

A CURATELA COMPARTILHADA COM ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES: UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO INCAPAZ¹

THE JOINT CURATORSHIP WITH FUNCTIONAL ATTRIBUTIONS: AN INSTRUMENT FOR PROTECTION OF THE LEGALLY INCAPABLE

*Joaquim Cardoso Machado**

Resumo:

A curatela, instituto tradicional do Direito Civil desde a civilização romana, desempenha papel relevante até os dias atuais como instrumento de proteção aos interesses dos maiores incapazes. Não sendo estática, essa ferramenta passou por modificações ao longo da sua evolução, chegando ao melhor interesse do incapaz como paradigma contemporâneo. Nesse sentido, a partir da análise histórica do direito romano, procura-se identificar quais foram as preocupações levantadas no passado sobre a incapacidade e quais foram as soluções aventadas para essas questões. No direito contemporâneo, procura-se realizar uma abordagem tanto das decisões judiciais sobre o tema quanto sobre a perspectiva de planejamento patrimonial e sucessório para sugerir melhores arranjos para o futuro do incapaz e do seu patrimônio, como o compartilhamento de curatela com divisão de funções.

Palavras-chave: Curatela. Compartilhamento. Planejamento patrimonial. Direito de Família.

Abstract:

Curatorship has been a traditional doctrine for the Civil Law since the Roman civilization, and it is still relevant for protecting the interests of those incapable of practicing acts by themselves. As a developing doctrine, it has changed over its evolution, reaching the contemporary paradigm of the best interest of the legally disabled person. Through the analysis of the Roman law, this work intends to identify the conflicts that concerned that legal system and its solutions. As for the contemporary law, the analysis focus on both perspectives of legal decisions and wealth planning, suggesting better arrangements for the future of the disabled person and his or her assets, such as the joint curatorship with functional attributions.

Keywords: Curatorship. Joint curatorship. Wealth planning. Family Law.

¹ Artigo elaborado a partir da Tese de Láurea de mesmo título, não publicada.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: joa-95@hotmail.com.

Introdução

A curatela é instrumento essencial do Direito Civil para a proteção daqueles que por qualquer razão, quando já atingida a maioridade, não podem exprimir a sua vontade, assim como é expressão do dever de solidariedade atribuída pela ordem jurídica ao Estado, à sociedade e aos parentes para com o curatelado. Afirma Paulo Lobo (2011, p. 412) que a curatela tem por finalidade “a representação legal e administração dos bens de uma pessoa por outra, em virtude da incapacidade da primeira de gestão de sua vida e de seus interesses”. É com vistas a essas considerações que o papel do curador precisa ser exercido de forma a garantir e resguardar essencialmente os interesses do curatelado, buscando-se a maior eficiência tanto nos seus cuidados cotidianos quanto na gestão do seu patrimônio.

Diante disso, o *munus* de curador é uma tarefa que muitas vezes se mostra árdua para quem o exerce devido à complexidade de relações jurídicas ou fáticas que deverão ser enfrentadas na busca por dar maior efetividade à proteção dos direitos da pessoa incapaz, fazendo com que um exercício incauto possa vir a causar prejuízos significativos não ao curador, mas ao curatelado. A administração patrimonial, por exemplo, exige cuidados extremados, uma vez que prejuízos podem ocorrer até mesmo em situações que à primeira vista não poderiam onerar o patrimônio, a exemplo da aceitação de heranças ou doações que posteriormente vão exigir gravames indiretos, como pagamento de impostos em atraso (GONÇALVES, 2017).

Faz-se necessário em certas situações, a fim de dinamizar o exercício da curatela, que os poderes de administração e cuidado, bem como os deveres correspondentes, sejam repartidos entre mais de um curador. A análise de decisões do Tribunal de São Paulo e de Minas Gerais revela que o Judiciário já se atentava para essa necessidade fática do cotidiano a partir da perspectiva de melhor interesse do incapaz. Assim, até o ano de 2015, diversos julgados se ampararam na lacuna da lei para permitir o compartilhamento de curatela, levando-se em consideração elementos que se mostrassem benéficos não apenas ao curatelado, mas que também desonerassem os curadores.

Dito isso, para além das dificuldades exógenas ao exercício do *munus*, que demandam a atuação do Ministério Público e do Judiciário no controle da atividade do curador, impõem-se também dificuldades ínsitas ao próprio exercício da atividade de administração patrimonial, dado que gerir interesses e bens de terceiros, concomitantemente aos seus próprios, apresenta-se como árduo desafio para apenas uma pessoa, especialmente quando o curador não possui experiência prévia ou conhecimento suficiente para exercer a gestão dos bens do curatelado sem amparo, especializado ou não.

O Direito Romano, que se pretende abordar a seguir, embora movido por considerações mais práticas sobre o exercício da tutela ou curatela, também conheceu o

compartilhamento preferencialmente realizado com divisão de funções. Embora ainda não fossem motivados por princípios como a dignidade da pessoa humana, hoje principal fundamento para determinar o melhor interesse do incapaz como elemento norteador do processo de interdição, mostra como as considerações sobre arranjos mais eficientes para os cuidados de tutelados e curatelados estiveram na gênese do Direito Civil contemporâneo. As soluções flexíveis dos romanos nesse tema servem como inspiração para que hoje o direito de família e institutos como a curatela não caiam em armadilhas que os enrijeçam e acabem por desvirtuar os propósitos protetivos do Ordenamento Jurídico.

1. A incapacidade e a curatela no direito romano

Considerado como o direito do passado que reúne as melhores condições documentadas para se proceder à análise dos fenômenos espontâneos da sociedade, o direito romano reúne uma abundância de fontes nas quais “desfilam, diante do estudioso, os problemas da construção, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu” e se torna “notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos” (ALVES, 2014, p. 2), justificando-se a sua relevância para a compreensão do Direito Civil atual.

De início, como preleciona De Coulanges (1961), profundamente marcado pelas influências da religião e pela dinâmica familiar/patrimonial voltada para o culto dos antepassados concebidos como deuses, os *manes*, o Período Arcaico conheceu uma noção diversa da concepção moderna de família e, portanto, de solidariedade. A união familiar e a proteção dos membros da família estavam baseadas essencialmente no vínculo produzido pela capacidade dos membros ligados ao *pater* de tomar parte no culto aos deuses domésticos.

Posteriormente, com a transformação implementada pela evolução em complexidade da sociedade romana e pelo desenvolvimento do *ius honorarium*, promoveu-se a migração de uma visão meramente doméstica de proteção do incapaz, membro de uma família, para a criação de soluções visando impedir que cidadãos romanos nessa condição pudessem eventualmente dilapidar o patrimônio ou se obrigar sem o necessário discernimento, fato considerado perturbação à ordem social.

Nota-se que essa preocupação era reservada apenas aos *sui iuris*, tendo em vista que os *alieni iuris* estão subordinados à autoridade do *paterfamilias* e não possuem patrimônio próprio para administrar (ALVES, 2014). Assim, diante da possibilidade de o incapaz possuir patrimônio próprio, o direito romano criou dois institutos para enfrentar os problemas de administração dos interesses desses incapazes: a tutela e a curatela.

