PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Lucianne Yumi Sakamoto

PODER FAMILIAR E CURATELA - DA EXTENSÃO E LIMITES DOS PODERES DO CURADOR AOS FILHOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Lucianne Yumi Sakamoto

PODER FAMILIAR E CURATELA - DA EXTENSÃO E LIMITES DOS PODERES DO CURADOR AOS FILHOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Monografia apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito de Família e Sucessões sob orientação da Professora Juliana Francisca Lettière.

São Paulo

2018

Banca Examinadora

_____

_____

_____

“Pelo pensamento criamos o mundo que nos cerca, novo a cada dia.”
Marion Zimmer Bradley

RESUMO

Após a promulgação da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD), os portadores de deficiência não mais são considerados incapazes, de forma a terem absoluta liberdade para constituir matrimônio e realizar planejamento familiar (artigo 6º, incisos I, II, III e V), cabendo-lhes a atividade do poder familiar de forma integral e atendimento de todos os deveres previstos na Constituição, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange à sua prole. Porém, ainda se permite a instituição de curatela nos casos em que o indivíduo não tenha a capacidade (em sentido amplo) de praticar determinados atos. Uma vez submetido à curatela, que deve ser devidamente comprovada a necessidade e pontual na sua extensão, como fica o poder familiar de tal indivíduo? Até onde vai o poder do curador nas decisões em relação aos filhos do curatelado? Para dirimir tais questões, será analisado o conteúdo da Lei 13.146/2015, com enfoque em suas mudanças sociais e alterações no ordenamento jurídico e normativo, evidenciando assim o prisma dado ao deficiente, bem como os meios para sua inclusão. Após, será analisado o instituto da curatela, seu procedimento à luz do Código Civil e Código de Processo Civil, com as respectivas alterações feitas pelo EPD, abordando especialmente a alteração na Teoria das Incapacidades. Em seguida será tratado o poder familiar, com suas características, para que seja verificada a legitimidade de seu exercício, possibilidade de transferir este poder a outro, bem como se o exercício deste poder deve ser absoluto ou se poderá ser relativizado. Em contrapartida, haverá breve análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, seus direitos e garantias, sua condição de vulnerabilidade e a consequente obrigação da sociedade em zelar por seu bem-estar. Por fim, a partir destas definições e conceitos, será analisada a possibilidade da interferência do curador no exercício do poder familiar de seu curatelado, bem como a limitação dos poderes seja pelas vias judiciais, seja prestando contas e eventualmente respondendo por atos estranhos à curatela.

Palavras-chave: Direito de Família. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Poder Familiar.

ABSTRACT

After the enactment of Law 13.146 / 2015 (Disabled Persons Statute - EPD), persons with disabilities are no longer considered incapable, having absolute freedom to establish marriage and to carry out family planning (Article 6, items I, II, III and V), with the family power activity being fully and responsive to all the duties set forth in the Constitution, Civil Code and Statute of the Child and Adolescent regarding their offspring. However, the institution of interdiction is still allowed in cases in which the individual does not have the capacity (in a broad sense) to practice certain acts. Once submitted to the curatorship, which must be duly proven and exact in its extension, what is the family power of such an individual? How far does the curator's power go in making decisions regarding the curate's children? In order to resolve these issues, the content of Law 13,146 / 2015 will be analyzed, focusing on its social changes and changes in the legal and normative front, thus showing the prism given to the disabled, as well as the means for their inclusion. Afterwards, the institute of curatorship will be analyzed, its procedure in light of the Civil Code and Code of Civil Procedure, with the respective changes made by the EPD, addressing especially the change in the Theory of Incapacities. Then, the family power, with its characteristics, will be discussed so that the legitimacy of its exercise, possibility of transferring this power to another, as well as if the exercise of this power must be absolute or can be relativized can be verified. On the other hand, there will be a brief analysis of the Statute of the Child and Adolescent, their rights and guarantees, their condition of vulnerability and the consequent obligation of society to ensure their well-being. Finally, from these definitions and concepts, the possibility of interference of the curator in the exercise of the family power of his curate will be analyzed, as well as the limitation of the powers either through the judicial channels, be rendering accounts and eventually responding for acts strange to the curatorship.

Keywords: Family Law. Statute of the Person with Disabilities. Family Power

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

CAPÍTULO I - DA PESSOA DEFICIENTE 11

I.1) VISÃO JURÍDICO-HISTÓRICA 11
I.2) CRIAÇÃO DA LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) 13
I.2.1) CONCEITOS TRAZIDOS PELA LEI 13.146/2015 14
I.2.2) ALTERAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA DEFICIENTE 16
I.2.2.a) TOMADA DE DECISÃO APOIADA 16
I.2.2.b) CRIMES CONTRA A PESSOA DEFICIENTE 17
I.2.2.c) CURATELA 19
I.2.2.d) CAPACIDADE CIVIL 20

CAPÍTULO II - DA CURATELA 25

II.1) PROCEDIMENTO PARA AÇÃO DE INTERDIÇÃO 27
II.2) ALTERAÇÃO NO PROCESSO DE CURATELA ANTE A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA 31
II.2.1) ALTERAÇÕES PROCESSUAIS 31
II.2.1.a) LEGITIMIDADE ATIVA 32
II.2.1.b) DEMAIS QUESTÕES PROCESSUAIS – APERFEIÇOAMENTO DA LEI PARA ATENDER ÀS DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA 33
II.2.2) RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES 34

CAPÍTULO III - PODER FAMILIAR 39

III.1) EVOLUÇÃO HISTÓRICA 39
III.2) CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR 42
III.3) A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 44
III.3.1) LEI 8.069/1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE 46
III.3.2) PRINCIPAIS PRINCÍPIOS ACERCA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR 48
III.3.2.a) PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA 48

III.3.2.b) PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO 49
III.3.2.c) PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE 50

CAPÍTULO IV - DA POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO PODER FAMILIAR POR MEIO DA CURATELA 53

IV.1) A INTERVENÇÃO PATRIMONIAL 53
IV.1.1) DA ANÁLISE DA POSSÍVEL ANTINOMIA 57
IV.1.2) DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DOS PODERES DO CURADOR EM RELAÇÃO AOS FILHOS DO CURATELADO 59

CONCLUSÃO 65

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 68

INTRODUÇÃO

Historicamente a pessoa com deficiência é alvo de preconceitos e dificuldades no tocante à inclusão na sociedade para exercício de direitos. A pessoa deficiente, uma vez constatada a simples deficiência, além de viver à margem da sociedade – não necessariamente por serem maltratados, mas sim por não possuírem quaisquer proteções acerca de direitos decorrentes da condição humana ou medidas inclusivas para diminuir as diferenças sociais por eles experimentadas – também não poderiam gerir sua família e sua prole (geralmente nos casos em que a deficiência aparecia após ter filhos), perdendo o direito ao exercício do poder familiar e até mesmo à convivência familiar.

A problemática inicia-se na forma de se fazer referência às pessoas que possuem deficiência: a Constituição Federal e algumas leis posteriores utilizam o termo “portador”, com o objetivo de padronizar a referência à pessoa deficiente, pois à época, palavras de conotação negativas eram frequentemente utilizadas (aleijado, débil mental, retardado), assim, passou-se a utilizar “pessoa portadora de deficiência”.

Ocorre que o foco legislativo ficou no termo “portador”, não alcançando a pessoa em si e, embora tenha sido um avanço para a época, a evolução dos princípios e objetivos sociais demonstraram que esta ainda não era a forma ideal. Neste sentido, conforme a autora Eugênia Augusta Gonzaga[1], o ideal é excluir o termo “portador”, tornando o modo de se referir à deficiência mais natural possível, como se fosse qualquer outra característica: pessoa com deficiência.

Isto posto, fato é que as barreiras e preconceitos ultrapassam a simples forma de referência à pessoa com deficiência, e, para se adequar à evolução da sociedade, no ano de 2015 o Brasil passou a vigorar a Lei nº 13.146/2015, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), com o objetivo de trazer mudanças

[1] GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direitos de pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 3ª edição. 2012. Editora WVA

práticas à sociedade, uma vez que a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência, embora incorporado no ordenamento jurídico, apenas trouxe a visão sócio-humanitária e jurídica do deficiente.

O EPD ainda é muito criticado, pois, conforme entendem alguns doutrinadores como José Fernando Simal e Vitor Kümpel, retirou do deficiente a característica de vulnerável e, por consequência, retirou dos mesmos alguns direitos / proteções que fazia jus naquela condição, como por exemplo a prescrição que passa a correr contra o deficiente.

Frise-se que há tramitando perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 757/15, que altera o EPD, Código Civil (CC) e o Código de Processo Civil (CPC), em assuntos como a capacidade e curatela, haja vista a necessidade de suprir lacunas que poderá causar a pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade.

Importante ressaltar que a discussão deste trabalho não terá como base o referido Projeto de Lei, uma vez que ainda está em trâmite, não havendo previsão para que entre em vigor.

Fato é que a vigência do EPD trouxe impactos sólidos no tangente à capacidade do deficiente, que passa a ser plenamente capaz para todos os atos da vida civil, excluindo-se a incapacidade absoluta ou relativa do rol do artigo 3º do Código Civil.

Desta maneira, a possibilidade de casar, constituir e planejar uma família, bem como contratar ou negociar, passou a ser real, não havendo a necessidade de autorização, consentimento ou concordância de terceiro. Como consequência, o instituto da curatela também foi afetado, uma vez que o Código de Processo Civil entrou em vigor alguns meses após a promulgação da Lei 13.146/2015, alterando o CC, porém, não se adequando ao EPD.

O EPD limitou a curatela apenas a atos e disposições patrimoniais e negociais, não atingindo os direitos pessoais e a problemática surge quando um dos exercícios de direito pessoal atinge outro: os filhos do deficiente.

A lei não apenas dá capacidade plena ao deficiente, como restringe os poderes do curador apenas para disposições patrimoniais e negociais, ao passo que protege dos efeitos da curatela os direitos pessoais. Neste caso, perante os filhos do curatelado deficientes, considerando que o curatelado não tivesse discernimento ou capacidade para manifestar sua vontade, como será exercido o poder familiar? Poderia o curador, diante de tal situação tomar decisões que competiria apenas ao seu curatelado tomar? E, se positivo, quais os limites do curador?

Neste trabalho serão feitas análises de temas corolários à esta questão, para que seja possível chegar a uma conclusão quanto à possibilidade e limites para atuação do curador, haja vista a contraposição de direitos constitucionalmente protegidos, como o a dignidade, representada pela inclusão do deficiente e o exercício do poder familiar e a vulnerabilidade do menor.

Assim, por meio do presente trabalho, apresenta-se uma possível solução aos mais diversos casos de curatela e deficiência que possam aparecer, com o objetivo de proteger os filhos da pessoa deficiente curatelada, em razão de sua vulnerabilidade.

CAPÍTULO I - DA PESSOA DEFICIENTE

I.1) VISÃO JURÍDICO-HISTÓRICA

Os portadores de deficiência enfrentam preconceitos e obstáculos desde as épocas mais remotas da civilização, especialmente no período da Idade Média, onde eram considerados como castigos divinos aos familiares ou sinal de mau agouro.

A Professora Flávia Piovesan, em sua obra Manual de Direitos Humanos[2], categoriza em quatro estágios a percepção da sociedade sobre os deficientes: uma primeira fase de intolerância, característica da Idade Média pré-Renascentista, onde o deficiente era visto como um castigo divino à família pelo cometimento de pecados ou falta de fé, marginalizando-os; a segunda fase, da invisibilidade, onde eram simplesmente ignorados; a terceira, denominada assistencialista, onde deu-se início à uma visão de caridade perante os deficientes e, finalmente, a quarta (e atual) fase, intitulada humanista, que visa incluir a pessoa portadora de necessidades especiais no ordenamento jurídico com acesso aos mesmos direitos previstos à qualquer indivíduo.

Nesta última fase, diversos atos foram proclamados para se alcançar a meta inclusiva e igualitária levantada pelo movimento humanista. Em dezembro de 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, que seria utilizada como base comum de referência mundial para a proteção dos direitos dos portadores de deficiência. Porém, foi apenas em março de 2007, na cidade de Nova York, que a ONU promoveu a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), a qual gerou o Protocolo Facultativo, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro em 2009 por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

> A CDPD traz uma nova visão sócio-humanitária e jurídica do deficiente, procurando sua reabilitação no seio da comunidade, sua

[2] PIOVESAN, Flávia, in Garcia e Lazari, *Manual de direitos humanos.* 3ª Edição. 2014. Editora JusPodivim. Pg. 241.

> independência e sua igualdade no exercício da capacidade jurídica, visto que, no preâmbulo, assim reza: "a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas".[3]

Entretanto, a inclusão da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro não trouxe muitas mudanças de ordem prática. Sua ratificação permitiu que a Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF)[4] das pessoas com deficiência fosse alterada do modelo médico para o modelo social, porém, não foram realizadas outras ações para adequar a realidade brasileira à tendência global de reconhecimento dos deficientes, mantendo-os no mesmo *status* que sempre ocuparam, ou seja, como absolutamente incapazes perante a legislação (Lei 3.071/1916 – Código Civil de 1916 e Lei 10.406/2002 – Código Civil de 2002).

É verdade que a visão do deficiente no ordenamento pátrio vem evoluindo a cada nova codificação. No Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), eram considerados absolutamente incapazes, além dos menores de dezesseis anos e os ausentes, os loucos de todo o gênero e os surdos-mudos. Estes últimos foram excluídos do rol pelo código sucessor (Código Civil de 2002), que manteve os menores de dezesseis anos como incapaz absoluto, porém alterou os demais incisos para os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ainda assim, a posição do deficiente se manteve precária, pois, independentemente do grau de sua deficiência, ele não possuía, de modo algum, poderes para a vida civil.

