

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Roberto Senise Lisboa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-699-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

A presente publicação conta com os artigos aprovados e apresentados no XXVII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, cuja realização se deu na UNISINOS, em Porto Alegre/RS, no período compreendido entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018.

Os trabalhos aqui apresentados são fruto de diálogos, reflexões e pesquisas realizadas, sobretudo, no âmbito de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), tendo como norte condutor a disciplina de direito civil contemporâneo, enfrentando temáticas relevantes e atuais.

É possível se perceber que os trabalhos aqui reunidos podem ser agrupados em 4 eixos básicos, quais sejam: (i) teoria geral de direito civil; (ii) responsabilidade civil; (iii) direito de família; e (iv) direitos reais.

No âmbito da teoria geral de direito civil, os temas abordados nos artigos científicos enfrentaram assuntos como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades, a tomada de decisão apoiada, o direito ao esquecimento, a colisão de direitos fundamentais e o respeito como direito da personalidade.

Já no âmbito da responsabilidade civil, os trabalhos enfrentaram temas como o tabagismo, a objetividade no sistema de responsabilização, a reparação do proprietário de veículo conduzido por terceiro, a responsabilidade civil médica, a indenização pela perda do tempo útil e a questão dos seguros.

No âmbito do direito de família, os artigos enfrentaram temas como o poliamor, a poliparentalidade e o contrato de namoro.

Por fim, no âmbito dos direitos reais, os temas abordados nos trabalhos apresentados estão relacionados com o direito real de laje e com a usucapião extrajudicial.

Como se vê, temas de relevância e inserção social são enfrentados nos referidos trabalhos, o que evidencia a pertinência e atualidade dos artigos apresentados, de forma a se recomendar

a sua consulta, bem como a necessidade de se registrar as homenagens aos organizadores do Congresso pelo importante trabalho que prestam à comunidade acadêmica de pós-graduação com a realização de eventos dessa natureza.

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa

Coordenador do PPGD/FMU

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

THE BRAZILIAN HANDICAPPED PEOPLE STATUTE AND THE THEORY OF CIVIL INCAPACITIES

Edgard Audomar Marx Neto

Resumo

O presente trabalho analisa os desafios para implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, confrontando o novo regime jurídico com a legislação e a prática anteriores. Para tanto, apresentou o panorama da mudança legislativa, analisou os fundamentos do regime da incapacidade e os limites da curatela. Como fontes auxiliares, fez-se referência a soluções de ordenamentos estrangeiros. O trabalho propõe que a legislação vigente somente admite como válida a decisão de curatela que explicita os poderes do curador, não mais se admitindo que haja a restrição geral dos poderes do assistido.

Palavras-chave: Estatuto da pessoa com deficiência, Pessoa com deficiência, Capacidade, Incapacidade, Curatela

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the challenges for implementing the Brazilian Handicapped People Statute and confronts the new legal regime with the previous legislation. To do so, he presented the panorama of legislative change, analyzed the foundations of the disability regime and the limits of guardianship. As ancillary sources, reference has been made to foreign settlement solutions. The paper proposes that the current legislation only admits as valid the decision of guardianship that explicit the powers of the curator.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian handicapped people statute, Handicapped, Capacity, Legal incapacity, Guardianship

1 Introdução

A aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) trouxe graves repercussões sobre o regime das incapacidades no direito brasileiro. Passados já alguns anos de sua entrada em vigor e mantidas algumas perplexidades sobre sua operacionalização, o presente trabalho pretende analisar os reflexos da alteração normativa sobre a teoria das incapacidades e averiguar os melhores mecanismos para sua aplicação.

O presente trabalho analisa os desafios para implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, confrontando o novo regime jurídico com a legislação e a prática anteriores. Para tanto, apresentou o panorama da mudança legislativa, analisou os fundamentos do regime da incapacidade e os limites da curatela. Como fontes auxiliares, fez-se referência a soluções de ordenamentos estrangeiros.

O artigo foi desenvolvido a partir de análises dogmáticas. Foram utilizados os procedimentos descritivo, comparativo, e propositivo, de modo a que o resultado da pesquisa possa identificar o panorama nacional e estrangeiro e propor mecanismos mais efetivos para compatibilização das previsões do Estatuto da Pessoa com Deficiência com a teoria das incapacidades.

Ao final, o trabalho propõe que a legislação vigente somente admite como válida a decisão de curatela que explicita os poderes do curador, não mais se admitindo que haja a restrição geral dos poderes do assistido.

2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas, aprovada em Nova York em 2006, foi incorporada ao ordenamento brasileiro em patamar equivalente ao de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, Constituição de 1988). Há que se notar que a possibilidade de incorporação ao direito interno de tratados e convenções sobre direitos humanos no mesmo nível hierárquico da legislação constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, somente foi aplicada a este caso. Para tanto, a proposta contou com a aprovação de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, 25 de agosto de 2009. Dentre seus princípios, merece destaque “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (art. 3, a, CDPD), que encerra a orientação

geral da convenção, sem prejuízo dos demais (a não-discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade – art. 3, CDPD).

A Convenção não pretende atribuir dignidade às pessoas com deficiências – mesmo porque ela não lhes poderia ser negada – mas organizar mecanismos de inclusão e de efetivação de direitos das pessoas tendo em vista a experiência da deficiência (MÉGRET, 2008).

