

O DIREITO FUNDAMENTAL À CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PROPORCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO PELA CURATELA¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CIVIL CAPACITY OF THE PERSON WITH DISABILITIES AND THE PROPORTIONALITY OF THE RESTRICTION BY TRUSTEESHIP

Beatriz Fracaro

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a jusfundamentalidade do direito à capacidade civil da pessoa com deficiência, e avaliar, sob o crivo da regra da proporcionalidade, a possibilidade e as condições de restrição legítima deste direito por meio da curatela. O método de pesquisa empregado para tanto é o dedutivo, partindo da análise do atual paradigma de deficiência e capacidade, para, na sequência, justificar a fundamentalidade formal e material do direito à capacidade civil, e, por fim, avaliar se e em que medida a restrição a este direito imposta pela via da curatela encontra fundamentação constitucional. O procedimento de pesquisa é bibliográfico, com análise de doutrina, normas nacionais e internacionais, e jurisprudência. À luz das teorias externas acerca dos limites aos direitos fundamentais, demonstra-se que a curatela, em sua nova conformação, pode gerar restrições ao direito à capacidade. Nesse aspecto, a medida restritiva somente será legítima quando, diante das circunstâncias do caso concreto, mostrar-se necessária, adequada, e for aplicada de maneira proporcional, em termos de extensão e de duração, além de respeitar, sempre, as preferências, as vontades e a biografia do curatelado, sendo vedado o retorno ao modelo substitutivo de vontade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Pessoa com deficiência. Capacidade civil. Curatela. Proporcionalidade.

Abstract: The article aims to analyze the fundamentality of the right to civil capacity of the person with disability, and assess, under the test of proportionality, the possibility, and the conditions for the legitimate restriction of this right by the trusteeship. The research method used for this purpose is deductive, starting from the analysis of the current paradigm of disability and capacity, to then justify the formal and material fundamentality of the right to civil capacity and, finally, assess whether and to what extent the restriction to this right imposed by the trusteeship has constitutional grounds. The research procedure is bibliographical, with analysis of doctrine, national and international norms, and jurisprudence. Based on external theories of the limits to fundamental rights, it is shown that trusteeship, in its new conformation, can generate restrictions to the right to capacity. In this aspect, the restrictive measure will only be legitimate when, in face of the circumstances of the concrete case, it proves to be necessary, adequate, and applied in a proportional manner, in terms of extension and duration, in addition to always respecting the preferences, the wills, and the biography of the person in trusteeship, being forbidden to return to the substitutive model of will.

Keywords: Fundamental rights. Person with disabilities. Civil capacity. Trusteeship. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consagra, no artigo 12, que estas gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Ao lado desta previsão, impõe aos Estados Partes o dever de estabelecer em seu âmbito interno sistemas de apoio ao exercício da capacidade.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

A regulamentação da Convenção no Brasil foi feita por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que reafirma a capacidade legal nos artigos 6º e 84. Parte-se da premissa de que a capacidade legal equivale à capacidade civil plena (de direito e de fato) sediada nos códigos. Doravante, as expressões capacidade legal e capacidade civil serão empregadas como sinônimas no presente estudo.

A estruturação de um sistema de apoio ao exercício da capacidade é comando totalmente novo, alheio à tradicional dogmática civilista calcada no método subsuntivo e no imperativo de proteção materializado pela substituição de vontade. Não se sabia, ao certo, que apoio seria esse e quais as suas implicações. O legislador, então, inseriu a tomada de decisão apoiada, e ao seu lado, apostou na reformulação da curatela.

Entretanto, dar ao “velho” instituto da curatela uma “nova roupagem” gerou dúvidas e questionamentos, dentre eles o de se a decretação da curatela afetaria ou não a plena capacidade civil do curatelado. Tem sido comum encontrar nas decisões judiciais a afirmação de que, em nenhum caso, a pessoa com deficiência sob curatela poderá ser considerada absolutamente incapaz. Porém, tem se admitido a incapacidade relativa, como, inclusive, manifestou a Terceira Turma do STJ em recente julgado (Recurso Especial nº 1.927.423-SP).

Todavia, não se olvida que a matriz do direito à capacidade civil da pessoa com deficiência é a CDPD, tratado com status constitucional em virtude do art. 5º, §3º da CF/88. Tal circunstância jurídica permite assegurar a fundamentalidade formal e material do direito sob análise, e enseja a problemática que impulsiona o presente estudo, qual seja, a possibilidade ou não da sua restrição constitucional pela curatela. Diante disso, objetiva-se, sob o marco das teorias externas dos limites aos direitos fundamentais, investigar a viabilidade e as condições de restrição legítima ao referido direito por meio da decretação judicial da curatela.

Desenvolvido por meio do método dedutivo e do procedimento bibliográfico de pesquisa, o estudo encontra-se estruturado em três tópicos. No primeiro, apresenta-se um panorama geral acerca do novo paradigma de capacidade inaugurado pela CDPD e recepcionado pelo EPD, com aporte nos diversos princípios norteadores, em especial os da dignidade inerente, do respeito à autonomia, da igualdade de oportunidades e não discriminação, e da inclusão. O segundo tópico contempla os fundamentos jurídicos que asseguram a jusfundamentalidade do direito da pessoa com deficiência à capacidade civil plena. Por fim, uma vez reconhecido que o direito à capacidade é formal e materialmente fundamental, o terceiro tópico tratará

das condições de legitimidade de restrição a esse direito pela via da curatela.

Em síntese conclusiva, apontar-se-á que a legitimidade da restrição sempre dependerá de uma análise casuística, devendo ser operada pelo magistrado sob os parâmetros da regra da proporcionalidade.