---

[3] DINIZ, Maria Helena. *A Nova Teoria das Incapacidades*. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2 (2016). Disponível em http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426. Acessado em 28 de janeiro de 2018

[4] "A CIF fornece uma base científica e operacional para a descrição, compreensão e estudo da saúde e dos estados, resultados e determinantes relacionados à saúde. " OMS. *Manual Prática da CIF*. Pg.3 Disponível em http://www.fsp.usp.br/cbcd/wp-content/uploads/2015/11/Manual-Pra%CC%81tico-da-CIF.pdf. Acessado em 28 de janeiro de 2018 às 20h43m.

Foi apenas em 2015 que o governo brasileiro publicou a Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou radicalmente a concepção legal da pessoa com deficiência perante o ordenamento jurídico.

Importante a ressalva de que a Lei 13.146/2015 foi pioneira em instituir diversos métodos de inclusão e factualmente alterar a concepção jurídica da pessoa com deficiência, contudo, ela não foi a primeira a tratar do tema como um todo. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram publicadas e / ou ratificadas mais de 30 leis e acordos aceca do tema[5], todos com micro direcionamento ou de pouco impacto.

Dentre tais normas, podem ser citadas as seguintes leis: Lei 4.169/1962, que oficializa as convenções Braille para uso na escrita e leitura dos cegos e o Código de Contrações e Abreviaturas Braille; Lei 8.899/1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; Lei 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; e Lei 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

I.2) CRIAÇÃO DA LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

Promulgada em 06 de julho de 2015, a Lei 13.146/2015 trouxe substanciais alterações no campo da capacidade jurídica, alterando a redação de diversos artigos do Código Civil de 2002 para excluir os deficientes do rol de absolutamente incapazes, além de trazer inovações em relação à conceituação de pessoa deficiente e acessibilidade e tipificar como crime as condutas que privam os deficientes de direitos inatos.

[5] Lista completa disponível no Portal do Planalto: http://www4.planalto.gov.br/ipcd/assuntos/legislacao Acessado em 03 de fevereiro de 2018 às 14h50.

Trata-se, em linhas gerais, de legislação que visa proporcionar igualdade, acessibilidade, dignidade e autonomia individual, tendo como base principal a liberdade da pessoa deficiente de fazer suas próprias escolhas.

I.2.1) CONCEITOS TRAZIDOS PELA LEI 13.146/2015

O artigo 2º do referido Estatuto assim define pessoa com deficiência:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Tal definição está, entretanto, vinculada à avaliação da deficiência que pode ser considerada, inclusive, sob a perspectiva socioambiental, psicológica e pessoal, conforme prevê o inciso II do §1º do artigo retro.

O objetivo da inclusão deste inciso é, justamente, adequar a previsão da Lei 13.146/2015 à Convenção Internacional da ONU, ratificada em 2009, que alterou para o modelo social a classificação das pessoas com deficiência. Isto não significa que o aspecto médico tenha sido superado, mas sim que houve, por parte do legislador, preocupação em incluir no quadro do Estatuto aqueles que, por questões da psique e até do ambiente social em que foram submetidos, adquiriram impedimentos à sua participação na sociedade. Nas palavras de Lilia Pinto Martins:

> É importante salientar que não devemos colocar a deficiência dentro de uma concepção puramente médica, ficando associada exclusivamente à doença. Se bem que a deficiência possa ser causada por uma doença, ela não se caracteriza como doença, não devendo, portanto, ser confundida com uma das causas que a podem gerar, e que não a constitui de fato. Muito mais atual e dinâmica é a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social.[6]

[6] MARTINS, Lilia Pinto. *Artigo 2 – Definições*. In: RESENDE, Ana Paula Crosara e VITAL, Flávia Maria de Paiva (Org.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. 2008. Pg. 28. Disponível em https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-

Desta forma, a Lei de Inclusão Brasileira (LIB) – outro nome pelo qual a Lei 13.146/2015 foi reconhecida – traz ao ordenamento uma nova visão sobre o deficiente, visão esta que é mais inclusiva e acessível à toda população.

Para tanto, nota-se, por exemplo, que seu artigo 3º se ocupa em definir diversos termos comumente utilizados ao tratar do tema, que, entretanto, não dispunham de real efetividade. Ao incluir tais termos no corpo da norma, o legislador visa, primariamente, facilitar a concepção geral da necessidade de inclusão do portador de deficiência e permitir que esta necessidade seja mais facilmente suprida. Dentre os seus quatorze incisos, estão conceituados termos como “acessibilidade” (inciso I), “tecnologia assistida” (inciso III) e “comunicação” (inciso V).

Importante salientar que a Lei 13.146/2015 extrapolou as conceituações trazidas pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que apesar de tratar extensivamente sobre a matéria, não trouxe em seu texto noções básicas acerca da acessibilidade, por exemplo. A definição trazida pelo inciso I do artigo 3º foi uma inovação da lei brasileira, que assim prevê:

> Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:
> I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

A acessibilidade é ponto chave na matéria relacionada à pessoa deficiente, pois é ela quem permite que indivíduo possa viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos de sua vida cotidiana. Não obstante, é a partir do conceito de acessibilidade que se desdobrarão os demais aspectos inclusivos, na forma de tecnologia assistida (recursos que objetivam promover a funcionalidade da pessoa com deficiência), desenho universal (concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas,

---

arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acessado em 28 de janeiro de 2018 às 22h00m

sem necessidade de adaptação) e demais segmentações, o que torna o artigo 3º de suma importância para o projeto de inclusão almejado pelo Poder Público.

I.2.2) ALTERAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA DEFICIENTE

I.2.2.a) TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A tomada de decisão apoiada consiste, nos termos do artigo 1.783-A do Código Civil – introduzido após a criação da Lei 13.146/2015 -, no processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas de sua confiança para lhe apoiar na tomada de decisão sobre atos da vida quotidiana, auxiliando-a por meio do fornecimento de informações, opiniões e direcionamentos para o pleno exercício de sua capacidade civil.

> As pessoas com deficiência (física, mental ou intelectual) que podem exprimir vontade – e que, por conseguinte, estão abrangidas pela plena capacidade – podem, eventualmente, precisar de cuidado, proteção. Exsurge, nessa arquitetura, a tomada de decisão apoiada (...). Não se trata de incapacidade e, por isso, não são representantes ou assistentes. Apenas um mero apoio para auxiliar, cooperar, com as atividades cotidianas da pessoa. A tomada de decisão apoiada não se confunde com a curatela, partindo de uma premissa diametralmente oposta: inexiste incapacidade, mas mera necessidade de apoio a uma pessoa humana. [7] (Grifo nosso)

A tomada de decisão apoiada se enquadra também àqueles que possuem capacidade para fazerem suas próprias escolhas e / ou se expressar, porém, esta é limitada em função de sua deficiência, ou seja, existem obstáculos de baixa / média complexidade que não afetam o raciocínio em si, mas que geram barreiras para uma comunicação eficiente. Assim, o apoiador poderá agir não só como um conselheiro, mas como um incentivador ou como meio de repasse da vontade do apoiado, o que justifica a necessidade de ser escolhida pessoa de confiança que seja de próxima afinidade.

[7] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo.* 2ª Edição.2016. Editora JusPodvim. Pg. 243

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária previsto nos parágrafos do artigo 1.783-A do Código Civil, onde o interessado ("apoiado") indica as pessoas em que confia e que têm ligação com sua vida. A oitiva do Ministério Público é obrigatória (§3º), assim como a do requerente e dos apoiadores.

O parágrafo 1º do artigo traz a forma do pedido de Tomada de Decisão Apoiada, determinando que, para sua formulação, o requerente, em conjunto com os apoiadores, deve apresentar perante o juízo um termo em que constem (i) os limites do apoio a ser oferecido; (ii) os compromissos dos apoiadores; (iii) o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

O juiz conta com a assistência de uma equipe multidisciplinar e, uma vez aceita a nomeação, a decisão terá validade e efeitos sobre terceiros de forma irrestrita, desde que tal fato esteja previsto no pedido de apoio.

Vale dizer que os apoiadores não possuem nenhum poder de decisão definitiva, sendo sua atuação principal o aconselhamento do interessado, reconhecido por um juiz de direito. Caso haja dissonância entre as opiniões do apoiador e apoiado em matéria de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, é dever do juiz, assistido pelo Ministério Público, decidir sobre a questão[8].

A figura do apoiador não é definitiva, podendo haver renúncia (§10), término do acordo por pedido do apoiado (§9º) ou até mesmo afastamento do apoiador por negligência por meio de denúncia ao Ministério Público (§7º).

I.2.2.b) CRIMES CONTRA A PESSOA DEFICIENTE

Não obstante o caráter inclusivo e educacional do Estatuto da Pessoa Deficiente, foram incluídos quatro artigos que tipificam condutas criminais contra o

[8] CC, Art. 1.783-A, §6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

portador de deficiência. Entre os artigos 88 e 91, são considerados crimes a prática ou indução de discriminação contra pessoa com deficiência, a apropriação ou desvio de seus bens e o abandono ou a retenção / utilização de seus documentos para obter para si benefícios ou remunerações.

O Título II do segundo Capítulo (Parte Especial) da Lei 13.146/2015 objetiva a tutela dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, tendo por base a redação do artigo 3°, inciso IV da Carta da República, a qual aponta ser objetivo fundamental, dentre outros, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

Deste modo, em conjugação com o artigo 4º da Convenção Sobre Direito das Pessoas com Deficiência, em seu item 1, pontos “a” e “b”[9], foram estabelecidas penas que vão desde detenção – de seis meses a dois anos, no caso de retenção de documentos previsto no artigo 91 –, até reclusão de um a cinco anos, com possibilidade de aumento de um terço da pena na presença de agravantes – como é o caso do artigo 89, o qual prevê a reclusão de um a três anos para o indivíduo que comete ato de discriminação, podendo a pena ser aumentada em um terço caso a vítima esteja sob cuidado e responsabilidade do agente, para o indivíduo que violar a dignidade humana do portador de deficiência. Ademais, todos os crimes serão acrescidos de multa.

Com efeito, por se tratar, na sua maioria, de crimes com médio potencial ofensivo, é possível, com base na previsão legal do artigo 89 da Lei 9.099/1995, admitir a suspensão condicional do processo.[10]

---

[9] CDPD e Protocolo Facultativo, Artigo 4º: “1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:
a. Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
b. Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; (...)

[10] Lei 9.099/05 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

I.2.2.c) CURATELA

Ainda que o tema da curatela seja melhor estudado no próximo capítulo, faz-se necessário um pequeno comentário acerca do instituto neste momento. Isto porque, após a vigência da Lei 13.146/2015, houve uma quebra entre a ligação conceitual existente entre deficiência e incapacidade jurídica, que, para Cristiano Chaves de Farias[11], consistem em ideias autônomas e independentes, uma vez que o indivíduo deficiente é plenamente capaz na mesma proporção que um indivíduo sem qualquer deficiência possa ser considerado incapaz.

Este afastamento fez com que o instituto da curatela se tornasse medida excepcional, proporcional e o mais breve quanto possível, atingindo, primordialmente, apenas o patrimônio e a vida negocial do curatelado e só podendo adentrar no plano da capacidade civil quando, de fato, o indivíduo não puder manifestar sua vontade ou gerenciar a sua própria vida de forma independente, fato este que deve ser devidamente comprovado por laudo médico.

O ordenamento jurídico, portanto, passa a aceitar duas formas jurídicas de deficiência[12]: a simples - do indivíduo capaz – e aquela qualificada pela curatela, nos casos extremos ante a gradação da impossibilidade do indivíduo em se expressar ou fazer escolhas conscientes, razão a qual justifica a intervenção estatal com o objetivo de proteger tal indivíduo, uma vez que, a partir do momento que este não possui plenas capacidades para tomar as decisões de seu cotidiano, o Estado deve lhe conferir maior proteção, tal como o faz com os menores, mitigando, com isso, a teoria das incapacidades.

Logo, o instituto da curatela deixa de ser instituído sob o fundamento de que um indivíduo é incapaz por ser deficiente e passa a ser tão somente pela possibilidade do mesmo não puder expressar sua vontade, independentemente de qualquer doença física ou mental.

---

[11] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo*. 2ª Edição.2016. Editora JusPodvim. Pg. 241

[12] ASSUMPÇÃO. Letícia Franco Maculan. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores*. Disponível em http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA. Acessado em 03 de fevereiro de 2018 às 10h13.

Ao mesmo tempo, ao curador foi imposto o dever de prestação anual de contas por meio de Ação de Exigir / Prestar Contas (artigos 550 a 553, Código de Processo Civil). Em linhas gerais, a obrigação consiste em um relatório contábil, de cunho obrigatório, encaminhado ao juiz pelo advogado ou Defensor Público que representa as partes da Curatela contendo a descrição dos ganhos financeiros e despesas administradas pelo curador em favor do curatelado.

Todas estas medidas visam reforçar a ideia de capacidade dada ao deficiente após a publicação do Estatuto, sem que lhe sejam impostas restrições indevidas a título gratuito, ou seja, pelo simples motivo de o indivíduo ser portador de uma deficiência.

I.2.2.d) CAPACIDADE CIVIL

É de fácil percepção que a maior inovação trazida pela Lei 13.146/2015 foi a revogação dos incisos II e III dos artigos 3º e 4º do Código Civil, os quais classificavam como absolutamente incapazes para os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade (artigo 3º) e como relativamente incapazes os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais (sem desenvolvimento mental completo) (artigo 4º).