Para que fosse caracterizada a necessidade de restringir a administração do patrimônio de alguém, cumpria verificar, como ainda hoje, a capacidade daquela pessoa

de realizar por si os atos da vida civil. Os romanos entendiam que a capacidade de fato e a consequente possibilidade de adquirir e exercer por si mesmo direitos ou contrair obrigações era regra para os que possuíam capacidade jurídica, mas ela poderia ser diminuída por alguns fatores, como, por exemplo, a idade.

Diante disso, o direito romano separava os incapazes em duas categorias, sendo elas a dos relativamente incapazes (que podiam realizar atos que a eles fossem proveitosos sem qualquer restrição) e os absolutamente incapazes, que sequer possuíam vontade (GAIO, *apud* ALVES, 2014), não podendo exercer atos por si sós.

Com relação à diferença entre ambos os institutos, no direito pré-clássico e clássico se fazia clara distinção entre a tutela e a curatela, não apenas quanto a quem se sujeitava a cada uma delas, como também qual era a forma de administração dos bens do incapaz. A curatela era reservada aos incapazes por causa anormal, como o caso dos que possuíssem enfermidades mentais, e a tutela era reservada aos incapazes por fato normal, como a idade para os impúberes e o sexo para as mulheres. Quanto à questão de administração, para a curatela era permitido apenas que o curador atuasse como representante indireto (*negotium gerere*), enquanto para a curatela tanto poderia haver a representação indireta como a integração à vontade do incapaz (*auctoritatis interpositio*) (ALVES, 2014).

Essas diferenças, no entanto, não obstam as diversas semelhanças entre os dois institutos. A análise bibliográfica revela que a pretensão na composição desses instrumentos foi a de proteger tanto os interesses patrimoniais do incapaz (no Período Arcaico preponderantemente o interesse de seus herdeiros eventuais), como também para auxiliar na manutenção da ordem pública, evitando a vileza de negócios feitos em se aproveitando da incapacidade ou inexperiência de uma das partes (de onde deriva a concepção da tutela e da curatela como instrumentos que extravasam o caráter puramente individual, passando a se tornar um *munus publicum*).

1.1. A escolha do tutor ou curador

Sobre a escolha de tutor ou curador, havia grande deferência pela escolha de tutor que fosse feita por testamento, sendo que só na ausência dele é que se passaria a chamar os tutores considerados herdeiros legítimos presumidos de acordo com a lei das XII tábuas, que eram primeiramente os agnados e na sua ausência os *gentiles* mais próximos. A evolução do direito romano acabou, no entanto, por abolir a *gens*, o que também fez desaparecer a tutela dos gentiles. Progressivamente também começou a diminuir a importância do parentesco agnático, sendo este abolido no Direito Justiniano, quando a escala sucessória passa a ser estabelecida pelas Novelas CXVIII e CXXVII (ALVES, 2014).

Na ausência qualquer dos dois casos anteriores, inicialmente era o Pretor urbano, amparado pela maioria dos tribunos da plebe, que escolhia o tutor dativo. Posteriormente essa atribuição passou a ser dos cônsules. Em seguida criou-se uma figura pretoriana específica para desempenhar essa função, o *praetor tutelaris*. Por fim, no direito Justiniano, em Constantinopla passa a ser competência do *praefectus urbi* e do pretor, enquanto nas províncias havia uma distinção por valor do patrimônio: se ultrapassem quinhentos sólidos de ouro, o governador por meio do *defensor civitatis* é quem fazia a escolha (ALVES, 2014), revelando a importância da extensão patrimonial do pupilo na escolha do seu tutor.

1.2. A restrição de poderes do tutor ou curador

A característica do Período Arcaico de os tutores ou curadores exercerem uma *potestas* sobre o patrimônio do tutelado ou curatelado com a pretensão de resguardar a eventualidade do seu direito próprio como herdeiros se coaduna com a ideia de que os poderes atribuídos a essas funções eram absolutos, visto que não o exerciam no interesse do incapaz. Essa situação, no entanto, começa aos poucos a se alterar, restringindo-se os poderes dos tutores ou curadores e exigindo cada vez mais a autorização do magistrado para realização de determinados atos.

Nesse cenário, também se desenvolvem as ações contra a má gestão do tutor. Essas ações, a princípio, voltam-se apenas contra gestão dolosa, malversação, fraude ou subtração de bens. Posteriormente passam a refletir a obrigação do tutor de cuidar do patrimônio do pupilo com diligência, dando ensejo, ao fim da tutela, à prestação de contas e à *actio tutelae*, com ampla proteção em favor do tutelado.

Por fim, no Período Justiniano o tutor estaria sujeito à vigilância do magistrado mesmo para os atos de gestão de pouca importância, evidenciando como a fiscalização por parte dos magistrados cresceu em relevância a fim de evitar prejuízos ao pupilo diante de possíveis conflitos de interesse, os quais, se verificados, dariam origem, para o pupilo, a uma ação que buscasse a *restitutio in integrum*, ou seja, a restituição integral daquilo que foi alienado (ALVES, 2014).

1.3. A pluralidade de tutores ou curadores

Impende ressaltar que, como antes mencionado, a tutela e a curatela foram institutos criados com propósitos similares de proteção e gestão patrimonial de incapazes, de forma que a pluralidade de curadores e a repartição de funções entre eles, embora menos descrita pela literatura, assim como a pluralidade de tutores, também era possível. Lecomte (1928) cita uma passagem do Digesto atribuída ao jurista Juliano em que se debate um caso envolvendo a curatela compartilhada, embora faça a ressalva de que nada

no texto original indicasse que apenas um dos curadores fosse encarregado da gestão patrimonial (inferindo-se que era desempenhada de maneira indivisa e sem distinção de atribuições). Por extensão, o raciocínio que se aplica à pluralidade de tutores para os impúberes também se estende à curatela, respeitadas as particularidades relativas apenas ao modo de exercício da administração e às nuances de atribuições quanto à educação e cuidado ao incapaz.

O compartilhamento de tutela e curatela supracitado era uma situação específica aceita pelos romanos para a defesa mais eficiente dos bens do incapaz e demonstra como eram desenhadas soluções práticas para problemas que ainda hoje subsistem, embora atualmente resolvidos pela observância de outros paradigmas. Essa situação de exercício simultâneo se daria pela possibilidade de que ao impúbere pudessem ser nomeados por testamento, ao mesmo tempo, mais de um tutor e, na ausência de tutores legítimos ou testamentários, o *praetor tutelaris* poderia nomear mais de um tutor para o pupilo. Também afirma Lecomte que a tendência do Período Clássico em admitir a pluralidade de tutores se afirma ainda mais à época de Justiniano. E não apenas se afirma, como também Justiniano registra que seria uma situação preferível para evitar prejuízo aos interesses do pupilo (JUSTINIANO, *apud* LECOMTE, 1928).