2. O NOVO PARADIGMA DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A teoria das incapacidades, tal como tradicionalmente concebida, pode ser compreendida como reflexo da racionalidade moderna no Direito Civil. A modernidade foi responsável pela inserção do valor liberal-democrático da igualdade formal, mediante a abstração do sujeito de direito e sua indistinta submissão a um mesmo tratamento legislativo. Não obstante, optou-se por não conceder capacidade civil de exercício àqueles indivíduos que não pudessem conduzir-se adequadamente nas relações patrimoniais, em benefício da segurança jurídica e do sujeito proprietário.²

Por longo período, vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, empregaram a deficiência como um dos critérios balizadores da incapacidade civil.³ No Código Civil de 1916, a partir do critério do *status*, qualquer pessoa diagnosticada como enferma ou doente mental estaria sujeita à condição de absolutamente incapaz, diante da hipótese legal do art. 5º, inciso II: os “loucos de todo o gênero”.

Já no Código Civil de 2002 (redação original), o enfoque do discernimento passou a orientar a classificação de pessoas com deficiência como relativa ou absolutamente incapazes: pessoas com enfermidade ou deficiência mental sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil eram consideradas absolutamente incapazes (art. 3º, inciso II), ao passo que pessoas com deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo eram considerados relativamente incapazes (art. 4º, incisos II e III).⁴

Nesse sentido, afirma-se que no ordenamento jurídico brasileiro o regime das incapacidades esteve calcado em um padrão abstrato e binário, sendo que a classificação atinente à capacidade se dava a partir de um juízo exclusivamente

² ROSENVALD, Nelson. “Curatela”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2019. p. 811-812.

³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. “A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru”. Revista Direito e Práxis, v. 12, n. 1, jan. 2021, Rio de Janeiro, p. 296-322. Disponível em: <https://url.gratis/6ltkNZ>. Acesso em: 03 ago. 2021. p. 301.

⁴ Ibidem, p. 301-302.

médico de aferição do discernimento da pessoa para a prática dos atos da vida civil.⁵

Há muito já se criticava a forma como o regime das incapacidades havia sido previsto nas codificações civis, em especial em relação às questões de natureza existencial, que ganharam notoriedade em razão da expansão dos direitos humanos no plano internacional e dos direitos fundamentais nos ordenamentos nacionais.⁶

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 despertou na doutrina civilista mais atenta o questionamento acerca da incompatibilidade da associação da deficiência à incapacidade, a partir da sua principiologia, em especial a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). A dignidade é o eixo personalista da ordem constitucional e, a partir dela, aduz-se a insuficiência da noção clássica de proteção do indivíduo, a qual deve somar-se uma tutela promocional que permita o pleno desenvolvimento da pessoa, em consonância com o princípio da autonomia.⁷

De acordo com lições de Luís Roberto Barroso, a dignidade deve ser compreendida em seus três elementos essenciais: ontológico, ético e social. O elemento ontológico consiste no fato de ser a dignidade inerente a todos os seres humanos, independentemente de suas circunstâncias pessoais, sendo a igualdade corolário desta inerência. A igualdade deve ser compreendida tanto como não-discriminação na ou perante a lei, quanto como respeito à identidade e à diversidade.⁸

O elemento ético da dignidade é a autonomia, que reflete “a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente sua personalidade”.⁹ Contudo, a autonomia pressupõe a existência de condições para a autodeterminação, isto é, possibilidades efetivas de decisão e escolha, intrinsecamente relacionadas ao direito à igualdade material.¹⁰

O terceiro e último elemento é o social - dignidade como valor comunitário -, que se trata de uma espécie de limitação externa à liberdade de cada indivíduo,

⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito”. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 1, jan./ abr. 2017, Vitória, p. 227-256. Disponível em: <https://url.gratis/f9GufO>. Acesso em: 02 ago. 2021. p. 234.

⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. Op. cit., p. 300.

⁷ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 815.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”. Versão provisória para debate público. Dez. 2010. Disponível em: <https://url.gratis/wJMLrS>. Acesso em: 25 ago. 2021. p. 21-23.

⁹ Ibidem, p. 24.

¹⁰ Idem.

considerando as responsabilidades e deveres associados às escolhas individuais. Todavia, o viés protetivo presente no elemento social não deve servir de justificativa para tradicionais políticas excessivamente paternalistas.¹¹

De modo geral, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana compreende, dentre outras posições jurídicas, a garantia da isonomia, vedados tratamentos discriminatórios e arbitrários, e todo o mais necessário ao livre desenvolvimento da personalidade e exercício do direito de autodeterminação. Intervenções somente serão aceitas se decorrentes de lei e se proporcionais.¹²

Apesar do quadro constitucional possibilitar a construção interpretativa anterior a partir da dignidade da pessoa humana, bem como estabelecer verdadeiro “estatuto privilegiado de sujeito de direito às pessoas com deficiência”, o Constituinte não definiu expressamente a pessoa com deficiência. Com isso, na seara infraconstitucional houve o acolhimento do paradigma médico de deficiência e a adoção de critérios objetivos que, embora estigmatizantes, conferiam segurança jurídica ao operador do direito.¹³

A mudança substancial nesse cenário decorre de um marco jurídico firmado em âmbito internacional. Em 2006, países membros da ONU acordaram, em Nova York, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo. O Brasil os ratificou, aprovando-os por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, seguindo o procedimento previsto no artigo 5º, §3º da CF/88. Sua vigência no plano interno se iniciou com a promulgação do Decreto nº 6.949/2009.