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou tais incapacidades, declarando de forma expressa a não afetação da plena capacidade civil destes indivíduos. Assim, os deficientes passam a gozar de total liberdade civil nos termos que seguem:

> Art. 6o A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I - casar-se e constituir união estável;
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Esta mudança de paradigma busca adequar o ordenamento jurídico pátrio às resoluções já estabelecidas pela Convenção Internacional (CDPD)[13]. Tal liberdade, passa a ser reconhecida até mesmo no caso de indivíduos curatelados, como se vê da previsão do artigo 85, §1º do Estatuto:

> Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
> § 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. (Grifo nosso)

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que há um grande esforço para atingir níveis de excelência no quesito da acessibilidade, o Estatuto visa equiparar os deficientes aos indivíduos “comuns”, ou ao menos, reduzir ao máximo possível a diferença jurídica entre ambos. Nas palavras de Maria Helena Diniz, a legislação ordinária, no tocante à incapacidade, “não se limitou a considerar como incapaz a pessoa com deficiência, mas aquela que não tivesse o discernimento para praticar atos da vida civil. ”[14] É a ausência de discernimento, não a deficiência em si que dá causa à incapacidade, da mesma forma que é o grau de tal ausência que permitirá a interdição do indivíduo por meio de curatela.

Entretanto, no campo processual, a recém adquirida capacidade civil traz algumas mudanças importantes que devem ser observadas. Por primeiro, deve-se destacar que a mera promulgação da Lei 13.146/2015 não atinge aqueles que

[13] CDPD, Art. 23. 1,"a" Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes.

[14] DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. *Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) nas Legislações Civil e Processual Civil*. Revista dos Tribunais Online, Revista de Direito Privado | vol. 66/2016 | Abr - Jul / 2016 - DTR\2016\4447. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102642. Acessado em 31 de janeiro de 2018 às 18h34m.

estavam sob poder de interdição ante a previsão dos (agora revogados) artigos 3º e 4º do Código Civil. Uma vez reconhecido por um juiz como absolutamente incapaz, a condição do indivíduo portador de deficiência permanece até que seja requerida nos autos do processo originários a extinção da intervenção.

Deve-se ressaltar que, em razão da natureza declaratória da sentença interventiva, esta não constitui coisa julgada e poderá ser revisada caso haja provas que suportem a possibilidade de liberação do curatelado. Neste sentido, o CPC de 1973 já trazia, no artigo 471 (atual artigo 505 do CPC 2015[15]), a previsão de que, em se tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, o juiz poderá revisar a sentença a pedido da parte.

Outro ponto processual que deve ser observado é a perda dos benefícios de causas suspensivas ou impeditivas da prescrição e da decadência. Isto porque, conforme redação do artigo 198, inciso I e artigo 208, ambos do Código Civil[16], não corre prescrição e decadência contra os incapazes de que trata o artigo 3º. Logicamente, os incisos revogados não mais fazem parte do referido artigo (nem do ordenamento jurídico como um todo), de forma que os deficientes deixam de contar com o proveito prescrional.

No que tange à constituição de família, a Lei Brasileira de Inclusão também derrubou a vedação ao casamento (o artigo 1.548, inciso I dó Código Civil, agora revogado, previa a nulidade de casamento pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil) e assegurou o direito à sexualidade e reprodução, ponto que foi reproduzido no texto do artigo 18, §4º, inciso VII, que assim prevê:

> Art. 18, §4º As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar:

---

[15] CPC, Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

[16] CC, Art. 198. Também não corre a prescrição:
I - contra os incapazes de que trata o art. 3o; (...)
CC, Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

> VII - atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida; (Grifo nosso)

Assim, não somente o portador de deficiência possui o direito à reprodução, mas é dever da saúde pública fornecer atendimento para fertilização assistida. Esta previsão já era defendida sob a égide da Lei 7.853/1989 que, ainda que não trate especificamente da fertilização assistida – procedimento relativamente novo no campo da ciência – estabeleceu um rol de medidas prioritárias e adequadas ao tratamento à pessoa deficiente. O artigo 2º da referida lei define tais medidas específicas nas áreas de educação (inciso I), saúde (inciso II), formação profissional e do trabalho (inciso III), recursos humanos (inciso V) e edificações (inciso VI).

Com este auxílio, a pessoa portadora de deficiência passa, também, a contar com maior proteção ao planejamento familiar, onde são reconhecidos seus direitos de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.

De grande importância, ainda, é a previsão do inciso VI do artigo 6º do Estatuto, o qual a redação expressa que a pessoa com deficiência tem o direito de exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Analisando o texto legal de forma pragmática, esta previsão é uma das que mais reforça o desmembramento entre incapacidade e deficiência. A partir do momento que o indivíduo deficiente passa a ser capaz, nada o impede de agir como tutor ou curador de, por exemplo, sua prole – ato natural reconhecido no sistema jurídico brasileiro, o qual comumente concede aos genitores a ocupação de cuidador do incapaz.

> A despeito da deficiência, a pessoa pode manter intacta sua condição mental (é mesmo assim na maioria das vezes), o que a autoriza a prática de todos os atos da vida civil, em paridade de condições com outros eventuais candidatos. De sorte que, por exemplo, na disputa pela guarda de uma criança, não será preterido o deficiente em virtude, por si só, de seu déficit. Conquanto detectado, se reunir melhores condições, sob os mais variados

> aspectos (afetivo, psicológico, social, etc.), deverá ser-lhe deferida a guarda. [17]

Ora, nada mais justo, seja pelo ponto de vista familiar, sucessório ou de responsabilidade civil, do que, como exemplificado por Cristiano Chaves de Farias em seu excerto acima, ante um caso de guarda de menor, que a criança fique com os seus pais quando eles possuem capacidade para tanto e respeitando a prevalência do interesse da criança. Não havendo impedimentos legais ou circunstâncias que demonstrem a impossibilidade dos genitores em criar seus próprios filhos, ainda que exista deficiência física ou mental de sua parte, o poder familiar deve ser mantido.

[17] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo*. 2ª Edição.2016. Editora JusPodvim. Pg. 46

CAPÍTULO II - DA CURATELA

O instituto da Curatela está previsto no Código Civil entre os artigos 1.767 e 1.783 e é conceituado como encargo público judicialmente determinado à um indivíduo para que zele e administre os bens de pessoa maior de dezoito anos de idade declarada incapaz.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, "é o encargo público cometido, por lei, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, que, por si só, não estão em condições de fazê-lo. "[18] Serve, portanto, para proteger o patrimônio e os interesses daqueles adultos que, perante a lei, não estão aptos a exprimir sua própria vontade.

A curatela é, em muitos pontos, tratada da mesma forma que a tutela. O Código de Processo Civil traz, por exemplo, entre os artigos 759 e 763, disposições comuns entre os dois mecanismos, contudo, não se pode confundi-los. Enquanto a tutela visa proteger o indivíduo menor de dezoito anos com ambos os pais falecidos, ausentes ou destituídos do poder familiar, a curatela tem como escopo proteger todos os demais incapazes, independentemente da idade. Em função da natureza assistencialista inerente de ambos os institutos, é comum que estes sejam confundidos e até mesclados, porém este é um equívoco que não pode ser cometido.

Carlos Roberto Gonçalves[19], em ensinamentos nos aponta as diferenças principais que permeiam os dois institutos:

> Podem ser apontadas as seguintes diferenças: a) a tutela é destinada a menores de 18 anos de idade, enquanto a curatela é deferida, em regra, a maiores; b) a tutela pode ser testamentária, com nomeação do tutor pelos pais; a curatela é sempre deferida pelo juiz; c) a tutela abrange a pessoa e os bens do menor (auditorias e gestão), enquanto a curatela pode compreender somente a

[18] DINIZ. Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. 2010. Editora Saraiva. Pg. 1.253
[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família, Volume 2.* 15ª Edição. 2011, Editora Saraiva. (Coleção Sinopses Jurídicas; v.2) Pg. 197

> administração dos bens do incapaz, como no caso dos pródigos; d) os poderes do curador são mais restritos do que os do tutor.

Nota-se, portanto, que ainda que ambos os institutos sejam uma forma de interdição sobre a vida do paciente, a curatela é muito mais negocial do que a tutela, uma vez que esta irá guardar não só o patrimônio do tutelado, mas também conta com um caráter de *múnus público* de proteção e efetivação do poder familiar, ou seja, o cuidado em relação aos tutelados e o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los e demais disposições impostas por lei nos termos do artigo 1.634 do Código Civil.

A curatela, por outro lado, é uma determinação judicial que não tem o caráter de criação e desenvolvimento do paciente, mas sim a administração parcial de sua vida quotidiana, ou seja, a gestão de bens e negócios. Assim, sua instituição não ocorre de forma automática a partir do requerimento perante o juiz à maneira da tutela. Apenas com a instauração de Ação de Interdição é que o juiz não só analisará os documentos apresentados, mas também fará a oitiva do possível curatelado, a impugnação do mesmo (inexistente no processo de tutela) e, com auxílio de laudo médico (trazido pelo novo Código de Processo Civil), irá determinar a necessidade de uma interdição.

O rol dos sujeitos à curatela está previsto no artigo 1.767 do Código Civil de 2002 e inclui i) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e iii) os pródigos. Nesta última hipótese, faz-se necessário ressaltar que o Código Civil determina que a curatela só privará o interdito pródigo no que concerne, puramente, aos atos negociais de sua vida, ou seja, atos de compras, alienações, transações, hipotecas etc. [20], uma vez que sua incapacidade recai, tão somente na condição psicológica de gastar seu patrimônio de forma desordenada.

Antes da promulgação da Lei 13.146/2015, também se encontravam neste rol os portadores de deficiência mental e aqueles considerados excepcionais, sem

[20] CC, Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

completo desenvolvimento mental. Desta forma, os portadores de deficiência eram considerados absolutamente incapazes de exercerem, pessoalmente, os atos da vida civil.

Após a vigência do Estatuto, os deficientes perdem a característica de incapazes e a curatela passa a ser apenas um instrumento de auxílio para manutenção da vida quotidiana.

II.1) PROCEDIMENTO PARA AÇÃO DE INTERDIÇÃO

O procedimento para interdição do maior incapaz está previsto no Código de Processo Civil entre os artigos 747 e 763. Consiste em um processo judicial onde é indispensável não apenas a demonstração ao magistrado da necessidade da medida, mas também qual a extensão da interdição pleiteada.

> CC, Art. 747. A interdição pode ser promovida:
> I - pelo cônjuge ou companheiro;
> II - pelos parentes ou tutores;
> III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
> IV - pelo Ministério Público.
> Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.
>
> CC, Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:
> I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;
> II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.

O requerimento direcionado ao juiz deverá comprovar a capacidade do Requerente para atuar no polo ativo da demanda, apontar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e / ou para praticar atos da vida civil e o momento em que a incapacidade se revelou. Também deverá ser acostado ao requerimento laudo médico (artigo 750). Este não é requisito absolutamente obrigatório, porém, a não produção de tal laudo “inviabiliza de todo a possível nomeação de curador provisório dado que o laudo [...] é indício forte,

quando não prova cabal, do estado e dos graus da incapacidade de discernimento".[21]

Tais previsões demonstram o objetivo do legislador em promover a distinção entre incapacidade civil e impossibilidade de administração de bens. Ao determinar que a Inicial deve apontar qual o momento em que a incapacidade se revelou, por exemplo, a lei busca dar ao magistrado mais elementos factuais que permitam, com auxílio de equipes multidisciplinares, particularizar a condição do interdito.

Em casos de urgência, há a possibilidade de se nomear curador provisório. O parágrafo único do artigo 749 do CPC autoriza a medida nos mesmos moldes de liminar, ou seja, após a estabilização da lide e contraditório, a sentença deverá confirmar ou afastar definitivamente a curatela provisória.

O deferimento de curatela provisória deve possuir os mesmos requisitos de uma tutela provisória ou de urgência, a saber: a urgência da matéria e a verossimilhança das alegações. Neste sentido, já é possível verificar decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP que reafirmam a exigência de requisitos específicos para concessão de curatela provisória:

> Interdição. Pedido de nomeação de curadora provisória. Ausência dos requisitos legais que autorizam a concessão da tutela de urgência. Art. 300 do CPC. Probabilidade do direito não evidenciada. Provas que demonstram incapacidade laborativa, não civil. Necessidade de se aguardar a realização de perícia, já deferida. Ausência de perigo de dano. Decisão mantida[22] (Grifo nosso)

Assim, percebe-se que também no âmbito processual há uma proteção em relação à liberdade e dignidade do interditando.

---

[21] GIRARDI. Viviane. Arts. 747 a 758. In TUCCI. José Rogério Cruz e, FILHO. Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO. Ricardo de Carvalho, DOTTI. Rogéria Fagundes, MARTINS. Sandro Gilbert, (Coord.) *Código de Processo Civil Anotado.* 2017. OAB Paraná. Disponível em http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_anotado_2017.pdf. Pg. 1.203.

[22] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2092257-20.2017.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 09/02/2018. Data de disponibilização: 09/02/2018. Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11158942&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a9478827b52a4456b53a7274dc77a3c6&vlCaptcha=tted&novoVlCaptcha= . Acessado em 26 de fevereiro de 2018 às 22h48m.

Estando a inicial apta, o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz e prestar esclarecimentos de sua vida, rotina, negócios e preferências. Esta entrevista tem dois objetivos principais: assegurar o contraditório e a ampla defesa do interditando e possibilitar ao juiz a verificação dos laços, relacionamentos e grau de restrições que o interditando possui.

> Trata-se de momento singular e de aguda percepção para o julgador, sobretudo diante da drasticidade e das consequências da medida da curatela e da necessidade de a decisão determinar os graus de atuação da pessoa do curador ou curadores, considerando-se, como já se disse, a possibilidade da curatela parcial ou total.[23]

Realizada a entrevista, o interditando tem o prazo de quinze dias úteis para apresentar impugnação ao pedido (artigo 752), caso assim o deseje. A impugnação não é obrigatória e poderá ser dispensada se for do interesse do interditando. Caso seja apresentada, este poderá constituir advogado ou ter um curador especial designado para o caso.

