

A GUARDA DE FATO DE IDOSOS

Nelson Rosenvald

Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre (IT)

Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO)

Professor Visitante na Universidade de Oxford (UK)

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

1. Introdução

Na célebre obra de *Balzac*, a *Comédia Humana*, encontra-se o romance *Père Goriot*. É a história de um próspero empresário que doou todo o seu patrimônio a duas filhas, confiando receber delas carinho e apoio. Todavia, elas se casam com dois nobres e abandonam o pai. Com o passar do tempo, ele vai decaindo, chegando à extrema miséria. *Rastignac*, um jovem que vive na mesma pensão que *Goriot*, procura se relacionar com as filhas deste, transmitindo-lhes reiterados apelos do pai para que o visitem, até o momento da iminência de sua morte. Nem assim elas o visitam, sequer comparecem ao enterro. Envia apenas as suas carruagens vazias para acompanhar o séquito.¹

O direito privado despertou de uma longa letargia em relação ao tratamento jurídico que se deva conceder à pessoa idosa. Desafortunadamente, a civilística tradicional desumanizava o idoso pela lógica patrimonial da sua orgânica limitação para produzir patrimônio. Essa cultura de segregação perante àqueles que representassem um “estorvo” às relações econômicas, frequentemente impelia a família a neutralizar o idoso pela via da interdição e do isolamento. Mediante o *alter ego* de um curador – normalmente um filho –, administrava-se o patrimônio daquele que alcançava a idade propecta. Simultaneamente o idoso era excluído da convivência familiar por meio da internação em “asilos”, verdadeiros depósitos humanos. Nada obstante, se a pessoa idosa não possui qualquer patologia que progressivamente retire o seu discernimento, jamais o fato isolado da idade avançada poderá impactar na formulação de normas ou de políticas públicas que suprimam a sua autonomia.

Em sede de direito à convivência, preferimos a clássica conceituação aristotélica de justiça como “dar as pessoas o que elas merecem”. A lei não poderá ser neutra no que tange à qualidade de vida de crianças e adolescentes, cuja autonomia é um porvir, nem tampouco na qualidade de vida de idosos, cuja autonomia paulatinamente se esvaí. O ordenamento deverá se manifestar no tocante à constituição da subjetividade de nossos filhos e no cuidado com a preservação da estrutura psicofísica dos mais velhos e fragilizados, pois uma sociedade justa deve induzir os cidadãos a comportamentos virtuosos. Essa é a base de uma responsabilidade parental recíproca. Assim, o direito fundamental ao cuidado e ao amparo consiste não apenas em forte orientação ética, como em um compromisso constitucional com um dever de virtuosidade filial, promovendo o

¹ Obviamente inspirada no *Rei Lear*, a narrativa demonstra a que ponto chega o amor paterno e o egoísmo humano (no caso, das filhas). Ao contrário de *Shakesperare*, Balzac optou por acentuar a maldade e ignorar a existência afetiva e redentora da filha Cordélia.

valor da importância da presença dos filhos adultos para a afirmação da dignidade dos pais no outono de suas vidas. A condição humana requer a pluralidade, seja em sua alvorada como em seus estertores. A entidade familiar se assume como solidária não apenas quando pais edificam a autonomia de seus filhos, mas simetricamente quando os filhos preservam a autodeterminação dos pais que se tornam velhos. O cuidado é um dever imaterial imprescindível à estruturação psíquica de crianças, adolescentes e idosos.

O ponto de partida para o debate se encontra em dois dispositivos da Constituição Federal. A teor do 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”. Conforme o art. 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Priorizar a dignidade do idoso, seja em sua dimensão negativa (respeito), como em sua vertente positiva (autonomia) é igualmente um dever da família, como se evidencia da letra dos mencionados artigos 229 e 230 da Constituição Federal. Com o objetivo de dar eficácia a essas normas, foi promulgada a Lei 10.741/2003, instituindo o *Estatuto do Idoso*, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Naquilo que fere diretamente ao tema, a referida lei cuida da dignidade do idoso de maneira qualitativamente diversa em função de sua condição de sujeito vulnerável, que resulta, tanto de sua natural assimetria em um contexto individual de declínio das potencialidades psicofísicas, como também de sua dificuldade de inserção em um ambiente social culturalmente marcado por práticas discriminatórias.

Com efeito, o idoso não é individualmente incapaz, porém compõe um grupo vulnerável. A incapacidade é um estado da pessoa que presume a sua vulnerabilidade, mas a recíproca não é válida. Os idosos, por suas peculiaridades, possuem uma gradação de vulnerabilidade acentuada, uma *vulnerabilidade potencializada*, na acepção de CLÁUDIA LIMA MARQUES², por se encontrar em situação fática que se manifesta em vários aspectos de sua vida. Idade avançada e deficiência são conceitos apartados, pois aquela não é necessariamente qualificada pela existência de impedimentos ao exercício das plenas potencialidades vitais.³ Não por outra razão, a Lei n. 13.146/15 (EPD) qualificou como especialmente vulnerável a pessoa idosa com deficiência, em virtude de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.⁴ A

² MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*, p. 13.