A CDPD institui um novo conceito de pessoa com deficiência, alinhado ao modelo social de abordagem, em que se reconhece a deficiência como um fenômeno complexo, que não se resume a questões de ordem médica e científica. Afirma-se que a deficiência não se trata de mera condição pessoal, mas sim resultado da interação entre fatores médicos e fatores ambientais (barreiras) presentes no contexto social.¹⁴

Resultado de um intenso processo de mobilização de organizações da sociedade civil “de e para” pessoas com deficiência, a CDPD inova no tratamento da

¹¹ Ibidem, p. 27-28.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015. p. 104-105.

¹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini. “A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, Curitiba, p. 225-254. Disponível em: <https://url.gratis/ugEBhZ>. Acesso em: 31 ago. 2021. p. 227-228.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 817.

igualdade em relação a estas pessoas, pois ultrapassa a noção da igualdade como direito geral, e passa a estabelecer uma “cláusula especial de igualdade”, especificando vedações de discriminação à pessoa com deficiência.¹⁵

Ademais, o texto da CDPD estrutura-se sobre renovada concepção da tutela à pessoa com deficiência, focada na dupla dimensão da dignidade. A primeira é a dimensão negativa, pautada no dever de proteção à pessoa com deficiência por parte do Estado, da Sociedade e da Família. Nesse ponto, salienta-se a inviabilidade da proteção calcada na heteronomia, de modo que não se admite que a vulnerabilidade do sujeito autorize/justifique sua instrumentalização a interesses alheios. A outra face é a dimensão positiva, relacionada ao reconhecimento da autonomia e independência da pessoa com deficiência, que a permite fazer suas próprias escolhas de vida.¹⁶

À luz dos princípios convencionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, a autonomia não mais se reduz à competência para tomar decisões de acordo com padrões sociais vigentes. É uma autonomia orientada ao livre desenvolvimento da personalidade, isto é, que valoriza o aspecto existencial e permite que a pessoa exerça sua subjetividade e protagonize sua própria história. Esta renovada concepção de autonomia impõe a dissociação entre deficiência e incapacidade civil.¹⁷ Nesse sentido, preceitua o Artigo 12, item 2, CDPD: “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”.

A “capacidade legal” prevista na CDPD trata-se de um conceito conglobante de capacidade.¹⁸ Segundo definição constante na Observação Geral Número 1 do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, “*la capacidad jurídica significa dos cosas: que tienes derechos y obligaciones, y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo*”.¹⁹

Como Estado Parte da CDPD, o Brasil tem a obrigação de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outras naturezas, necessárias à realização

¹⁵ Ibidem, p. 815-816.

¹⁶ Ibidem, p. 816-817.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. “As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 2, maio/ago. 2019, Curitiba, p. 338-363. Disponível em: <https://url.gratis/v4vFHv>. Acesso em: 02 ago. 2021. p. 350.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 236-237.

¹⁹ Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Observação Geral número 1. Disponível em: https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_igualdad-ante-la-ley_LF.pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

dos direitos reconhecidos na Convenção. Deve promover todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, sem qualquer forma de discriminação em razão da deficiência (artigo 4), incluindo o direito à capacidade.

Em 2015, foi aprovada no Brasil a Lei nº 13.146, Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), cuja função precípua é dar cumprimento à CDPD, conferindo a adequada tutela a esse grupo de pessoas.²⁰ O legislador estatutário reafirmou, no art. 2º, o conceito de deficiência informado pela CDPD, bem como enunciou nos artigos 6º e 84 que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

Em conformidade com o novo paradigma constitucional de capacidade, o Estatuto reestruturou dois artigos centrais do Código Civil de 2002 em relação ao tema. Tratam-se dos artigos 3º e 4º, CC/02, que contém, respectivamente, as hipóteses gerais de incapacidade absoluta e relativa. Todos os incisos do art. 3º foram revogados, sendo a única hipótese subsistente de incapacidade absoluta a do menor de 16 (dezesesseis) anos. A redação do art. 4º, por sua vez, foi alterada nos incisos II e III, de tal modo que, a partir de então, são considerados relativamente capazes: os menores púberes; os ébrios habituais e viciados em tóxicos; os que por causa transitória ou permanente não possam exprimir a sua vontade; e os pródigos. Deixam de existir previsões de incapacidade civil associadas à deficiência.

3. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Artigo 12 consagra a disposição mais inovadora e, ao mesmo tempo, desafiadora da Convenção. Luiz Alberto David Araujo e Carlos Eduardo Pianovski afirmam sua jusfundamentalidade.²¹ Sob semelhante viés, Ana Cláudia Mendes de Figueiredo faz referência ao “direito humano ao exercício da capacidade jurídica por parte de todas as pessoas com deficiência”.²² Ainda, aduz Nelson Rosenvald que “a capacidade civil é um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade [...]”.²³

A afirmação de que a capacidade civil é um direito humano e fundamental da

²⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. cit., p. 238.

²¹ Ibidem, p. 236.

²² FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes de. “A capacidade jurídica das pessoas com deficiência: uma resignificação necessária à luz dos direitos humanos e do modelo social de deficiência”. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, jan./ mar. 2021, Brasília, p. 186-202. Disponível em: <https://url.gratis/cKJVXT>. Acesso em: 18 ago. 2021. p. 188.