Nos termos do artigo 753 da lei processual, após o prazo de impugnação, é necessário que o juiz determine produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando e determinação de quais atos da vida civil ele estará ou não apto a realizar, sob pena de nulidade processual. A perícia judicial consiste em ato essencial da produção de provas, uma vez que tem o condão de confirmar a real necessidade da determinação da curatela. Superados estes pontos, o juiz proferirá sentença.

Prevê o artigo 755 do CPC que a sentença que decretar a interdição deverá nomear o curador, que poderá ser o Requerente da interdição ou, na impossibilidade deste por causa superveniente, terceiro idôneo para o exercício, ou seja, quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, e fixará os limites da curatela segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito. Além disso, as características pessoais do interdito, suas potencialidades, habilidades, vontades e

[23] GIRARDI. Viviane. Arts. 747 a 758. In TUCCI. José Rogério Cruz e, FILHO. Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO. Ricardo de Carvalho, DOTTI. Rogéria Fagundes, MARTINS. Sandro Gilbert, (Coord.) *Código de Processo Civil Anotado*. 2017. OAB Paraná. Disponível em http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_anotado_2017.pdf. Pg. 1.204.

preferências devem ser respeitadas (inciso II) e levadas em conta para que seja feito o cômputo da extensão da interdição.

Proferida a sentença, esta será inscrita no registro de pessoas naturais, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente (§3º).

> Concatenando, didaticamente, é possível apresentar as seguintes espécies de curatela: i) o curador pode se apresentar como um representante do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos, porque este não possui qualquer condição de praticá-los, sequer em conjunto. Seria o caso de alguém que se encontra no coma ou a quem falta qualquer discernimento; ii) o curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistente para outros, em um regime misto, quando se percebe que o curatelando tem condições de praticar alguns atos, devidamente assistido, mas não possui qualquer possibilidade de praticar outros, corno, por exemplo, os atos patrimoniais; iii) o curador será sempre um assistente, na hipótese em que o curatelando tem condições de praticar todo e qualquer ato, desde que devidamente acompanhado, para a sua proteção.[24]

Durante o período de curatela, o curador tem a obrigação de prestar contas da administração dos bens do curatelados, a menos que se trate de curador cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, caso em que a legislação civil (artigo 1.783) o desobriga de tal responsabilidade, uma vez que, por se tratar de universalidade de patrimônio, os interesses do curador são de, justamente, preservação dos seus bens.

A prestação de contas tem o intuito de proteger o curatelado para garantir que seus interesses econômicos sejam protegidos e que não haja desmazelos e lesões ao seu patrimônio.[25] Assim, ao considerar um regime de bens de comunhão universal, não haveria motivos para supor que o cônjuge-curador venha a agir de má-fé para aproveitar da condição do interdito, pois estaria dilapidando seu próprio patrimônio. Contudo, observada a existência de justo motivo – por exemplo, desvio

[24] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo.* 2ª Edição.2016. Editora JusPodvim. Pg. 242.
[25] DINIZ. Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. 2010. Editora Saraiva. Pg. 1.246.

de bens do casal – poderá recair sobre o cônjuge-curador o dever de prestação por meio de ordem judicial.

A redação do artigo 756 prevê que curatela será levantada uma vez que a condição do interdito seja superada. O Requerente, que poderá ser o curador, o Ministério Público ou o próprio interdito, deve apresentar ao juiz da causa laudo que comprove a capacidade para os atos em que foi determinada a interdição e requerer a sua baixa. Cabe ao juiz a nomeação de perito e / ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito. Caso o pedido seja acolhido, a sentença terminativa, da mesma forma que a declaratória, deverá ser registrada no registro de pessoas naturais.

II.2) ALTERAÇÃO NO PROCESSO DE CURATELA ANTE A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

II.2.1) ALTERAÇÕES PROCESSUAIS

Com a promulgação das Leis 13.105/2015 e 13.146/2015 (novo Código de Processo Civil e Estatuto da Pessoa com Deficiência, respectivamente), houve alterações substanciais no que tange à instituição, exercício e natureza da curatela.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 84, é claro ao determinar que a curatela constitui medida protetiva extraordinária e proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, não alcançando, de forma alguma, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Todo o texto legal está pautado na retirada da pessoa deficiente do rol de incapazes para os atos da vida civil, que, como é cediço, é a maior alteração trazida pela vigência da Lei 13.146/2015. Com isso, ao proferir sentença interventiva, o juiz não mais declara a incapacidade civil de determinado indivíduo com consequente

instituição de curador, mas sim a impossibilidade de discernimento para delimitado campo de ação, devidamente comprovado por laudo médico (artigo 750, CPC), delimitando a atuação de curador de acordo com a restrição específica que o curatelado apresenta, restando os demais campos da vida civis intocados e completamente dispostos à escolha pessoal do curatelado.

Neste mesmo sentido, o atual Código de Processo Civil, com a intenção de permitir ao magistrado a verificação a fundo da situação do curatelado, estende a redação do antigo artigo 1.181 (atual artigo 751) para promover uma melhor imersão na vida do interdito que possa demonstrar, de forma latente, a real necessidade de um interventor. Ao ser agregado ao artigo 750, inexistente no código processual anterior, o legislador fornece ao juiz meios sólidos para uma determinação do nível de indispensabilidade interventiva tão mais exata quanto possível.

II.2.1.a) LEGITIMIDADE ATIVA

Foram incluídos no rol de legitimados para requerer a curatela o companheiro e o representante de entidade em que se encontra abrigado o interditando.

A inclusão do companheiro no inciso I do artigo 747 do Código de Processo Civil, ao lado do cônjuge, reforça a previsão já estabelecida no artigo 1.775 do Código Civil e está em consonância com o princípio constitucional que confere a igualdade de tratamento ao casamento e à união estável. Além disso, a legislação civil foi modificada para conter o artigo 1.775-A, o qual permite o estabelecimento de curatela compartilhada a mais de uma pessoa no momento de nomeação de curador para pessoa com deficiência.

Quanto à legitimidade do representante de entidade onde se encontra abrigado o interdito, trata-se de hipótese aplicável nos casos de idosos residentes em casas de repouso, dependentes químicos em reabilitação e portadores de deficiência que residam em instituições médicas.

Ressalta-se que a entidade abrigadora é tão legítima para propositura de curatela quanto os demais previstos em lei, porém, há um entendimento[26] de que, neste caso, os legitimados previstos nos incisos I e II do artigo 747 do atual Código de Processo Civil deverão ser intimados para se manifestarem e aquiescerem com o pedido feito pela instituição.

Não obstante, outra novidade trazida pelo novo Código de Processo é a inclusão do artigo 757, o qual prevê a extensão da curatela aos incapazes sob guarda do curatelado. O diploma legal assim está redigido:

> Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz.

Isto significa que os legitimados para requerer a curatela, se nomeados curadores, passam a zelar pelos interesses não só do curatelado em si, mas de qualquer menor de idade que estiver sob a guarda do curatelado.

Em sentido contrário, a atual legislação retirou a legitimidade do Ministério Público (anteriormente prevista no inciso III do artigo 1.177 do CPC/1973), deixando-o apenas como o fiscal da ordem jurídica. Apenas situações de doença mental grave onde inexistam os legitimados pelo artigo 747 do CPC ou estes não possam requerer a interdição permitem a promoção de Ação de Interdição pelo Ministério Público. Trata-se, portanto, de legitimidade ativa residual e subsidiária.

II.2.1.b) DEMAIS QUESTÕES PROCESSUAIS – APERFEIÇOAMENTO DA LEI PARA ATENDER ÀS DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com exceção das mudanças apontadas acima, o atual Código de Processo Civil foi alterado, no que tange ao processo de interdição, em questões pontuais para aperfeiçoar o procedimento judicial aos ideais mais humanizados trazidos pela

[26] GIRARDI. Viviane. Arts. 747 a 758. In TUCCI. José Rogério Cruz e, FILHO. Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO. Ricardo de Carvalho, DOTTI. Rogéria Fagundes, MARTINS. Sandro Gilbert, (Coord.) *Código de Processo Civil Anotado.* 2017. OAB Paraná. Pg. 1233. Disponível em http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_anotado_2017.pdf

Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e pela Lei 13.146/2015.

Neste sentido, houve, por exemplo, a ampliação do prazo para impugnação do interditando de cinco (artigo 1.182 do Código de Processo Civil de 1973) para quinze dias (artigo 752 do Código de Processo Civil de 2015) e o aprimoramento do procedimento judicial por meio de entrevistas com o interdito – acompanhado de especialista –, emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas pelo juiz, utilização de equipes multidisciplinares para formulação de laudo pericial, entre outros pequenos ajustes processuais que visam o respeito à vida e à dignidade do interdito.

Outro ponto aperfeiçoado foi a estruturação da sentença declaratória. A atual legislação processual determina quais deverão ser os pontos fixados pelo juiz quando esta for no sentido de ser estabelecida curatela, ou seja, a sentença deverá estabelecer, de forma expressa, os limites da restrição interventiva e de atuação da curatela, respeitando as peculiaridades do caso em concreto, podendo, inclusive, ocorrer levantamento parcial da curatela quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil (§4º do artigo 756).

Também, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, já tratado no capítulo anterior, está regida pela Lei 13.146/2015 e pelo artigo 1.783-A do Código Civil, não possuindo disposições legais específicas no Código de Processo Civil.

II.2.2) RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Por fim, saindo do âmbito processual, deve-se trabalhar a questão da Teoria das Incapacidades após a vigência da Lei 13.146/2015, considerando haver uma discussão doutrinária sobre a possível “aniquilação” da Teoria com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Teoria das Incapacidades, criada por Savigny[27] e posteriormente trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo jurista Teixeira de Freitas e lapidada por Clóvis Beviláqua no Código Civil de 1916, é responsável pela segmentação do conceito de capacidade entre capacidade de direito, ou seja, capacidade de ser titular de direitos, e capacidade civil, voltada para a possibilidade do indivíduo titular de tais direitos atuar de forma individual na sociedade. Enquanto a primeira é inerente a qualquer pessoa, haja vista que todos são humanos e a Dignidade da Pessoa Humana é a base fundamental de qualquer sistema jurídico moderno, a segunda se vincula à determinados requisitos legais – leia-se permissões – para seu desenvolvimento. Em outras palavras, a capacidade de direito é nata a qualquer ser humano, que poderá adquirir direitos e contrair obrigações. Para realizar o exercício destes poderes, contudo, o indivíduo deve ser titular de capacidade civil.

> O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. Clóvis Beviláqua a define como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”[28]

A capacidade civil consiste na aptidão que o indivíduo tem para atuar por si mesmo com o discernimento suficiente para reconhecer a licitude e a conveniência de seus atos. Trata-se, portanto, de um limitador da capacidade de direito[29] que a lei impõe aos indivíduos por meio de critérios de idade ou saúde que visam a proteção – reforçada – daqueles que, por algum motivo, não podem se expressar de maneira plena.

No Brasil, a ausência dos requisitos para atuação na vida civil pode ensejar a incapacidade absoluta, ou seja, proibição total do exercício de qualquer ato, ou

[27] SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual - Tomo I*. vertido al ed. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878
[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado v. 1. 2ª Edição. 2012. Editora Saraiva. Pg. 175
[29] DINIZ. Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. 2010. Editora Saraiva. Pg. 34

incapacidade relativa, a qual permite que o indivíduo realize atos, desde que assistido por alguém judicialmente autorizado. Ambas estão previstas no Código Civil (Lei 10.406/2002) nos artigos 3º e 4º, respectivamente.

No que tange ao critério de idade, a definição de absolutamente incapaz para os menores de dezesseis anos e relativamente incapaz para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos é relativamente pacífica – relativamente porque muito se discute a questão da maioridade penal.

Os menores de dezesseis anos não possuem discernimento suficiente para compreender a extensão de seus atos uma vez que ainda estão em formação de caráter. Já aqueles que superaram tal idade, mas ainda não completaram dezoito anos, são considerados relativamente incapazes, podendo realizar atos acompanhados de seus representantes.

A situação dos indivíduos considerados incapazes em função de sua saúde torna-se ainda mais complexa a medida que os sistemas jurídicos mundiais caminham para uma visão cada vez mais humanista. Como já alinhado no capítulo anterior, há muito se discute a injustiça de retirar de uma pessoa o direito de tomar decisões acerca de sua própria vida meramente ante a existência de uma doença, seja ela qual for.

Observando o avanço legislativo no campo da capacidade, inevitável era a retirada dos deficientes do rol de incapazes, permitindo-os agirem com capacidade plena sobre sua vida quotidiana e consequentemente mitigando a teoria das incapacidades construída no último século do direito brasileiro.

Não obstante, a justificativa da inclusão daqueles que possuem doença mental ou capacidade de expressão reduzida em tal rol seria exatamente a de que estes estariam em desvantagem perante os demais, necessitando de proteção especial. Sob esta perspectiva, a retirada do exercício de direitos é, em última instância, a defesa destes, pois apenas uma pessoa completamente capaz poderia ter o total discernimento para tomar decisões acertadas de qualquer espécie.

Assim, resta o questionamento: a retirada das pessoas com deficiência do rol de incapazes, ainda que tenha uma visão humanista, não seria uma exposição desnecessária de tais pessoas, que podem ser mais facilmente ludibriadas? Ou, ainda que tenham compreensão dos atos, sua dificuldade em comunicar-se não ensejaria na possibilidade de errônea interpretação de sua vontade?

Com estas indagações, muito se fala em uma destruição da Teoria das Incapacidades, já que, com a promulgação da Lei13.146/2015, serão absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos.