³ Heloisa Helena Barbosa explica que, “a proteção especial dos vulneráveis não se limita ao consumidor. A definição de vulnerabilidade compreende além da ideia de risco, outras como carência, inferioridade, constrangimento e sofrimento, não episódicos, mas “naturalizados”, ínsitos a situação da pessoa. Por definição, todos os seres humanos são vulneráveis, mas não basta afirmar a vulnerabilidade que lhes é intrínseca para que recebam tutela adequada. Para tanto é indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada indivíduo e/ou grupo. Desse modo é preciso distinguir a vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária. Muitas pessoas têm a sua vulnerabilidade potencializada por problemas socioeconômicos ou de saúde e podem ser qualificados como vulnerados. Uma pessoa idosa é vulnerável, em razão do processo de envelhecimento, que pode atingir pessoas já vulneradas por doenças, pobreza ou deficiência física ou psíquica; estas estarão nitidamente em situação mais grave a exigir proteção diferenciada, diversa da conferida aos “apenas” idosos”, *In Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988*, p. 107/10.

⁴ Art. 5º da Lei n. 13.146/15: “A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”. Parágrafo único: “Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência”.

vulnerabilidade aumenta de forma diretamente proporcional ao crescimento da expectativa de vida, que predispõe os mais velhos doenças crônicas neurodegenerativas, com destaque ao Alzheimer,⁵ como principal causa de limitação de faculdades intelectivas e volitivas, sobremaneira a progressiva demência entre os idosos. Essa progressiva deterioração da capacidade não apenas converte os membros dessa faixa etária em alvo direto de agressões (inclusive abusos patrimoniais por parte da família), como também em potenciais criadores de riscos e danos para terceiros.

Para além da incontestada evidência demográfica do envelhecimento populacional brasileiro, há uma constatação empírica que merece destaque. É um dado da experiência que os familiares não submetem os idosos progressivamente acometidos de enfermidades à curatela. Não o fazem por uma gama de razões: a) culturalmente, por não haver por parte de filhos o mesmo interesse afetivo que pais teriam em despendar tempo, energia e recursos no cuidado com pais idosos, inclusive por não ser muito clara a diferenciação dentre uma real causa e incapacitação ou apenas uma lenta degeneração que é fruto da idade avançada; b) historicamente, por se considerar que instituições de recolhimento idosos possam se prestar a esse papel; c) ideologicamente, por se acreditar que a curatela ofende a autonomia das pessoas idosas – sobremaneira após a edição da CDPD e leis nacionais que minudenciam a fundamentalidade da autodeterminação - e que o melhor será evitar o estigma da “interdição”, delegando-se àquelas pessoas a responsabilidade individual por suas próprias escolhas e comportamentos.

Esses fenômenos conjugados remetem a uma “crise da incapacitação”, reduzindo-se paulatinamente o número de idosos com qualquer espécie de desordem mental cuja capacidade tenha sido modulada judicialmente. Consequentemente, apesar dessas pessoas se encontrarem parcialmente privadas de razão ou vontade para decidir sobre a sua pessoa ou patrimônio, encontram-se sob o cuidado de amigos, familiares ou em uma rede de apoio em residências de idosos. Para aquilo que especificamente nos interessa, devemos indagar: Na falta de representante legal, essas pessoas, cujo cuidado e vigilância ostentam a margem do direito, podem ser recepcionadas pelo direito como “guardiões de fato”?

Ilustrativamente, o guardião de fato não é inserido no rol dos objetivamente responsáveis pelo fato de terceiro do art. 932 do Código Civil. Solução distinta adotou o legislador alemão ao dispor que: “Quem, nos casos descritos nos parágrafos 823 a 826, não é responsável pelos danos causados por ele, de acordo com os parágrafos 827 e 828, deve reparar o dano causado de qualquer maneira, desde que a compensação pelo dano não possa ser reclamada contra um terceiro obrigado por um dever de controle e se, de acordo com as circunstâncias, em particular, das relações entre os participantes, uma compensação de acordo com a equidade é exigida e ele não está privado dos meios que ele precisa para atender aos seus meios de subsistência adequados, bem como para o cumprimento de suas obrigações legais de alimentos” (parágrafo 829, BGB). O Código

⁵ A doença de Alzheimer é a causa de demência mais frequente em idosos, reforçando a associação entre demência e alzheimer. Todavia, saímos de um período em que a DA era considerada rara, para uma situação em que casos de demências não relacionadas a ela são erroneamente diagnosticadas como tal”, diz o neurologista Paulo Caramelli, professor titular da UFMG. Caramelli qualifica esse fenômeno de “alzheimerização”. “Embora a doença de Alzheimer seja a principal causa de demência em idosos, uma coisa não é sinônimo da outra. De um lado, existem cerca de 100 enfermidades que causam demência; de outro, hoje se sabe que a DA também provoca alterações anteriores e mais leves”. Extraído da Folha de São Paulo <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/04/alzheimerizacao-dedemencias-preocupa-medicos-e-atrapalha-busca-por-tratamento>.

