

PELO FIM DO REGIME DAS INCAPACIDADES
FOR THE END OF THE INCAPACITY REGIME

Igor de Macedo Félix*
César Fiuza**

RESUMO: O presente artigo faz uma análise crítica da possibilidade do fim do regime das incapacidades no Direito Brasileiro e da adoção do modelo do apoio em seu lugar. As alterações introduzidas pela Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxeram significativos impactos no regime das incapacidades. Enorme celeuma doutrinária se formou com reconhecimento da capacidade civil plena às pessoas com deficiência. Surge confusão entre os limites da representação e da assistência. Houve o advento do modelo protetivo da tomada de decisão apoiada, como mecanismo facultativo aos deficientes com plena capacidade, carecedores de cuidado ou de proteção. Essa nova sistemática, à luz do Direito alemão, parece aplicável a todas as pessoas sem que seja necessário recorrer ao antigo modelo das incapacidades. Abre-se a possibilidade para o fim desse modelo. A metodologia de análise consiste num exame crítico do sistema das incapacidades no Direito brasileiro, tendo em vista a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil, bem como a doutrina civil e constitucional, quanto aos aspectos da capacidade civil e a tomada de decisão apoiada.

Palavras-chave: Incapacidades; estatuto; pessoas; deficiência.

ABSTRACT: This article makes a critical analysis of the possibility of ending the incapacity regime in Brazilian law and of adopting the support model in its place. The changes introduced by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Disabled Persons Statute have brought significant impacts to the disability regime. Enormous doctrinal boom was formed with the recognition of full civilian capacity for people with disabilities. There is confusion between the limits of representation and assistance. There was the advent of the protective model of supported decision making, as an optional mechanism for the disabled with full capacity, in need of care or protection. This new system, in the light of German law, seems to apply to all persons without the need

* Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público e pela Universidade FUMEC. Advogado.

** Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular na Fundação Mineira de Educação e Cultura (Universidade FUMEC). Professor colaborador na FADIPA.

for recourse to the old model of incapacity. It opens the possibility for the end of this model. The analysis methodology consists of a critical examination of the disability system in Brazilian law, in view of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Statute of the Person with Disabilities, the Civil Code, as well as civil and constitutional aspects of civil capacity and supported decision-making.

Key-words: Incapacity; statute; persons; disability.

1. INTRODUÇÃO

Pessoa é todo ente ao qual o ordenamento jurídico confere personalidade, assumindo, em consequência a posição de sujeito de direitos. Num sentido civil-constitucional, “ser pessoa significa, em concreto, poder ser sujeito das inúmeras relações jurídicas, sempre dispondo de uma proteção básica elementar, tentando promover sua inexorável dignidade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 177)

No nosso ordenamento, vale dizer, são dois os sentidos de pessoa: natural (pessoa humana/física) e jurídico (pessoas jurídicas/coletivas/abstratas). Para o presente trabalho, importa-nos tão só a pessoa natural, que pode ser definida, em linhas gerais, como “o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana [...] que pode assumir obrigações e titularizar direitos”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 314)

Enquanto sujeito de direito, todo ser humano detém personalidade, bem como os direitos dela decorrentes, denominados direitos da personalidade. A personalidade, em si, consiste na “aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 179) É, portanto, intrínseca à condição humana, merecendo proteção. Além disso, abarca não apenas a dimensão individual, como também a dimensão social do ser humano, dimensões estas indissociáveis e imprescindíveis à dignidade.

A personalidade jurídica é dotada de atributos, dentre eles, a capacidade. Esta, em termos genéricos, consiste na aptidão inerente a toda pessoa de ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações (FIUZA, 2015, p. 163).

São duas as espécies de capacidade, a de direito e a de fato ou de exercício. Enquanto a primeira consiste num mero potencial, que todos possuem, a segunda é um poder efetivo, reservado, em tese, aos maiores e emancipados.

A capacidade de direito, assim como a personalidade, não comporta gradações. É, portanto, sobre a capacidade de fato que incide o regime das incapacidades. Por outros termos, é em relação a elas que as pessoas podem ser absolutamente incapazes, relativamente incapazes ou plenamente capazes.

Essas gradações, na vigência do Código Civil de 2002, antes das alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se pautavam pelo critério do discernimento. Com base nele, absolutamente incapazes eram as pessoas nas quais se constatava ou se presumia ausência de discernimento. Nesse sentido, admitiam-se como tais os menores de 16 anos (critério etário, que também se baseia numa presunção de ausência de discernimento), bem como doenças mentais graves, temporárias ou não. Os relativamente incapazes, por sua vez, eram aqueles que apresentavam discernimento reduzido. Adotava-se também um critério etário, quando se presumia essa redução (maiores de 16 e menores de 18 anos). Outro critério, também vinculado a uma presunção de discernimento reduzido, era o cultural, no caso dos indígenas. Além desses, havia os doentes mentais.

O regime das incapacidades adotou esses critérios até janeiro de 2016, quando entra em vigor o Estatuto das Pessoas com Deficiência. Atendendo aos propósitos da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência (2009), incorporada ao nosso ordenamento por meio de Emenda Constitucional, várias alterações foram promovidas no regime das incapacidades, gerando impactos profundos e várias incongruências insanáveis. Dentre as mudanças, destacaram-se não só o reconhecimento da plena capacidade às pessoas com deficiência mental (as portadoras de deficiência física já eram consideradas capazes), como também a regulamentação do instituto da tomada de decisão apoiada.

Em que pese os avanços promovidos, as mudanças trouxeram também incoerências, gerando enormes divergências doutrinárias. Tem-se apontado, principalmente, para a desproteção das pessoas com deficiência mental, por força do reconhecimento de sua plena capacidade. Todavia, parece haver indícios da inauguração de uma nova abordagem das incapacidades, não só quanto às pessoas com deficiência, mas quanto a todas as pessoas, na medida em que o critério do discernimento foi posto em xeque. Nesse sentido, estar-se-ia sinalizando para uma complexa transição de modelos de proteção à pessoa, cujo pressuposto seria o reconhecimento da plena capacidade de fato a todos, independentemente de seu discernimento.

A metodologia de trabalho adotada no presente artigo consiste na análise crítica do texto legal, confrontando-o com a tessitura constitucional, para que, por fim, se possa verificar se é possível o fim das incapacidades.

2. TEORIA DAS INCAPACIDADES

2.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA CAPACIDADE CIVIL

Conforme mencionado, a capacidade é um atributo da personalidade. Ela “envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 330) Reconhecida a todas as pessoas (naturais ou jurídicas), divide-se em capacidade de direito (de gozo) e capacidade de fato (de exercício).

A capacidade de direito consiste na “aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 331) Decorre da própria condição de pessoa. Ela se confunde com a personalidade, sendo do mesmo modo absoluta e inerente à pessoa humana, acompanhando-a desde o seu nascimento com vida. Trata-se de um direito fundamental e, assim, independente de idade ou estado de saúde, ressaltando-se que, por ser absoluta, não comporta graduações.