Contudo, deve-se tomar as devidas cautelas diante deste argumento. A mera leitura dos artigos 3º e 4º do Código Civil poderia levar o indivíduo a tão errônea conclusão, porém a entrada do Estatuto da Pessoa com Deficiência na legislação brasileira não trouxe apenas esta única mudança. O Estatuto visa, de fato, humanizar a situação dos deficientes permitindo-lhes tomarem as rédeas de sua vida civil, mas o faz de forma amparada por diversos institutos, dentre eles a criação do processo de Tomada de Decisão Apoiada, a modificação da curatela para esta ser medida cabível em situações excepcionais e transitórias, entre outros.

As alterações trazidas buscam ampliar o acesso e respeito à Dignidade da Pessoa Humana, sem deixar os deficientes desprotegidos perante a lei. Ao fazer uma leitura detalhada dos artigos da Lei 13.146/2015, percebe-se que, conforme já exposto no presente trabalho, seu objetivo final é a transferência do critério definidor de incapacidade, que sai do campo da doença em si e passa a ser o nível de impossibilidade efetivo que um indivíduo, independentemente de sua condição mental, tem para se manifestar e compreender o que ocorre ao seu redor.

Interessante a colocação de Pablo Stolze em seu artigo veiculado no portal JusNavigandi em 2015:

> Pensamos que a nova Lei veio em boa hora, ao conferir um tratamento mais digno às pessoas com deficiência. Verdadeira reconstrução valorativa na tradicional tessitura do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil. Mas o grande desafio é a mudança

> de mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro. Mais do que leis, precisamos mudar mentes e corações.[30] (Grifo nosso)

Trata-se, afinal, de uma necessária mudança do comportamento humano no que concerne às pessoas que tenham algum tipo de deficiência. Estas poderão contar, a qualquer tempo, com medidas e instrumentos para ajuda-las a lidar com as dificuldades impostas e, nos casos extremos, onde o indivíduo não tenha controle sobre sua condição, a intervenção por meio da curatela continuará a ser possível, mas será necessária sua real confirmação por meio de laudos realizados por especialistas.

Estes instrumentos trazem consigo uma relativização da Teoria das Incapacidades, que continuará válida naquilo que tem por objetivo final: a proteção daqueles não possuem a mesma habilidade de processamento de informações ou comunicação perante a sociedade. A intervenção judicial não será extinta e deverá ser promovida nos casos que lhe forem cabíveis, inclusive, pelo Ministério Público caso este verifique a inércia dos responsáveis em agir em prol do indivíduo deficiente, porém, a independência da pessoa deficiente fica preservada.

> A teoria da incapacidade sofreu, portanto, uma reconstrução e lançou um desafio para o século XXI: o respeito à dignidade do portador de deficiência para que possa gerir, na medida do possível, sua vida, fazendo escolhas para atender aos seus interesses, valendo-se, se necessário for, de institutos assistenciais (curatela ou tomada de decisão apoiada) para a efetivação de atos negociais ou patrimoniais.[31]

Logo, as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não devem ser consideradas como destruidoras da Teoria das Incapacidades. Trata-se em verdade, de um passo em direção ao respeito e efetivação da Dignidade da Pessoa Humana a todos os indivíduos portadores de direitos.

---

[30] STOLZE. Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*. Disponível em https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil. Acessado em 1º de março de 2018 às 22h56m.

[31] DINIZ, Maria Helena. *A Nova Teoria das Incapacidades*. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2 (2016). Disponível em http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426. Acessado em 1º de março de 2018 às 23h12m.

CAPÍTULO III - PODER FAMILIAR

O poder familiar, também conhecido como poder parental, foi inserido no ordenamento pela vigência do Código Civil de 2002, sendo uma terminologia recente no sistema jurídico brasileiro.

O conceito atual de poder familiar é relativamente novo no Direito quando comparado à sua origem no antigo Direito Romano: o *patria potestas*. Trata-se de um instituto que passou por radicais alterações ao longo da história para melhor se adequar à realidade, característica que é fortemente intrínseca ao direito de família por se tratar do ramo jurídico que mais depende das relações afetivas humanas.

Com isto, o direito de família tem o dever fundamental de se adaptar conforme o próprio conceito de família vai sendo alterado com o passar das gerações.

III.1) EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De origem romana, o poder familiar teve sua formação no instituto do *patria potestas.* À época do direito romano, a família era submetida ao poder do *paterfamilias*, que não era necessariamente vinculado ao laço sanguíneo. A sujeição dos indivíduos em determinado núcleo familiar se dava por meio da identidade de cultos ou interesse em se sujeitar à determinado chefe de família.

> Na sua acepção original, família era evidentemente a família *proprio jure*, isto é, o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*: *jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt unius potestate aut natura aut jure subiectae* (D. 50.16.195.2).
> Noutra acepção, mais lata e mais nova, família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *paterfamilias*, se este não tivesse morrido: era a *familia communi jure. Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: ..... qui sub unius potestate fuerunt recte eiusdem familiae appellabuntur, quia ex eadem domo et gente proditi sunt* (D. 50.16.195.2).

> Em ambos os conceitos de família, a base do liame são a pessoa e a autoridade do *paterfamilias*, que congrega todos os membros.[32]

A chefia da família era, sempre, dada ao membro do sexo masculino vivo, sendo ele (pai, avô, bisavô etc.) a única pessoa investida de direitos (*sui juris*). A esposa, os filhos e os demais dependentes que se sujeitavam à família eram consideradas *personae alieni juris*, devendo estes se sujeitar até em questões de vida ou morte (*Ius vitae et necis*) decididas pelo *paterfamilias*.[33]

Este conceito paternalista foi a base para a construção do pátrio poder no direito europeu, que, mais tarde, influenciaria o direito brasileiro.

O pátrio poder, termo utilizado pelo Código Civil de 1916, dava a titularidade de seu exercício exclusivamente ao chefe da família, representado pelo homem, e, como consequência, a mulher figurava como mera coadjuvante perante quaisquer decisões relacionada ao núcleo familiar. Apenas face à ausência da figura masculina é que a chefia passava a ser da mulher. Portanto, em eventual conflito no exercício deste poder, a vontade do pai seria sempre sobreposta à vontade da mãe. Tal era a discriminação que a mulher casada passava a ter menos direitos, por não haver a plena capacidade, e, consequentemente, não poderia praticar atos da vida civil, necessitando ser assistida ou que fossem ratificados seus atos.

O uso desta expressão resulta de resquícios de uma sociedade patriarcal[34], pois alude ao poder dos pais em relação aos filhos, em que além da desigualdade entre mãe e pai, havia ainda a diferença no tratamento da prole. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital[35].

A terminologia utilizada atualmente é entendida como mais adequada, uma vez que o tratamento jurídico dado às mulheres (mães e esposas) é o mesmo dado

---

[32] MARKY. Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano.* 8ª Edição. 1995. Editora Saraiva. Pg. 82
[33] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14ª Edição. 2008. Rio de Janeiro. Editora Forense. Pg. 605.
[34] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2016. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 456
[35] TORRES. Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. 2005. Manole. Pg. 633

aos homens, havendo isonomia entre eles de modo a não colocar um ou outro em patamar superior, obedecendo, portanto aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que parte da doutrina acaba por criticar a expressão poder familiar, embora adotada pelo Código Civil em observância à igualdade entre homem e mulher. Isto porque, a excessiva preocupação em retirar a palavra pátrio fez esquecer a determinação de outra expressão que fosse coerente com o seu conteúdo e, neste sentido, Silvio Rodrigues entende que não se trata de um poder, mas sim de uma obrigação dos pais e não da família como sugerido pelo nome[36].

O que a doutrina sugere como melhor forma de expressão é "autoridade parental", pois retratará os princípios do melhor interesse dos filhos, solidariedade familiar e da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

O termo também é proposto pelo Estatuto das Famílias – Projeto de Lei do Sanado nº 470, de 2013 da senadora Lídice da Mata com o apoio do Instituto de Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) –, que em sua justificativa traz que "abandonou-se a expressão 'poder familiar', que tem a tônica no poder dos pais sobre os filhos, substituindo-a por 'autoridade parental'. "[37] O artigo 89 do referido projeto dita que "a autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos", estabelecendo os deveres dos pais e a forma de seu exercício (artigo 90 e subsequentes). Muito embora o projeto não tenha sido aprovado, outra parte da doutrina entende que nenhuma das expressões anteriores são apropriadas, indicando que a melhor expressão seria "responsabilidade parental".

[36] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família – volume 6*. 28ª Edição. 2004. São Paulo. Editora Saraiva. Pg. 355.
[37] Projeto de Lei do Sanado nº 470, de 2013. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242. Acessado em 19 de março de 2018 às 20h29m.

III.2) CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

O poder familiar está disciplinado no Capítulo V, Subtítulo II, Titulo I, Livro IV do Código Civil, determinando como regra geral que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, competindo aos pais o exercício deste poder.

O impedimento ou a falta de um dos pais, atribuirá ao outro seu exercício de forma exclusiva. Esta exclusividade não acontecerá em caso de divórcio ou separação, vez que a relação entre pais e filhos não será alterada. Neste sentido, a terminologia atual, aliada à igualdade entre pais, refletindo no exercício do poder parental é necessária para que seja possível a aplicação do instituto da guarda compartilhada, em que a igualdade entre as partes é essencial para o exercício do poder familiar na educação e orientação da prole, visando a igualdade em relação ao homem, para, inclusive respeitar e fazer valer a aplicação da guarda compartilhada em caso de separação.

Em sua obra, Maria Helena Diniz[38] afirma que o poder familiar constitui um múnus público, por ser um direito-função e um poder dever, estando numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo, e assim o define:

> O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Já Maria Berenice Dias vai além, ao abranger também a filiação socioafetiva[39], pois não apenas deve atender ao campo material, como também no campo existencial, sendo dever dos pais a satisfação de outras necessidades dos filhos, como como as de índole afetiva:

> O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação

[38] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª Edição. 2011. São Paulo. Editora Saraiva. Pg. 414
[39] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2016. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 458

> legal e da socioafetiva. As Obrigações que dele fluem são personalíssimas.

Neste sentido, não podendo os pais renunciar aos filhos, por óbvio que todos os encargos originados pela paternidade também não poderão ser objetos de alienação ou de transmissão.

Silvio de Salvo Venosa[40], por sua vez, entende que o poder familiar é divisível em seu exercício, mas sua titularidade é indivisível. Em outras palavras, tanto o pai quanto a mãe detêm a titularidade do poder familiar, embora cada um possa exercê-lo individualmente, conforme a necessidade dos filhos e desde que sejam harmoniosos entre si.

Na prática, o poder familiar, em linhas gerais, é tratado no artigo 1.634 do Código Civil, determinando aos pais, em relação aos filhos, que: dirijam a criação e educação; tenham-nos em sua companhia e guarda; deem o consentimento para casar; nomear tutor, caso não haja outro dos pais que possa exercer o poder familiar; representa-los até os 16 (dezesseis) anos e assisti-los após; reclama-los a quem ilegalmente os tenha e; exigir que lhe prestem obediência respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Portanto, temos que o poder familiar é um instituto que estabelece a relação jurídica entre pais e filhos menores e não emancipados, sendo os primeiros titulares do exercício do direito e os segundos, aqueles que se submeterão a este exercício de direito, tendo como objetivo a proteção destes, seja patrimonial, seja pessoal.

O poder familiar também é passível de extinção, entretanto, não por simples vontade dos pais. Desta maneira, qualquer renúncia ao poder familiar será nula de plano, sendo possível a delegação de seu exercício a terceiros, com preferência aos membros da família.

---

[40] VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: direito de Família.* 14ª Edição. 2014. São Paulo. Editora Atlas. Pg. 321

A extinção do poder familiar ocorrerá com a morte de uma das partes ativa ou passiva (pais ou filhos); pela emancipação; pela maioridade civil (aos 18 anos, conforme artigo 5º do Código Civil). A lei traz também a possibilidade de extinção do poder familiar por meio da adoção, contudo, esclareça-se que neste caso o poder familiar não será extinto como nos anteriores. Haverá a transferência do poder familiar dos pais biológicos para os pais adotivos, de forma que a cessação é pessoal, mudando apenas quem figura como sujeito ativo.

Por fim, há a extinção por meio de decisão judicial em casos específicos como o castigo desproporcional, abandono, a prática de atos contrários à moral e os bons costumes e o reiterado abuso de poder. Embora trate a lei de um rol específico, a definição de cada um dos itens, bem como as diversas possibilidades de enquadramento de atitudes, torna o rol amplo, de modo que diversas ações poderiam ser entendidas como ato contrário a moral e aos bons costumes.

O poder familiar também é passível de suspensão em caso de abuso de autoridade, o não cumprimento dos deveres por parte dos pais e até caso um dos pais sejam condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime, cuja pena seja exceda dois anos de pena privativa de liberdade.

Portanto, tem-se que o poder familiar não se trata simplesmente de um poder pessoal e patrimonial atribuído por lei, mas também de um dever, cujo descumprimento, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público, resultará em sanções. Em virtude disto é possível afirmar que o poder familiar possui natureza de um poder-dever.

III.3) A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No ano de 1989, por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, um dos instrumentos de Direitos Humanos mais amplamente aceitos, contando com 196 países ratificadores, incluindo o Brasil.

Antes da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/1990), a atuação do Estado em relação ao menor era, em sua maior parte, para atendimentos emergenciais e medidas repressivas e / ou de contenção. Maior exemplo neste sentido foi a promulgação do Código dos Menores (Lei 6.697/1979), que visava, nos termos de seus artigos 1º e 2º, delimitar a atuação estatal nos assuntos relacionados à assistência, proteção e vigilância a menores até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular, ou seja, privado de condições essenciais à sua subsistência ou envolvido em qualquer procedimento penal[41].