Alves (2014), por seu turno, esclarece que a pluralidade de tutores se daria quando mais de um parente era chamado a exercer a tutela legítima, ou diante da pluralidade de tutores designados, tanto por testamento (tutor testamentário) quanto pelo magistrado (tutor dativo). O exercício da administração deveria ser feito de forma conjunta nessas situações, tanto por meio da *auctoritatis interpositio* ou por *negotiorum gestio*, salvo nos casos em que ou o testador ou o magistrado houvessem determinado a divisão de administração dos bens do pupilo. Essa situação de exercício conjunto da administração pelos cotutores, embora fosse a consequência lógica da sua pluralidade, parece não ter sido bem-vista pelos romanos devido às complicações práticas derivadas da necessidade de encontrar consenso entre eles.

Daí a necessidade de estabelecer limites às atribuições de cada tutor ou curador. Quanto à divisão de funções, durante o Período Clássico o pretor revelou uma tendência a deixar a gestão de bens do pupilo nas mãos de apenas um dos cotutores, ou repartindo suas atribuições para gestão de bens específicos, o que evitaria o surgimento de problemas relacionados à possibilidade de, por exemplo, um dos cotutores se opor à realização de determinado negócio (ALVES, 2014).

A essas duas possibilidades, quais sejam, a de tutela testamentária e dativa, Lecomte, ao estudar as fontes, encontrou menção a casos de “adjunção”, nos quais era nomeado curador para auxiliar as funções do tutor que, por exemplo, já tivesse idade avançada ou problemas de saúde. Outros casos de adjunção possíveis seriam aqueles ocorridos quando o próprio tutor formulasse uma demanda ao pretor para nomear curador

adjunto diante da necessidade de auxílio ou um caso especial de curatela *ad hoc*, em que Ulpiano previa a nomeação de um curador visando um ato específico de gestão.

2. Incapacidade e o direito de família no Brasil contemporâneo

É natural que, ao nascer, o ser humano se torne integrante de um núcleo familiar que o acolherá e terá como propósito garantir que àquela pessoa em formação seja fornecido todo o necessário para o seu pleno desenvolvimento, tanto físico quanto mental, na medida dos seus limites e capacidades. A proteção da família torna-se indispensável para o direito contemporâneo na medida em que se reconhece a sua relevância como núcleo para a construção de toda a organização social (MONTEIRO, 2012) e é alçada a proteção da dignidade dos seus membros pelo ordenamento jurídico, sob a tutela do Estado constitucionalizado.

Essa condição de proteção sedimentada institucionalmente é, como afirmam Bossert e Zannoni (2004), resultado de uma longa evolução de paradigmas que revelam a compreensão que o homem tinha sobre si e seu núcleo familiar mesmo antes da existência do direito positivo, passando por acepções de mera sobrevivência em conjunto para reprodução (hipóteses levantadas por investigações arqueológicas e antropológicas do século XIX) até as modernas concepções da família assentada no paradigma da afetividade, havendo-a enquanto existir *affectio* e união por laços de liberdade e responsabilidade (LOBO, 2011).

Sendo a família esse núcleo prioritário de desenvolvimento da pessoa humana, justifica-se que o legislador tenha colocado, no art. 1.775 do Código Civil, seus membros como os primeiros chamados a exercer a curatela. O reconhecimento da necessidade de proteção dos incapazes mormente no seio da família e a criação de dispositivos legais como o suprarreferido, na forma como compreendemos hoje, passaram por um processo de transformação em que os direitos do incapaz começam a ser reconhecidos mais fortemente por meio de medidas afirmativas que promovam a sua dignidade e demais direitos fundamentais segundo um critério de igualdade, afastando-se da perspectiva de simples administração patrimonial.

Essa evolução passa por uma revisão não apenas focada na pessoa com deficiência, mas na dignidade da pessoa humana de maneira geral e abstrata, buscando-se dar objetividade à aplicação de regras que concretizem um novo ideal de justiça no qual todos os seres humanos são incluídos. Sobre a construção desse arcabouço, mostra-se indissociável a formulação de mecanismos e estruturas que se prestem a garantir esses fins, ressaltando que, apesar de reconhecermos a importância das ferramentas de proteção a direitos, “(...) temos dificuldade em admitir que a razão e a liberdade sejam construções frágeis que repousam nas instituições”. (SUPIOT, 2007, p. 4).

Com a implementação do Estado de Direito Social (SILVA, 2016) na atualidade por grande maioria dos países ocidentais e a materialização dos direitos fundamentais em cartas constitucionais, cria-se o compromisso institucional pela busca de não apenas fornecer a igualdade formal, mas também a igualdade material entre os diferentes indivíduos que compõem a coletividade, respeitando suas diferenças e procurando mitigá-las para tornar cada vez mais efetiva a sua inclusão.

No Brasil do século XX, somados aos esclarecimentos do Código de 1916 sobre o instituto da curatela, tivemos alguns diplomas que começam a descortinar esse compromisso institucional, como o Decreto-Lei n. 2.410 em 1940, sobre a defesa dos interesses de menores e incapazes ou doentes mentais pelos Institutos de Previdência; o Decreto n. 24.559 de 1934, sobre a assistência e proteção aos psicopatas; e o Decreto-Lei n. 891 de 1938, que se referia especificamente aos toxicômanos. Não menos importante, mas de relevância valorativa e linguística, em 1973, o Código de Processo Civil abandona a anterior denominação de “loucos de todo gênero” e passa a utilizar a nomenclatura de “portadores de anomalia psíquica”, evidenciando a mudança de perspectivas sobre a pessoa com deficiência.

É da evolução desse sistema ainda modesto que a proteção à pessoa humana ganha contornos muito fortes dentro do Estado Social e Democrático brasileiro de modo geral, garantindo-se as balizas necessárias para a proteção de grupos específicos na busca pela concretização do ideal de igualdade não meramente formal, como sucedeu até o início do século XX. Tornava-se clara a tendência de harmonizar a ordem interna com as perspectivas internacionais acerca dos mais diversos temas ligados à proteção da pessoa humana.

A solidariedade é reforçada e torna mais abrangente o dever de proteção dos incapazes com a Constituição de 1988 e dispositivos como o inciso IV do art. 1º, que consagra a promoção do bem de todos sem qualquer distinção como um dos objetivos fundamentais da República brasileira. Além disso, no âmbito das leis ordinárias, o Código Civil de 2002 modificado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência² e seguindo a tradição romana também observada nos Códigos anteriores e mesmo na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, manteve a curatela inserida como um dos instrumentos de defesa do incapaz no contexto do Direito de Família.

Paulo Lobo (2011) pontua que a curatela, no entanto, volta-se para a proteção legal da pessoa maior e incapaz, não sendo necessário que exista relação familiar entre curatelado e curador. O fundamento contemporâneo é o dever de solidariedade existente

² A edição da Lei n. 13.146 de 2015, além de conter disposições próprias, inseriu modificações visando mitigar disposições discriminatórias, alterando o regime de capacidades, modificando regras sobre a curatela e criando a figura da tomada de decisão apoiada.

entre a sociedade, os familiares e o Estado com relação ao incapaz, fato que leva certos autores a ponderarem que a curatela poderia estar melhor posicionada na Parte Geral do Código Civil, uma vez que não resulta substancialmente das relações familiares, embora os parentes sejam os primeiros a serem convocados, privilegiando a relação de parentesco ou conjugal para o seu exercício.