Já a capacidade de fato é a “aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil”, (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 331) ou seja, “a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 331) Tradicionalmente não é conferida a qualquer pessoa, sendo passível de graduações a partir de critérios postos, os quais, hoje, são precisamente a idade e o estado de saúde. Estes, em última instância, se ligam à ideia de discernimento. É justamente sobre a capacidade de fato que incidem as incapacidades, atribuindo-lhe graduações e efeitos, sobretudo de ordem patrimonial e, por vezes, de ordem existencial. Todavia, advertem Farias e Rosenvald (2017, p. 332) que, a partir de um viés de Direito Civil-Constitucional, centrado nas garantias constitucionais:

Todas essas considerações distintivas entre a capacidade de fato e a capacidade de Direito somente se justificam [...] para o exercício de direitos patrimoniais [...] Essa distinção [...] não mais tem guarida quando se tratar de relações jurídicas existenciais, como no exemplo dos direitos da personalidade. Quanto aos interesses existenciais, é certo e indubitado que qualquer pessoa humana – maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício – pode exercê-los e

reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade.

Em síntese, de um lado, há a capacidade de direito que, por ser inerente a toda pessoa, jamais sofre limitação, seja em virtude da idade ou de estado de saúde. De outro lado, há a capacidade de fato, susceptível a gradação.

2.2 TEORIA DAS INCAPACIDADES E O TRADICIONAL MODELO DA SUBSTITUIÇÃO

2.2.1 BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS

A teoria das incapacidades, como posta, em linhas gerais, no Código Civil de 2002, cuida das hipóteses de ausência ou, por outro aspecto, de gradação da capacidade de fato. Em termos históricos, ela enfrentou, no Brasil, uma conturbada trajetória, marcada por frustradas tentativas de implementação. Embora seu surgimento na doutrina brasileira date do século XIX, idealizada pelo baiano Augusto Teixeira de Freitas, sua efetiva adoção no ordenamento jurídico pátrio veio somente com o Código Civil de 1916, de Clóvis Beviláqua, após algumas vãs tentativas de codificação.

A teoria foi erigida com um sentido manifesto de proteção à pessoa, embora na prática, por vezes, tenha demonstrado feições estigmatizantes, como no conhecido exemplo da utilização do termo genérico “loucos de todo gênero”.

Beviláqua, jurista à frente do CC/1916, responsável pela introdução da teoria das incapacidades no Direito brasileiro, inspirou-se nas ideias de Freitas. Tal como para este, a capacidade de fato (capacidade de agir) se dividia em absoluta e relativa. Ocorre que a diferença entre elas, para Beviláqua, era determinada pela intensidade (nenhum ato e alguns atos/certo modos de praticá-los), diferentemente de Freitas. Na classificação por ele adotada, conforme esclarece Carvalho (2016):

os absolutamente incapazes eram aqueles que presumidamente não tinham nenhum discernimento para a prática por si dos atos da vida civil, enquanto os relativamente incapazes eram aqueles que tinham o discernimento incompleto. (CARVALHO, 2016, p. 24)

De se notar, assim, que, desde sua adoção, o discernimento apareceu como um elemento central, embutido na ideia de capacidade de fato e na sua gradação.

Com a vigência do Código Civil de 2002, a essência dessa lógica perdurou. O grau de discernimento continuou dando a tônica do regime das incapacidades, servindo de critério para a divisão das incapacidades em absoluta e relativa, em que pese as alterações ocorridas nas hipóteses de incapacidade (rol legal) no decorrer do tempo. O necessário suprimento da incapacidade, num e noutro caso, difere, de modo que, no primeiro, há representação, e, no segundo, assistência.

2.2.2 CARACTERÍSTICAS DO REGIME DAS INCAPACIDADES

A capacidade civil plena é sempre a regra, enquanto a incapacidade é medida excepcional. Aquela consiste precisamente na capacidade reconhecida aos dotados simultaneamente da capacidade de direito e da capacidade de fato, sendo que esta pressupõe aquela. Noutras palavras, significa a “efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 330) Garante-se, assim, a possibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil, sejam eles existenciais ou patrimoniais.

Em relação às incapacidades, a concepção tradicional da teoria se baseou na ideia de que há fatores, tais como a deficiência, a idade, doença ou uso de substâncias psicoativas que afetam (presumidamente) ou podem afetar (concretamente), total ou parcialmente, o discernimento de uma pessoa. Nessas hipóteses, haveria vulnerabilidade, o que poderia redundar em prejuízos de toda ordem, sobretudo patrimoniais. Diante disso, reconheceu-se a necessidade de mecanismos que fossem capazes de proteger essas pessoas, e que também fossem adequados à qualidade da sua vontade. Chegou-se, assim, à medida de limitação da prática de determinados atos da vida civil e da substituição da vontade, como meios para atender a tais propósitos.

Na lavra de Maria Helena Diniz (2008, p. 149), a incapacidade consiste justamente na “restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra”. Vale ressaltar, conforme a lição de Sílvio Rodrigues (2002, p. 39) que ela “é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”, direta e pessoalmente.

Quanto ao incapaz, ele é (ao menos, em tese, como se verá) aquele que não possua “o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente

capacitadas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 333) Consagrado nos arts. 3º e 4º do Código Civil, o regime das incapacidades apresenta duas hipóteses: incapacidade relativa e incapacidade absoluta.

As pessoas que se amoldam a essas hipóteses têm sua vontade suprida por um terceiro, que atua na condição de representante ou assistente. Sem intermediação, os atos que vierem a ser praticados pelo incapaz serão, sem adentrar maiores controvérsias, reputados nulos ou anuláveis, respectivamente.

Cumpra advertir que, por limitar o exercício da vida civil, a incapacidade repercute necessariamente na liberdade da pessoa. Sendo a liberdade um direito fundamental, na dicção constitucional, jamais poderia ser restringida injustificadamente. Daí porque ser taxativo o rol das hipóteses de incapacidade, que consta dos arts. 3º e 4º do Código Civil. Cumpra ao Direito positivo, portanto, fixar expressamente as hipóteses objetivas de restrição da capacidade, sendo inadmissíveis quaisquer outras além delas.

2.2.2.1 A INCAPACIDADE ABSOLUTA, A RELATIVA E O MODELO DE SUBSTITUIÇÃO

Os “absolutamente incapazes são aqueles que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, a sua manifestação de vontade”. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 333) Assim, em tese, “encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 49)

Por conta dessa impossibilidade, veda-se o exercício pessoal de atos da vida civil pelo absolutamente incapaz, fazendo-se necessária a sua representação para sua prática, de sorte que um representante (pais, tutor ou curador) age em nome dele. Sem a representação, o ato será reputado nulo, não gerando nenhum efeito jurídico, ou seja, haverá nulidade absoluta.

Hoje, no sistema do Código Civil (art. 3º), após a emergência do EPD, são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, cuja incapacidade é presumida, isto é, não precisa ser decretada judicialmente. A incapacidade absoluta, portanto, é definida somente com base nesse critério etário, tendo desaparecido as hipóteses de maiores absolutamente incapazes, tal como previsto anteriormente nos incisos II e III do referido artigo.