Civil alemão propõe que reparação pelo guardião de fato seja subsidiária em relação à indenização exigida pelo “custodiante de direito”. De qualquer forma, o mérito da norma consiste na ampliação do conceito de custódia, albergando não apenas os clássicos custodiantes legais (pais, tutores e curadores), porém qualquer pessoa que tenha o dever de controle sobre a causador material do dano.⁶

De lege ferenda, o ideal seria que o art. 932, II, do Código Civil contemplasse os guardiões de fato dentre os responsáveis pelo fato de outrem. Nada obstante, o objetivo desse artigo não é tratar da eventual responsabilidade civil de pessoas físicas ou jurídicas que tenham a seu cargo o dever de vigilância sobre pessoas maiores e não curateladas, porém o de verificar no que consiste a figura jurídica do guardião de fato e de que forma seria possível edificar um estatuto mínimo a seu respeito no ordenamento brasileiro. Diante da irrecusável tendência de envelhecimento populacional associado a uma rejeição social ao processo de curatela de idosos, torna-se imprescindível a caracterização do modelo jurídico que corresponda a uma atividade de prioritário cuidado, apoio e promoção da capacidade residual de idosos.

2. Compreendendo a guarda de fato

É necessário compreendermos o conceito da “guarda de fato”, sobremaneira em face do contraste entre a indefinição legal e a realidade de um fato tão frequente em caso de menores de idade, maiores de idade com incapacidade natural e, principalmente para o que nos interessa, idosos com doenças senis. Pode-se definir a guarda de fato como “uma situação em que uma pessoa se encarrega do cuidado de outra que necessita de proteção, sem intervenção administrativa ou judicial, e a margem da existência de um dever legal”.⁷ As pessoas submetidas a guarda de fato costumam ser maiores em situações de dependência, que carecem de condições materiais e afetivas e que se integram em uma família sem que existam vínculos de parentesco ou que por sua condição psíquica ou intelectual deveriam estar incapacitados, mas não estão.

Em termos gerais, a guarda de fato existirá desde que uma pessoa - natural ou jurídica – sem ter atribuídas faculdades de curatela ou tutela, encarrega-se voluntariamente de outra, seja criança ou idoso com deficiência, que se encontra em situação de desamparo. Pode-se dizer que a guarda de fato é uma instituição tão antiga como o ser humano, pois sempre existiram pessoas que espontaneamente cuidam de indivíduos desvalidos, sem obrigação para tanto. Talvez seja a figura mais utilizada na prática por serem os familiares ou amigos íntimos de pessoas com deficiência não submetidas a procedimento de modificação de capacidade de agir que normalmente assumirão o cuidado delas.⁸

⁶ No mesmo sentido do BGB, caminha o PETL (Principles of European Tort Law) ao estabelecer que “a pessoa que é responsável por outra pessoa menor de idade ou sofre uma deficiência mental, responde pelo dano causado por essa outra pessoa, a menos que ele demonstre que ele próprio cumpriu o padrão de conduta que lhe era exigido na sua supervisão” (art. 6:101). O decisivo aqui é o fato da pessoa se encarregar de alguém com deficiência, independente de uma titularidade formal.

⁷ Maria Cristina Berenguer Albaladejo, *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*, p. 60.

⁸ Maria José García Alguacil, *Protección Jurídica de las personas con discapacidad*, p. 170.

Se nos centrarmos na situação do menor de idade, a guarda de fato se exercerá normalmente pelos avós, vizinhos ou amigos dos pais. Situação que se verificará quando não existirem pais ou tutores que dos mesmos se encarreguem, ou quando existam, não assumam a responsabilidade parental ou as funções designadas por lei. No tocante as pessoas maiores com deficiência mental ou intelectual os guardiões costumam ser pais, irmãos, filhos e parentes próximos. A guarda de fato também poderá recair sobre uma instituição quando essas pessoas ingressem em centros habilitados para o exercício dessa função. Em qualquer caso, ela se desenvolve com naturalidade, sem conflitos ou litígios, proporcionando à pessoa com deficiência a atenção e apoio que necessita. A final, sabemos que para proteger, não é preciso incapacitar alguém previamente.

Podemos dizer que existem três formas de proteção e promoção de direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental ou psíquica: a) curatela; b) tomada de decisão apoiada; c) guarda de fato. Não obstante as duas primeiras sejam modelos jurídicos reconhecidos na legislação civil brasileira, apartam-se em sua estrutura e função: a curatela é uma medida de incapacitação judicial de pessoas desprovidas de autodeterminação (art. 4., III, CC), cuja função precípua é a de proteção de quem necessita de representação ou assistência para a prática dos atos da vida civil. Em contrapartida, a TDA é uma medida de apoio a alguém que mantém a capacidade plena, sendo a sua funcionalidade primordialmente localizada na promoção, pelos apoiadores, dos espaços de autonomia da pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade.⁹ Em contrapartida, considerando que o Código Civil prescindiu de uma tipificação ou caracterização legal da figura da guarda de fato, podemos afirmar que o guardador de fato será toda pessoa que custodie ou atenda alguém necessitado de proteção, sem possuir título legal que o habilite para tanto. Cuida-se de uma situação de atenção prolongada no tempo, ocupando uma posição de centralidade real entre as formas em que são atendidas as pessoas afetadas por uma deficiência.