²³ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 814.

pessoa com deficiência, bem como suas implicações, passam a ser objeto de análise, na sequência, sob a perspectiva da regulação jurídica dos direitos fundamentais no Brasil. Preliminarmente, pontua-se que o fundamento mais comum da distinção das categorias direitos humanos e direitos fundamentais refere-se ao plano de positivação. Direitos humanos se encontram positivados na esfera internacional, com pretensão de validade universal, ao passo que direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição de cada Estado e sujeitam-se ao regime da dupla fundamentalidade (formal e material).²⁴ Apesar desta diferença, há íntima relação entre ambos, sendo-lhes comum a fundamentalidade em sentido material.²⁵

A Constituição Federal de 1988, fruto do processo de redemocratização do país, contempla extenso rol de direitos fundamentais, que gozam de status jurídico-constitucional específico: são valores superiores da ordem constitucional e jurídica como um todo; possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF/88); e são cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, §4º, CF/88).²⁶ Deste regime jurídico qualificado, que reforça sua normatividade e proteção, resulta sua fundamentalidade formal.²⁷ Por outro lado, a fundamentalidade material decorre do conteúdo desses direitos, que representam “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade”.²⁸

No tocante à fundamentalidade material, o Constituinte de 1988 reconheceu expressamente a existência de outros direitos fundamentais, com ou sem assento no texto constitucional positivado, além dos elencados no Catálogo, isto é, no Título II da CF/88.²⁹ O fundamento para tanto encontra-se no parágrafo 2º do art. 5º da CF/88.

Trata-se da denominada cláusula de abertura material. De acordo com Ingo Sarlet, a partir dela os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grupos: direitos fundamentais expressamente positivados (escritos), previstos no catálogo, em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; e direitos não expressos ou não escritos, que se subdividem em implícitos (subentendidos em normas do catálogo de direitos fundamentais) e/ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.³⁰

Em análise no presente estudo encontra-se o direito à capacidade legal da

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 29.

²⁵ Ibidem, p. 33.

²⁶ Ibidem, p. 64-68.

²⁷ Ibidem, p. 75-76.

²⁸ Ibidem, p. 76.

²⁹ Idem.

³⁰ Ibidem, p. 88.

pessoa com deficiência, cuja matriz é a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A CDPD é um Tratado Internacional de Direitos Humanos que foi objeto de adesão formal pelo Brasil. Mais do que isso, foi o primeiro a ser aprovado de acordo com o rito do art. 5º, §3º, CF/88 (incluído pela EC nº 45/04).

Para Ingo Sarlet, a adequada interpretação do art. 5º, §2º, por si só, já permitia afirmar que todos os tratados de direitos humanos, até mesmo os incorporados antes da EC nº 45, gozam de fundamentalidade material e hierarquia constitucional, ainda que sem integrar formalmente o texto da Constituição. Posteriormente à Emenda, uma vez adotado o procedimento do §3º - interpretado em conjunto com o §2º - na incorporação do tratado em matéria de direitos humanos, os direitos nele previstos passam a ser formal e materialmente fundamentais.³¹

Em suma, a afirmação de que o direito à capacidade legal é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro sustenta-se a partir da demonstração da cláusula de abertura constitucionalmente prevista, somada à hierarquia constitucional do tratado em que este direito se encontra positivado (Art. 12 da CDPD).

Não obstante assentada a jusfundamentalidade do direito à capacidade legal da pessoa com deficiência, apenas como complemento argumentativo no tocante à sua fundamentalidade material, salienta-se a sólida conexão que o referido direito guarda com o princípio da dignidade da pessoa humana, relação esta que, a propósito, já foi objeto de abordagem no capítulo anterior.

4. A RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À CAPACIDADE CIVIL PELA CURATELA SOB OS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE

Em observância ao artigo 12 da CDPD, o legislador estatutário reafirmou a capacidade civil plena da pessoa com deficiência nos artigos 6º e 84, e, neste último, lançou mão de dois institutos voltados ao seu exercício: tomada de decisão apoiada (TDA) e curatela revisitada. A TDA, novidade no cenário jurídico brasileiro, é um negócio jurídico firmado entre apoiado e apoiadores, submetido à homologação em ação de jurisdição voluntária. Uma vez acatada a medida, em nada afeta a capacidade da pessoa apoiada. Ao lado da TDA, o legislador manteve a curatela, instituto que já vigia nos Códigos Civis de 1916 e de 2002, mas lhe confere nova roupagem. A medida passa a ser caracterizada precipuamente pela imposição da mudança de um modelo

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 125-129.

de substituição de vontade para um modelo voltado ao apoio e emancipação, em que se exige sejam respeitadas as vontades e as preferências do curatelado.³²

A ênfase do presente estudo será a curatela. De acordo com o art. 84, §1º, EPD, “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. No § 3º do mesmo dispositivo legal assenta-se que a “curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

No art. 85 do EPD, são definidos os limites à extensão da medida: somente afetará “os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (*caput*), não alcançando “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (§ 1º). Reafirma-se, ainda, a excepcionalidade da medida, em cuja sentença devem constar “as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado” (§2º).

As normas legais podem ser consideradas restritivas ou apenas conformadoras/configuradoras dos direitos fundamentais.³³ Jorge Reis Novais define as normas de conformação – ou, como as chama, normas de desenvolvimento dos direitos fundamentais – como aquelas que, ao menos em princípio, têm como objetivo “melhorar posições de direitos fundamentais, possibilitar o seu exercício, desenvolvê-las, concretizá-las ou criar condições que possibilitem o seu exercício concreto de forma socialmente adequada e viável”.³⁴

Ao poder legislativo, portanto, incumbe criar estruturas normativas que garantam a plena eficácia dos direitos fundamentais e que os harmonizem com outros direitos e bens constitucionalmente tutelados. Por isso, não obstante esses direitos sejam dotados de eficácia imediata, sua regulação é uma necessidade prática.³⁵

Por outro lado, normas restritivas são aquelas que propõem uma regulação que afeta de forma desvantajosa ou negativa o conteúdo de um direito fundamental, a fim de resguardar outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.³⁶ Tais normas somente serão consideradas válidas se, de alguma forma, encontrarem

³² MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. Op. cit., p. 310-311.