Quanto aos relativamente incapazes, trata-se daquele que “praticam o ato jurídico juntamente com o seu assistente (pais, tutor ou curador), sob pena de anulabilidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 60). Consiste, assim, numa hipótese intermediária

entre a plena capacidade e a incapacidade absoluta, na qual a vontade da pessoa é reconhecida na prática de atos da vida civil. Estes produzirão efeitos até que sobrevenha uma decisão judicial que decrete a invalidade. Destaque-se que a vontade do relativamente incapaz é levada em conta, apesar de não gozar de total capacidade de discernimento e autodeterminação. Vale asseverar, nesse sentido, que:

No que tange ao relativamente incapaz, o sistema jurídico não ignora a sua vontade. Ao revés. Leva em conta a sua manifestação volitiva, desde que regularmente assistido, na forma da legislação pertinente. Assim, os atos praticados pelo relativamente incapaz exigem não apenas a presença do assistente, mas, por igual, a sua própria intervenção, como condição de validade (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 345)

Existindo divergência entre a vontade do incapaz e a do assistente, sobretudo em questões de cunho patrimonial, em princípio, prevalecerá a vontade do assistente, o que remete à ideia de substituição da vontade. Isso não ocorrerá caso o juiz, ouvido o Ministério Público, entenda de modo diverso.

No rol dos relativamente incapazes do art. 4º do Código Civil, figuram hoje os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (inciso I), os ébrios habituais e os viciados em tóxico (inciso II), aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inciso III) e os pródigos (inciso IV). A capacidade dos indígenas, cabe dizer, é regulada por legislação especial.

A pessoa que apresente concretamente ausência completa de discernimento foi excluída do rol dos absolutamente incapazes, bem como aqueles que por causa transitória não possam exprimir sua vontade. Por obra do EPD, fundou-se uma nova sistemática normativa relativa à deficiência, visando atender às diretrizes traçadas pela CDPD (Convenção Sobre o Direito das Pessoas com Deficiência). Nesse sentido, estabeleceu-se a ideia de que a pessoa com deficiência, ainda que apresente completa ausência de discernimento, jamais estará impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade. Daí porque, em qualquer hipótese, ela será, no máximo, reputada relativamente incapaz.

Em suma, os plenamente capazes gozam da possibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil (existenciais e patrimoniais), enquanto incapazes figuram nas relações jurídicas por meio de terceiros (representantes ou assistentes).

Em apertada síntese, esse é o modelo da substituição. No intuito de proteger os incapazes, sua vontade é substituída pela vontade daqueles que os representem ou os assistam.

A teoria das incapacidades, até o Estatuto da Pessoa com Deficiência, predominou de modo absoluto, sem muita flexibilidade. Com as alterações promovidas nos arts. 3º e 4º do Código Civil e com as alterações introduzidas pelo referido Estatuto, não só a lógica da teoria foi substancialmente alterada, como também se abriu uma nova abordagem da capacidade civil, principalmente pela influência de dois fatores: o reconhecimento da plena capacidade das pessoas com deficiência (art. 84, EPD) e o estabelecimento do modelo de tomada de decisão apoiada.

3. O MODELO DO APOIO

Tradicionalmente, no Brasil, o modelo de proteção, quanto à prática de atos da vida civil, destinado às pessoas com deficiência, que apresentassem comprometimento no discernimento (total/parcial) era a curatela, que se instituíria por meio de uma ação de interdição. Na prática, estabelecia-se em juízo um curador que assistisse ou representasse o deficiente.

Com o advento do EPD, alterou-se essa lógica. Reconhecida a plena capacidade civil das pessoas com deficiência, a incapacidade tornou-se excepcional, reduzida apenas aos casos de impossibilidade de expressão da vontade. A hipótese de comprometimento parcial do discernimento da pessoa com deficiência passou a não ser mais tratada como causa de incapacidade relativa, mantendo-se a sua plena capacidade civil. Entretanto, diante dessa peculiar situação, por uma questão de igualdade substancial, fez-se necessária a criação de um instrumento que incrementasse o exercício da capacidade pelas pessoas com deficiência, surgindo assim a tomada de decisão apoiada.

Diferentemente dos institutos centrados na substituição da vontade, a tomada de decisão apoiada trabalha com a premissa da plena capacidade da pessoa. No Brasil, inspirado nos modelos italiano e argentino, o instituto, consagrado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), buscou materializar as diretrizes traçadas pela Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, incorporado em nosso ordenamento com status de norma constitucional, sobretudo aquelas delineadas nos seus artigos 12.2 e 12.3.

O apoio é um instituto de jurisdição voluntária, de iniciativa do próprio apoiado, que atua conjuntamente com os apoiadores, na prática de certos atos da vida civil. Nele, a vontade do apoiado jamais pode ser desconsiderada, isto é, nunca será substituída pela vontade dos apoiadores. Consoante o art. 1.738-A do Código Civil:

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

No termo que a estabelece, deverá constar necessariamente a fixação dos limites do apoio, isto é, a delimitação dos atos sobre os quais ela incidirá, bem como o prazo da sua vigência. Na análise do pedido, o juiz deve ouvir não só o Ministério Público, como também uma equipe multidisciplinar.

O estabelecido no acordo de tomada de decisão apoiada tem validade e gera efeitos perante terceiros, sem restrições. Com isso, pode o terceiro exigir contra-assinatura dos apoiadores nos negócios jurídicos que venham a ser firmados com o apoiado para lhes assegurar a validade.

Excepcionalmente, nas hipóteses que envolvam risco financeiro e que haja desacordo entre os apoiadores, incumbirá ao juiz, ouvido o Ministério Público, decidir.

Outrossim, havendo negligência ou excesso dos apoiadores, tanto o apoiado, quanto qualquer pessoa pode apresentar denúncia ao Ministério Público. Caso seja reconhecida a procedência do pedido, o apoiador poderá ser destituído e responsabilizado.

A destituição também poderá ocorrer se o apoiado assim quiser, haja visto lhe ser assegurado findar o acordo de tomada de decisão apoiada qualquer tempo. Por outro lado, pode o apoiador também solicitar a destituição, pedido este que deverá ser apreciado pelo juiz. Por fim, tal como na curatela, o apoiador deverá prestar contas anualmente e ao final.

Como se nota, na tomada de decisão apoiada, estabelece-se um apoio à prática de atos da vida civil, no qual a vontade do apoiado é determinante e não fica sujeita ao alvedrio de terceiro. Por essa razão, o apoio tornou-se medida prioritária, em detrimento da alternativa de substituição, ou seja, da curatela, para os deficientes que busquem algum tipo de proteção e cuidado, tendo em vista sua situação de eventual vulnerabilidade. Seja como for, a vontade do apoiado dita o processo do apoio e não pode ser substituída pela vontade dos apoiadores.

Em alguns países, como na Alemanha, porém, admite-se excepcionalmente a substituição da vontade por meio da assistência ou representação no bojo do apoio. Isso ocorre nos casos em que a pessoa se encontra impossibilitada de manifestar sua vontade por causa temporária ou permanente. A razão é que na Alemanha foi extinto o instituto da curatela. (LIEßFELD, 2012, p. 75)

De um modo geral, acredita-se que, por haver no instituto do apoio uma notável priorização da autonomia da pessoa, mormente da pessoa com deficiência, ele seria o que melhor se ajustaria ao direito fundamental à capacidade civil, corolário da personalidade digna.

Em resumo, no Brasil, hoje, convivem dois modelos distintos de proteção aos incapazes: o modelo de substituição (tutela/curatela/representação ou assistência dos pais) e o modelo da tomada de decisão apoiada.

4. AS INCOERÊNCIAS DO NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES

O sociólogo Zygmunt Baumann cunhou a expressão “modernidade líquida” para se referir ao estágio atual da sociedade, sintetizando metaforicamente o seu caráter extremamente fluido, fugaz e complexo, capaz de derreter boa parte daquilo que outrora fora sólido.