O teor disciplinar e correcional, entretanto, não alcançava todas as áreas necessárias à manutenção da proteção dos menores. Foi apenas com a Carta Magna de 1988 que a criança passou a ser vista tanto como cidadã de direito como cidadã que merece proteção especial não apenas no bojo familiar, mas pela sociedade como um todo, como pode ser observado pela redação do artigo 227 da Constituição Federal, reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

> CF, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifo nosso)
>
> ECA, Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Grifo nosso)

[41] Lei 6.697/79, Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III - em perigo moral, devido a:
a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI - autor de infração penal.

A partir deste momento, a proteção da criança, do adolescente e do jovem (este último acrescentado ao texto legal por meio da Emenda Constitucional 65/2010), “qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração”[42].

É pacífico o entendimento doutrinário de que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento e necessitam de proteção integral da família, sociedade e Estado, na melhor forma de garantir, acima de tudo, seu interesse. A este fenômeno se dá o nome de Princípio do Melhor Interesse, previsto na Declaração dos Direitos da Criança[43].

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e Adolescente foi promulgado com normas e bases principiológicas que buscam educar, preservar e garantir o desenvolvimento dos menores e jovens de forma integral e prioritária, inclusive no que tange a própria interpretação das leis voltadas para eles (artigo 100, § único Lei 8.069/60).

III.3.1) LEI 8.069/1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e Adolescente foi incluído no ordenamento jurídico pátrio como instrumento de concretização dos direitos fundamentais dos menores garantidos pela Constituição Federal de 1988. Isto porque, ainda que a Carta Magna seja expressa na atribuição de direitos e garantias prioritárias para aqueles que ainda se encontram em processo de desenvolvimento, a realidade vivida é deveras diferente. A falta de políticas públicas e procedimentos de salvaguarda era fraca, senão inexistente, e maculada pela visão punitiva adotada por legislações anteriores como o Código dos Menores.

---

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 482.611. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 23/03/2010. Data de disponibilização:07/04/2010. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp. Acessado em 06 de março de 2018 às 20h40m.

[43] CIC, Art.3

1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

A promulgação do referido estatuto permitiu que seja possível assegurar os direitos elencados no artigo 227 da Constituição Federal e normatizar, ainda que de forma abrangente e por meio de princípios, a atividade dos agentes envolvidos no processo de criação e desenvolvimento da criança.

Não obstante, é necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988 é anterior à Convenção sobre Direitos da Criança da ONU. Ou seja, ainda que a Assembleia Constituinte estivesse alinhada aos interesses internacionais nesta matéria, incluindo na Carta a previsão do artigo 227 e, posteriormente, o Brasil tenha ratificado a Declaração produzida pela ONU em setembro de 1990, a situação da criança estava prevista, mas não se encontrava regulamentada, de forma que o Estatuto veio, também, para regularizar este *gap* jurídico brasileiro.

Na questão familiar, o ECA dispõe acerca do direito à convivência familiar e comunitária entre os artigos 19 e 32 (Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária):

> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Neste sentido, deve-se observar que o texto legal menciona expressamente o direito da criança e adolescente em ser criado, diante de medida excepcional, por família substituta. Isto porque o poder familiar originário, ou seja, os pais, tem obrigação de cuidado e guarda de seus filhos estabelecidos pela Constituição Federal[44]. Contudo, o ordenamento jurídico pátrio tem evoluído e caminhado em direção ao respeito, sobretudo, dos interesses dos menores. A partir do momento que a família deixa de ser provedora de todos os requisitos essenciais à criação e desenvolvimento da criança, o Estado pode, sim, encaminha-la à uma família substituta que efetivamente cumpra com seu papel social, papel este que não está

[44] CF, Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

limitado apenas no âmbito econômico e financeiro, mas sim harmonizado com todos os princípios que regem a matéria.

III.3.2) PRINCIPAIS PRINCÍPIOS ACERCA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Existem diversos princípios que norteiam a legislação da proteção à criança e adolescente, desde o direito processual até garantias constitucionais. A doutrina é repleta de classificações e é possível observar um grande leque de bases principiológicas de acordo com a ênfase do estudo. Dentre outros, pode-se mencionar os princípios da brevidade e excepcionalidade (que se referem às questões de internação dos menores, prevista no artigo 121 e seguintes do ECA), da cooperação (ou tríplice responsabilidade compartilhada) etc., porém, neste ponto, faz-se necessário abordar aqueles que envolvem o convívio familiar e seus desdobramentos com o objetivo de apontar sua importância e peso no momento da tomada de decisões que afetam a estrutura familiar.

III.3.2.a) PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA

Os princípios de proteção integral e prioridade absoluta são, em realidade, um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que visa a efetivação dos direitos fundamentais da criança e adolescente[45], sendo logo introduzidos nos artigos 1º e 4º do ECA. Trata-se da base norteadora pela qual os direitos dos mesmos são construídos e protegidos no ordenamento.

Como já apontado, a própria Constituição Federal, em seu artigo 227, é expressa neste sentido. Assim, ao tratar de crianças e adolescentes, o ECA confere a eles a primazia da proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (artigo 4º, § único ECA).

[45] ISHIDA. Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência.* 12ª Edição. 2010. São Paulo. Editora Atlas. Pg. 2

Contudo, a prioridade não se limita apenas a questões políticas ou emergenciais. A priorização das crianças, adolescentes e jovens extrapola qualquer área administrativa e atinge questões judiciais e extrajudiciais. Isto significa que até mesmo o Poder Judiciário, ao se deparar com causas que envolvam indivíduos protegidos pelo ECA, deve se ater à sua priorização, cabendo ao juiz decidir pelo ato que melhor defenda e garanta a dignidade e desenvolvimento da criança.

> A clareza do dispositivo [artigo 4º] em determinar que crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual "a lei não contém palavras inúteis", não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo, como aliás expressamente consignou o parágrafo único, do dispositivo sub examine. O dispositivo, portanto, estabelece um verdadeiro comando normativo dirigido em especial ao administrador público, que em suas metas e ações não tem alternativa outra além de priorizar - e de forma absoluta - a área infanto-juvenil, como vem sendo reconhecido de forma reiterada por nossos Tribunais.[46]

Este cuidado especial deve-se ao fato de que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, esta "em virtude de sua falta maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento"[47]. Torna-se comum, portanto, que para que seja realizada a melhor prática para defesa da dignidade da pessoa humana, o sistema jurídico confira aos menores e jovens determinadas prioridades no objetivo de garantir o futuro da nação.

III.3.2.b) PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO PECULIAR DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO

Não obstante a prioridade absoluta, as crianças e adolescentes contam também com garantia especial em função de sua condição peculiar, ou seja, ainda

---

[46] DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*. 2010. Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf. Pg. 14

[47] Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos da Criança. Preâmbulo. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acessado em 06 de março de 2018 às 21h00m.

estar em desenvolvimento físico, emocional e psicológico. Neste sentido, não basta apenas a adoção literal dos artigos de lei. É preciso que sejam analisados, de forma conjunta, todos os fatos e circunstâncias que permeiam a vida da criança.

Este deve ser o posicionamento dos tribunais perante casos, por exemplo, de guarda. A redação do artigo 6º do ECA é claro ao determinar que, na sua interpretação, devem ser levados em conta os seus fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, ou seja, a condição de desenvolvimento deve ser um dos principais parâmetros no processo decisório que envolva menores, uma vez que eles ainda não estão prontos para a sociedade, devendo o Poder Judiciário se valer, ao máximo, da hermenêutica valorativa e teleológica[48] da lei.

III.3.2.c) PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Norteador do âmbito processual, o princípio do melhor interesse do menor traz ao ordenamento uma quebra à ordem sistematizada antes aplicada. Isto se dá ao fato de que, na análise do caso concreto, a literalidade da lei pode ser posta à margem para que se abra caminho para decisões substitutas (ou alternativas) que melhor atendam ao direito de se desenvolver da criança.

Válter Kenji Ishida traz em sua obra exemplo emblemático da aplicação de referido princípio. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em julgamento de apreensão de menor que estava sob a guarda do tio, determinou que o menor deveria permanecer “em companhia daqueles que a acolheram desde os primeiros dias de vida, com a anuência da mãe biológica, e passaram desde então a provê-la de todos os cuidados necessários à sobrevivência”[49]:

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 124.621/SP. Relator: Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. Data de Julgamento: 13/04/1999. Data de Disponibilização: 28/06/1999. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8391239/recurso-especial-resp-124621-sp-1997-0019838-3. Acessado em 06 de março de 2018

[49] Brasil. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº76320 SC 2004.007632-0. Relator: Desembargador Marcos Tulio Sartorato. Data de Julgamento: 29/10/2004. Data de Disponibilização: 29/10/2004. Disponível em https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5294860/agravo-de-instrumento-ai-76320-sc-2004007632-0/inteiro-teor-11660488. Acessado em 06 de março de 2018 às 20h53m.

> A razão de ser do dispositivo não deve ser considerada isoladamente, mas sim de forma teleológica, atendendo-se ao real propósito do legislador, que consiste na satisfação dos superiores interesses da criança, de forma a lhe proporcionar bem-estar moral, material e psicológico.[50]

Nota-se que, pelo princípio do melhor interesse, a situação melhor para a criança supera qualquer contra-argumento, incluindo, por vezes, a vontade dos pais. Fica a cargo do juiz (nos casos judiciais), fazer análise detalhada da condição da criança, da família natural e demais interessados para aplicar decisão que melhor se adeque. Neste sentido:

> Em regra, associa-se o melhor interesse da criança à preservação de seus vínculos afetivos, em detrimento da família natural nos casos de adoção (TJ/SP, Câmara Especial, AC 165.010-0/0-00, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 03.08.09; TJ/DFT, 1ª Turma Cível, AI 2009.00.2.016079-7 DF, Rel. Des. Natanael Caetano, j. 26.05.2010; TJ/GO, 2ª Câmara Cível, AC 200492865060-Ceres-GO, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, j. 28.09.2010); inclusive quando o afeto é dirigido à companheira homoafetiva da mãe (STJ - 4ª Turma; REsp. 889.852-RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010).
> Outras vezes, baseia-se no melhor interesse ora para negar pedido de guarda e adoção formulado por família não inscrita, de modo a impor o respeito ao cadastro (TJ/SP, Câmara Especial, AI 990.10.086343-6/50000, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 08.11.2010); ora para justificar a permanência da criança com casal que não figura na ordem cronológica do cadastro (TJ/MT, 5ª C.C., AI 142.936/2009 - Alta Floresta - MT, Rel. Des. Paulo S. Carreira de Souza, j. 05.05.2010), sempre ao argumento de que se trata da melhor forma de proteção dos interesses da criança. A variedade das situações em que se constata a utilização do princípio do melhor interesse da criança, às vezes levando a resultados diversos, decorre da abertura do princípio, cuja abstração o torna adaptável a diferentes hipóteses concretas. Por outro lado, tal possibilidade de adaptação não implica autorizar o uso do princípio como mero argumento para legitimar decisões que, em verdade, pouco resultam na tutela do melhor interesse da criança.[51]

O ordenamento jurídico pátrio possui um sistema de proteção especial àqueles que, por algum motivo, são mais vulneráveis que o restante dos cidadãos.

---

[50] ISHIDA. Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência.* 12ª Edição. 2010. São Paulo. Editora Atlas. Pg. 12

[51] GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves Considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.* Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx. Acessado em 13 de março de 2018 às 21h00m.

Em um primeiro momento, pode-se considerar que crianças, deficientes e idosos encontram-se na mesma categoria de vulnerabilidade, porém tal afirmativa não é verdadeira.

Ainda que haja uma vulnerabilidade por parte de idosos e deficientes, esta não se compara com a presente nas crianças e adolescentes. Novamente, trata-se de uma defesa àqueles que ainda estão em fase de desenvolvimento e necessitam de atenção especial para formação de caráter. Deficientes e idosos, em suas categorias isoladas, são titulares de direitos da mesma forma, porém, sua proteção está muito mais voltada para a fragilidade do que necessidade de desenvolvimento.

> Se se diz que "criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais", deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commne*; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*. " (Grifo do Autor).[52]

Fato que suporta este posicionamento é, por exemplo, a própria vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que equipara o indivíduo deficiente aos demais cidadãos e dá provimentos quanto a aplicação efetiva desta característica, ou seja, fornece mais instrumentos que facilitam o acesso à igualdade de condições, posicionamento que não é tomado na legislação referente às crianças e adolescentes.

O artigo 227 da Constituição Federal é expresso ao dar absoluta prioridade às crianças, adolescentes e jovens. Com isto, o direito destes deve ser levado em consideração de maneira superior, permitindo ao Poder Judiciário que decisões sejam tomadas com base no melhor interesse da criança em detrimento dos demais.

[52] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2002. Rio de Janeiro. Editora Campus. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acessado em 06 de março de 2018 às 20h26.

CAPÍTULO IV - DA POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO PODER FAMILIAR POR MEIO DA CURATELA

IV.1) A INTERVENÇÃO PATRIMONIAL

Conforme visto, a curatela é o meio adequado para exercer e proteger os direitos patrimoniais de pessoas maiores que não possuem aptidão para exercê-los. E com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não haverá qualquer possibilidade de intervenção nos direitos pessoais do curatelado.

Isso porque, o poder parental, conforme visto em anterior oportunidade, é inerente à pessoa e, embora divisível em seu exercício, é indivisível em sua titularidade, portanto, um direito (poder-dever) de natureza personalíssima, cuja transferência ocorrerá apenas como medidas extremas.