Assim, a princípio voltada para proteção do patrimônio no direito romano, visando garantir a obtenção de herança daqueles aparentados do *sui iuris* com alguma condição incapacitante, hoje a curatela permanece sendo um instrumento valioso para amalgamar, em um mesmo procedimento: I – os interesses do incapaz; II – a condição familiar; III – a atuação do Estado na efetivação adequada dos direitos da personalidade, hoje compreendidos como imanescentes a todo ser humano e dos quais deriva o dever de solidariedade geral para promover a inclusão.

É um remédio que deve ser usado somente quando constatado pelo juiz que o titular dos direitos se encontra em uma condição que, naquele momento, o impeça de realizar por si os atos da vida civil, dado que, como preleciona Washington de Barros (2012), a capacidade sempre se presume e, em princípio, todos os indivíduos devem reger por si mesmos a sua pessoa e a administração dos seus bens. É instrumento para uso excepcional, sendo regra o pleno gozo dos direitos inerentes à personalidade, tornando necessário um procedimento de interdição para aferir a extensão do segundo elemento necessário para realizar determinados atos, que é a capacidade.

Mais do que um caráter de restrição de direitos, a curatela deve ser uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso, durando o menor tempo possível (PEREIRA, 2004). Deve se dar sob estrita vigilância do Poder Público, especialmente quando houver indícios da possibilidade de haver conflito de interesses entre o curador e o curatelado, como é o caso da existência de patrimônio de alto valor e de gestão complexa. Nesse mister, o Ministério Público deve obrigatoriamente, segundo o art. 178, inciso II do CPC, intervir para garantir a lisura do procedimento, robustecer as interpretações sobre os fatos apresentados e verificar se o interesse do incapaz está efetivamente sendo observado.

Além disso, não é instituto estático, sendo passível de alterações conforme progride o entendimento do que se considera como melhor interesse do incapaz. Dentre as modificações recentemente ocorridas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi responsável por fornecer o elemento legal para solucionar um questionamento relevante que já se afigurava como demanda fática nos tribunais, que era o debate sobre a possibilidade de compartilhamento de curatela.

Embora a Lei já conferisse legitimidade ao pai ou a mãe para o exercício da curatela (CC 1.775 § 1º), era necessário reconhecer a possibilidade de ambos os genitores exercerem de forma compartilhada tal tarefa. Não só pais, mas também avós ou parentes

outros que sejam casados ou vivam em união estável hétero ou homoafetiva, podem ser nomeados em conjunto. Nas palavras precisas de Maria Berenice Dias (2011, p. 623):

Afinal, situações particulares como a tutela de netos e a curatela de filhos não podem ficar atreladas à rigidez das normas e nem prescindir da utilização de novos critérios hermenêuticos de afirmação, que cumprem a verdadeira finalidade do direito: garantir ao cidadão o exercício efetivo de seus direitos fundamentais.

O art. 1.775-A inserido no Código Civil, cuja redação passa a permitir que mais de uma pessoa exerça o múnus de curador ao mesmo tempo, garantiu que os tribunais tivessem maior segurança para a concessão de curatela compartilhada, sem perder de vista que essa solução fosse aplicada somente quando atendesse aos interesses do interdito tanto no que diz respeito à sua saúde e condição psicológica quanto na questão da boa gestão dos seus bens, assim como sugere uma flexibilização das regras de exercício da curatela visando atender melhor circunstâncias individuais de cada caso.

2.1. A compatibilidade com o combate à patrimonialização do direito de família

Não sendo estática, a ordem jurídica permanece em constante modificação diante das lutas sociais pelo reconhecimento de medidas ou implementação de modificações que melhor reflitam as pretensões buscadas por aqueles direitos protegidos na Constituição Federal. Nesse sentido, a título de exemplo, contribuem para a atualização e adequação das normas as modificações legislativas ordinárias,³ a ratificação e absorção de tratados internacionais⁴ e o papel desempenhado pelo poder judiciário, tanto por via do controle de constitucionalidade⁵ quanto pela via do suprimento de lacunas ou omissões da Lei.

Assim, ao determinar a dignidade humana como norteadora da República brasileira no art. 1º, inciso III da Constituição, impõe-se o dever de respeitar essa dignidade

³ Tais como a criação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741) em 2003, o marco Civil da Internet (Lei n. 13.709) em 2014 ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146) em 2015.

⁴ Como por exemplo, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial em 1968 (recepcionada pela ordem constitucional), a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, ratificada em 1994, ou a aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo em 2007.

⁵ Como a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida sobre os Recursos Extraordinários ns. 646.721 e 878.694 declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil diante da discriminação que perpetrava entre situações familiares que foram equiparadas pela Constituição em seu art. 226. Postura semelhante se revela na decisão sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em que se reconheceu a União Estável para casais do mesmo sexo diante da vedação constante no art. 3º, IV, a qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor ou idade.

nos diversos segmentos da vida dos cidadãos, o que inclui o reconhecimento da autonomia privada para a organização familiar, respeitados os limites da ordem pública vigente. Esse reconhecimento se faz necessário na medida em que a legislação, sendo produto do seu tempo, dificilmente consegue acompanhar de maneira adequada os fenômenos sociais, muitas vezes tornando-se obsoleta e se descolando da realidade, provocando crescimento da insegurança jurídica em caso de conflitos cuja solução disponível já não seja mais vista como o melhor instrumento de justiça ou mesmo a impossibilidade de subsunção ao fato concreto, demandando ativismo por parte do judiciário para solucionar essas questões.

Para tal, o magistrado irá se apoiar sobre a rede de princípios construída a fim de aprimorar a aplicação da Lei ou suprir suas omissões. Hoje, sendo o ser humano o centro para o qual se volta o sistema, não se pode mais pensar em soluções que contemplem exclusivamente o viés institucional que a família desempenhava, ou mesmo reduzi-la às questões patrimoniais. Resultado disso para a pessoa incapaz é que, dentro dos limites da ordem jurídica, emerge a visão de desenvolvimento pessoal de cada membro da célula familiar, de onde derivará também o melhor interesse do curatelado como estrela polar que guia o processo de interdição.

A desconstrução da visão reificante se dá pela subordinação do patrimônio aos interesses e necessidades do incapaz. A pessoa com deficiência ou com alguma condição incapacitante necessita de cuidados especiais, seja para sua formação, seus cuidados com apoio de pessoas especializadas ou escolas especiais, ou itens ou adaptações que se mostrem necessários para melhorar a sua condição de vida. Dessa forma, uma gestão incauta ou inadequada pode diminuir a potencialidade daquele patrimônio de render frutos, que devem mandatoriamente ser revertidos em benefício do curatelado. Daí a necessidade de se ter cuidado ao avaliar qual curador está mais apto a exercer a administração patrimonial, mormente nos casos de curatela compartilhada, uma vez que os resultados dessa gestão acompanham proporcionalmente a disponibilidade de recursos voltados para a promoção da dignidade do curatelado e, quando ainda possível, sua inclusão.