Numa linguagem baumanniana, poder-se-ia dizer que, no Direito brasileiro, há também o que se liquefaz; a exemplo, a teoria das incapacidades. Reformulada pelo advento da CDPD (2009) e do EPD (2015), seus novos contornos têm sido alvo de impasses na comunidade jurídica, sobretudo ao estabelecer a convivência entre distintos modelos protetivos da pessoa com deficiência: o modelo do apoio e o modelo da substituição.

A celeuma atual gravita basicamente em torno de dois pontos: a efetividade do novo tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência, baseado no reconhecimento da sua capacidade civil plena, e, por força disso, a própria sustentação do regime das incapacidades nesse novo cenário.

A capacidade civil, notadamente, ocupa o centro da controvérsia. Hoje, como salientado, as pessoas que, por razão de deficiência ou doença, apresentem ausência completa de discernimento, por causa temporária ou permanente, já não mais podem ser consideradas absolutamente incapazes, como antes. Foram retiradas desse rol (art. 3º, Código Civil), considerando-se, agora, relativamente incapazes (art. 4º, Código Civil).

Com isso, pelo menos em tese, aboliu-se a interdição total das pessoas sem discernimento. Não seria possível mais, a princípio, nomear-lhes representante, isto é, quem lhes substituísse por completo a vontade, agindo em seu nome. O suprimento da vontade pode dar-se, agora, apenas por meio da assistência e, ainda assim, estritamente em relação às questões patrimoniais, jamais em relação às existenciais.

Muitos advertem que, nesse ponto, a reforma foi infeliz por ir contra a realidade. Nas situações em que haja ausência completa de discernimento, como no estado de coma, é

inevitável a interdição total, não havendo alternativa à substituição completa da vontade do comatoso. É imprescindível, nesse caso, a atuação de alguém, que faça as vezes da pessoa nesse estado, dada sua impossibilidade de praticar qualquer ato, seja patrimonial, seja existencial. Este seria o único modo de resguardar sua proteção e garantir sua dignidade. Apesar disso, se um indivíduo em coma for interditado, será necessariamente considerado relativamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador, muito embora, na sentença, ao fixar os deveres e os limites da curatela, o juiz não terá outra opção que não a de considerar o curador representante desse incapaz. A assistência, nesse caso, seria inviável. Ora, que incapacidade relativa é essa, em que o incapaz não tenha sua vontade levada em conta, em que seja representado em todos os atos da vida civil, inclusive nos de caráter existencial? Essa é uma primeira incongruência, que se evidencia a uma leitura, mesmo que superficial, do Código Civil. Acrescente-se que se criou uma categoria de absolutamente incapazes chamados de relativamente incapazes, visto que a representação, mecanismo próprio da incapacidade absoluta, seria estabelecida no bojo da incapacidade relativa.

A situação é, evidentemente, paradoxal. Em hipóteses de ausência de discernimento, portanto, a representação e não a assistência, como bem quer o EPD, é que seria aplicada ao relativamente incapaz. Impossível seria não o representar, inclusive para atos existenciais, a menos que lhe abandonassem à própria sorte, o que é totalmente incompatível com a noção de dignidade. Isso, por óbvio, descaracteriza a assistência.

Curioso notar que, pela nova sistemática, pelo menos de um ponto de vista jurídico-formal, a pessoa com ausência completa de discernimento será considerada como dotada de discernimento, mesmo que, factualmente ou fisiologicamente, não o detenha. Com isso, o pressuposto do discernimento, como fundamento para as hipóteses de incapacidade parece mesmo ter sido abandonado.

Tudo isso impacta, logicamente, nas demais hipóteses de incapacidade. Todas as hipóteses de incapacidade, em última instância, seja o caso dos menores de dezesseis anos, ainda considerados absolutamente incapazes pelo critério etário, seja as demais hipóteses de incapacidade relativa, têm como pano de fundo, quer se queira ou não, a aferição do discernimento.

A manutenção dos menores de dezesseis anos no rol dos absolutamente incapazes é especialmente problemática, sobretudo por desconsiderar o seu discernimento. Quanto às razões pelas quais são inseridos nesse rol, esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 113) que:

O Código Civil de 1916 inovou, fixando em 16 anos, para as pessoas dos dois sexos a idade limite da incapacidade absoluta. Ponderou BEVILÁQUA, a propósito, que não se deve ter em vista, nesse caso, a aptidão para procriar, mas o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida social. O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir essa idade, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores.

No mesmo sentido é a cátedra de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Senão, vejamos:

[...] o sistema jurídico estabeleceu com base em estudos científicos, essa faixa etária em razão do critério baseado na compreensão da realidade, entendendo o legislador faltar maturidade suficiente para manifestar a vontade a esse grupo de pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 344)

Efetivamente, pode-se criticar a ideia de se retirar o discernimento aos menores de dezesseis. Alerta-se ainda para mudança no critério de aferição da capacidade com o ECD, em que pese não ter havido o abandono da ausência de discernimento. A falta de discernimento não foi abolida. A manutenção dos menores de dezesseis anos nessa categoria só se justifica por essa razão. O que se pode criticar é que o discernimento da criança e do adolescente, a partir de certa idade não é inexistente, mas reduzido.

Indo além, Quintella (2016, p. 29) sustenta que, em razão das mudanças ocorridas, houve o esvaziamento do referencial teórico da teoria das incapacidades. Nesse sentido, esclarece ele que:

o fato de as pessoas que não podem exprimir sua vontade passarem para o rol das pessoas relativamente incapazes não permite mais dizer que o critério é o discernimento presumidamente reduzido ou incompleto. Não se compreende, pois, a partir de agora, as causas de incapacidade absoluta e relativa.

Nessa esteira, ele acrescenta ainda que os efeitos da teoria também deixaram de fazer sentido, na medida em que o novo modelo não fornece uma explicação para a efetivação da medida da assistência para quem não possa manifestar sua vontade, visto tratar-se de instituto que depende desta. Houve, ainda, segundo ele, ao se considerar plenamente capazes as pessoas com o discernimento reduzido, a perversão do conceito de capacidade civil plena, que

pressupõe discernimento pleno, entendendo, por fim, ter sido retirada das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento lhe garantia.

Do exposto, nota-se que, inevitavelmente, abalou-se o sistema das incapacidades, propriamente nos institutos da representação e da assistência. Seus limites, antes percebidos com relativa clareza, hoje se mostram confusos, surgindo figuras estranhas aos operadores do Direito, como bem traduz a questão da pessoa em coma. Com isso, apesar dos louváveis avanços, o ECD também introduziu um quadro de grande insegurança jurídica, quanto à proteção para a prática de atos da vida civil. Isso sem se esquecer dos prejuízos decorrentes da fluência de prazos prescricionais em desfavor daqueles que antes eram considerados absolutamente incapazes.

5. UMA FRESTA RUMO À TRANSIÇÃO DE MODELOS PROTETIVOS

Diante dessa problemática, um caminho talvez seria a superação do modelo de substituição. O tema, porém, não é pacífico. Se, por um lado, há aqueles que julgam ser necessário o retorno aos moldes tradicionais da teoria das incapacidades (p. ex. Projeto de Lei nº 757/2015), em nome da proteção às pessoas com deficiência, por outro lado, há outros que advogam a convivência dos modelos protetivos (apoio e tutela/curatela), desde que supridas as lacunas legislativas, que implicaram desproteção às pessoas com deficiência, como a questão dos prazos prescricionais.