Nesta perspectiva, a Convenção oferece critérios adicionais para o regime das incapacidades, especialmente ao indicar critérios para o estabelecimento de limites na interdição. Confira-se a previsão do art. 12 (Reconhecimento igual perante a lei):

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

A previsão do item 12.4 vai ao encontro das normas protetivas das pessoas com deficiência já organizadas nas hipóteses de interdição (“salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos”), destacando, porém, a necessária preservação da vontade do interessado (“respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa”), a excepcionalidade da medida (“proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa”, “se apliquem pelo período mais curto possível”) e a necessidade de sua revisão periódica (“submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial”).

Daí a conclusão – possível – de que a incorporação da Convenção ao direito brasileiro imporia nova perspectiva ao tratamento da interdição. O novo regramento propõe a superação do modelo de vontade por substituição por outro em que a vontade de interdito tenha papel preponderante. Em termos de organização concreta, a prevalência dos poderes do curador deveria se dar por meio da assistência, e não mais pela representação legal.

Mais que isso, a adoção de um novo modelo reforçaria o sentido das incapacidades relativas, densificando seu espectro de atuação e garantindo máxima efetividade às hipóteses de exercício de direitos daquele que, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 13.146/2015).

3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)

Na esteira da aprovação da Convenção Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil aprovou o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015). O art. 1º de referida lei reconhece como sua missão assegurar e promover “em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Assim, no que diz respeito à presente análise, os critérios de igualdade e não-discriminação indicam novas diretrizes para o tratamento da capacidade civil:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I – casar-se e constituir união estável;
II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;
III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A despeito do pretendido efeito inclusivo, impõe-se reconhecer que o regime das incapacidades, por si só, não é discriminatório. Em verdade, o escopo da incapacidade é proteger a pessoa na medida em que não possa exercer sua gerir seus interesses de forma plena. Por isto, a afirmação genérica de capacidade para as pessoas com deficiência, sem atentar para o tipo ou grau dessa circunstância, pode significar fragilização de sua proteção.

Se, por um lado, uma pessoa com alguma deficiência que não interfira em sua processo cognitivo não pode ter sua capacidade reduzida, por outro, todos aqueles que tenham qualquer limitação em seu processo volitivo devem ser protegidos, na medida de suas restrições.

Por isso, a afirmação genérica da capacidade, uma vez que a única hipótese remanescente de incapacidade absoluta é a etária, pode se mostrar potencialmente lesiva.

Basta citar que, nesse quadro, a pessoa com deficiência não é considerada incapaz, mas, contra si, passam a correr os prazos prescricionais (art. 198, I, Código Civil). Ou seja, o novo regime, neste ponto, fragilizou a proteção às pessoas com deficiência (ROSENVALD, 2017, p. 123).

De modo complementar, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou substancialmente o regime da curatela previsto no Código Civil (art. 1.767 e seguintes), não a excluindo. Deste modo, o art. 1.768 do Código Civil traria hipótese de curatela sem interdição total. Todavia, referido dispositivo acabou sendo revogado com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o que cria dúvidas adicionais na aplicação do novo regime.

Além disto, o Estatuto inovou e estabeleceu a figura da “tomada de decisão apoiada” (art. 1.783-A, Código Civil), privilegiando “o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode construir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhes auxiliar nos atos da vida” (REQUIÃO, 2016, p. 49).

Em resumo, o regime de incapacidades vigente no direito brasileiro é o seguinte:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

4 Finalidade da curatela

Os valores de proteção da pessoa e de segurança nas relações que fundamentam o ordenamento jurídico determinam a necessidade de se preservar o sujeito que sofre de transtornos mentais, dada a situação de fragilidade que sua condição comumente lhe determina. Não se pode, porém, pretender distinguir a tutela da pessoa e de sua autonomia da tutela de seu patrimônio, uma vez que “os atos extrapatrimoniais exigem, tanto como os outros, o consentimento livre de seu autor, e como a gravidade é igual à dos atos de interesse pecuniário, deve ter o demente para eles a mesma necessidade de proteção legal” (PLANIOL; RIPERT, 1952, p. 742).

Ao lado da proteção da pessoa do incapaz e de seu patrimônio, deve-se atentar também para a proteção da própria sociedade, por meio da garantia de estabilidade nas relações, restringindo-se as situações de anulação dos negócios. É preciso garantir a segurança e a celeridade da contratação, indo ao encontro de “uma disciplina que tome em conta a boa fé

da contraparte (desconhecimento ou incognoscibilidade da incapacidade) e o interesse na conservação dos negócios” (MOTA PINTO, 1965, p. 12).

Dessa forma, teria lugar o instituto da *interdição*, que marca de definitividade a incapacidade que se apresenta notória e retira, por vez, a validade dos atos jurídicos do interditado. Pela interdição, torna-se ficta a continuidade da doença, que antes não se podia presumir e dependia de prova. “A doença não se presume, por não ser o estado natural e normal do homem ou de qualquer vivente. Ela deve, por isso, ser sempre provada” (CUNHA GONÇALVES, 1955, p. 257).

A sentença que decretasse interdição deveria atuar, para que preservasse a individualidade do interditado e a proporcionalidade da medida, por meio da inversão do título de presunção relativa. “A pedra de toque está, pois, na gravidade da deficiência e nas suas consequências” (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 419). Ou seja, se para o comum das pessoas se presume a capacidade, que pode ser afastada mediante comprovação da perturbação quando da prática do ato, para o interdito dever-se-ia presumir a incapacidade, que poderia ser elidida no caso concreto mediante a comprovação da posse das faculdades mentais. Tal situação não é expressamente admitida pelo direito positivo, que tampouco chega a negá-la. Sua aplicação no direito brasileiro parece agora ampliada por meio da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas.

Com a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a própria continuidade da interdição foi posta em dúvida, uma vez que se apresentaria contraditória sua continuidade sem que houvesse a categoria dos maiores absolutamente incapazes.