O exercício do poder familiar pela pessoa com deficiência é a forma de inclui-la e integra-la, haja vista o artigo 8º evidenciar o dever do Estado, da sociedade e da família de, entre outros, assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Convém lembrar que por um longo tempo o deficiente mental e adulto foi visto no Direito brasileiro como um sujeito incapaz de exercer determinados direitos. Era concedido a ele tutela tão somente aos interesses patrimoniais, efetivada por intermédio de um representante legal (curador), sendo privado da titularidade dos seus direitos e interesses existenciais como ser humano, obstando-lhe a prática de

quaisquer atos da vida civil[53], como contrair um matrimônio, ou poder cuidar dos interesses de sua prole.

Com a promulgação do Decreto nº 6.949/2009, que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em março de 2007, em Nova York, e com o advento da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o deficiente passou a ser tratado sob uma visão mais humanista e passou a ter assegurado para si o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. A deficiência passou a não mais afetar a plena capacidade civil da pessoa (Lei 13.146/2015, artigo 6º).

Embora não alcance direitos pessoais, o artigo 1.778[54] do Código Civil e o artigo 757[55] do Código de Processo Civil (em sua primeira parte) aduzem que a autoridade do curador se estende à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição.

Estes artigos tratam da curatela prorrogada ou extensiva, expressão dada por Pontes de Miranda, que é definida por autorizar que a proteção dada ao curatelado recaia também sobre os filhos nascidos ou nascituros deste.

Tais dispositivos visam a observância rigorosa do princípio da unidade do comando familiar e da curatela, ou seja, a indivisibilidade da proteção da pessoas e administração dos bens dos incapazes[56]. Evita-se assim a possibilidade de confusão na direção da família.

---

[53] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 4ª edição. 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Pg. 198

[54] CC, Art. 1.778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5o.

[55] CPC, Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz.

[56] PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 11ª Edição Revista e Atualizada. 2017. São Paulo. Editora Manole. Pg. 2047

Para Maria Helena Diniz[57], esse exercício de representação em relação aos filhos menores do curatelado será uma simples tutela, que cessará nas hipóteses do artigo 5º do Código Civil[58]. Segundo a autora, somente caracterizará a curatela prorrogada caso haja algum incapaz interdito sob responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição.

O curatelado, independentemente do tempo ou prazo de sua deficiência, possuindo ainda faculdade residual para discernir e manifestar vontade, ainda será o detentor do poder familiar e poderá, portanto, exercê-lo da forma que melhor entender, dentro de seus objetivos e crenças.

Em caso como estes, diante da proporcionalidade, funcionará a curatela como determinado pelo artigo 85, § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: o curador apenas terá poder sobre decisões relacionados aos direitos patrimoniais e negociais.

Inevitavelmente, o curador acabará tendo seus poderes estendidos aos filhos, e porque não dizer à família, de seu curatelado, uma vez que a cada tomada de decisão que envolva a necessidade de contratar serviços, adquirir bens será necessário que o curador esteja envolvido e autorize conforme o caso. Inclusive, caso os filhos do curatelado possuam patrimônio, o curador também poderá exercer suas faculdades para sua administração. Aqui, não há a intervenção do exercício do poder familiar pelo curador, mas tão somente uma espécie de aval para que sejam cumpridas as vontades e diretrizes do curatelado em relação a seus filhos, podendo o curador apenas negar quando entender que haverá prejuízo patrimonial.

---

[57] DINIZ, Maria Helena. *A Nova Teoria das Incapacidades*. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2 (2016). Disponível em http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426. Acessado em 09 de março de 2018 às 21h43m.

[58] CC, Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
II - pelo casamento;
III - pelo exercício de emprego público efetivo;
IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Assim, sendo possível ao juiz decidir conforme lhe parecer melhor no caso concreto, e, em atenção à Dignidade Humana, direito fundamental previsto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição da República do Brasil de 1988, concedendo ao curatelado com deficiência a maior autonomia possível, entende-se que essa extensão da curatela, em se tratando de deficiência que não afete totalmente o discernimento da pessoa curatelada, o exercício do poder parental continuará a ser exercido exclusivamente pelo curatelado.

Por óbvio este será o mais simples dos casos. A questão se torna complexa quando o exercício do poder familiar acaba comprometido pela deficiência das faculdades mentais do curatelado, sendo necessário não apenas a disposição quanto à questão patrimonial, mas as questões a serem decididas pelo curatelado em relação a seus filhos. Em que pese a autorização legal da extensão da autoridade do curador à pessoa e aos bens do incapaz, o artigo 85 caput e § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acaba por limitar tais poderes:

> Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
> § 1º. A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Neste caso, a conjugação, no plano teórico, do Código Civil, artigo 1.778, e Código de Processo Civil, artigo, 757, ao autorizarem a prorrogação da autoridade do curador, e o artigo supra do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acaba por tornar confusa a prática, chegando-se ao seguinte questionamento, tema desta monografia: poderá o curador interferir no poder familiar, quando este não possui discernimento para exercer o poder familiar? Quais são, efetivamente, os limites do curador em relação aos filhos do curatelado?

Para o enfrentamento de tal questão faz-se necessário analisar a possível antinomia entre tais normas, pois justamente por parecerem contraditórias, há a impressão de revogação de um artigo pelo outro.

IV.1.1) DA ANÁLISE DA POSSÍVEL ANTINOMIA

A possível antinomia poderia ser resolvida pelos critérios do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ou seja, ou pela ordem cronológica. Sob esta análise, o Código de Processo Civil prevaleceria, pois, ainda que editada antes, este teve sua vigência iniciada após o Estatuto, autorizando a extensão dos poderes de curatela. Pelo critério de especialidade da norma, por outro lado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabaria prevalecendo.

Sendo o Código de Processo Civil uma lei geral e o Estatuto da Pessoa com Deficiência lei especial, como critério de 'desempate', aplica-se a máxima *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, que também encontra fundamento o §2º do artigo 2º da LINDB, assim, prevalecerá o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sobre a preponderância das normas, Maria Berenice Dias[59], utilizando-se apenas do critério temporal afirma que a legislação processual acaba por sobrepor-se à lei especial, entretanto, dá outra solução:

> O Código de Processo Civil revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, regras de natureza eminentemente processual. O Estatuto da Pessoa com Deficiência restauro, alguns dispositivos do Código Civil. Porém, como a entrada do CPC é posterior à vigência do EPD, vigoram as disposições do estatuto processual, que, equivocadamente, usa as expressões interdição e interditado. No entanto, o CPC precisa ser interpretado de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por ter força de emenda constitucional.

É possível que haja quem defenda a possibilidade de existir contradição entre as normas e a consequente revogação e inaplicabilidade de uma delas, entretanto, entende-se que esta não é a forma mais correta de interpretação e, sendo a matéria nova, escassos são os trabalhos e a doutrina neste sentido.

[59] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2016. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Pg. 670

Além disto, o legislador ao editar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tomou todos os cuidados para modificar as legislações correlatas para que o estatuto tenha a máxima eficiência e alcance seu objetivo.

Levando-se em consideração que o EPD também tratou especificamente da curatela, que alterou artigos específicos concernentes à matéria e não tendo revogado ou sequer alterado o artigo 1.778 do Código Civil, faz crer que sua intenção não era contrariá-lo, mas tão somente complementa-lo. Disto conclui-se que a antinomia é aparente.

Redundante, porém necessário, reiterar que não se fala em revogação, alteração ou modificação do Código de Processo Civil, uma vez que embora fosse existente, não estava vigente. Contudo, chama a atenção o fato de o artigo 757, que em sua primeira parte está de acordo com o Código Civil, faculta ao juiz encontrar uma solução conforme o caso concreto, na segunda parte o que reforça a ideia de complementação entre as normas e autorizando a aplicação do artigo 85 nos casos concretos.

Correntes atuais entendem que o critério temporal, hierárquico ou de especialidade normativa não mais atendem aos atuais sistemas jurídicos vigentes do mundo pós-moderno, pois, atualmente, há o pluralismo na multiplicidade de fontes legislativa a regular o mesmo fato e destinatários delas. O jurista Waldir Macieira da Costa Filho afirma que:

> Diante disso, teremos que nos utilizar dos vários métodos de interpretação jurídica, desde o semântico, passando pelo sistemático, o histórico, o teleológico, o integrativo e o progressivo, para achar a melhor forma de aplicar a norma ao caso concreto, seja para garantir a autonomia e/ou a proteção da pessoa com deficiência. [60]

O diálogo entre as fontes de direito é fundamental diante da evolução normativa. Claudia Lima Marques traz ao sistema jurídico brasileiro a teoria do

[60] LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira Da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa Com Deficiência*. 1ª Edição. 2016. São Paulo. Editora Saraiva. Pg. 358

doutrinador alemão Erik Jaime em que se busca a harmonia e coordenação entre normas do ordenamento, restaurando a coerência do sistema vigente:

> 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes). [61]

É neste sentido que o entendimento que parece mais coerente não acata a antinomia, mas sim a complementação entre normas, que deverão ser interpretadas conjuntamente diante de um sistema jurídico uno e complexo, bem como a evolução da sociedade e seus valores, não cabendo aos juristas aplicar somente a letra da lei.

Conclui-se que a antinomia é aparente e, tendo superado esta questão, passa à análise dos limites dos poderes do curador em relação aos filhos do curatelado.

IV.1.2) DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DOS PODERES DO CURADOR EM RELAÇÃO AOS FILHOS DO CURATELADO

O Código de Processo Civil, em seu artigo 749[62], aduz que incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou.

Já o artigo 755[63] do mesmo diploma legal determina que na sentença que decretar a interdição, o juiz considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

---

[61] MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª Edição. 2016. São Paulo. Editora RT. Pg. 90

[62] CPC, Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. (...)

[63] CPC, Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:
I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

Estes dois artigos corroboram com o artigo 84, § 3º[64] da EPD que determina ser a curatela de pessoa com deficiência medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível, devendo haver a motivação e a demonstração da deficiência e seus limites de forma inequívoca.

Por fim, o já citado artigo 757, segunda parte do CPC, autoriza a extensão, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz[65], limitação esta acertada, pois reservará a curatela extensiva para situações em que os filhos estejam evidentemente em situação de risco diante de pais disfuncionais, em razão da enfermidade ou deficiência influir negativamente na parentalidade[66].

Diz-se pais, no plural, pois a extensão da autoridade do curador à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado ao tempo da interdição, deve ter como premissa a inexistência de outro responsável investido no poder familiar, e durará enquanto durar a menoridade[67].

Portanto, é possível afirmar que diante da necessidade da pessoa com deficiência, em atenção ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente e visando a unidade do núcleo familiar, e a facilitação da administração dos bens – evitando, assim, que a curatela seja exercida por uma pessoa diferente daquela que cuidará dos interesses dos filhos do curatelado –, o julgador poderá autorizar o curador a exercer os mesmos direitos e obrigações decorrentes do poder familiar.

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. (...)

[64]EPD, Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
§ 1o Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.
§ 2o É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.
§ 3o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

[65] Antes, a autoridade do curador, do artigo 1.778, do Código Civil, era sempre estendida aos filhos menores do curatelado.

[66] PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 11ª Edição Revista e Atualizada. 2017. São Paulo. Editora Manole. Pg. 2.047

[67] CABRAL. Antônio do Passo. CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição atualizada e ampliada. 2016. Rio de Janeiro. Editora Forense. Pg. 757

A autorização legal concedida ao juiz para ampliar os limites de atuação do curador deverá ser balizada pelas normas e princípios corolários do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que tanto esta como a lei processual não limitam taxativamente a forma ou os limites propriamente ditos. Maria Berenice Dias, neste sentido, afirma que curatela não será rígida nem obrigatória, devendo respeitar os interesses do curatelado[68].

Fato é que o curador nomeado, bem como o julgador, não poderá determinar a limitação conforme seu próprio entendimento, pois a exigência de se averiguar, no decorrer do processo, as potencialidades, as vontades e preferências do curatelado, deve ser cumprida, sendo a partir disto que o julgador determinará os limites dos poderes da curatela.

Da mesma forma, em eventual prestação de contas, o julgador determinará se o curador agiu, tomou decisões ou contratou da mesma forma que o curatelado faria se estivesse em sua capacidade plena.

Para a apuração das potencialidades, apenas a perícia médica é que definirá o grau de incapacidade ou comprometimento da expressão da vontade, se existe causa incapacitante e o respectivo grau de extensão que vai comprometer o exercício dos atos da vida civil. Já no tangente às vontades e preferências, não caberá apenas ao médico ou ao julgador estas avaliações, devendo haver um estudo psicossocial da pessoa deficiente, que dará os parâmetros necessários, em complemento ao laudo médico, para atribuição dos poderes do curador.

Waldir Macieira da Costa Filho[69], indica que, para localizar e mensurar estes limitadores, não mais será suficiente a simples determinação judicial apoiada pela perspectiva única da medicina, mas sim uma equipe multiprofissional que

---

[68] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2016. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Pg.671

[69] LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira Da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa Com Deficiência*. 1ª Edição. 2016. São Paulo. Editora Saraiva. Pg.370

incorporará a perspectiva social da deficiência, por meio de diagnósticos trazidos por outras ciências (psicologia, assistência social, arquitetura e engenharia):

> “A equipe multiprofissional, essencial no apoio técnico ao juiz e a o representante do Ministério Público, deve analisar detalhadamente todos os aspectos do caso concreto e propor medidas ao juiz do feito que concretizem e possibilitem ao máximo o exercício por si só de várias atividades pela pessoa com deficiência objeto da ação, a fim de que exerça a maioria de seus direitos fundamentais. ”

A partir das conclusões a que se chega a equipe multidisciplinar, o juiz determinará se o curador poderá decidir ou intervir as questões de cunho materiais, morais e educacionais dos filhos do curatelado, concedendo-lhe os respectivos poderes.