3. Posicionamento do judiciário

3.1. Decisões anteriores à promulgação da Lei n. 13.146 de 2015

O primeiro momento é marcado por um maior esforço argumentativo no sentido de demonstrar que o compartilhamento de curatela não era, de forma alguma, contrário à legislação ou mesmo ao espírito de proteção aos interesses do incapaz, sendo que sua concessão se faria mediante ponderação de fatores do caso concreto e que demonstrariam se essa opção era mais benéfica ou não.

Os julgados encontrados se ancoraram basicamente em quatro fundamentos básicos para admitir o compartilhamento de curatela, sendo eles: I – a inexistência de vedação legal; II – o intuito de evitar a sobrecarga do curador; III – a finalidade de resguardar os interesses do incapaz; IV – a possibilidade fática do compartilhamento.⁶

Ainda como exemplo desse período, é possível referir-se aos argumentos trazidos pela decisão constante no acórdão em Agravo de Instrumento n. 2002799-94.2014.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi relatora a Desembargadora Mary Grün. Esse aresto, um pouco mais extenso, concatenou os pontos levantados e teceu considerações relevantes acerca da condição que enfrentam os curadores no exercício do *múnus*. Trata-se de agravo contra decisão que negou curatela compartilhada, pedido formulado pela mãe de uma criança portadora de autismo infantil, sob os fundamentos de que a criança sempre esteve sob o cuidado de ambos os pais em um exercício de cuidados conjuntos e que não havia vedação legal para a curatela compartilhada.

Diante dos fatos, a Desembargadora argumentou que era necessário levar em consideração como o esforço do *múnus* afetava a rotina e as tarefas pessoais dos curadores em prejuízo dos seus interesses pessoais. Além disso, reforçou não haver vedação legal e verificou que não existia conflito entre os pais, sendo que a curatela compartilhada seria forma mais adequada para que os curadores se organizassem e o encargo não sobrecarregasse apenas um deles, sobrecarga essa que geraria prejuízos para o próprio curatelado. A decisão também fez referência à tramitação do Projeto de Lei n. 2.692/2011 (que viria a se tornar o Estatuto da Pessoa com Deficiência), assim como argumentou que a existência da figura do protutor no Código Civil atual mostrava que a curatela compartilhada não estava longe da lógica do nosso sistema, dando, assim, provimento ao recurso interposto.

3.2. A Lei n. 13.146 de 2015 e as decisões posteriores à sua promulgação

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, foi o produto final de intensos debates ocorridos nas Casas legislativas brasileiras acerca da necessidade de aprimorar o arcabouço normativo para a proteção das pessoas com deficiência, assim como assegurar os melhores meios de integrar a pessoa portadora de alguma condição incapacitante nas dinâmicas sociais cotidianas. Dessa maneira, buscou-se expandir o

⁶ Decisões como as do Agravo de Instrumento n. 2002799-94.2014 do TJSP (julgado em 2 de abril de 2014); Apelação cível n. 0156006-74.2013 do TJRS (julgado em 1 de agosto de 2013); Agravo de Instrumento n. 2180578-36.2014 do TJSP (julgado em 28 de abril de 2015) e Agravo de Instrumento n. 2145311-61.2018 (julgado em 16 de agosto de 2018) ilustram esses quatro pontos quase comuns à argumentação dos acórdãos encontrados.

alcance e a efetividade do princípio da igualdade, garantindo que essas pessoas tivessem amparo de uma força integradora, consubstanciada pela Lei, e que as auxiliasse a obter o pleno gozo da condição de cidadão.

Foi originado no Projeto de Lei n. 6/2003, de autoria do Senador Paulo Paim, cuja justificativa baseava-se no fato de que ainda não havia sido introduzida no direito brasileiro uma Lei, notadamente a nível federal, que definisse claramente os direitos dos portadores de deficiência. No projeto, cita como exemplo o fato de os direitos da criança e do adolescente e o direito do consumidor já terem passado por esse processo, contando à época com legislação protetiva própria e bem definida. Assim, ao propor a instituição desse arcabouço legislativo, acompanhou em grande medida uma tendência mundial e também regional de desenvolvimento de diretrizes para esse ramo de direito antidiscriminatório, como se verificava pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de dezembro de 1975 e a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, essa última tendo sido promulgada pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001.

O segundo momento nas decisões judiciais já é marcado pela existência do art. 1.775-A inserido no Código Civil de 2002 pelo referido Estatuto, garantindo um menor ônus argumentativo para que o juiz determine, sendo mais conveniente para determinado caso, que a curatela seja exercida em conjunto por mais de um indivíduo, ficando a avaliação restrita a verificar a real necessidade da medida e em que extensão essa estrutura seria melhor para proteger o incapaz, tanto nos aspectos pessoais quanto naqueles que se referem à gestão do seu patrimônio.

Assim, passa-se a cogitar mais facilmente, caso seja solicitado, do compartilhamento de curatela, o que não significa que deva ser concedido em todos os casos, como de fato não o é, como se observa na maneira com que as decisões oscilam no que tange à avaliação das circunstâncias fáticas do caso, embora não mais sobre a discussão abstrata se seria permitido ou não o exercício conjunto da curatela.

Exemplos dessas divergências são, de um lado, o Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.068804-8/001 do TJMG (julgado em 24 de abril de 2018) e o Agravo de Instrumento n. 2173870-28.2018.8.26.0000 do TJSP (julgado em 30 de novembro de 2018), já posteriores ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, e que entenderam que o compartilhamento da curatela não era adequado diante das circunstâncias fáticas apresentadas.

De outro lado, na Apelação Cível n. 1010237-33.2015.8.26.0008 do TJSP (julgada em 25 de julho de 2016) entendeu-se que a divergência entre a esposa do interdito e a mãe dele seria benéfica para assegurar um “equilíbrio de forças” e uma “fiscalização redobrada” em favor do interdito, demonstrando que a animosidade nem sempre é fator impeditivo para o compartilhamento.

Nota-se, dessa forma, que a existência de Lei não soluciona por completo as questões envolvidas, o que é natural e evidencia a complexidade das relações familiares e sociais, impossíveis de se prever na totalidade por regras abstratas. Assim, não apenas é exigido esforço por parte do julgador para definir quais seriam os melhores critérios para deferimento da atribuição compartilhada, como outros desafios passam a aparecer e questionar os limites do art. 1775-A.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 1.0209.17.001234-5/001 do TJMG (julgado em 27 de novembro de 2018), argumentou-se que, embora o art. supracitado se refira a pessoas com deficiência, também poderia ser aplicado a pessoas que por causa transitória não pudessem exprimir sua vontade, “notadamente quando referida medida apresenta-se como mais benéfica aos interesses do interditando”.