De toda forma, o instituto ainda conta com previsão legal, embora fortemente descaracterizado pelas mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo novo Código de Processo Civil.

Mas, antes de se realizar a análise dos efeitos da interdição e de sua repercussão sobre as relações jurídicas, é conveniente indicar os fundamentos que a justificavam e compreender o modelo instituído pelo legislador no Código Civil de 2002.

O primeiro requisito apontado para a interdição é a *habitualidade da doença mental* (art. 1.767, incisos I e II, Código Civil, em redação original: “Estão sujeitos a curatela: I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos). “Para a existência

da enfermidade da mente não é necessário que ocorra uma doença mental permanente, mas é suficiente que ocorra uma alteração tal das faculdades mentais a dar lugar a uma incapacidade total de prover aos próprios interesses” (PERLINGIERI; STANZIONE, 2002, p. 123).

O interesse tutelado pela interdição seria assim o de tornar certa a situação duvidosa do alienado mental. Seria reconhecida força tal à sentença de interdição que, ao invés de inverter a presunção de capacidade para incapacidade – que poderia ser elidida no caso concreto – firmaria a presunção absoluta de incapacidade – que se sobreporia às circunstâncias verificadas na realidade. Por conclusão,

“uma vez decretada a interdição, não cabe qualquer questionamento acerca da recuperação ou não das faculdades mentais, pelo interditado, durante curtos períodos. Aliás, aceitar-se que em determinado momento o interditado recobrou o juízo, e que o ato praticado por ele nesta circunstância é válido, seria criar uma instabilidade muito grande para o universo jurídico. Isto porque, em muitos casos, seria difícil para o leigo a verificação do estado de lucidez ou não do interditado. Só uma nova perícia médica poderia esclarecer esta dúvida.

Tendo sido decretada a interdição, a presunção é a de que até que seja requerido o seu levantamento, o interditado é incapaz para a prática de qualquer ato jurídico. Consequentemente, todos os atos realizados por ele sem a presença de seu curador serão nulos” (GOZZO, 1986, p. 70).

Todavia, a proibição geral para a prática dos atos da vida civil tornou-se a prática mais comum, independente da condição própria do interditado.

A prática reconhecida à interdição acaba por nela encerrar o paradoxo de que somente seja levantada quando ocorrer o total afastamento da doença. Dessa forma, se o levantamento da interdição depende da comprovação de cura, os atos finais a ela submetidos antes de sua revogação corresponderão à existência de capacidade de fato do agente, só que não reconhecida pelo direito. “Durante o tempo posterior à interdição, permanece, absoluta, a incapacidade: não é possível provar-se a injustiça da decretação judicial, passada em julgado, quer pela afirmação de momentos lúcidos, quer pela mesma evidenciação da sanidade indiscontínua do espírito. É a antinomia eventual da *verdade* e do *ulgado*” (PONTES DE MIRANDA, 1969, p. 118-119).

A continuidade dessa espécie de formulação contraria até mesmo os princípios comezinhos de observação da realidade. “A natureza não faz saltos. Então, entre o são e o doente, há graus intermediários” (FÁVERO, 1980, 899). Toda análise das consequências jurídicas relativas a transtornos mentais deve sempre ter em observação “a variedade de possíveis hipóteses que dependem não apenas das diversas origens – congênita ou adquirida – mas, sobretudo, da diversidade de graduação e de qualidade da insuficiência mental” (PERLINGIERI, 1997, p. 163).

O panorama que se apresentava era, portanto, de necessidade de reavaliação da prática jurídica, tendo-se o cuidado de observar as novas intervenções técnicas que podem

influenciar a análise da capacidade dos portadores de toda sorte de transtornos mentais. Assim, a descoberta de novos medicamentos pode garantir um nível mínimo de equilíbrio psíquico a portadores de muitas enfermidades, tornando-os aptos à diuturna convivência social. Restaria então esvaziada a discussão sobre a ocorrência ou não de interrupção da enfermidade, porque estaria sempre garantido o nível de consciência necessário ao convívio.

“É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma ‘morte civil’. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito” (PERLINGIERI, 1997, p. 165).

A garantia extrema da segurança teria por preço a própria liberdade. Por outro lado, o preço da total proteção da liberdade não pode ser a morte da segurança.

5 Ser incapaz e estar incapaz

Se, por um lado, a capacidade não admite qualificativos – *se é capaz* – a incapacidade já se revela ao primeiro contato por meio de gradações, podendo ser absoluta ou relativa. Essa primeira distinção já revela a perplexidade do direito ante a realidade. Os problemas na formação da vontade e em sua manifestação não podem ser apreendidos como um fenômeno unitário, mas tampouco poderia a lei descer em minúcias a ponto de discriminar cada caso a outorgar-lhe um regime jurídico próprio. Paradoxalmente, o legislador de 2002, tão apegado às cláusulas gerais, delas não fez uso na definição das incapacidades, preferindo a listagem mais ou menos estratificada.

Mais que isso, o regime das incapacidade – se é que seja possível ver nele um regramento unitário – destaca dois grandes grupos: a incapacidade por idade e a incapacidade relacionada às faculdades do intelecto.

Enquanto a incapacidade etária já está pré-organizada para o seu fim, com termo certo aos dezoito anos de idade, em relação ao domínio do intelecto sequer se chegou à uniformidade terminológica.

Qualquer forma de linguagem acerca do domínio das faculdades mentais tem aptidão para expressar conteúdo discriminatório e estigmatizante. Talvez por isso tenha preferido o legislador fazer referência à ausência de discernimento, por enfermidade ou deficiência mental, em substituição à conhecida expressão “loucos de todo o gênero” veiculada no Código Bevilacqua.