Por conseguinte, nos planos estrutural e funcional a guarda de fato tanto poderá mimetizar a curatela como a TDA, recaindo sobre um heterogêneo universo de pessoas com ausência ou déficit de capacidade natural e não são curateladas ou apoiadas. Em casos mais graves, sob o ângulo jurídico a pessoa deveria estar curatelada e em outras situações, bastaria a realização do negócio jurídico de apoio.

Em nenhum momento a CDPD ou o legislador equiparam a guarda de fato a figura do curador ou do apoiador, basicamente porque aquelas são instituições reconhecidas pela autoridade judicial, enquanto que a guarda de fato se caracteriza pelo desconhecimento da instituição por autoridades e organismos encarregados de proteção de pessoas vulneráveis. Contudo, essa circunstância não reflete a vida em sociedade, pois enquanto no âmbito jurídico a sentença de incapacitação tradicionalmente se considerava um mecanismo idôneo de proteção à pessoa com deficiência mental ou intelectual, socialmente sempre foi a guarda de fato a medida preferida pelas famílias, relutantes em submeter um ente querido a um procedimento de modulação de capacidade.

Destarte, assumimos uma ampla visão da guarda de fato, a fim de que compreenda todos os casos em que uma pessoa, em princípio sem obrigação legal, assume o cuidado de

⁹ Na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal foi editado o Enunciado 640: “A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela”. O enunciado denota a recusa à fungibilidade entre a TDA e a curatela, justamente pela diversidade estrutural e funcional.

outra que demanda proteção, independentemente de que esta tenha ou não a sua capacidade modificada por sentença, ou de que exista ou não um curador. Tirando a hipótese de menores (cuja responsabilidade objetiva é expressa para pais e tutores – 932, I, c/c 933 CC) e de maiores já curatelados (cuja responsabilidade objetiva é expressa para os curadores – 932, II, c/c 933 CC), merece enfoque a guarda de fato como uma atuação imediata sobre pessoas maiores cuja capacidade não tenha sido judicialmente modificada, mas em tese deveriam ter sido curateladas por se encontrarem em situação de ausência de autogoverno a teor do art. 4., III, do Código Civil (o incapaz natural), ou mesmo daquelas pessoas maiores cuja capacidade é plena, mantendo resíduos de autodeterminação que impedem a incapacitação, mas que necessitem de proteção pessoal e/ou patrimonial por terem limitações em suas faculdades intelectivas e volitivas que a coloquem em situação de risco, sem que tenham sido submetidas a tomada de decisão apoiada. Finalmente, haverá guarda de fato quando a pessoa for curatelada, mas o curador negligencie o exercício das suas funções.

Esta definição ampla permite que sejam considerados guardadores de fato tanto pessoas naturais (de forma espontânea ou como cuidadores profissionais) como pessoas jurídicas, tais como clínicas especializadas ou centros de residência para terceira idade. Pode-se cogitar de uma guarda de fato em sentido estrito (quando não há qualquer vínculo legal entre o cuidador e o cuidado), e uma guarda de fato *lato sensu*, que alcança uma juridicidade em certa medida, pois reconhecida pela autoridade judicial e sujeita a medidas de controle e vigilância. Com exceção dos familiares, os guardiões fáticos não possuem o dever de promover a modulação da capacidade de exercício em juízo. Tal como um gestor de negócios, não vemos problema que os atos praticados pelo cuidador sejam convalidados em juízo, quando houver interesse e utilidade para a pessoa com deficiência, ou mesmo anulados, quando houver ofensa a seus interesses particulares.¹⁰

Justamente por se tratar de um dos instrumentos protetivos que mais se concilia com os fins da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, a intervenção da autoridade judicial se produzirá no momento em que tenha conhecimento da situação da guarda de fato. Todavia, as medidas que adotará a partir desse momento não se passarão no interno de um procedimento de modificação de capacidade. O Ministério Público não terá que automaticamente demandar a incapacitação ou promover a tomada de decisão apoiada (medida que só poderá ser iniciada pelo próprio interessado),¹¹ se comprovado que nas circunstâncias do caso, a guarda de fato parece ser a instituição mais adequada para tutelar os interesses daquela pessoa. Com efeito, o melhor caminho para o magistrado que venha a ter conhecimento de uma guarda de fato que funcione a contento será a outorga ao guardião de faculdades já previstas para a tutela e curatela, como uma forma de agilizar trâmites e favorecer os interesses da pessoa sob a guarda. Não se trata de conceder um mandato ilimitado ao guardião, porém um reconhecimento da juridicidade da guarda com imposição de limites de atuação sob medida, conforme a concretude do caso.

¹⁰ Art. 861, Código Civil: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.

¹¹ VIII Jornada de Direito Civil do CJF - Enunciado 639: “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores”.