³³ STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 28.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 179.

³⁵ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., p. 39-40.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 178.

justificação constitucional, e, embora também sejam necessárias para a própria unidade constitucional, guiam-se pelo princípio da excepcionalidade.³⁷

Quanto aos dispositivos legais relativos à curatela, aduz-se que, se lidos à luz da CDPD, apresentam, ao menos em princípio, caráter conformador do direito à capacidade legal. A rigor, a curatela revisitada seria, ao lado da TDA, uma das medidas eleitas para compor o sistema de apoio brasileiro e promover o exercício da capacidade. Todavia, há fundadas e razoáveis dúvidas sobre o funcionamento da curatela estatutária como medida de apoio não restritiva da capacidade.

O Estatuto não definiu expressamente os casos nos quais a curatela é cabível, se valendo apenas da genérica expressão “quando necessário” (art. 84, §1º). Com isso – e especialmente pelo fato da existência da curatela, embora em formato diverso, preceder o Estatuto – abre-se margem para uma dúvida: a curatela a que se refere o legislador estatutário é a curatela do incapaz, prevista no CC/02, ou se trata de nova espécie de curatela de pessoa capaz? Não há consenso doutrinário a respeito.³⁸

É fato que o Estatuto exige do intérprete o emprego de esforços hermenêuticos. Com isso, confere ao Poder Judiciário a possibilidade de análise quanto a eventuais restrições ao direito fundamental à capacidade civil por meio da curatela. Denota-se que, a partir da vigência do EPD, a lógica jurisprudencial predominante que tem se desenvolvido acerca da aplicação da curatela às pessoas com deficiência (especialmente mental e intelectual) tem sido a seguinte: a conjugação do art. 1.767, inciso I, com o art. 4º, inciso III, ambos do Código Civil de 2002 (com redação alterada pelo EPD), permite, diante do caso concreto, que a pessoa com deficiência sob curatela seja considerada relativamente incapaz.³⁹ Assim foi julgado, por exemplo, o Recurso Especial nº 1.927.423 – SP no STJ.⁴⁰

³⁷ STEINMETZ, Wilson. Op. cit., p. 37-38.

³⁸ Para Pablo Stolze “ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela, a pessoa deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz”. STOLZE, Pablo. “Deficiência Não é Causa de Incapacidade Relativa: A Brecha Autofágica”. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 209, 2017, Salvador. Disponível em: <https://url.gratis/PEbQB1>. Acesso em: 02 set. 2021. Já para Nelson Rosenvald, a pessoa com deficiência sob curatela será considerada relativamente incapaz. ROSENVALD, Nelson. “Curatela”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: lbdfam, 2019. Cap. 18.

³⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. Op. cit., p. 311.

⁴⁰ A Terceira Turma do STJ julgou em maio de 2021 o Recurso Especial nº 1.927.423-SP, cujo pedido era a reforma de sentença proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação de interdição em face de um idoso com Alzheimer. Na origem, o magistrado *a quo* acolheu o pedido, declarando a incapacidade “absoluta” do idoso e decretando a sua curatela. No acórdão, o STJ proveu o recurso especial para o fim de declarar a incapacidade *relativa* do curatelado, conforme art. 4º, III, CC/02.

Se a decretação da curatela pressupõe incapacidade, ainda que relativa, está-se diante de uma medida de cunho restritivo. Sem embargo, uma vez reconhecida a fundamentalidade da capacidade civil da pessoa com deficiência, cumpre avaliar se, e em que medida, a restrição pode ser considerada legítima. É o que se fará a seguir.

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos em sua dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva, em suma, garante ao particular possibilidades de ação, pretensão ou competência amparadas juridicamente, e permite exigir do Estado o cumprimento de deveres impostos pela norma de direito fundamental. Em complemento, direitos fundamentais possuem também uma dimensão objetiva, quando compreendidos como uma ordem objetiva de valores que confere legitimidade à ordem jurídica, que condiciona a atividade dos poderes constituídos e que possui força irradiante que alcança todos os ramos do direito.⁴¹

Uma vez que, em razão da dimensão objetiva, direitos fundamentais passam a ser compreendidos como valores objetivos da ordem jurídico-constitucional coexistentes com outros valores e bens constitucionais, necessitam com estes se compatibilizar.⁴² Nessa perspectiva, é comum, em diversas ordens jurídicas, que os direitos fundamentais se apresentem “sob a estrutura de princípios [...], pois se pretende que sejam realizados no limite ótimo”.⁴³ Recorda-se aqui a seguinte definição de Robert Alexy: princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, podem ser satisfeitos em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁴

Diante do potencial de colisão, os direitos fundamentais apresentam pesos relativos. Em decorrência disso, há uma recepção do princípio da proporcionalidade, bem como abrem-se novas margens de atuação e intervenção dos poderes constituídos,⁴⁵ dentre eles o jurisdicional. Uma vez reconhecida a dimensão principiológica dos direitos fundamentais, indaga-se qual o seu âmbito de proteção/suporte fático, haja vista que “saber o que está ou não contido sob a proteção normativa de um direito fundamental significa perguntar quais são os seus limites”.⁴⁶

Basicamente, há duas perspectivas teóricas acerca dos limites aos direitos

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 56-58.

⁴² Ibidem, p. 66.

⁴³ SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. “O direito fundamental à educação inclusiva e a retenção voluntária das crianças com deficiência intelectual na educação infantil por um ano adicional”. Rfd - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 39, jul. 2021, Rio de Janeiro, p. 186-210. Disponível em: <https://url.gratis/jGvKNV>. Acesso em: 23 ago. 2021. p. 190.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 66.