Entende-se também que o curador poderá interferir no poder familiar, mesmo quando não houver poderes para tanto, em casos emergenciais ou urgentes. Em outras palavras, havendo a piora na condição de seu curatelado, não havendo tempo para reabertura e reavaliação do curatelado, estando os filhos em situação de risco ou qualquer necessidade, poderá o curador tomar decisões que entender melhor, devendo responder por tais atitudes e regularizar sua situação perante os filhos do curatelado.

Importante ressaltar que, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, retirou-se a condição de vulnerabilidade que a pessoa deficiente possuía anteriormente, principalmente em razão da capacidade plena atribuída. Ao compara-la com crianças e adolescentes, estes acabam sendo mais vulneráveis e, por tal motivo, é que as necessidades deles acabam sendo prioritárias.

Embora o julgador delegue deveres ao curador em relação aos filhos do curatelado, e que serão iguais aos do exercício do poder familiar, não é possível afirmar que será delegado ou estendido este poder, pois é personalíssimo, irrenunciável, intransferível e inalienável, de modo que o poder familiar não ultrapassará a pessoa dos pais.

Da mesma maneira, embora também exerça os mesmos poderes decorrentes da tutela e que a doutrina utilize este termo, entende-se que não será o termo correto aplicável, haja vista que a tutela por definição implica na perda do poder familiar, o que não ocorrerá por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O instituto que melhor atende este caso será o da guarda, que terá como característica a prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, regularizando a posse de fato do menor[70]. Aqui não haverá a perda do poder familiar e poderá o curador exercer todas as suas obrigações pautadas neste instituto e neste sentido, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogerio Sanches Cunha[71] ensinam:

> Desta feita, a tutela pressupõe a destituição ou suspensão do poder familiar, o que não ocorre com a guarda. Como destacam Josiane Rose Petry Veronese e Mayra Silveira, 'muito embora se assemelhe ao caráter protetivo do instituto da guarda, a tutela tem um raio de abrangência significativamente maior sendo seu exercício incompatível com o do poder familiar. '.

Na prática é possível que, da mesma forma que vem ocorrendo, o julgador apenas amplie os poderes do curador, fundamentando-se no artigo 757 do CPC, sem necessariamente nomear a instituição jurídica aplicada.

Isto posto, o poder familiar não seria suprimido, e tampouco violado, pois em casos de deficiência de maior grau – em que há prejuízo da manifestação de vontade inequívoca –, atendidos os requisitos processuais, as vontades e preferências do curatelado seriam expressadas pelo curador por meio de decisões por ele tomadas, nos casos do dia-a-dia.

Somado a isto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 4º e 5º, dão autonomia para que o juiz decida aplicando a analogia, costumes

---

[70] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª Edição. 2011. São Paulo. Editora Saraiva. Pg 661

[71] ROSSATO, Luciano Alves. LEPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente : comentado artigo por artigo*. 9ª Edição. 2017. São Paulo. Editora Saraiva. Pg. 183

e princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais quando da aplicação de lei. Isto permitirá que não haja enrijecimento na aplicação das medidas necessárias ao cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, equilibrando os direitos pessoais e as necessidades impostas pela deficiência.

Portanto, não se fala em antinomia entre normas, pois em tudo são complementares: sendo a curatela medida extrema, sendo a perda ou modificação do poder familiar medida extrema, as leis tentaram de forma eficiente conciliar e criar formas alternativas para que não se chegue a tomar tais medidas.

Neste sentido, a integração normativa terá como resultado a preservação da autonomia existencial do interdito no que se refere ao dever de cuidado, advindo do direito à convivência da criança e do adolescente à convivência familiar com os pais. Além disso, a preservação de laços afetivos e deveres de assistência, a criação e a educação entre o interdito e seus filhos, indicam a preocupação da legislação processual com a nova delimitação do instituto da curatela (estritamente patrimonial), afetando minimamente o plano das vontades, crenças e relações humanas a que o curatelado deficiente esteja inclinado

Apenas seria possível dizer que há ofensa aos direitos pessoais do curatelado caso este possua o discernimento para exercer o poder parental e tenha negado o direito de exercício.

Protege-se desta maneira, não apenas as pessoas individualmente consideradas, seja o deficiente, seja o menor, mas a unidade familiar, visando dar efetividade aos princípios constitucionais, aos princípios e objetivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Estatuto da Criança e do Adolescente, e atendendo a necessidade de ajuste da lei à evolução da sociedade.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa a inclusão de deficientes, atribuindo-lhes a capacidade plena - conforme o seu artigo 6º, pois antes eram considerados relativa ou absolutamente incapazes. Desta maneira, deixou a antiga dignidade-vulnerabilidade para ser substituída pela dignidade-liberdade.

Até a edição do Estatuto, as pessoas com deficiência passavam pelo processo de interdição e o curador possuía amplos poderes, sem que houvesse a dissociação de direitos pessoais e direitos patrimoniais, ou o estudo psicossocial do indivíduo, além disso, determinados atos, como o casamento, eram simplesmente proibidos por lei.

Por óbvio, o exercício do poder familiar pelo deficiente também acabava sendo retirado quando da interdição. Por um lado, sob a ótica do menor, não é um absurdo, tendo em vista sua condição de vulnerável. Por outro lado, para o curatelado, poder-se-ia estar cometendo uma injustiça, pois em muitos casos acabava sendo excluído do convívio familiar, sendo tratado como um simples enfermo.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o curador passou a ter poderes apenas para questões negociais e patrimoniais extensíveis aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e responsabilidade do curatelado, podendo então o curatelado deficiente exercer o poder familiar, contanto que não haja risco ou prejuízo a seus filhos (EPD, artigo 85, *caput* e §1º).

Tomadas por base as doutrinas jurídicas, tendo em vista também a escassez de matéria atinente a este tema, ao longo do trabalho, foi possível observar que os objetivos do EPD não são absolutos, ou seja, se contrapostos com os direitos da criança e do adolescente, os segundos deverão prevalecer, via de regra, pois a condição de vulnerabilidade, que permeava em ambos, foi retirada dos deficientes.

No mais, é possível concluir que, ainda que o poder familiar seja irrevogável, intransferível e inalienável, também não poderá se exercício ser absoluto se o curatelado deficiente tiver seu estado de saúde física e mental piorado, não conseguindo discernir ou manifestar sua vontade, e, não havendo outro detentor do poder familiar, entende-se não apenas possível, como também estritamente necessária, a intervenção do curador, como medida emergencial, para proteger e zelar pelos interesses e integridade dos menores.

Evidentemente os conceitos de emergência e risco acabam sendo amplos e subjetivos, é por tal motivo que haverá aplicação da regra geral da responsabilidade civil, ou seja, quem pratica algum ato deverá responder por ele, conforme artigo 927 do Código Civil, assim, o curador que entender por bem atropelar o poder familiar de seu curatelado deverá responder pelos seus atos.

Diante das características do poder familiar e em obediência ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, este não será extinto, independente da condição do curatelado. Tomadas as medidas urgentes, o curador ou qualquer interessado deverá promover perante a autoridade judicial competente ação para regularizar a guarda dos filhos do curatelado deficiente.

A autorização dada ao julgador para que julgue conforme o caso concreto, nos termos do artigo 757 do Código de Processo Civil, abre a possibilidade para o juiz ampliar os poderes do curador para além dos direitos patrimoniais dos filhos de seu curatelado, podendo decidir, também, questões pessoais.

Portanto, em resposta às questões lançadas no início do trabalho, não tendo o curatelado discernimento ou capacidade para manifestar sua vontade, este não deixará de ser detentor do poder familiar, contudo, por não poder se manifestar, o exercício prático de tais direitos fica impedido. Em outras palavras, o poder familiar existe, mas não se manifesta.

Assim, não havendo outro genitor que possa exercê-lo, em relação à tomada de decisões que competiria ao seu curatelado, o curador ainda assim não poderá

intervir no poder familiar. E tal poder tampouco será passível de extensão, de modo que, presente a curatela e não havendo previsão em relação aos filhos, a gerência da vida destes em relação aos direitos e deveres pessoais será exercida por meio da guarda, requerida pelo curador ou por quem possua legitimidade, que poderá ser vista como uma ampliação de poderes previstos na segunda parte do artigo 757 do CPC.

Ainda, entende-se que a atuação do curador, antes da decisão judicial que o autorize em relação aos filhos, será possível tão somente em situações emergenciais ou de risco. Caso ainda não haja decretada a curatela definitiva, portanto em caso anterior à decisão judicial transitada em julgado (para curatela), os poderes do curador em relação aos filhos do deficiente (interditando) deverão ser delimitados e deverão sempre obedecer às crenças e vontades apuradas pela equipe multidisciplinar de estudo psicológico e social.

No tocante aos limites, tem-se não apenas os poderes delimitados judicialmente, como também será necessário observar a proporcionalidade e necessidade de cada decisão tomada.

Com isto, apresenta neste trabalho uma solução que lhe parece justa, necessária e correta a cada caso concreto para garantia dos direitos previstos no EPD, bem como para proteção do melhor interesse do menor, garantindo também seu desenvolvimento saudável, sem violar os demais direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

CABRAL. Antônio do Passo. CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª Edição atualizada e ampliada. 2016. Rio de Janeiro. Editora Forense.

CARVALHO, Dimas Mesisas de. Direito das Famílias. 6ª edição. 2018. São Paulo. Editora Saraiva.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord), MACHADO, Costa (organiz.). Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 11ª edição. 2018. Barueri. Editora Manole.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição revista, atualizada e ampliada. 2016. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*. 2010. Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf.

DINIZ. Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª Edição. 2010. Editora Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 26ª Edição. 2011. São Paulo. Editora Saraiva

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 4ª edição. 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo.* 2ª Edição.2016. Editora JusPodvim.

GIRARDI. Viviane. Arts. 747 a 758. In TUCCI. José Rogério Cruz e, FILHO. Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO. Ricardo de Carvalho, DOTTI. Rogéria Fagundes, MARTINS. Sandro Gilbert, (Coord.) *Código de Processo Civil Anotado.* 2017. OAB Paraná.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família, Volume 2.* 15ª Edição. 2011, Editora Saraiva. (Coleção Sinopses Jurídicas; v.2)

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado* v. 1. 2ª Edição. 2012. Editora Saraiva.

GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direitos de pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 3ª edição. 2012. Rio de Janeiro. Editora WVA

ISHIDA. Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência.* 12ª Edição. 2010. São Paulo. Editora Atlas.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira Da. *Comentários ao Estatuto da Pessoa Com Deficiência*. 1ª Edição. 2016. São Paulo. Editora Saraiva

MADALENO, Rolf,1954. Curso de Direito de Familia. 5ª edição. 2014. Rio de Janeiro. Editora Forense

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª Edição. 2016. São Paulo. Editora RT.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2 – Definições. In: RESENDE, Ana Paula Crosara e VITAL, Flávia Maria de Paiva (Org.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado.* 1ª edição. 2014. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 11ª Edição Revista e Atualizada. 2017. São Paulo. Editora Manole.

CHINELLATO, Silmara Juny (Coord), MACHADO, Costa (organiz.). Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo

PIOVESAN, Flávia, in Garcia e Lazari, *Manual de direitos humanos.* 3ª Edição. 2014. Editora JusPodivim.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família – volume 6*. 28ª Edição. 2004. São Paulo. Editora Saraiva

ROSSATO, Luciano Alves. LEPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente : comentado artigo por artigo*. 9ª Edição. 2017. São Paulo. Editora Saraiva.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual - Tomo I*. vertido al ed. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 2ª edição. 2017. Rio de Janeiro. Editora Forense;

TORRES. Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. 2005. Manole.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: direito de Familia.* 14ª Edição. 2014. São Paulo. Editora Atlas.

Artigos:

ASSUMPÇÃO. Letícia Franco Maculan. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores*. Disponível em http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA Acessado em 03 de fevereiro de 2018.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2002. Rio de Janeiro. Editora Campus. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acessado em 06 de março de 2018

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. *Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) nas Legislações Civil e Processual Civil*. Revista dos Tribunais Online, Revista de Direito Privado | vol. 66/2016 | Abr - Jul / 2016 - DTR\2016\4447. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102642. Acessado em 31 de janeiro de 2018

DINIZ, Maria Helena. *A Nova Teoria das Incapacidades*. Revista Thesis Juris, v. 5, n. 2 (2016). Disponível em http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426. Acessado em 28 de janeiro de 2018, 1º de março de 2018, 06 de março de 2018, 09 de março de 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Influência da Lei 13.146/2015 na Teoria das Incapacidades do Direito Civil Brasileiro.* Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0981_1014.pdf. Acessado em 06 de março de 2018.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves Considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.* Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx. Acessado em 13 de março de 2018

MARTINS, Lilia Pinto. *Artigo 2 – Definições*. In: RESENDE, Ana Paula Crosara e VITAL, Flávia Maria de Paiva (Org.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. 2008. Pg. 28. Disponível https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acessado em 28 de janeiro de 2018.

STOLZE. Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*. Disponível em https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil. Acessado em 1º de março de 2018

ROSENVALD, Nelson. *Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/22/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%AAncia. Acessado em 1º de março de 2018

Rodrigues, Oswaldo Peregrina. *Poder Familiar na Atualidade Brasileira.* Disponível em http://www.ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira

Portais:

OMS. Manual Prática da CIF. Disponível em http://www.fsp.usp.br/cbcd/wp-content/uploads/2015/11/Manual-Pra%CC%81tico-da-CIF.pdf. Acessado em 28 de janeiro de 2018

Portal do Planalto. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/ipcd/assuntos/legislacao. Acessado em 03 de fevereiro de 2018, 19 de março de 2018

Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos da Criança. Preâmbulo. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acessado em 06 de março de 2018

Senado Federal. Projeto de Lei 470/2013, Estatuto das Famílias. Disponível em http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf. Acessado em 19 de março de 2018.