Porém, para tanto, requer-se uma inovação legislativa que possa alçar aos planos da validade e eficácia os atos praticados pelo guardião de fato que redundam em utilidade à pessoa idosa em situação de hipervulnerabilidade, convertendo-a em uma forma de representação legal que torne efetiva a proteção e salvaguarda dos seus interesses, sem a necessidade de se socorrer de uma sentença de curatela em casos em que o indivíduo preserve resíduos de autogoverno.¹² Enquanto a legislação civil e processual não for aprimorada e o fato jurídico da guarda de fato de pessoas com deficiência se mantiver periférico ao direito, somente sobejará o recurso ao modelo da gestão de negócios para se conferir pós-eficácia aos atos praticados pelo guardião de fato quando revertam em utilidade/proveito da pessoa vulnerável.

Cumprido recordar que em seu dia a dia, a pessoa maior com deficiência psíquica despida de representação terá a possibilidade de realizar uma atuação pessoal juridicamente válida na medida em que possua capacidade natural de se autodeterminar no momento em que atuou. Isto é, a pessoa não curatelada em tais circunstâncias possuirá uma capacidade formal, mas a eficácia real de seus atos dependerá daquilo que a capacidade natural lhe permita fazer. A evidente distinção consiste em que há uma presunção de invalidade dos atos praticados pela pessoa curatelada sem o seu curador (o registro civil facilmente comprovará) enquanto que na falta do devido processo legal, a pessoa interessada terá que provar a falta ou insuficiência de capacidade natural ao tempo da prática do ato pontualmente inquinado como inválido. Evidente, isso gerará reflexos, como a própria discussão sobre a boa fé daquele que com ele contratou e uma paralisia generalizada da esfera jurídica da pessoa sob a guarda de fato, ao somarmos a sua eventual falta de capacidade natural com a ausência de legitimação do guardião para atuar em seu nome, tudo isso associado ao receio de terceiros em realizar atos jurídicos com uma pessoa com deficiência psíquica em tais circunstâncias.

O fundamental é compreender que como um fato jurídico, a guarda de fato não consiste em uma instituição legal, porém em uma situação de fato que o direito toma em consideração para a produção de determinados efeitos. Assim, quando eventualmente ela se torna objeto de regulação legal (sujeitos, requisitos, conteúdo, efeitos e extinção), poderá até mesmo conservar a nomenclatura, mas especificamente quando o cuidado recai sobre pessoas maiores com deficiência psíquica ou idosos com doenças crônicas degenerativas, culminará por alterar a sua natureza, tornando-se um novo modelo jurídico de guarda, uma espécie de “guarda de direito” sem prévia incapacitação, ou uma espécie de “curatela light”. Em outros termos, a guarda de fato se converte em uma situação

¹² Na Espanha, recentes reformas legislativas substantivaram e procedimentalizaram a guarda de fato. Primeiramente, o art. 303 do CC, foi reformado pela Lei 26/2015, dispondo que “Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que la informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de apoyo, y de su actuación en relación a los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procederá, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores”. Na sequência, o art. 52 da Lei de Jurisdição Voluntária estabelece um estatuto procedimental para a guarda de fato, nos seguintes termos: “A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que la informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente que hubiere de estarlo y de su actuación en relación con los mismos. 2. El juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

transitória, cujo destino inexorável será o de desembocar em uma guarda legal. E para agravar, caso essa guarda de fato institucionalizada demande uma prévia avaliação formal da capacidade natural da pessoa com deficiência, ao fim e ao cabo teríamos um modelo jurídico parelho à curatela, apenas com a distinção do *nomen juris*.¹³

Enquanto exerce a guarda de fato a revelia do direito, sem qualquer forma de legitimação da posição em que atue, o guardião estará privado de adotar medidas formais que redundem em benefício e interesse de outrem. Esse dado não é necessariamente negativo, pois cuidados básicos já são suficientes na maior parte dos casos em que a pessoa sob guarda de fato não possui patrimônio significativo que demande a tomada reiterada de decisões relevantes (que não poderiam ser levadas a efeito validamente pelo titular dos bens e por seu guardião). Assim, frequentemente, não será preciso que o guardião desenvolva qualquer atividade juridicamente relevante, fazendo com que a guarda de fato alcance os seus propósitos mesmo a margem do direito. Fundamentalmente, se a guarda de fato funciona adequadamente, não será necessária ou conveniente uma intervenção externa sobre a mesma, pois mesmo havendo em tese causa para uma curatela ou uma TDA, inexistente motivo para levar essas medidas adiante, pois as necessidades da pessoa estarão cobertas e, na medida do possível, bem atendidas.

Todavia, ao guardião de fato será interdita a possibilidade de peticionar em organismos oficiais, receber informações, ter acesso a conta bancária, a um notário, enfim, exercer aquilo que se considera “administração ordinária” do patrimônio alheio, cingindo-se aos cuidados básicos com a vigilância da pessoa, alimentação e medicação. Ocorre que, na ausência de alternativas – como encontrar um segundo apoiador e iniciar um processo de Tomada de Decisão Apoiada - a premência da acreditação para a prática de atos (intervenções sanitárias e sociais imediatas, impedimento de esvaziamento patrimonial) muitas vezes conduz o guardião de fato a tomar a iniciativa de se converter em curador, sem que estejam presentes os requisitos legais para a adoção da medida excepcional e extrema de incapacitação.

