intrínsecas a cada experiência estrangeira, é indubitável que a judicialização da tomada de decisão apoiada em um país como o Brasil, em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo que estamos distantes de alcançar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto. Mais prático que recorrer à tomada de decisão apoiada, por meio de um processo judicial com desnecessárias oitivas, será ao deficiente, plenamente capaz, recorrer ao mandato ou a outros instrumentos que a ordem jurídica lhe oferece quando necessário lhe parecer. O Estatuto, que em tantas passagens declara em alto e bom tom que o deficiente é capaz parece ter se esquecido disto ao desenhar a tomada de decisão apoiada. Como capaz, há instrumentos contratuais à sua disposição que dispensam a submissão a um processo judicial, com todas as agruras que o ingresso em juízo implica, especialmente para a população mais carente de recursos econômicos – e mais necessitada, em larga medida, da proteção que o Estatuto deveria oferecer.

Ainda no mesmo sentido, é difícil compreender a opção do legislador brasileiro pela indicação de “pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas” para o exercício da função de apoiador. O rigoroso controle judicial, com a definição no termo a ser aprovado em juízo dos “limites do apoio a ser oferecido” (art. 1.783-A, §1º), somado à ampla responsabilidade do apoiador – inclusive pelo exercício de “pressão indevida” (art. 1.783-A, §7º), expressão aberta que promete desestimular o exercício do *múnus público* de apoiador – e à expressa possibilidade de que o apoiado solicite, a qualquer tempo, o término da vigência da tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A, §9º), já representam garantias mais que suficientes contra o abuso do apoiador. A exigência de que os apoiadores sejam “pelo menos 2 (duas) pessoas” configura duplo mal: não contribui para evitar os abusos, ao mesmo tempo em que dificulta em muito a vida do apoiado, desestimulando a participação de apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o deficiente, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto

com outra pessoa, que não conhecem tão bem ou com quem não mantém o mesmo tipo de relação.

Para completar o confuso quadro da tomada de decisão apoiada, o Estatuto acrescenta o insólito §5º ao art. 1.783-A do Código Civil, permitindo ao terceiro “solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo”. A faculdade é absolutamente inútil, por um lado, porque o próprio dispositivo não reserva qualquer consequência jurídica diferenciada na hipótese de contra-assinatura pelos apoiadores. Ainda assim, a exigência da tal contrassinatura provavelmente acabará por se tornar praxe, já que aqueles que contratam com a pessoa com deficiência tendem a exigir a assinatura dos apoiadores no afã de trazer maior segurança ao negócio celebrado. Tal expediente ameaça converter a tomada de decisão apoiada em uma espécie de nova e disfarçada assistência, quando a finalidade declarada do novo instituto é justamente o auxílio à pessoa com deficiência no fornecimento de “elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (art.1.783-A, caput), não guardando qualquer efeito em relação a terceiros.

Pior: justifica com um dado normativo a preconceituosa “suspeita” daqueles que contratam com o deficiente, que agora poderão exigir a assinatura de outra pessoa como se a dele não valesse por si só – como, registre-se ainda uma vez, o Estatuto declara, mas parece esquecer. Significa dizer que a norma do §5º do art. 1.783-A não produzirá apenas severos estragos se a tomada de decisão apoiada for buscada, contra todos os desestímulos legislativos, pelo deficiente, mas pode produzir o estrago ainda mais devastador de estimular terceiros a exigirem do deficiente que busque a tomada de decisão apoiada precisamente para se permitir a contra-assinatura do apoiador como elemento de garantia à validade do negócio. Voltaria, assim, o deficiente à velha incapacidade, só que agora por via oblíqua, aberta pelo próprio Estatuto que deveria defendê-lo.

Em que pese a gravidade dessas falhas, uma análise de caráter mais metodológico permite concluir que o maior problema do Estatuto não se situa em defeitos pontuais, relativos a essa ou àquela inovação que, conquanto motivada na proteção da pessoa com deficiência, possa ter sido mal desenhada ou pouco refletida. Seu problema mais grave, permita-se a crítica de fundo que retoma a linha central deste estudo, foi que, ao procurar executar a passagem do Sujeito à Pessoa, acabou-se cedendo ao peso excessivo da concretização, a ponto de operar uma reforma limitada à situação do deficiente, introduzida sem uma preocupação sistemática e abrangente. O efeito disso é uma reforma tão restrita no regime de incapacidades que gera um resultado fraturado, em que os conceitos tradicionais do Direito Civil foram excepcionados de modo casuístico, sem uma efetiva e necessária reformulação. O excesso de preocupação com a