⁴⁶ SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Op. cit., p. 190.

fundamentais. Por um lado, as teorias que sustentam o suporte fático restrito defendem a exclusão de antemão de determinados bens do âmbito de proteção do direito, de modo que não há que falar em restrição a direitos fundamentais, tampouco em colisão e sopesamento.⁴⁷ Trabalham como a noção de limites imanescentes ao direito, de tal forma que este se apresenta sob a estrutura de regra.⁴⁸

Essa não é a posição teórica que se adota neste estudo. A exclusão *a priori* de determinadas ações do âmbito de proteção de um direito fundamental tende a fragilizar a sua garantia nas atividades legislativa e jurisdicional. Isto porque, atos restritivos, nesse modelo, podem ser praticados com base em juízos de conveniência, ou seja, ficam dispensados da obrigatoriedade da fundamentação constitucional.⁴⁹

Por outro lado, há teorias que defendem o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, as quais sustentam que todas as ações estão abrangidas *prima facie* no âmbito de proteção do direito. Não significa que sejam garantias definitivas; pelo contrário, a definitividade somente é dada a partir do sopesamento perante a situação concreta.⁵⁰ Nesse aspecto, as denominadas teorias externas, à luz das quais o presente estudo desenvolve-se, sustentam que a restrição vem “de fora”, limitando o exercício de determinado direito fundamental, bem como “se apresentará sempre na verificação *prática e a posteriori* do direito fundamental, através da análise dos condicionantes fáticos e jurídicos aplicáveis ao caso concreto e a ele oponíveis”.⁵¹

Aduz-se que as teorias externas guardam substancial relação com a teoria dos princípios, segundo a qual os direitos fundamentais são garantidos por normas consagradoras de direitos *prima facie* que apresentam a estrutura de princípios, com suporte fático amplo. No entanto, no caso concreto, é possível que haja uma colisão entre as normas, de modo que a solução esteja na restrição à realização de um princípio, mediante aplicação da regra da proporcionalidade.⁵²

A análise argumentativa que se propõe no tocante à restrição ao direito fundamental à capacidade civil da pessoa com deficiência, por meio da curatela estatutária, parte dos condicionantes fáticos e jurídicos que eventualmente sejam oponíveis ao exercício de referido direito. Em relação aos condicionantes fáticos,

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 80-81.

⁴⁸ SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Op. cit., p. 190-191.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 125.

⁵⁰ Ibidem, p. 99.

⁵¹ SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Op. cit., p. 191.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 139-140

toma-se como ponto de partida para a reflexão a seguinte colocação proposta por Nelson Rosenvald: “Será que poderíamos admitir que, para o futuro, teremos uma nação composta unicamente de pessoas plenamente capazes [...]? Obviamente não. Inexiste pretensão ideológica capaz de afetar a natureza das coisas”.⁵³

O que se quer dizer é que, ainda que juridicamente assegure-se a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, seguirão existindo pessoas – com ou sem deficiência – impossibilitadas de “querer e entender”, de exprimir sua vontade.⁵⁴ Tratam-se de situações fáticas em que se verifica - mais do que dificuldade ou complexidade - a inviabilidade de “interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado”,⁵⁵ não havendo poder de autodeterminação em tais casos.

No tocante aos condicionantes jurídicos, faz-se necessário analisar o tratamento que a matéria recebe no ordenamento positivado, para, em seguida, verificar se eventuais restrições encontradas possuem fundamentação constitucional.⁵⁶ Partindo do âmbito da legislação infraconstitucional, o EPD assegura a capacidade civil plena da pessoa com deficiência e propõe dois mecanismos para o seu exercício: a tomada de decisão apoiada e a curatela. Com relação à curatela, o Estatuto não é categórico ao disciplinar de que forma tal medida afeta a capacidade.

Diante disso, em muitas decisões judiciais tem-se verificado o emprego da hipótese legal geral prevista no art. 4º, inciso III do CC/02, que preceitua que são relativamente incapazes “aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade”. É preciso, entretanto, avaliar se essa forma de restrição possui justificção constitucional. Tal fundamento, por certo, deverá ser buscado no texto da CDPD, que goza de status constitucional no Brasil.

O ponto chave para responder a tal questionamento reside na vedação à discriminação, que, além de ser um dos princípios gerais da CDPD (art. 3, alínea ‘b’), aparece em diversos outros dispositivos.⁵⁷ No Artigo 2 da CDPD consta o conceito de discriminação por motivo de deficiência, que abrange qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada na deficiência, cujo objetivo ou efeito seja impossibilitar o reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, em todos os âmbitos da vida. Ademais, a

⁵³ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 841.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 839.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Op. cit., p. 195.

⁵⁷ *Vide* Artigo 5 (“Igualdade e não-discriminação”), da CDPD.

recusa de adaptação razoável também caracteriza discriminação.

Portanto, ainda que de modo reverso, o que se pode extrair, de forma bastante clara, é que qualquer restrição que se opere em face de um direito pelo simples fato de ser o seu titular pessoa com deficiência não estará constitucionalmente justificada. Logo, o fundamento baseado na hipótese do art. 4º, inciso III, CC/02 somente estará justificado se ficar evidenciado que o fato gerador da incapacidade relativa é a impossibilidade de expressão da vontade, e não a deficiência em si.

Ainda assim, cumpre fazer a ressalva de que há autores que compreendem que, em qualquer caso, a medida é inconstitucional. Cita-se, como exemplo, a contundente crítica de Pablo Stolze, segundo a qual o enquadramento de pessoas com deficiência no art. 4º, inciso III, CC/02 é uma “brecha inconstitucional e autofágica”, que contraria frontalmente a lógica inaugurada pela CDPD.⁵⁸

Examinados, ainda que sumariamente, os possíveis condicionantes fáticos e jurídicos, cumpre analisar, de um modo geral, a resistência da restrição à capacidade por intermédio da curatela aos três testes da regra da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Anota-se, desde logo, que a regra perpassa por aspectos já abordados.