Quer dizer, por vezes a curatela será uma opção necessária (embora dolorosa) para uma situação a princípio de guarda de fato, quando a pessoa tenha patrimônio significativo e careça completamente de autodeterminação, o que requer atos constantes de representação ou assistência. A titularidade de uma pluralidade de bens também dará ensejo a uma TDA quando a pessoa vulnerável com fragilização de autogoverno requeira coadjuvantes que possam lhe auxiliar em suas constantes decisões econômicas, evitando um descalabro patrimonial. Afora tais casos, como frisamos, em um país de enorme desigualdade socioeconômica como o Brasil, não haverá prejuízo de manter sobre a guarda de fato um enorme número de pessoas que se localizam no limiar do mínimo existencial, quando a atuação do guardião seja positiva sob o aspecto pessoal e afetivo.

Como alternativa entre o binômio legal curatela/TDA e simplesmente manter as coisas como estão (deixar a guarda de fato completamente alijada de controles), impõe-se a delicada questão de modelar um estatuto mínimo de uma guarda de fato, pela qual se atribua ao guardião funções e faculdades, sem, contudo, realizar-se uma prévia avaliação formal da capacidade natural da pessoa sob guarda nem um controle judicial sobre a

¹³ Carlos Martínez de Aguirre aponta que a crescente juridificação da guarda de fato turva os contornos legais da figura da guarda de fato, que já não mais será de fato e configurará uma nova instituição legal de guardas, todavia desprovida dos controles derivados do procedimento de incapacitação. In, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, p. 123.

nomeação do guardião. De fato, não teríamos aí uma curatela, tampouco uma tomada de decisão apoiada, o que poderia gerar celeumas, pois qualquer intervenção legislativa sobre a guarda de fato implicará em um fator de heteronomia a limitar as possibilidades de atuação da pessoa com deficiência psíquica. A final, sem um controle judicial sobre a capacidade real de entender e querer da pessoa sob guarda de fato e da mensuração da idoneidade do guardião que atuará em seu nome, instala-se uma insegurança sobre a proteção adequada que se destine à pessoa com deficiência.

No estágio atual do direito brasileiro, nada existe em termos de intervenção do ordenamento sobre a guarda de fato. Ocorre que eventualmente pessoas com deficiência psíquicas alijadas do sistema binário da curatela/TDA necessitarão da intervenção formal por parte do guardião, mesmo em aspectos envolvendo atos sanitários ou obtenção de informações administrativas. Essa acreditação poderá ser obtida através de uma ata notarial. De acordo com o art. 384 do CPC/15: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. Tratando-se a guarda de fato de um fato notório sobre o qual se fundam direitos e se legitimam situações patrimoniais e existenciais com transcendência jurídica, a ata notarial será um meio típico de prova com presunção de veracidade e fé pública. Em linhas gerais, a ata notarial é um instrumento público, lavrado por tabelião de notas (Lei Federal nº 8.935/94, art. 7º, III) a requerimento de pessoa interessada, que se destina a atestar (através dos sentidos do próprio notário) e documentar a existência ou o modo de existir de algum fato jurídico.

Outra via de acreditação do guardião de fato será o procedimento de jurisdição voluntária, atividade de natureza jurisdicional exercida pelo Estado em processos cujas pretensões consistem na integração e aperfeiçoamento de negócios jurídicos que dependem do pronunciamento jurisdicional. Por essa via, obtém-se a declaração judicial da existência da guarda sobre a pessoa com deficiência, podendo o magistrado, alheio a legalidade estrita, ditar as medidas convenientes e oportunas (parágrafo único do art. 723 do CPC/15) a fim de evitar riscos e/ou prejuízos patrimoniais ao indivíduo vulnerável.

Nada obstante, o problema se encontrará nos limites da atuação do guardião de fato. Não lhe será facultado o exercício de atos que excedam o usual e culminem por repercutir na esfera existencial da pessoa com deficiência. Se na própria curatela a intervenção na esfera de intimidade do curatelado somente se justificará excepcionalmente (art. 749, CPC/15), não vemos a menor possibilidade de uma decisão no âmbito de jurisdição voluntária que legitime o guardião de fato a intervir em aspectos da vida pessoal, sexual e sanitária que não impliquem em riscos iminentes a vida ou a integridade da pessoa com deficiência, considerando-se ainda que o indivíduo preserva alguma aptidão de autodeterminação e interação social.