terminologia – há passagens do Estatuto que parecem inspiradas unicamente no intuito de evitar expressões como “deficiente”, “interdição” etc. – talvez tenha tirado o foco de questões centrais, de maior relevância, que não poderiam ter deixado de ser enfrentadas por uma reforma real e efetiva, como, por exemplo, os critérios e o modo de avaliação do discernimento da pessoa para fins de curatela e a própria modulação dos efeitos da curatela, que se apresenta no texto do Estatuto como diretriz, mas sem parâmetros úteis àqueles que tem, diariamente, a tarefa de julgar casos concretos.

Ao agir dessa forma, ao contrário de valorizar o dado concreto da realidade, o Estatuto acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é “sempre capaz”, ingressando-se, mais uma vez, no velho e revelho modelo do “tudo-ou-nada” (all-or-nothing). Como se vê, além de suas falhas específicas – as quais poderão ser atenuadas em larga medida pela atuação diligente do intérprete –, a grande vicissitude do Estatuto é ter perdido a oportunidade de proceder a uma reforma do regime de incapacidades de modo a efetivamente funcionalizá-lo ao atendimento do livre desenvolvimento da personalidade humana.

CONCLUSÃO

Discernimento e interesse subjacente à situação subjetiva em concreto: estas parecem ser noções fundamentais para assegurar que as eventuais restrições da autonomia da pessoa humana encontrem sempre amparo na realização de uma função efetivamente protetiva.

Se, por um lado, foi a partir da percepção de que o regime das incapacidades tal como regulado pela ordem civil não se adequava às situações jurídicas de cunho existencial, iniciando-se uma progressiva ampliação dos espaços de autonomia mesmo para aqueles considerados “incapazes” pela ordem jurídica, é importante registrar que toda e qualquer classificação estanque será insuficiente para absorver os problemas relacionados à temática. Mais que alterações de terminologia e rótulo, a construção de uma disciplina da incapacidade civil que realize uma proteção adequada e proporcional da pessoa humana, exige uma abordagem funcional e dinâmica atenta à sua realidade concreta, libertando-se, em definitivo, da perspectiva puramente estrutural e abstrata que ainda acomete o tema como herança da noção unitária e universal do sujeito de direito.

FROM SUBJECT TO PERSON: AN ANALYSIS OF CIVIL DISABILITY

Abstract

This article examines the passage from the protection of the abstract subject of law to the protection of the human person, understood under a concrete perspective, due to the recognition that abstract and neutral solutions have become incompatible with a legal system informed by the principles of social solidarity and substantial equality. The analysis is focused on the institution of civil disability, usually viewed under an abstract and proprietary perspective, which proved to be exclusionary and in violation of the existential subjective situations. Indeed, much has been discussed about the progressive personalization of the system of civil disability, given the increasing importance of opinion and expression of minors, in light of the provisions of the Statute of Children and Adolescents, and the recognition that it was necessary to modulate effects of guardianship of the unable majors, according to the degree of discernment of the person declared incapable and the underlying interest to the subjective situation in concrete. In this scenario, Law 13,146/15 (the so-called Statute of the Disable Person) entered into force. Although it was a courageous legislative intervention, it has created another abstract and formal system in which the disabled person is always able, thus losing the opportunity to really make an effective and comprehensive reform of the system of disability, in order to direct it to the free development of human personality.

Keywords: Civil Disability; Autonomy; Statute of the Disable Person

BIBLIOGRAFIA

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado & RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONILINI, Giovanni e TOMMASEO, Ferruccio. Dell'amministrazione di sostegno, in **II Codice Civile – Commentario, fond.** Piero Schlesinger, dir. Francesco Busnelli, Giuffrè, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 3ª ed., pp. 1-22.

BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor. **A Capacidade Civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência** (no prelo).

BARBOZA, Heloisa Helena. **Curatela do Enfermo: Instituto em Renovação** (no prelo).

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade**, partes I e II, disponível no site www.conjur.com.br, 2015.

CENDON, Paolo. La tutela civilistica dell'infermo di mente, in **Salvatore Patti, La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione**, Giuffrè, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional**.

Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**, Editoriale Scientifica, 2007.

Trabalho enviado em 19 de julho de 2016.

Aceito em 27 de julho de 2016.