A despeito das críticas gerais à expressão, não deixa de ter sentido a observação de Boris Fausto, que vê méritos no conceito aberto, “pois uma enumeração taxativa poderia correria o risco de deixar de lado certas formas específicas e, mais ainda, estaria sujeira a contínuas revisões”. Daí concluir, com ironia, que “incluir ‘novas loucuras’ e excluir antigas faz a felicidade dos manuais de psiquiatria” (FAUSTO, 2014, p. 123).

Superadas as questões terminológicas, na letra da lei a capacidade não é definida, mas compreendida por exclusão. O Código Civil enumera quem sejam os incapazes logo em seus artigos introdutórios (artigos 3º e 4º) e, excluídas essas hipóteses, tem-se a capacidade. Daí porque a capacidade se presume.

Na topografia da Parte Geral o regime da incapacidade está incluída no Livro sobre as pessoas, muito embora sua presença se torne também marcante no regime dos negócios jurídicos, sujeitos à nulidade (art. 166) ou à anulabilidade (art. 171) quando praticados por pessoas absoluta ou relativamente incapazes.

A verificação da capacidade do agente, em verdade, se põe como questão prévia na análise de qualquer negócio jurídico. Conforme observa Villela, “o fim ou destinação reside na vontade do agente, que pode adotar o não o comportamento que a lei precisamente reclama para o surgimento das consequências jurídicas pretendidas” (VILLELA, 1982, p. 259). Ou seja, se vontade não é hígida, também não poderá o ser o negócio jurídico dela decorrente. Não é por outra razão que Betti identifica o conteúdo da declaração ou do comportamento como “elemento central e propriamente característico” do negócio jurídico, cujos efeitos se tornam obrigatório como expressão da autonomia privada (BETTI, 1994, p. 154)

Ora, perquirir sobre a *aptidão e intencionalidade nas manifestações de vontade* é analisar a capacidade do sujeito. Sem se ater ao regime jurídico próprio da menoridade, o objeto dessa investigação se volta aos incapazes maiores, sujeitos, por isso, ao procedimento de interdição.

Com grande frequência, ao se imaginar a situação do curatelado, é perguntado se pode dirigir, ou mesmo se pode votar. O alcance da sentença de interdição tem conteúdo impreciso, quando não é resolvido por meio da negativa geral: o curatelado nada pode.

Tem-se, assim, o descompasso entre os graus de incapacidade e a peremptoriedade da interdição, ao menos em sua visão geral. Daí a negativa, também geral, que decorre da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo o qual todos os maiores são capazes.

É preciso atentar, conforme já indicado, que a incapacidade pode corresponder a um *ser* ou a um *estar* (VILLELA, 2010, p. 359). No caso dos menores, estão incapazes, mas logo

esse obstáculo será superado. Quanto aos adultos, a ordem das coisas demandará atenção e cuidado, de modo a fazer representar na ordem do direito as sutilezas presentes na ordem das coisas.

Em síntese: o cerne do problema, hoje, é verificar quem não *está* de condições de exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente.

6 A redação original do Código Civil de 2002

A exemplificação operada no rol das incapacidades absolutas previstas na redação original do art. 3º do Código Civil fundava-se na dicotomia entre *ser* incapaz e *estar* incapaz:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Assim, “nos casos do art. 3º, II, do Código Civil, *é-se* incapaz. Nos casos do art. 3º, inciso III, *está-se* incapaz” (VILLELA, 2010, p. 359).

A previsão de uma incapacidade transitória, nos moldes previstos no art. 3º, III, do Código Civil, não encontrava mecanismo preciso de efetivação nas figuras de curatela, que a exigem a continuidade do estado causador de seus efeitos (art. 1.767, II, Código Civil, em redação original: “Estão sujeitos a curatela: [...]aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade”). Disso resulta que a incapacidade transitória conduz a duas situações: ou o sujeito promoveu a tempo sua representação voluntária; ou o sujeito não a promoveu, seja porque se omitiu ou porque a iniciativa não esteve ao seu alcance (VILLELA, 2010, p. 367).

Tal quadro conduzia, dentre outras situações, à previsão do art. 1.780 do Código Civil (hoje revogado), que determinava que “a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”.

A previsão legal expressa claro sentido de abertura, embora seja limitadora, porque aplicável somente ao enfermo ou portador de deficiência física, e não a qualquer pessoa impedida de exprimir sua vontade, ainda que transitoriamente.

Mesmo nessa hipótese a curatela não perdia o caráter de *múnus público* ou se sujeitava aos “limites do auto-regramento da vontade” (VILLELA, 2010, p. 368). Mas se abria à intervenção do curatelado, de modo a expressar que sua atuação não fosse substituída pela do curador, mas a ela acrescida. Ou seja, o modelo sugeria a ênfase na assistência e não

na representação legal. Havia, assim, forte apelo à chamada contratualização das relações privadas, tomada em sua dimensão mais ampla, de “dignificar a idéia de cooperação social” (VILLELA, 1975, p. 336).

Disso tudo já deveria resultar uma nova orientação para o instituto da interdição. Embora a orientação legal indicasse a necessidade de um juiz indicar os limites da curatela (art. 1.772, Código Civil, hoje revogado), que poderiam estar limitados à proibição de, sem assistência do curador, “emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração” (art. 1.782, Código Civil), a interdição se fazia, com frequência, de modo geral.

É preciso que também a interdição se possa fazer em graus, tal como a incapacidade não corresponde à oposição tudo ou nada, mas se encontra em infindáveis matizes intermediárias.

Todavia, a nova ordem normativa interna, integrada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, já impunha o reconhecimento da interdição como exceção.