Poucos são os que cogitam do abandono da teoria das incapacidades, até mesmo por não ter sido a opção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, na medida em que manteve a categoria dos absoluta e dos relativamente incapazes nos Código Civil e previu a curatela das pessoas com deficiência, embora os considerando “capazes”. Todavia, por conta dos confusos limites da incapacidade absoluta e relativa, bem como das demais incoerências apontadas, talvez fosse mais razoável cogitar de pôr fim às incapacidades.

À luz da experiência germânica, a adoção integral do modelo do apoio parece ser uma alternativa, o qual, diferentemente do modelo de substituição, pressupõe a capacidade civil plena do apoiado e, por isso mesmo, introduz uma lógica completamente diversa da vivenciada na realidade brasileira.

Vale advertir que, em terras tedescas, o apoio se aplica apenas aos maiores incapazes. Assim, não houve o abandono completo do regime das incapacidades, como, por exemplo, em

relação aos menores. Aqui, porém, pretendemos ir um pouco além e refletir acerca da possibilidade de uma alteração mais ampla.

Considerando mudança de modelos protetivos, uma consequência lógica seria não mais admitir gradações na capacidade de fato, de modo que todos teriam reconhecida a capacidade civil plena, visto ser pressuposto do apoio. Por força disso, parece que um dos aspectos centrais a ser analisado é a própria compreensão jurídica da capacidade de fato. Nesse sentido, vale adiantar que já há quem aponte que a capacidade de fato se tornou direito fundamental das pessoas com deficiência, à luz do CDPD, indissociável da dignidade da pessoa humana, o que oferece um interessante ponto de partida para a discussão pretendida.

6. A CAPACIDADE CIVIL PLENA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUAS REPERCUSSÕES

A mudança do atual sistema de incapacidades para o modelo do apoio parece requerer primeiramente e, sobretudo, um novo olhar sobre a capacidade de fato. A uma, porque é ela a razão de ser da teoria ao graduar as incapacidades. A duas, porque, hoje, como salientado, paradoxalmente, reconhece-se capacidade até mesmo aos que apresentem ausência de discernimento, aplicando-lhes a assistência, ou seja, são considerados capazes, pelo menos em parte. Desse modo, não parece justificável a incapacidade das pessoas menores de 16 (dezesseis) anos, tampouco as demais hipóteses de incapacidade relativa.

O reconhecimento da capacidade de fato como direito fundamental não apenas às pessoas com deficiência, mas a todas as pessoas, talvez seja um bom fio condutor para uma possível virada de modelos. Isso garantiria, tal como é próprio dos direitos fundamentais, que ela não mais comportaria distinções, tão somente restrições, preservando-se seu núcleo essencial, como bem indica a teoria dos limites dos limites. (FERNANDES, 2015, p. 342) Outro ponto relevante e decorrente desse reconhecimento seria o direito ao não retrocesso (“proibição de retrocesso social”), o que obstaculizaria as pretensões daqueles que buscam o retorno da teoria das incapacidades aos seus moldes clássicos, trazendo maior segurança jurídica.

Vale salientar que, historicamente, buscou-se solucionar a questão da tomada de decisões pelas pessoas com deficiência que apresentassem o discernimento comprometido ou ausente pela via da substituição da vontade, transferindo-a a outrem. Em suma, a opção foi sempre a retirada dos poderes decisórios para prática de atos da vida civil em prol da proteção.

Pois bem, segundo o art. 12.2 da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, tratado internacional subscrito pelo Brasil e que adentrou nosso ordenamento com status de emenda constitucional, as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Por força do seu *status*, essa norma submete toda a legislação infraconstitucional, tornando-se o parâmetro para a interpretação desta.

Embora haja divergência, parte da doutrina considera que o dispositivo consagra a capacidade jurídica em sentido amplo, isto é, capacidade de direito e capacidade de fato. (ANDRADE, 2016, p. 165-166) Dito de outro modo, a interpretação que vem prevalecendo é aquela segundo a qual as pessoas com deficiência gozam da capacidade de fato em igualdade de condições com as demais.

Em termos de fundamentação, essa perspectiva se vincula ao paradigma da compreensão social da deficiência, trabalhando com o pressuposto da indissociabilidade entre dignidade humana, autonomia e capacidade jurídica. Esta, em última instância, é a responsável por possibilitar à pessoa ser autora de sua própria biografia. Isso está ligado intimamente à compreensão de que:

o modo como a sociedade reconhece ou nega essa condição de protagonizar a vida às pessoas, em geral, está refletido na forma como a lei trata o tema da autonomia e da tomada de decisões. (MENEZES, 2015, p. 14)

Em defesa dessa acepção da autonomia, Andrade (2016) adverte que a visão tradicional é marcada por um caráter fortemente individualista, chegando a confundi-la com autossuficiência. Acabam por desconsiderar, com isso, a construção da identidade pessoal como um fenômeno essencialmente dialógico, isto é, nascido da e na convivência social, numa relação de interdependência, que é própria da vida humana. O apoio mútuo é, assim, inerente ao ser humano e se insere na própria autonomia, sendo fundamental ao exercício desta por qualquer pessoa que seja. Para as pessoas com deficiência, a única diferença seria a necessidade de apoio com maior intensidade. A implicação disso é que não mais se justificaria a retirada da capacidade de fato pela ausência de autonomia da pessoa e/ou por sua necessidade de apoio, já que, em maior ou menor medida, o apoio é indissociável do homem.

Quanto às pessoas com deficiência, entende-se que essa interpretação seria a que melhor se ajusta ao paradigma da compreensão social da deficiência, bem como ao corolário

do tratamento jurídico digno delas, privilegiando a sua autonomia (paradigma da dignidade-liberdade) em detrimento de sua proteção (paradigma da dignidade-vulnerabilidade). Ter-se-ia, com isso, superado o viés patrimonialista e médico-assistencialista da incapacidade, centrado em aspectos patrimoniais e biológicos, para valorizar ao máximo o deficiente, como sujeito de sua própria história.

Diante do exposto, não apenas por sua previsão constitucional, mas também em função das características apontadas, destacando-se a sua ligação umbilical com a dignidade da pessoa humana, é que se defende que a capacidade de fato tenha se tornado um direito fundamental de todos, desde o nascimento até a morte. Nesse sentido, Daniel de Pádua Andrade expressa que:

A Lei n. 13.146/2006, ao reconhecer que a capacidade é um direito humano fundamental, reforça no ordenamento brasileiro a noção de que a mera constatação de deficiência não deveria retirar a autonomia jurídica das pessoas. (ANDRADE, 2016, p. 180)

Entende-se que os direitos fundamentais possuem dimensão subjetiva e objetiva, isto é, ao passo que outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas, na defesa de interesses pessoais em face dos órgãos estatais, também formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. (FERNANDES, 2015, p. 312) Quanto à dimensão objetiva, intimamente ligada ao Constitucionalismo Social, vale acrescentar que ela:

Vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro “norte” de “eficácia irradiante” que fundamenta todo o ordenamento jurídico. (FERNANDES, 2015, p. 312)

Obviamente, os direitos fundamentais, conforme sistematicamente aceito e difundido na doutrina e nos tribunais, são passíveis de limitação. Entretanto, é importante advertir que:

[...] a limitação deve surgir para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente em casos de colisão. Certo é que a restrição (limitação) não pode ser tal que, ao invés de desenvolver (dar mais efetividade), prejudique o direito fundamental (ou os direitos fundamentais em questão), amesquinhando-o(s) de tal forma (de tal monta) que torne o ato (do legislador ou do administrador) inconstitucional. (FERNANDES, 2017, p. 351)

Nesse desiderato, admitir a capacidade jurídica como direito fundamental implica uma nova tábua de valores a serem observados, inclusive os limites de sua limitação. Para atendê-la, torna-se indispensável evitar, ao máximo, soluções jurídicas pautadas na retirada dos poderes decisórios das pessoas com deficiência, com a sua conseqüente transferência para terceiros, como é próprio do modelo de substituição, visto que não mais se falará em ausência de capacidade de fato. Isso se torna uma diretriz fundamental no tratamento da autonomia e da tomada de decisões. Lado outro, surge a necessidade de se adotar mecanismos que tenham sempre o condão de privilegiar o empoderamento das pessoas com deficiência e lhes assegurem o apoio necessário ao exercício da capacidade, sem a sua supressão, ou seja, sem incapacitação jurídica (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2016, p. 166).

Do exposto acima, nota-se não apenas um viés de abstenção do Estado quanto à retirada de poderes decisórios, como também a necessidade de sua atuação em prol do empoderamento e da participação social. Temos, assim, que o sopesamento entre autonomia e proteção passa a ter como fio condutor a necessária compreensão desses pontos, privilegiando-se o empoderamento em detrimento da supressão da vontade. Torna-se imperativo, portanto, principalmente em nome da concretude da igualdade material, a busca pelo tipo de apoio necessário para o exercício da capacidade jurídica pela pessoa, sem que ela se torne incapaz.

Ampliando os horizontes, indo além da seara das pessoas com deficiência, a própria Lei em alguns momentos sinaliza um tratamento diverso no sentido dessa nova abordagem da autonomia e da capacidade de fato, quanto aos absolutamente incapazes menores de 16 (dezesesseis) anos, e relativamente incapazes (16-18 anos). Ela reconhece aos maiores de 12 (doze), por exemplo, a necessidade de sua expressa concordância nos processos de adoção (colocação em família substituta). Destaca-se, assim, que:

determinados atos por eles praticados podem produzir efeitos jurídicos quando disserem respeito à concretização de situações jurídicas existenciais, se o incapaz demonstra discernimento suficiente para tanto. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 344)

Não se pode negar, assim, que ao dar eficácia à manifestação da vontade desse grupo de pessoas em relação a atos existenciais, a própria Lei, de certa maneira, aponta para o reconhecimento da sua capacidade para a prática de atos da vida civil pessoalmente ou, pelo menos, não desconsideram seu discernimento.

Pensando-se na concretude desse ideário de empoderamento e ressignificação da autonomia, a adoção de um tratamento jurídico de abordagem contínua parece ser a medida

mais razoável. Diferente do modelo clássico das incapacidades, cujo pressuposto é a atuação estática do indivíduo na ordem jurídica, seu método consiste em avaliar a capacidade jurídica *a posteriori* e não *prima facie*. Reconhece-se com ela o aspecto dinâmico da atuação do indivíduo perante o sistema jurídico, podendo variar no tempo conforme circunstâncias ambientais e pessoais (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2016, p. 170). Basta lembrar aqui não apenas o desenvolvimento da consciência no decorrer da vida, como também os recursos tecnológicos que possibilitam a manifestação da vontade ou a maior qualidade desta. Por força disso, as respostas jurídicas passariam a ser formuladas conforme o caso concreto e de maneira mais flexível, em harmonia com o exposto acima.

É justamente nesse contexto que a tomada de decisão apoiada merece destaque como uma alternativa às incapacidades. Trata-se de instituto que, por excelência, trabalha com o pressuposto reconhecimento da plena capacidade da pessoa, isto é, se aplica fora do contexto da incapacidade, uma vez que a capacidade de fato é considerada um direito fundamental na linha de raciocínio exposta.

No Brasil, a inserção da tomada de decisão apoiada não significou um rompimento com a teoria das incapacidades, mas sim sua flexibilização. Guardando maior afinidade com o regime italiano (*amministratore di sostegno*) e argentino, ressaltando o que foi dito anteriormente, ela consiste num procedimento de jurisdição voluntária que se desenvolve somente a partir de um pedido em Juízo formulado pela própria pessoa com deficiência plenamente capaz. Embora formatada nestes moldes, caso se parta do pressuposto do reconhecimento da capacidade de fato como um direito fundamental, seria possível conceber a sua aplicação tal como no Direito Alemão, em que o instituto ganhou maior relevo e extensão, podendo o seu pedido ser feito, inclusive, por outros legitimados que não o próprio apoiado.

Antes de adentrarmos propriamente a sistemática tedesca, parece importante atentar para o fato de que a compreensão da dignidade da pessoa humana no Direito Alemão e no Direito Italiano é bem distinta, considerando-se um meta-princípio que irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais (FERNANDES, 2015, p. 302) e para o qual deve-se voltar a discussão da capacidade de fato. Assim, vale clarear:

Na tradição do Direito alemão [a redescoberta da dignidade da pessoa humana] significou, principalmente, afirmar que todos têm direito a ser tratado como pessoas, sendo respeitados de modo igual os seus direitos fundamentais (direitos humanos) independentemente de sexo, raça, língua, religião ou opiniões políticas, condições de nascimento, econômicas e sociais [...]

Para os italianos, a dignidade não é tão intangível e sua adjetivação não se faz com referência ao ‘humano’, mas, sim, fala-se em uma “dignidade social” e está ligada ao desenvolvimento “segundo suas próprias possibilidades e a própria escolha, uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material e espiritual da sociedade” (art. 4º, §2º da Constituição italiana de 1948). Isso significa atar à ideia de dignidade a um conceito “econômico-social” e por isso mesmo, associá-la ao “trabalho” como forma de dignificação do homem. A preocupação aqui não é com a pessoa em si (a partir de bases jusnaturalistas), como acontece na doutrina alemã, mas no processo de inserção dessa pessoa no tecido social; isto é, a pessoa assuma não apenas um direito, mas também um dever de contribuir para o progresso da sociedade com seu trabalho. Ao que parece, essa vertente da ideia de dignidade ter ficado olvidada por alguns juristas brasileiros que importaram a matriz alemã. (FERNANDES, 2015, p. 301)

Com base nessa distinção, podemos de antemão, ao menos, vislumbrar porque no contexto italiano optou-se por flexibilizar a teoria das incapacidades, enquanto na Alemanha preferiu-se abandonar a teoria, na medida em que nesta trabalha-se com a dignidade da pessoa humana voltada para a pessoa em si (fundamentos jusnaturalistas).

Cabe advertir que nem tudo se justifica pela dignidade da pessoa humana. Atenta a esse equívoco, boa parte da doutrina defende a existência de parâmetros mínimos (vetores) para a sua aferição, quais sejam: não instrumentalização, autonomia existencial, direito ao mínimo existencial e direito ao reconhecimento. (FERNANDES, 2015, p. 305) Em apertada síntese, não se pode utilizar o ser humano como meio para alcançar determinados fins. Além disso, ele deve ter direito à liberdade existencial, isto é, de fazer escolhas essenciais de vida. Ademais, devem ser-lhe garantidas condições materiais básicas de vida. Por fim, é preciso respeitar as liberdades singulares, isto é, as pessoas têm o direito de ser olhadas pelas outras de tal modo que não lhes diminua a dignidade.