Ainda no campo da inovação, a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2226744-24.2017.8.26.0000 do TJSP (julgado em 12 de julho de 2018) assegurou o compartilhamento da curatela e foi além: determinou que a esposa do interdito seria responsável pelos cuidados cotidianos e que o filho seria responsável por acompanhar o pai nas consultas e também seria responsável pela gestão do seu patrimônio. Atribuindo funções específicas para cada curador, pretendia preservar “a personalização da curatela”, dinamizando os deveres familiares. De maneira similar, o Agravo de Instrumento n. 2173870-28.2018.8.26.0000 do TJSP confirmou a nomeação de três curadores provisórios, sendo que um deles ficaria encarregado de gerir o patrimônio da interdita dada a sua especialização profissional.

3.3. O compartilhamento de curatela com divisão de funções

O Direito de Família é um ramo que tem seus conceitos substancialmente alterados com o passar dos anos e com a evolução da sociedade. A legislação, por sua vez, não consegue antever essas mudanças e, conseqüentemente, não é capaz de antecipar soluções para eventuais problemas que possam surgir em contextos antes desconhecidos pelo legislador. É por conta disso que o trabalho dos tribunais se mostra essencial para utilizar as balizas fornecidas pela Lei e seus princípios para encontrar o objetivo a que se destinam, utilizando-se de uma interpretação não apenas teleológica, mas também adequando-se à sistemática de todas as demais normas que vêm sendo produzidas sobre o tema.

O julgador, imerso e atuante nessa realidade, é então responsável por fornecer a interpretação que melhor se adequa ao espírito da Lei que está aplicando ao caso concreto, sensível às suas especificidades. Com relação à curatela, o sistema jurídico tem por norte e objetivo principal garantir que seja atendido o melhor interesse do curatelado, buscando-se potencializar o seu bem-estar e o respeito à sua dignidade. É de extrema

relevância que o arranjo formulado para a defesa do incapaz seja feito de modo a trazer os melhores resultados utilizados em seu proveito, sejam eles revertidos em educação especial, terapias específicas, acomodações hospitalares, atendimento médico ou qualquer demanda que se mostre indispensável para melhorar a qualidade de vida do curatelado.

Dessa maneira, como observado em determinadas decisões dos tribunais, a divisão de curatela já se mostrava um instrumento reconhecido pelo julgador e pelos próprios peticionantes como a melhor opção para proteger os interesses do então interditando. Apesar da não existência de previsão legal até a vinda do Estatuto da Pessoa com Deficiência, isso não foi impedimento para que a análise do caso concreto favorecesse uma interpretação *praeter legem*, permitindo que mais de uma pessoa exercesse conjuntamente as atribuições de curador.

Essa inovação traria vantagens diretas também para os curadores. Em sendo divididas as tarefas, seria diminuída a carga que recairia legalmente sobre apenas uma pessoa, responsável por arcar com os cuidados, despesas, prestação de contas e outros deveres do curador. A redução da carga sobre um curador individual é revertida também em benefício para o curatelado, uma vez que a gestão passa a ser feita de maneira mais dinâmica e com tarefas repartidas entre os curadores, aumentando o desempenho e gerando resultados mais satisfatórios no exercício do múnus.

É notório, no entanto, como os antigos romanos observaram, que quando uma atividade é desempenhada por mais de uma pessoa, apesar dos benefícios, também é maximizada a possibilidade de conflitos que levem a entraves prejudiciais ao curatelado. Por essa razão, a divisão de funções na curatela era a solução mais apropriada com vistas a orquestrar cada tarefa em função de um objetivo comum, sendo esse arranjo sujeito à vigilância do Poder Público. Nessa esteira caminharam as inovações jurisprudenciais, agora já amparadas pelo art. 1.775-A, ao decidir pela divisão de atribuições dadas a cada curador.

Embora se possa argumentar pela potência de aumento da litigiosidade entre os curadores, também daí poderia advir a vantagem, levantada no julgamento da Apelação Cível n. 1010237-33.2015.8.26.0008 do TJSP anteriormente citada, quanto à fiscalização mútua entre os curadores. Na medida em que trabalham em conjunto desempenhando funções distintas, porém interdependentes, um curador passa a se tornar fiscal da atividade do outro e as necessidades serão, em grande medida, resolvidas pela subordinação da gestão patrimonial às exigências existenciais do curatelado.

Não se pode negar que essa solução exigiria que a situação diante do julgador fosse propícia e fornecesse elementos suficientes para estabelecer esse arranjo. A condição de falta de especificidade de experiência dos curadores e a impossibilidade de se nomear curador por testamento em uma perspectiva de planejamento sucessório acabam por limitar o âmbito de aplicação desse instituto, muito embora não seja por isso

esvaziada a sua relevância prática, visto que o Judiciário já forneceu essa resposta em casos concretos e reconheceu sua utilidade como instrumento assecuratório de direitos.

4. A perspectiva de planejamento patrimonial e sucessório

A promulgação da Lei n. 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e as alterações com ela advindas sobre o Código Civil, a forma como o judiciário passou a lidar, de modo geral, com casos envolvendo incapacidades, o fortalecimento da perspectivação do Direito Civil pelo prisma da realização dos princípios da igualdade e da dignidade humana deram margem para revisitar características ligadas a institutos bastante tradicionais como a Curatela (a exemplo da permissão expressa do seu compartilhamento dada pelo art. 1.775-A inserido no Código Civil de 2002), como também ensejaram a criação de novos instrumentos, como a Tomada de Decisão Apoiada contida na redação do art. 1.783-A também do novo Código Civil.

Hoje, prevalecendo o melhor interesse do incapaz e o estímulo para sua inclusão nas dinâmicas sociais, o sistema de proteção volta-se para a promoção, em condições de igualdade, do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais. Assim, na medida em que não são mais aceitas restrições em absoluto sem respaldo em uma avaliação da situação de fato do interditando, as normas passaram a adquirir novo sentido, exigindo um esforço contextualizador para sua aplicação, o que, por consequência, afastaria interpretações puras ou meramente gramaticais do texto da Lei sob risco de macular o objetivo para o qual se voltam os paradigmas do sistema.

Impende também lembrar que a curatela, assim como a tutela, tem fundamento similar na lógica do poder familiar de suprir a impossibilidade de um incapaz de exercer as suas potencialidades por si mesmo, uma vez que lhe falta capacidade de exercício. Nessas situações, Savigny (1867), ao olhar para o direito romano, argumenta que se fazia necessário um remédio artificial e positivo que gera duas implicações, quais sejam, a de suprir a incapacidade e a de posteriormente gerar obrigações entre o tutor/curador e a pessoa sob seus cuidados.