7 Desafios para implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência

As diretrizes oriundas da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência indicam a necessidade de adoção de medidas que valorizem a vontade dos envolvidos, mesmo em situações de curatela. Assim, o principal desafio proposto pelo direito vigente é oferecer balizas para o atendimento da vontade da pessoa que não tenha o pleno domínio de suas faculdades.

A lei favorece a adoção de medidas como a tomada de decisão apoiada, cujo procedimento escapa à presente investigação.

Assim, como garantir que a atuação do representante (curador) corresponda à vontade do assistido? Como garantir que a solução tomada seja uma solução consentida e não imposta?

Embora não se identifiquem, consentimento e representação se aproximam, porque a regra é que a representação derive do consentimento. Isso porque se lida com a concepção generalizada de que o titular é o melhor juiz de seus interesses e que o consentimento se apresenta como uma barreira contra as intervenções indevidas sobre a vida, patrimônio e direito de autodeterminação pessoais. Excepcionalmente admite-se que a representação não se funde na vontade do representado, mas decorra de atribuição legal, como, por exemplo, na tutela, na curatela e no exercício do poder familiar.

A relação entre consentimento e representação admite modulações, variando da manifestação expressa do consentimento à substituição do consentimento pela determinação normativa (DWORKIN, 1988, p. 87-90). A meio caminho se identificam situações de consentimento tácito (existente, mas não expresso) e de consentimento inferido (não existente, mas presumido caso aquela situação se apresentasse ao julgamento do representado). Pode haver o consentimento *para* representação, como ocorre expressamente pelo contrato de mandato, e consentimento *por* representação, ou seja, confere-se ao representante o poder de decidir pelo representado. O último caso é tratado em linguagem corrente como *proxy consent*, ou, em vernáculo, normalmente traduzido por *decisão de substituição*.

A decisão de substituição não é uma espécie de consentimento. Ela só tem lugar quando a pessoa não pode ou não é capaz de dar o seu consentimento, mesmo porque não abandonou expressamente seu direito de decidir (DWORKIN, 1988, p. 89)

Em termos de direito positivo, a decisão de substituição teria lugar nas hipóteses de representação legal, enquanto a vontade do substituído seria aproveitada, ainda que sem eficácia plena, nas hipóteses de assistência. Ou seja, a distinção remete a outra, infelizmente relegada a segundo plano, entre incapacidade absoluta e relativa. Como regra geral, no direito brasileiro, a previsão de uma incapacidade relativa é desprovida de maior senso de utilidade, figurando muitas vezes como mera abstração legal.

De alguma maneira a autorização para a decisão de substituição veicula a ideia de que o representado não se oporia àquela realidade, ou, em outros termos, que haveria ali alguma base de consensualidade e que o representante é um legítimo defensor dos interesses do representado (DWORKIN, 1988, p. 89-90).

Mesmo o recurso ao melhor interesse do envolvido não é conclusivo para determinar se a restrição de escolha do representado é cabível. Em alguns casos ele pode determinar que o interessado seja ouvido, em outros, afastá-lo da esfera decisória. O recurso à interdição parcial privilegia a inclusão do curatelado ao processo decisório sobre sua vida e pretende dar sentido à distinção legal entre incapacidade absoluta e relativa, vez que prefere a atuação de um assistente que a de um representante.

A prática de uma interdição geral, sem limites claros de atuação do curador, acaba por anular qualquer possibilidade de autonomia do curatelado, fazendo substituir sua vontade pela deliberação de seu representante legal. Necessário notar que os diversos graus de incapacidade não se fazem acompanhar de diferentes meios de curatela, compreendida como instituto unitário.

A lógica da substituição é prevalente nas hipóteses de representação legal, seja dos menores ou dos interditos.

“O problema moral e prático que é suscitado pela decisão de substituição [*proxy consent*] é o problema de quando uma pessoa pode tomar decisões sobre, falar por e representar os interesses de outra. [...] O problema da decisão de substituição é de quem deve ser autorizado a tomar decisões e qual critério deve guiar o representante na tomada de tais decisões” (DWORKIN, 1988, p. 85)

No caso dos pais, a quem ordinariamente compete o exercício do poder familiar (art. 1.630), uma série de razões de diversas ordens – sociológica, psicológica e administrativa – justifica que exerçam a representação dos filhos menores. Segundo Dworkin, esses motivos são organizados em torno das idéias de preservação da unidade decisória no seio da família; da adequabilidade de conceder esse poder a quem é responsável por ter trazido a criança ao mundo e que, por isso, tem o dever moral e legal de protegê-la; da crença de que os pais tenham sempre em conta o melhor interesse dos filhos; e da relevância dos custos econômicos e sociais determinados pela outorga do poder de representação a um terceiro (DWORKIN, 1988, p. 95)

Embora os critérios careçam de bases mais consistentes, em sentido geral ninguém pretenderia retirar dos pais essa atribuição, de tal modo que a legislação reconhece o direito dos pais ao contraditório e à ampla defesa nos processos de suspensão e perda do poder familiar (artigos 1.637 e 1.638).

Sobre os representantes do menor paira sempre a dúvida se devem agir como a criança deseja ou desejaria ou se, ao contrário, se devem fazer um julgamento objetivo de qual seja o seu melhor interesse. No contexto médico, por exemplo, a preservação da qualidade de vida do menor tende a prevalecer sobre uma eventual manifestação de recusa ao tratamento (DWORKIN, 1988, p. 96). Por consequência, a intervenção heterônoma, nesses casos, tende a ser tolerada com maior facilidade – e pouco será associada à coerção ou manipulação.