Por fim, a par da trilogia curatela/TDA/guarda de fato, cumpre lembrar que, no limite, existem pessoas formalmente incapacitadas, porém materialmente desprotegidas. A situação de desamparo resulta do incumprimento ou inadequado exercício dos deveres que incumbem legalmente ao curador, que resultem em real privação da indispensável assistência material ou moral à pessoa curatelada,¹⁴ até mesmo em razão da inexistência

¹⁴ María Victoria Mayor del Hoyo explica que o conceito jurídico indeterminado “assistência moral ou material” remete a um *standard* de trato com a pessoa. A desatenção material é menos complicada em sua delimitação teórica e na própria identificação prática em comparação com a desatenção moral. No amplo conceito de desatenção moral subsumam-se situações variadas como insultos, ameaças, castigos, abusos

de uma outra pessoa que em caráter substitutivo possa exercer a função de guardião de fato (não apenas parentes, amigos, como um centro psiquiátrico ou uma residência de idosos).

O artigo 1781 do Código Civil proclama que as regras do exercício da tutela (artigos 1740 a 1752) se aplicam à curatela. De acordo com os artigos 1.740 e 1741 do CC, “incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade. Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”. Adaptando-se essas atribuições ao universo da curatela de pessoas maiores com modulação de capacidade, temos que se instala a disfuncionalidade da curatela quando o curador objetivamente não alcança parâmetros mínimos de atenção a esses deveres patrimoniais e pessoais que inclusive são exemplificadas nos artigos 1.747 e 1.748 do CC.¹⁵

Nas situações anômalas de ineficácia da instituição originalmente estruturada pelo legislador (curatela) em benefício da pessoa incapacitada o ordenamento deve instituir mecanismos que lhe ofereçam uma proteção funcional. A par da já positivada possibilidade de remoção do curador pelo Ministério Público,¹⁶ *de lege ferenda*, diante da constatação concreta de um caso de desassistência fática, cremos que o Estado terá que intervir a fim de instituir uma curatela administrativa da pessoa incapacitada a ser fiscalizada pelo Ministério Público e modulada conforme os termos demarcados pela sentença de curatela e que durará indefinidamente até que a pessoa recupere o autogoverno, a menos que, em algum momento, o curador originário recupere a sua legitimidade para proteger a pessoa que remanesce desprovida de autodeterminação ou então seja identificado um novo sujeito que possa idoneamente exercer a função de curador.

Prosseguindo, é possível ainda cogitar de situações em que a pessoa incapacitada não está desamparada, mas o curador se encontra em um cenário de dificuldades que fatalmente resultará em desassistência. Assim, tal como previsto para a tutela (por extensão do referido artigo 1.774 do Código Civil), no art. 1.764, para além da hipótese de remoção – que requer um desamparo real e atual - cessarão as funções do tutor “ao sobrevir escusa

laborais, isolamentos injustificados e omissão do dever de coadjuvar, recuperar e integrar o curatelado socialmente, condutas que impedem a melhora da qualidade de vida da pessoa curatelada. In, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, p. 82.

¹⁵ Art. 1.747CC/02: “Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte; II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas; III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens; IV - alienar os bens do menor destinados a venda; V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz; Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: I - pagar as dívidas do menor; II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; III - transigir; IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido; V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos”.

¹⁶ Art. 761 CPC/15: “Incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse requerer, nos casos previstos em lei, a remoção do tutor ou do curador”.

legítima” (inciso II). Assim, o próprio curador poderá pleitear a resolução judicial da curatela, tendo em vista a demonstração inequívoca de um iminente desamparo pela impossibilidade de manutenção da necessária assistência pessoal e econômica à pessoa incapacitada. A causa da “escusa legítima” não poderá obviamente ser um fato voluntário, mas uma situação fortuita ou uma conduta culposa do próprio curador (v.g. alcoolismo).

Não defendemos de forma alguma a extensão de uma curatela administrativa em benefício de qualquer pessoa em tese tida como “incapaz” – mesmo quando desamparada -, porém somente em prol dos “incapacitados”. Por um lado, qualquer pessoa carecedora de capacidade natural de autogoverno é incapaz, mesmo quando não tenha sido submetida a um processo formal de curatela que ao final promova a sua incapacitação. Por outro lado, o fato de ser incapaz por si só não autoriza que o Estado promova a sua incapacitação à revelia do devido processo legal. O art. 12.4 da CDPD instituiu salvaguardas que, dentre outras, asseguram uma presunção de capacidade de qualquer pessoa, inibindo ingerências em sua capacidade ou qualquer forma de abuso em matéria de direitos humanos. É preciso estar incapacitado judicialmente e faticamente desassistido para que se cogite de uma intervenção extrema pela via da curatela administrativa.

Isso não impede que, chegando ao conhecimento do Ministério Público a notícia da existência de pessoa com incapacidade natural em estado de desamparo - portanto, desprovida de um guardião fático - promova a ação de curatela e tutela de urgência (v.g. nomeação de curador provisório) que confira proteção imediata a quem se encontre não só privado de autodeterminação como também de assistência.¹⁷

A proposta desenvolvida nos tópicos precedentes se dá com base na percepção do que temos atualmente positivado. Conforme o Art. 1.774 do CC/02, aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela. Especificamente quanto à tutela a única norma que versa sobre a hipótese de desamparo de menores é o artigo 1.734 do Código Civil, dispondo que: “As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”. Se resgatarmos essa norma ao âmbito da curatela, entenderemos que a remoção do curador será requisito *sine qua non* para a inclusão de uma pessoa incapacitada em um programa de “colocação familiar”. Porém, mesmo que o Ministério Público se incumba desse mister, a colocação em família substituta é uma medida que ainda não foi normatizada (ou sequer pensada) para pessoas curateladas em situação de vulnerabilidade.