Diante dessas considerações, torna-se mais fácil levantar novas proposições que, embora não estejam abarcadas pela Lei, também nela não encontram objeção explícita. Por exemplo, seria possível cogitar hipótese em que se nomeie curador pela via testamentária, como permite o art. 1.729 do Código Civil para a tutela? Sendo isso possível, na hipótese do incapaz estar casado ou em união estável quando da morte do testador, deveria ser afastada a nomeação feita por testamento ao se constatar que o cônjuge é curador de direito com base no art. 1.775? Ou estaríamos diante de uma situação eventual de compartilhamento de curatela em que o juiz poderia, com respaldo no art. 1.775-A, permitir que tanto os curadores testamentários quanto os legítimos exercessem

o múnus em conjunto? Ainda, em sendo o cônjuge o curador de direito, também a Lei confere a ele o poder de, por testamento, nomear um curador que lhe suceda em caso de sua morte, considerando que tal disposição é benéfica aos interesses do curatelado? Poderia a curatela ser exercida por pessoa jurídica se mostrasse ser situação vantajosa?

Até que ponto se justificam interpretações restritivas de dispositivos e até que ponto tais interpretações acabam por se tornar óbices na realização do objetivo proposto pela sistemática?

O planejamento sucessório terá, portanto, finalidade de auxiliar a atividade judicial e permitir que pessoas mais intimamente ligadas ao incapaz possam manifestar suas decisões para o seu futuro, com a clara pretensão de proteger seus entes queridos de eventuais interesses escusos por parte de postulantes à posição de curador.

Rolf Madaleno (2018) afirma que no Brasil não há atualmente a possibilidade de haver nomeação de curador por testamento, ao contrário do que acontece no direito Argentino, sendo sempre a nomeação de curador feita pelo juiz. Ao tratar dessa possibilidade, estaríamos a falar em uma situação de possível *lege ferenda*, citando a herança romana que se manteve, por exemplo, no Código Civil argentino.

Entretanto, sabemos que o testamento permaneceu no Direito brasileiro, até os dias atuais, como instrumento pelo qual há grande respeito ao que se dispõe em seu conteúdo, sendo necessário buscar preservar o ato ao máximo no que for possível. A preservação da vontade do *de cuius* se evidencia até mesmo em interpretações *contra legem* de dispositivos como os arts. 1.973 e 1.974 em decisões judiciais, permitindo-se a manutenção do testamento sem dar-se o seu rompimento caso o testador tivesse versado somente sobre bens disponíveis (CAHALI; HIRONAKA, 2014).

Mesmo diante desse quadro, a comparação feita com a legislação argentina merece alguns esclarecimentos e cuidados. O Código Civil y Comercial de La Nación aceita a curatela testamentária apenas quando aquele que estará sujeito a ela for solteiro, viúvo ou divorciado e sem filhos capazes de exercer o múnus. Se houver cônjuge ou filhos capazes de desempenhar a função, serão eles chamados prioritariamente, afastando-se a nomeação feita por testamento.⁷ Outro caso que se encontra na legislação argentina e que particularmente se diferencia do nosso sistema é o reconhecimento pelo legislador de que a própria pessoa, enquanto no gozo de suas plenas faculdades mentais, poderia designar por diretiva antecipada quem deveria exercer sua curatela em caso de sobrevinda da incapacidade civil e correlata interdição (MADALENO, 2018). Essas situações parecem sugerir que o modelo argentino privilegia em maior grau a autonomia da vontade

⁷ Arts. 60 e 139 do Código Civil y Comercial de la Nación. Ley n. 26.994 de 2014. Disponível em: <https://www.siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/20/ley-269942014-codigo-civil-comercial-nacion>. Acesso em: 2 jun. 2021.

dos indivíduos, diminuindo a margem de discricionariedade atribuída ao juiz quando defrontado com a necessidade de atribuição do *múnus*.

É de se imaginar que, compreendendo serem os pais as pessoas mais aptas a indicar alguém que supra sua ausência em substituição ao poder familiar, o legislador tenha explicitado no parágrafo único do art. 1.729 do Código Civil que o tutor deverá ser nomeado por testamento ou outro documento autêntico. Isso se dá pelo fato de que há presunção de que os pais conhecem melhor, dentro de suas dinâmicas de relações mais próximas, pessoas nas quais confiariam o cuidado e proteção dos seus filhos. Com relevância paritária seria a questão da curatela. Isso porque a situação de deficiência muitas vezes não tem nenhuma perspectiva de melhora e vai exigir a dedicação do curador durante muito tempo, afigurando-se um *múnus* que pode se tornar de difícil execução.

Havendo a possibilidade de se fazer nomeação de curador por testamento, não seria absurdo cogitar que a escolha feita pelo genitor se mostre a que melhor atende as demandas no caso concreto e se adequa ao melhor interesse do incapaz. Embora na curatela efetivamente não se exija o afeto como se exige dos pais, o incapaz deve idealmente estar inserido em um contexto no qual receba atenção, cuidado e, quando ainda possível, seja estimulado em seu desenvolvimento psicossocial.

Há diversas situações possíveis em que nomear um curador, ou vários, por testamento pode ser uma forma de reforçar a proteção ao incapaz, devendo ser considerada no âmbito do planejamento sucessório. No caso concreto, o juiz estaria responsável por verificar se aquela nomeação é de fato possível e vantajosa, buscando respeitar ao máximo a vontade do *de cuius* manifesta em seu testamento. Assim, mesmo se considerarmos que hoje o ordenamento pátrio não reconheça efeitos vinculantes à disposição testamentária que disponha sobre esse assunto, poderia ela vir a se tornar elemento formador da convicção do juiz caso chegasse ao seu conhecimento.

4.1. O caso especial de curadoria do § 2º do art. 1.733

A relevância de análise desse caso específico da curadoria especial instituída por testamento está em corroborar, pela sua lógica aliada à importância das disposições de última vontade, com a possibilidade de nomear curadores especiais também para incapazes por qualquer outra razão que não a idade, uma vez constatada a referida incapacidade e sua extensão em um processo de interdição. Também parece se tornar evidente que o Código Civil admite a dinâmica de repartição de funções na medida em que permite atribuição de papel de administração patrimonial à figura do curador especial (art. 1.733, § 2º) paralelamente ao exercício do poder familiar ou à tutela. Para essa tese, corrobora também a admissão de “delegados” (art. 1.743), permitindo de forma expressa até mesmo que

estes delegados possam ser pessoa jurídica especializada em administração patrimonial quando os bens do tutelado exigirem mais conhecimentos técnicos ou forem complexos.

Ao replicar o art. 411 do Código Civil de 1916, dando ao testador a possibilidade de nomear um curador especial para os bens que deixou ao instituir menor como herdeiro ou legatário seu, o legislador revela que a sistemática do novo Código Civil também é, de algum modo, permissiva à coexistência entre uma figura voltada para a administração patrimonial (feita por um curador especial) e o exercício do poder familiar ou da tutela, reconhecendo a importância de garantir ao testador a faculdade de nomear pessoa de sua confiança para realizar a administração dos bens que deixou em benefício do herdeiro ou legatário menor incapaz.