Dois situações normativas ilustram bem as realidades que podem aí se podem envolver. De um lado, o domicílio do incapaz é sempre o de seu representante ou assistente (art. 76). Nesses casos, a lei nega por completo qualquer possibilidade de intervenção do representado na escolha de seu domicílio – que não se confunde com sua residência – e atribui esse poder em sua integralidade ao assistente. Por outro, também o representante pode ter limitado seu poder sobre o representado, tal como ocorre na doação de órgãos do incapaz. A norma expressamente veda aos pais ou representantes consentir na doação que não seja de medula e que ofereça risco à saúde do doador incapaz, exigindo também a autorização judicial (art. 9º, § 6º, Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997). Verifica-se aí que a ponderação

de interesses pelo legislador determinou que não são plenos os poderes do representante, sendo-lhe expressamente vedado o exercício de alguns direitos.

Mas a mesma lógica pode ser aplicada ao curador do maior incapaz?

Um paralelo relevante dos limites da atuação dos representantes dos incapazes pode ser encontrado na atuação dos parlamentares em uma democracia representativa. Se o sistema político previsse a representação direta do eleitor não existiria margem de liberdade para o agente político. Tal como na representação privada, o representante extrapolaria os poderes do mandato se agisse contra quem representa. Mas essa fonte direta de poderes e ordens não se apresenta na democracia representativa ou em relação aos menores. No primeiro caso a vontade do eleitor é fluida e se perde na composição da massa de votos do parlamentar eleito, sem contar que os eleitos devem agir também em interesse dos cidadãos que não votaram neles ou mesmo votaram contra eles; no segundo, a vontade do representado não possui ainda a higidez que lhe torna apta a produzir efeitos jurídicos e não há sequer indícios de como agiria naquele caso, se pudesse escolher.

As posições teóricas se polarizam, desse modo, em torno da preponderância de interesses relevantes, seja a presunção de uma vontade individual autônoma ou a obtenção de um bem objetivo. Em síntese, admitir que o outro decida parte da interconexão entre interesse e representação.

Ou seja, o representante legal tem a responsabilidade de agir em favor (e nos limites) dos interesses – subjetivos presumidos ou objetivos – do representado. E da responsabilidade decorre a pressão social e jurídica pela realização de escolhas responsáveis. E, se proveniente de uma escolha, o resultado negativo não pode ser atribuído à má-sorte, a um ato divino ou maldição (DWORKIN, 1988, p. 67-68).

Em ambos os extremos, todavia, não se pode esquecer que a identificação dos interesses alheios se dá em função dos interesses de quem executa a prestação. Assim, tanto na busca de uma vontade presumível ou na busca de um bem objetivo para aquela situação, a formulação da resposta se dá por um processo que envolve a posição do representado, a realidade dos fatos e a visão de mundo do representante.

No caso específico da representação das crianças, a solução geral pelo seu melhor interesse carece de melhores balizas de concretização.

O reconhecimento do melhor interesse deve ser lido a partir da titularidade pela própria criança, e não como um favor ou escolha dos representantes sobre ela. O que acontece é que os menores não possuem uma história de vida consistente a ponto de se poder fazer presumir dela qual seria a atitude a ser tomada naquelas circunstâncias. Crianças muito jovens

são produto exclusivo da vontade dos pais, e mesmo o desenvolvimento de alguns hábitos – como gostar de uma cor, uma comida, um tipo de música ou torcer por um time de futebol – não correspondem a uma escolha verdadeiramente consciente, senão a uma resposta às inferências do ambiente.

Por outro lado, no caso de conflitos entre o representante e o representado capaz ou reduzido à incapacidade, pode-se postular com relativa segurança pela preponderância dos interesses do representado. Afinal foi o seu consentimento que criou o vínculo de representação e fora dele não pode o representante agir validamente. O problema é como proceder no caso de se presumir o consentimento de quem não pode validamente manifestá-lo (DWORKIN, 1988, p. 96). Não há planos de vida prévios, intenções manifestas ou desejos declarados que possam servir de parâmetro em caso de conflito entre interesses de representante e representado.

A contrario sensu, na representação dos maiores incapazes a história de vida deverá ser considerada com maior gravidade e deverá ocupar posição preponderante. Daí os reclames mais recentes pela validade da figura do *testamento vital*.

8 Outros modos de enfrentar o problema

Ao lado da solução adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, de pôr fim ao regime dos maiores incapazes, faz-se oportuna a referência a soluções adotadas por outros ordenamentos e que, à primeira vista, se mostram mais operacionais.

Os desenvolvimentos da medicina e as alterações sócio-culturais da percepção da loucura repercutiram no fenômeno jurídico, de modo que o desconforto proporcionado pela vivência da rigidez da interdição determinasse a realização de alterações legislativas. Assim foi a criação de novos institutos, “mais flexíveis e harmonizados”, seja o *maior protegido*, na França, seja a *Betreuung*, na Alemanha, com a abolição da interdição. “Os avanços da psiquiatria e da neurologia têm permitido resolver problemas clássicos do *furiosus* e do *demens*: pense-se nos calmantes e nos antidepressivos. [...] A medida radical da interdição tem conotações discriminatórias e surge, por vezes, deslocada” (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 413).

Em qualquer caso, a atuação legal deve ser guiada pelo o que se pode chamar de *princípio da necessidade*: “a lei ou o juiz não tem que proteger uma pessoa se ela não precisar” (MALAURIE; AYNÈS, 2009, p. 281).

8.1 O modelo português

O Código Civil português de 1966 trouxe a previsão, inserida no regramento dos vícios do negócio jurídico, da *incapacidade accidental*. Cuida-se ali do reconhecimento de uma situação transitória do agente, que impossibilita a formação de vontade hígida, distinta das hipóteses que a lei refere como conducentes à interdição: a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou a cegueira.