O teste da adequação se refere ao fato de que toda medida estatal que ocasione uma intervenção no âmbito de proteção de direitos fundamentais deverá “ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental”.⁵⁹ Toda a construção normativa expressa no Estatuto e na Convenção, especialmente no que se refere à questão da capacidade, reflete a “complexa busca de um equilíbrio entre a exigência de tutela dos espaços residuais de autonomia decisória do sujeito – [...] liberdade pessoal -, e de outro, a proteção da própria pessoa com deficiência e da segurança do tráfego jurídico”.⁶⁰

Como o EPD refuta categorizações apriorísticas, cada caso deverá ser analisado em todas as suas particularidades, “sendo que em alguns casos o imperativo será a proteção e, em outros, a promoção da liberdade”.⁶¹ No entanto, qualquer que seja a situação, a restrição não passará no teste da adequação se

⁵⁸ STOLZE, Pablo. “Deficiência Não é Causa de Incapacidade Relativa: A Brecha Autofágica”. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 209, 2017, Salvador. Disponível em: <https://url.gratis/PEbQB1>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 169-170.

⁶⁰ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 816.

⁶¹ Ibidem, p. 818.

fomentar uma proteção compreendida como substituição de autonomia;⁶² “a proteção que se almeja garantir à pessoa com deficiência é aquela que lhe permite realizar-se como protagonista de uma vida independente na maior medida possível”.⁶³

O segundo teste é o da necessidade da medida interventiva. Trata-se de análise comparativa entre medidas alternativas que podem ser empregadas para alcançar a finalidade pretendida. Nela são consideradas duas variáveis: eficiência das medidas comparadas, e grau de restrição que cada uma ocasiona ao direito. Se forem igualmente eficientes, a medida necessária será a menos gravosa.⁶⁴

Com o EPD, o emprego da curatela, a rigor, deve ser resposta excepcional e residual, isto é, somente será justificável quando qualquer outra tentativa menos gravosa se mostre insuficiente diante das necessidades concretas da pessoa.⁶⁵ Sendo assim, se, por exemplo, por meio de intérpretes, de adaptações razoáveis ou da tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência puder expressar sua vontade, não será cabível a restrição à sua capacidade.⁶⁶

Todavia, se ficar demonstrada que a curatela é medida adequada e necessária, há que passar ainda pelo último teste: o da proporcionalidade em sentido estrito, ou então, sopesamento. Em casos de colisão de princípios predominará aquele que possuir maior peso e, portanto, precedência sobre o outro mediante determinadas condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Da solução aduz-se a chamada lei de colisão, precedente condicionado que assume formato de regra.⁶⁷

A proporcionalidade em sentido estrito pode, ainda, ser assim compreendida: um direito fundamental somente poderá sofrer compressão (legítima) em razão de uma restrição que sirva de tutela a outro bem jurídico constitucionalmente relevante (que pode ou não ser outro direito fundamental). Trata-se de um exame entre meios e fins, que permite aferir se uma medida restritiva, ainda que adequada e necessária, gera (ou não) excessiva compressão do bem jurídico tutelado pelo direito afetado.⁶⁸

⁶² Um dos pontos negativos apontados pelo relatório produzido pelo Comitê da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência em 2015 foi a aparente manutenção de “disposições legais que perpetuem o sistema de tomada de decisão substitutiva”, o que contraria frontalmente o teor da Convenção, em especial, o artigo 12. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Observações finais sobre o relatório inicial do Brasil. 2015. Disponível em: <https://url.gratis/CWjPXy>. Acesso em: 30 ago. 2021.

⁶³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. Op. cit., p. 320.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 171-172.

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. Op., cit., p. 819.

⁶⁶ Ibidem, p. 839.

⁶⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 93-99.

⁶⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4

Ao contrário do que se possa pensar, decidir por sopesamento não é decidir na forma do tudo ou nada, e sim desempenhar uma tarefa de otimização. O sopesamento não estabelece um parâmetro fixo para decisão definitiva sobre o caso. Pelo contrário, fornece um critério para a solução, baseado na lei de colisão associada à teoria da argumentação jurídica.⁶⁹ Há, de fato, uma maior complexidade em avaliar a racionalidade do procedimento, pois “envolve, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz”.⁷⁰ No entanto, isto não deve conduzir ao rechaço do emprego do sopesamento, senão a um controle social da atividade jurisdicional.⁷¹

Da leitura conjunta da CDPD e EPD, a curatela deve: ser medida excepcional; proporcional às circunstâncias do caso concreto; respeitar os direitos, as vontades e as preferências do curatelado; ser temporária e durar o menor tempo possível; e ser submetida a revisões regulares e imparciais. No tocante à sua extensão, somente poderá afetar a prática de atos de natureza patrimonial e negocial, preservando-se a autodeterminação do indivíduo na condução de situações de natureza existencial. Uma curatela que não atenda a estas características será desproporcional e acarretará compressão excessiva, portanto inconstitucional, da capacidade.