Pois bem, no sistema germânico, com o advento da “Lei para a reforma do direito de tutela e curatela às pessoas maiores de idade”, houve a abolição da teoria das incapacidades, e o instituto do apoio se tornou o único modelo protetivo para as pessoas maiores de idade, inclusive para aquelas que apresentem ausência de discernimento. Com isso, o sistema de proteção/assistência se divorciou da incapacidade, passando a trabalhar com um regime que não cerceia a livre atuação do indivíduo. O escopo é preservar na medida mais ampla possível a capacidade. (SEGUNDO, 2013, p. 36) Nessa concepção, a figura do apoio (ou assistência), por assim dizer, se aplica àquelas pessoas que apresentem parcial ou completa ausência de discernimento, em virtude de uma debilidade física, mental, psicológica ou cognitiva. Sua

incidência ocorre sobre o estritamente necessário e não pode ser requerida contra a vontade da pessoa apoiada. No tocante à diferença entre essa assistência para o tradicional modelo das incapacidades, importa destacar que:

La figura del asistente es distinta de la tutela, pues la asistencia no priva la persona de su capacidad legal, es decir, la persona con discapacidad aún tiene capacidad para atuar en todas la cuestiones, salvo que un ruez especializado hubiera establecido la necesidad de la asistencia para realizar determiados actos no personales. (SEGUNDO, 2013, p. 36)

Nessa sistemática, então, pode o apoio ser pedido e/ou firmado por pessoa diversa do apoiado, diferentemente do que ocorre no Brasil. Além disso, no bojo da medida, pensando-se no caso de ausência de discernimento (hipótese extrema), admite-se o estabelecimento da representação da pessoa apoiada, a qual será determinada pelo Juiz a pedido do próprio apoiado (havendo autorização prévia), do Ministério Público, familiares, dentre outros legitimados.

Mesmo nos moldes legais da tomada de decisão apoiada brasileira, que estabeleceu que o pedido é exclusivo da pessoa a ser apoiada, já há na doutrina brasileira quem defenda a ampliação da legitimidade para o requerimento do apoio para além do próprio apoiado, estendendo-a aos legitimados para a ação de curatela. Senão, vejamos:

Sem qualquer hesitação, com lastro seguro na tradicional regra de 'quem pode o mais, pode o menos', temos a convicção de que as pessoas que estão legitimadas para a ação de curatela, também estão para a Tomada de Decisão Apoiada, como por exemplo, os familiares e o Ministério Público. Afinal, modelos jurídicos como esse materializam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na dupla acepção: protetiva e promocional das situações existenciais (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 353-354)

Data venia, não é algo, porém, que se possa defender, *de lege lata*, uma vez que a Lei é muito clara, no sentido de restringir a legitimidade para estabelecer o apoio ao próprio apoiado. Ademais, o apoio, a se defender a ideia de que possa ser instituído contra a vontade do apoiado, tornar-se-ia verdadeira curatela, o que, diga-se de passagem, ocorre na Alemanha, com críticas da doutrina local. (ZIMMERMANN, 2010, p. 53)

Noutro giro, quanto aos negócios jurídicos realizados sob o apoio, vale salientar que o instituto não prejudica a capacidade de fato. Desse modo, ele repercute somente sobre a

legitimidade para determinados atos da vida civil e não sobre a validade ou existência. Importa destacar, nesse sentido, que o apoio:

apresenta um indicativo adicional de validade no que diz respeito ao requisito da capacidade do sujeito com deficiência. O apoio consubstancia, portanto, um reforço (*plus*) em prol de maior segurança jurídica. (PEREIRA; MORAIS; LARA, 2016, p. 186)

Não menos importante é a preocupação com a vulneração das pessoas que necessitem de apoio, sobretudo o risco de abandono ou manipulação. Para resguardá-las, foram estabelecidos os chamados mecanismos de salvaguarda, conforme preconiza o art. 12.4. do CDPD e disciplina o Código Civil, visando, em maior medida, afastar abusos dos apoiadores sobre os apoiados e sua objetificação. Assim, além de ser possível o próprio apoiado excluir seus apoiadores, é também permitida a intervenção do Ministério Público e do Judiciário, nos casos em que se constate perniciosa divergência entre os apoiadores ou riscos consideráveis ao apoiado. Ademais, há o dever de prestação de contas pelos apoiadores, bem como a manifestação do Juiz como condição necessária para o caso de estes quererem se desligar, além da possibilidade de serem denunciados.

A bem da verdade, o apoio sempre ocorreu; é muito comum. Quantas e quantas vezes, as pessoas não recorrem a amigos, parentes ou contratam especialistas para auxiliá-las na tomada de certas decisões difíceis, seja do ponto de vista patrimonial, seja do ponto de vista existencial. Esse apoio, ocorre de modo, no mais das vezes, informal, e assim deveria ter sido formatado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com o exagero de formalidades com que o Estatuto o cercou, o apoio continuará sendo informal, não se consolidando como verdadeiro instrumento de auxílio às pessoas que delem necessitem de maneira mais perene.

Fato é que, inevitavelmente a substituição da vontade ocorrerá nos casos em que haja incapacidade completa de manifestação da vontade, a exemplo do estado de coma, até mesmo e sobretudo para que lhe seja garantida sua integridade física, saúde, higiene, alimentação, dentre outros direitos igualmente caros à dignidade humana. Entende-se, a princípio, que essa situação poderia se enquadrar naqueles casos de limitações ao direito fundamental à capacidade de fato, quando ponderado com outros direitos fundamentais, sem importar, assim, a incapacidade, tal como prevista no modelo de substituição. Seguir-se-ia, assim, o exemplo alemão.

Como bem analisa Andrade, (2016, p. 176) em relação à abordagem jurídica das pessoas com deficiência, em que pese a transição do modelo de substituição para o modelo do apoio ainda não ter sido levada a cabo pela maioria dos países, nota-se uma tendência em se adotar um tratamento jurídico mais flexível na tutela da capacidade das pessoas com deficiência, sobretudo com um viés mais humanista, se ajustando ainda à constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado.

Do exposto, certo é, então, que o modelo do apoio fornece interessantes reflexões e possibilidades, quanto às noções de proteção à prática de atos da vida civil por pessoas vulneráveis. Essa proteção, no Direito brasileiro, ao que parece, pode ir além das pessoas com deficiência, abarcando todos os demais enquadrados nas hipóteses de incapacidade, notadamente se reconhecido o direito fundamental à capacidade civil plena. No entanto, é preciso admitir ser precipitado sustentar o fim da teoria das incapacidades e uma transição completa e integral do modelo de substituição da vontade para o modelo do apoio, haja vista a complexidade do tema e a sua exigência de uma análise mais cuidadosa. O que essas breves linhas nos permitem, talvez, seja perceber ser possível, ao menos em tese, vislumbrar alternativas à teoria das incapacidades.

7. CONCLUSÃO

A personalidade humana compreende a personalidade jurídica. Esta por sua vez compreende a capacidade, que por sua vez, se divide em capacidade de direito e capacidade de fato, que é a aptidão para realizar pessoalmente os atos da vida civil.