Como a inabilitação, que se “reporta a determinados actos ou categorias de actos”, o reconhecimento da incapacidade accidental não assenta seja o agente incapaz para a prática dos atos da vida civil em geral (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 425).

A determinação topográfica da disposição, fora do regime geral da capacidade decorre, segundo Mota Pinto, de “o facto de não se tratar de uma situação permanente do indivíduo, mas antes de um desvio no processo formativo da sua vontade em relação às circunstâncias normais de seu processo deliberativo” (MOTA PINTO, 1999, p. 535).

Confirmada a verificação de incapacidade na prática do ato – mesmo que esta já não subsista – esse pode ser anulado se a perturbação psíquica era notória. Além da tutela dos interesses do alienado pela salvaguarda da plenitude de suas faculdades mentais, procura-se também preservar os interesses do declaratório.

Observe-se que, por medida de política legislativa, a cessação da validade do ato se sujeita a outros requisitos, e não somente à verificação da incapacidade do agente. A análise da notoriedade baseia-se no requisito da “cognoscibilidade por uma pessoa média, colocada na posição concreta do declaratório” (MOTA PINTO, 1999, p. 535). Os ditames da segurança jurídica acabam por fazer prevalecer o negócio, em detrimento da nulidade que habitualmente é atribuída aos atos dos incapazes.

Há, então, abrandamento da proteção concedida ao doente mental: mesmo se reconhecida essa situação quando da atuação negocial, pode o ato não ter cassada sua validade. Ou seja, perde força a tutela rígida e inflexível da incapacidade.

O tratamento da incapacidade accidental apresenta-se, assim, diferenciado daquele dispensado às incapacidades, extravagante e circunstanciado.

Importa, porém, que a projeção especular desse regramento aponta para a análise circunstanciada da incapacidade, o que em muito facilita a aceitação da validade dos atos praticados em intervalos lúcidos, em favor, então, da transcendência do ato do doente mental.

Mais preciso foi o legislador alemão, que o precedeu, ao dispor como regra geral no BGB que “É também nula uma declaração de vontade que for feita em estado de

inconsciência ou de passageira perturbação do intelecto” (§ 105.2). A generalidade do tratamento garante, ali, que a *nulidade da declaração de vontade* independa da concorrência de outros requisitos. Desse modo, reforça-se a análise circunstanciada da capacidade, que melhor pode atender à demanda social.

Nesse mesmo sentido ampliativo é a disposição do Código Civil brasileiro, com redação determinada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao estabelecer que “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III).

8.2 O modelo alemão

No início da última década do século XX, após longa discussão, operou-se no direito alemão a mais radical ruptura no tratamento da capacidade dos doentes mentais. Pela *Betreuungsgesetz*, de 12 de setembro de 1990 e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992, foi abolido daquele ordenamento jurídico o instituto da interdição dos maiores, fazendo-o substituir pelo regime da *orientação* (*Betreuung*).

Não há equivalência precisa em língua portuguesa à palavra alemã. Exemplificativamente, a doutrina tanto se refere a “orientação” (VILLELA, 1999, p. 24), “acompanhamento” (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 413) ou “assistência” (NAPOLI, 1995, p. 541).

Esse é o modelo que, *de lege ferenda*, poderia inspirar o legislador brasileiro na atualização dos institutos, uma vez verificada a lacuna decorrente da revogação ampla da interdição pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Pela reforma, deixam de ser incapazes os interditados – como antes previa o BGB (§ 104.3) – e institui-se um regime de acompanhamento e cuidado em favor daqueles sem o completo domínio de suas faculdades psíquicas.

A mais notável consequência dessa nova configuração é nominal, afastando-se todo o estigma associado à *interdição*. Tem-se na *Betreuung* “um novo instituto jurídico mais flexível, que visou pôr termo à discriminação anterior” (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 414). Em língua alemã, *orientar* (*betreuen*) tem sentido próprio, de “tratar de alguém, preocupar-se com alguém, cuidar de alguém” (WAHRIG, 2000, p. 266). É esse o rescaldo cultural que apoia a nova nomenclatura, notadamente menos pejorativa da condição do incapaz.

A *orientação* é, conforme assinala Emilio Vito Napoli,

“[...] instituto particularmente ágil para proteção do incapaz em uma ótica de superação do esquema rígido de enquadramento da enfermidade mental e com uma aproximação mais humana verso ao sofrente psíquico, diverso da aproximação tradicional que se resolve em um substancial isolamento do sujeito” (NAPOLI, 1999, p. 539).

Convém, antes de ingressar no domínio do regramento próprio da *Betreuung*, indicar como lá ficou o regime geral de incapacidade. O §104 do BGB, sob a rubrica de *Incapacidade negocial*, dispõe serem incapazes os menores de sete anos (1) e “quem se encontra em um estado de perturbação patológica do intelecto, excluída a livre determinação da vontade, a não ser que esse estado seja de natureza passageira” (2).

Por “livre determinação da vontade”, deve ser entendida a “necessária disposição do espírito para a formação normal da vontade”. A “natureza passageira” não é considerada sob o aspecto da possibilidade de cura, mas dos “estados que, segundo a experiência, são de breve duração”, como a febre, o estado hipnótico, a embriaguez com perda de sentido ou o delírio intermitente (ENNECCERUS; NIPPERDEY, 1947, p. 377).