A colocação familiar ou acolhimento familiar não apenas não existe no âmbito da incapacidade como não foi desenhada para ela. Pelo contrário, é mecanismo ótimo para fazer frente as necessidades de tutela de menores em situação de risco ou efetiva desproteção.¹⁸ As distinções entre menores e incapacitados são evidentes e, teoricamente,

¹⁷ Art. 748 CPC/15: “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”.

¹⁸ A Lei nº 12.010/2009 (que alterou o ECA em diversos de seus dispositivos), enfatizou a necessidade de evitar ao máximo o acolhimento institucional (assim como o afastamento da criança/adolescente de sua família de origem), como fica claro dos princípios que acrescentou ao art. 100, par. único, do ECA, como o da “responsabilidade parental” (inciso IX, do citado dispositivo) e da “prevalência da família” (inciso X, do mesmo dispositivo). Também enfatizou, por exemplo, que o Conselho Tutelar não possui atribuição de

parece mais simples encontrar acolhedores para crianças do que maiores desprovidos de autodeterminação, até por que a inserção em família substituta está orientada a uma futura adoção ou mesmo que assim não o seja, a casais que desejam ter a experiência de criar crianças, mesmo que temporariamente.

Todavia, a lacuna legislativa não nos impede de lembrar que o próprio preâmbulo da CDPD (letra x) enaltece a família como entidade fundamental da sociedade, sendo que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e assistência necessárias para que as famílias possam contribuir para que aquelas gozem de seus direitos plenamente e em igualdade de condições. Realmente, a vida em família com a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade e respeito as vontades e preferências da pessoa com deficiência mental ou intelectual em seus resíduos de autonomia é um dado fundamental para que haja a ampliação do conceito de família substituta para o acolhimento de pessoas curateladas que não dispõem de cuidado em seu entorno familiar originário, encontrando-se em situação de desproteção. Uma curatela ou, na falta dela, o amparo por centros assistenciais, consistem em medidas que não oferecem uma vida em família. O curador não possui a obrigação de ter o curatelado em sua companhia e da mesma forma o diretor de um centro residencial ou instituição médica não terá entre os seus deveres de guarda, qualquer um que se relacione à doação de afeto.

O conteúdo da colocação familiar se assemelharia ao aspecto pessoal da curatela, tendo os acolhedores notoriamente de velar pela companhia, alimentação, educação e formação integral do curatelado (tal como ocorre com os menores) com a peculiaridade de que aos deveres ora descritos, acrescer-se-á a obrigação de proporcionar cuidados especiais que a especificidade da curatela impõe, promover a sua recuperação e reinserção em sociedade. Rememore-se que tal e qual a indispensabilidade do consentimento do adolescente (a partir de 12 anos) para a prática do ato jurídico, o mesmo se diga quanto a obtenção da anuência da pessoa incapacitada, quando a sua deficiência ainda lhe permita um discernimento suficiente para fazer da família substituta a família desejada, potencializando-se o respeito a sua vontade e preferências, como requer a CDPD.¹⁹

Basicamente, seria constituída uma nova entidade familiar em substituição ao núcleo originário do incapacitado, em um lar funcional, eis que vocacionado para proteger e promover direitos fundamentais da pessoa com deficiência, fornecer-lhe afeto e plena participação na vida comunitária, de forma similar a qualquer outra manifestação biológica ou socioafetiva de família. Neste design, na falta ou impossibilidade da própria família extensa da pessoa curatelada, cremos que os acolhedores não se limitariam a um par conjugal (seja ele proveniente do matrimônio, união estável ou homoafetiva) mas a qualquer dupla vinculada por um parentesco (mãe e avó, irmãos) ou mesmo um par de

promover o afastamento da criança ou adolescente (ainda que em situação de risco) de sua família de origem, fazendo constar do art. 136. par. único, do ECA que, caso o Colegiado do Conselho Tutelar entenda necessário tal afastamento, comunicará o fato ao MP, fornecendo elementos que permitam que este ingresse com demanda de cunho necessariamente contencioso, em que fique claro a real necessidade da medida extrema. Tanto o afastamento da criança/adolescente do convívio familiar quanto sua colocação em família substituta, ainda que seja esta integrante da "família extensa" (parentes com relação de proximidade e afinidade/afetividade), é de competência exclusiva da autoridade judiciária, podendo o Conselho Tutelar, quando muito, em colaboração com o Juiz, tentar localizar parentes em condições de receber crianças/adolescentes sob guarda/tutela/adoção.

¹⁹ Maria Victoria Mayor del Hoyo, *op.cit.*, p. 113.

amigos que queiram assumir a função de familiares substitutos, com todas as suas responsabilidades.