A teoria das incapacidades é o mecanismo no Direito Brasileiro que limita e gradua a capacidade de fato, tradicionalmente com base no discernimento da pessoa, estabelecendo hipóteses taxativas de incapacidade nos arts. 3º e 4º do Código Civil. Ela divide as pessoas em relativamente e absolutamente incapazes. Nesta categoria, se enquadravam as pessoas com deficiência despidas de discernimento.

Tais pessoas, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, à luz da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiências, passaram a figurar no rol dos plenamente capazes. Os menores de 16 anos tornaram-se os únicos absolutamente incapazes.

A alteração gerou deformações da teoria das incapacidades, cujo critério básico deixa de ser o maior ou menor discernimento.

Além das alterações no rol das incapacidades, o ECD trouxe o modelo da tomada de decisão apoiada, cujo pressuposto é a plena capacidade. Trata-se de um instituto voluntário, voltado ao apoio das pessoas com deficiência que apresentem qualquer dificuldade para a prática de atos da vida civil e não apresentem ausência de discernimento. Esse modelo na Alemanha é o único aplicado aos maiores incapazes, tendo o país abolido a curatela.

Pelas incoerências da teoria das incapacidades no Brasil, tornou-se necessário repensá-la. O modelo do apoio parece uma boa alternativa à luz da experiência alemã.

Para adotá-lo, o primeiro ponto relevante parece ser a capacidade civil plena como um direito fundamental, admitindo-se que ela seja indissociável da dignidade da pessoa humana, como indica a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. Assim considerada, ela não admitiria retrocesso, nem violação ao seu núcleo essencial, mas apenas limitações condizentes com este.

Na Alemanha, o modelo do apoio admite a representação e a assistência em casos extremos, o que afasta a crítica quanto à inevitabilidade dessas medidas nesses casos e, vale ressaltar, sem culminar na incapacitação.

Diante disso, a sua adoção como modelo único dá mostras de se ajustar ao contexto atual brasileiro, sobretudo no caso de se reconhecer um direito fundamental à capacidade de fato. Seria assim, então, possível imaginar uma alternativa ante as incoerências do modelo das incapacidades.

Em síntese, há indícios de uma possível superação do modelo de substituição em prol do modelo do apoio, até mesmo para além dos maiores incapazes, haja vista a ideia de direito fundamental à capacidade de fato e as suas repercussões.

Todavia, ainda é cedo para se emitir qualquer juízo de certeza a respeito de um fim completo das incapacidades. O que não deixa dúvidas é que o atual estágio de incoerências da teoria das incapacidades requer mudanças, para as quais a atenção ao modelo do apoio parece essencial.

Na verdade, ou bem se retorna ao modelo de substituição, ou bem se abole, de uma vez por todas, a ideia de incapacidade.

Um modelo de substituição coerente e mais atual poderia ser o seguinte:

- a) absolutamente incapazes: menores de 14 anos e pessoas que, por qualquer causa, não possuam discernimento;
- b) relativamente incapazes: maiores de 14 e menores de 18 anos e pessoas que, por qualquer causa, possuam o discernimento reduzido;

c) capazes: maiores de 18 anos e emancipados.

Os menores incapazes seriam representados ou assistidos pelos pais ou tutor, enquanto os maiores incapazes seriam representados ou assistidos por um curador.

O apoio seria reservado aos maiores capazes, os quais poderiam nomear um ou mais apoiadores, para um ou mais negócios, por prazo determinado ou indeterminado, sem a necessidade de homologação judicial.

Um outro modelo de substituição, digamos mitigada, mais coerente e atual poderia ser o seguinte:

a) todas as pessoas naturais, sem exceções, possuem, do nascimento até a morte, capacidade de Direito e de exercício (de fato).

b) do nascimento até os 14 anos, a pessoa será representada pelos pais ou por um tutor, que velará pelo seu bem-estar e administrará o seu patrimônio;

c) dos 14 aos 18 anos, os pais ou tutor assistirão o menor capaz e somente poderão intervir para impedir que possa ser prejudicado em suas relações jurídicas;

d) os maiores de idade, embora capazes, uma vez considerados em vulnerabilidade extrema, poderão ser submetidos à assistência ou representação de um curador, que velará pelo seu bem-estar e administrará o seu patrimônio;

e) qualquer pessoa maior poderá nomear um ou mais apoiadores, para um ou mais negócios, por prazo determinado ou indeterminado, sem a necessidade de homologação judicial.

Um modelo de apoio mais coerente e atual poderia ser o seguinte:

a) todas as pessoas naturais, sem exceções, possuem, do nascimento até a morte, capacidade de Direito e de exercício (de fato).

b) do nascimento até os 14 anos, a pessoa será assistida pelos pais ou por um tutor, que velará pelo seu bem-estar e administrará o seu patrimônio;

c) dos 14 aos 18 anos, os pais ou tutor somente poderão intervir para impedir que o menor possa ser prejudicado em suas relações jurídicas;

d) qualquer pessoa maior poderá nomear um ou mais apoiadores, para um ou mais negócios, por prazo determinado ou indeterminado, sem a necessidade de homologação judicial;

e) em casos de extrema vulnerabilidade, um ou mais apoiadores poderão ser designados judicialmente, para representar a pessoa maior em um ou mais negócios, por prazo determinado ou indeterminado.

Que se adote um desses três modelos. Não vemos qualquer problema no primeiro, que não possui falhas dogmáticas e tem por escopo a proteção de pessoas em estado de

vulnerabilidade e que não podem ser tratadas como se vulneráveis não fossem. Os demais, apesar das falhas dogmáticas (como uma pessoa capaz pode ser submetida a curatela ou a apoio forçado?), é mais lógico que o vigente. Este, sim, é inconcebível, exatamente por adotar os três modelos (o da substituição; o da substituição mitigada, para os deficientes; e o do apoio), o que acaba gerando enorme confusão, ficando juízes, promotores e advogados, muitas vezes, sem saber como proceder.

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua. Capacidade, apoio e autonomia da pessoa com deficiência: Apontamentos sobre a tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs]. *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 jan. 2018

BRASIL. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência* (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 20 jan. 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Incapacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs]. *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral do direito civil*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 15. ed., v.1, Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIUZA, César; RACHID, F. D. X. A nova teoria das incapacidades. In: *Direito civil contemporâneo*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p.79-97.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de Direito Civil - V. Único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 1, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEßFELD, Holger. *Betreuungsrecht in der Praxis – Geschichte, Grundlagen und Planung rechtlicher Betreuung*. Wiesbaden: Springer VS, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência*: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil>. Acesso em: 04 dez. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Parte geral*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SEGUNDO, Inmaculada Llorente San. *La tutela de personas con discapacidad por entidades privadas*. Madrid: Reus, 2013. p. 36. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=ZxioBQAAQBAJ&lpg=PA36&ots=JMiw0WbDD&dq=Betreuung%20derecho%20curatela%20alem%C3%A1n&hl=ptBR&pg=PA4#v=onepage&q=Betreuung%20derecho%20curatela%20alem%C3%A1n&f=false>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

ZIMMERMANN, Walter. *Betreuungsrecht – Hilfe für Betreute und Betreuer*. 9. ed., München: DTV, 2010.

Encaminhado em 15/02/19

Aprovado em 13/03/19