Assim, sem que haja a previsão de incapacidade contínua decorrente da interdição, senão da idade, a declaração de invalidade dos atos jurídicos em decorrência da condição mental de seu realizador dependerá, necessariamente, da averiguação concreta daquela determinada relação negocial. Como prescreve o BGB, “é também nula uma declaração de vontade que for feita em estado de inconsciência ou de passageira perturbação do intelecto” (§105 (2)).

A *flexibilidade* é a marca primordial da *Betreuung*, já que não há a determinação da interdição como sanatória geral – e por vezes irreal – da atuação social do alienado mental. Pelo contrário, a nova legislação alemã busca amparo na realidade e não se furta à tentativa de regular os riscos; não mais pela ilusão de segurança forte da interdição, mas por meio de “esquemas descentralizados de segurança social, em estreita cooperação com as autoridades judiciárias” (MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 414).

Em síntese, João Baptista Villela qualifica o instituto como “[...] uma reação muito menos radical à situação da pessoa incapaz de agir, e ao mesmo tempo muito mais plástica e adaptável a acompanhar os seus movimentos e sem eliminar suas intervenções pessoais sempre que isso for possível” (VILLELA, 1999, p. 24).

A conformação de um modelo mais amplo de cuidado, não baseado no conceito estreito de perturbação mental, poderá também servir ao resguardo dos interesses da população envelhecida, principalmente nas sociedades pós-industriais, em que se verifica progressiva diminuição dos membros do núcleo familiar.

Um dos reflexos dessa flexibilidade é a possibilidade de diversidade de orientadores, em atenção ao melhor interesse do orientado no tratamento de suas necessidades (BGB, § 1899, (1)1: “A tutoria pode ser dada a vários orientadores, quando os problemas do orientado possam ser assim melhor tratados”). Outro é a legitimação do incapaz para requerer um orientador para si, quando se revela, paradoxalmente, a clareza do agir e a sua justificativa problemática (BGB, § 1896, (1)2. “O incapaz também pode fazer o requerimento”). Nessas situações, é o próprio incapaz que percebe e reconhece suas limitações e busca o auxílio oferecido pelo instituto jurídico.

Sem alteração de sentido, a *Betreuung* assenta-se no princípio da necessidade (*Erfordelichkeitsprinzip*), para que mesmo essa medida não extrapole os limites do que seja preciso e acabe por invadir a esfera preservada de autodeterminação do sujeito acompanhado (BGB, § 1896, (2): “Um orientador somente pode ser dado para atividades de alta roda, nas quais o acompanhamento for necessário”). Não há mais que se cogitar da apuração do grau da perturbação para se fixar a medida jurisdicional cabível; a sentença que determinar a orientação vai estabelecer os limites dessa e quando a intervenção do orientador se fará necessária. Os atos sujeitos à orientação serão provisoriamente ineficazes, enquanto não houver o consenso do orientador (NAPOLI, 1999, p. 539-540).

9 Conclusão

A aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe inúmeras inovações ao direito brasileiro. No âmbito deste artigo, cuidou-se de avaliar os impactos da alteração legislativa no âmbito da teoria das incapacidades.

Como regra geral, o sistema vigente aboliu a figura dos maiores absolutamente incapazes, tratando como relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III, Código Civil).

A despeito do caráter francamente inclusivo e não discriminatório, não cuidou o legislador de atribuir regime jurídico coerente a essas situações. Assim, permanece a possibilidade de interdição, mas, agora, de pessoas relativamente incapazes.

Verifica-se, portanto, a necessidade de alteração legislativa para dotar o sistema de maior integridade.

Por outro lado, ausente a reforma legislativa, impõe-se a utilização dos instrumentos disponíveis, com a realização de curatelas que explicitem o âmbito de atuação dos responsáveis, presumindo-se que o assistido possa praticar todos os atos cuja realização não tenha sido transferida ao curador.

Referências bibliográficas

- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. V. 1, t. 1, 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Derecho Civil*. Trad. por Blas Pérez González y José Alguer, t. 1, v. 1. Barcelona: Bosch, 1947.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina Legal*. V. 2, 11. ed. Belo Horizonte – São Paulo: Itatiaia – Martins, 1980.
- GOZZO, Débora. *O procedimento de interdição*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Les personnes: la protection des mineurs e des majeurs*. 4. éd. Paris: Defrénois, 2009.
- MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? *Human Rights Quarterly*. Baltimore, v. 30, n. 2, May 2008:494-516.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. V. 1, t. 3. Coimbra: Almedina, 2004.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. actual. [S. l.]: Coimbra Editora, 1999.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Valor dos Actos Jurídicos dos Dementes. *Revista de Direito e Estudos Sociais*. Coimbra, v. 12, n. 1-2, 1965:5-61.
- NAPOLI, Emilio Vito. La *Betreuungsgesetz*. Dagli *Status* alla Flessibilità nel Sistema di Protezioni degli Incapaci nella Repubblica Federale di Germania. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, a. 41, n° 4, p. 1, lug.-ago. 1995:539-545.
- PERLINGIERI, Pietro; STANZIONE, Pasquale. *Persone Fisiche*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 3. ed. riv. ed agg. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil [Profilli del diritto civile, 3. ed.]*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; SAVATIER, René. *Traité pratique de droit civil français: les personnes*. T. 1, 2.nd. éd. Paris: LGDJ, 1952.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. 56, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, a. 3, v. 6, 2016:37-54.

ROSENVOLD, Nelson. *O Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

VILLELA, João Baptista. Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto de Novo Código Civil. *Revista CEJ*. Brasília, nº 9, dez. 1999:21-24.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca de precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982:251-266.

VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010:355-368.

WAHRIG, Gehard. *Deutsches Wörterbuch*. 7. Aufl. Gütersloh – München: Bertelsmann Lexikon Verlag, 2000.