Apenas no tocante ao aspecto de sua extensão é preciso abrir um parêntese. Não aparenta ser coerente o estabelecimento de uma espécie de nova dicotomia – plena autonomia existencial *versus* restrita autonomia negocial. A curatela deverá ser delineada à luz do caso concreto, das especificidades e necessidades reais da pessoa, independentemente da patrimonialidade ou extrapatrimonialidade dos atos. Por isso, o magistrado, em conjunto com as partes e Ministério Público, e com o apoio de uma equipe multidisciplinar que fará a avaliação biopsicossocial do indivíduo, deverá conceber a sentença de curatela como espécie de “projeto terapêutico individualizado”, valendo-se de uma racionalidade argumentativa voltada à tópica.⁷²

Qualquer proposta de restrição à capacidade pela via da curatela demandará uma robusta “carga argumentativa”,⁷³ que aumenta na proporção da intervenção na autonomia da pessoa. O que não se pode deixar de frisar é que, não importa qual seja o caso, qualquer restrição somente poderá ser justificável com base na situação

ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 387-389.

⁶⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 173-174.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 177.

⁷¹ Ibidem, p. 178.

⁷² ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 884-887.

⁷³ Ibidem, p. 815.

específica do indivíduo, jamais no critério isolado e abstrato da deficiência.⁷⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência são titulares do direito fundamental à capacidade legal/civil plena. O fundamento para tal afirmação encontra-se na cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º da CF/88, que reconhece expressamente a existência de direitos fundamentais alheios ao catálogo, inclusive oriundos de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O direito à capacidade legal está previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado do qual o Brasil é parte e que foi internalizado no ordenamento jurídico com status constitucional, em razão da norma procedimental disposta no art. 5º, §3º, CF/88.

A Lei nº 13.146/15 regulamentou as previsões da CDPD. Ao dispor sobre a capacidade das pessoas com deficiência e sua forma de exercício, o legislador estatutário revisitou a curatela. Entretanto, a manutenção da curatela no ordenamento jurídico é alvo de críticas doutrinárias, e até mesmo da ONU, em especial por ter funcionado tradicionalmente como mecanismo de substituição de vontade.

De fato, a curatela trata-se de medida que pode ocasionar restrição ao direito fundamental à capacidade civil, tendo em vista que, embora a legislação não seja categórica neste tocante, confere ao Poder Judiciário abertura para tal análise. Sob o marco das teorias externas dos limites aos direitos fundamentais, nenhum direito fundamental é absoluto. Todavia, restrições somente serão legítimas se, à luz de cada caso em sua concretude, forem delineadas sob os parâmetros da proporcionalidade.

A partir da CDPD e do EPD, ninguém poderá ser submetido à curatela e declarado incapaz pelo simples fato de possuir deficiência - física, mental, intelectual ou sensorial - constatada clinicamente. E mais: ainda que apresente vulnerabilidade concreta, não deverá ser submetido à curatela se qualquer outra medida alternativa que não implique em restrição à capacidade atender às suas necessidades.

Mesmo nos casos em que a curatela for adequada e necessária, não se pode perder de vista seu caráter de medida extremada, excepcional e limitada. Não mais se admite que, sob uma argumentação genérica, uma pessoa seja submetida à curatela ilimitada, seja do ponto de vista de sua abrangência em relação aos atos da vida civil, seja em relação a sua duração no tempo. Ademais, em nenhuma hipótese

⁷⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. Op. cit., p. 319.

poderá representar a substituição de vontade da pessoa curatelada. O curador deverá exercer o papel de cuidador e agir sempre em prol da emancipação do curatelado.

Não obstante todos esses comandos, na prática, verifica-se ainda, em muitos casos, a aplicação equivocada e inconstitucional da curatela, amparadas na antiga racionalidade codificada, o que configura inadmissível retrocesso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito”. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 1, jan./ abr. 2017, Vitória, p. 227-256. Disponível em: <https://url.gratis/f9GufO>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”. Versão provisória para debate público. Dez. 2010. Disponível em: <https://url.gratis/wJMLrS>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://url.gratis/cP1CY>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <https://url.gratis/Ap9Sj>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://url.gratis/gjzHu>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <https://url.gratis/ljtjd>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.927.423/SP. Recorrente: J J de J. Recorrido: E B de J A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 27.04.2021. Disponível em: <https://url.gratis/EC7ekA>. Acesso em: 23 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Ana Cláudia Mendes de. “A capacidade jurídica das pessoas com deficiência: uma resignificação necessária à luz dos direitos humanos e do modelo social de deficiência”. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, jan./ mar. 2021, Brasília, p. 186-202. Disponível em: <https://url.gratis/cKJVXT>. Acesso em: 18 ago. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro e. “A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru”. Revista Direito e Práxis, v. 12, n. 1, jan. 2021, Rio de Janeiro, p. 296-322. Disponível em: <https://url.gratis/6ltknZ>. Acesso em: 03 ago. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini. “A complexidade do reconhecimento da (in) capacidade da pessoa com deficiência no direito brasileiro: da codificação à jurisprudência”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, Curitiba, p. 225-254. Disponível em: <https://url.gratis/ugEBhZ>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ROSENVALD, Nelson. “Curatela”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. “As ações afirmativas, pessoas com deficiência e o acesso ao ensino superior no Brasil – contexto, marco normativo, efetividade e desafios”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 2, maio/ago. 2019, Curitiba, p. 338-363. Disponível em: <https://url.gratis/v4vFHv>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. “O direito fundamental à educação inclusiva e a retenção voluntária das crianças com deficiência intelectual na educação infantil por um ano adicional”. Rfd - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 39, jul. 2021, Rio de Janeiro, p. 186-210. Disponível em: <https://url.gratis/jGvKNV>. Acesso em: 23 ago. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOLZE, Pablo. “Deficiência Não é Causa de Incapacidade Relativa: A Brecha Autofágica”. Direito UNIFACS – Debate Virtual, n. 209, 2017, Salvador. Disponível em: <https://url.gratis/PEbQB1>. Acesso em: 02 set. 2021.