Nesse caso, a curadoria, que não se confunde com a curatela, corresponde a uma atribuição instituída por meio de testamento, em que o testador nomeia pessoa⁸ para desempenhar a função de administrador, devendo utilizar os bens e rendas recebidos somente em proveito do herdeiro ou legatário beneficiado. Essa decisão de nomear um curador especial possui, entre as suas reconhecidas vantagens, a viabilidade de uma gestão eficiente e segura, feita por pessoas capacitadas para desempenhar funções específicas que exijam expertise. Também dá ao testador margem para escolher pessoas da sua confiança, as quais devem preferencialmente ter conhecimento da extensão do patrimônio que será gerido e tenham formação ou especialização para geri-lo.⁹

Essa modalidade de curadoria é desempenhada simultânea e paralelamente ao poder familiar ou à tutela, como se depreende da redação do parágrafo segundo do aludido art. 1.733. Permanecem sendo atribuições dos pais ou tutores deveres como dirigir a educação do menor, defendê-lo e prestar alimentos conforme as suas condições. Ficam restritas a eles exclusivamente as funções de administração patrimonial dos bens que foram deixados por testamento como herança ou legado, não atingindo, portanto, demais bens, se existirem.

Essa divisão sofisticada de funções e a harmonização dos deveres de cada componente do arranjo se torna possível porquanto o legislador tenha criado uma sistemática que envolve: I- a responsabilização por danos; II- a necessidade de prestação de contas; III- a possibilidade de fiscalização robusta e auxiliada;¹⁰ IV- a oportuna

⁸ Também poderia se supor um colegiado formado por duas ou mais pessoas que tomariam decisões de forma conjunta, para exercer a administração dos bens destinados ao menor.

⁹ O art. 1.743 também revela a preocupação do legislador com a existência de bens e interesses que exijam conhecimento técnico, forem complexos ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor. Nesses casos, permitiu que, mediante aprovação judicial, possa o tutor delegar parte das suas funções a pessoas físicas ou jurídicas que possam realizar a administração patrimonial no melhor interesses do tutelado. Esse artigo demonstra uma outra dinâmica de divisão de funções: as funções que cabem ao tutor e as que cabem ao “delegado” a quem foi incumbida parte do exercício da tutela por autorização judicial.

¹⁰ Ainda, como reforço para assegurar os interesses do menor, o juiz pode recorrer à nomeação de um protutor,

limitação dos poderes do curador, separando nitidamente quais são suas prerrogativas e restringindo (ou proibindo por completo) a ocorrência de situações que poderiam ensejar danos aos interesses do incapaz.

Conclusão

O Direito Romano, desde os seus primórdios, reconheceu o potencial da curatela como instrumento pacificador de relações sociais e familiares, assim como uma forma de garantir, em primeiro momento, a correta gestão do patrimônio do incapaz de modo a não prejudicar seus herdeiros ou mesmo seu próprio sustento. Posteriormente, a evolução em complexidade da sociedade romana trouxe a necessidade de transformação da noção meramente individual e familiar para o senso de comunidade, exigindo-se soluções mais flexíveis e que se afastassem do formalismo do Período Arcaico. Surge a noção de proteção ao incapaz para garantir a ordem social e penalizar atos praticados aproveitando-se da situação de incapacidade.

Além disso, a noção de que em determinados casos a divisão do *munus* se mostrava benéfica naturaliza a pluralidade de tutores e curadores, especialmente na época de Justiniano, chegando a ser considerada situação até mesmo preferível para evitar prejuízos aos incapazes. Outra evidência da naturalidade com que os romanos trataram a divisão de funções é o procedimento de adjunção, em que um auxiliar amparava as funções do tutor ou curador. Ambos os casos demonstram como o Direito Romano se debruçou sobre a questão de dinamização dos deveres dos curadores/membros da família, deixando importante substrato de considerações.

O Direito brasileiro atual, por seu turno, baseia-se fortemente em princípios atrelados à cidadania, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, sendo uma de suas grandes pretensões assegurar a proteção dos direitos fundamentais ao colocá-los no vértice do sistema jurídico. A busca passa a ser não apenas de igualdade formal ou uma dinamização essencialmente institucional, mas um compromisso pela igualdade material. O Código Civil de 2002 nasce imerso nessa lógica, e embora suas disposições sobre a curatela ainda sejam gramaticalmente similares ao código de 1916, possuem novo norte para aplicação de seus institutos seguindo a tendência de repersonalização do Direito de Família tendo o respeito à dignidade da pessoa humana como valor indissociável da ordem jurídica.

Dessa forma, com amparo do Poder Judiciário suprindo lacunas da Lei ou dando-lhe melhor interpretação de acordo com as exigências do caso concreto, bem como as modificações legislativas posteriores (com destaque para a edição da Lei n.

como é solução fornecida pelo art. 1.742, fortalecendo a atividade fiscalizadora.

13.146/2015) a proteção ao incapaz ganha novos contornos. A curatela já não serve mais a propósitos institucionais de manutenção da ordem ou de assegurar a proteção de interesses sucessórios, mas sim para proteger os interesses daquele que não pode por si realizar os atos da vida civil. Nesse contexto, abre-se espaço para que também o planejamento patrimonial e sucessório, pela autonomia de organização familiar, cumpra importante papel na construção de uma rede de proteção aos interesses do curatelado, de modo que o testador possa deixar estipulações que melhor organizem o exercício do *munus* depois de sua morte.

Atualmente, no entanto, se verifica um número ainda modesto de decisões garantindo não apenas o compartilhamento de curatela, mas também a divisão de funções entre os curadores devido à especialidade ou experiência de algum deles, por exemplo, em administração patrimonial, o que pode indicar que o âmbito de aplicação dessa solução possa ser restrito a casos muito particulares. Isso não prejudicaria o raciocínio desenvolvido, uma vez que a evolução das dinâmicas familiares e seus arranjos demandam, como foi constatado, que o Poder Judiciário encontre soluções que melhor atendam prioritariamente os interesses do incapaz, sem deixar de ponderar sobre a situação dos demais envolvidos no processo.

A divisão de funções, tanto pelo aspecto prático de gestão como pelo reforço do princípio de dignidade da pessoa humana, entra como ferramental importante ao lado de outras estruturas de proteção, tal como a tomada de decisão apoiada ou mesmo a curatela exercida por uma única pessoa com amparo de gestores especializados (a depender de fatores como grau de incapacidade, situação familiar ou situação patrimonial), podendo ser utilizada quando as circunstâncias do caso concreto se mostrarem favoráveis e sua aplicação se reverta em efetivo benefício daqueles que dependem do amparo e do exercício de cidadania de terceiros para que sejam plenamente protegidos e efetivados os seus direitos.

Lorena, 15 de junho de 2021.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BOSSERT, Gustavo Alberto; ZANNONI, Eduardo Antonio. *Manual de derecho de familia*. 6. edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção histórica do direito brasileiro. Direito Civil). v. 1.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1961. v. 1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6: direito de família.
- LECOMTE, André. *La pluralité des tuteurs en droit romain*. Paris: Recueil Sirey, 1928.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo Saraiva, 2012. v. 2: Direito de Família.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: direito de família.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the modern Roman law*. Translated from the German of Friedrich Carl von Savigny by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.