

APRESENTAÇÃO
Marcos Ehrhardt Jr.

**PARTE I
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL E SEUS IMPACTOS NO
DIREITO MATERIAL**

DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA
NO NOVO CPC
BECLAUTE OLIVEIRA SILVA

O IMPACTO DO NOVO CPC NO
DIREITO CONTRATUAL:
A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES E A APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
CARLOS NELSON KONDER

OS PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
**LUCIANA PEDROSSO XAVIER,
VIVIANE LEMES DA ROSA**

MEDIAÇÃO, AUTONOMIA E
AUDIÊNCIA INICIAL NAS AÇÕES
DE FAMÍLIA REGIDAS PELO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
FERNANDA TARTUCE

UM BREVE ENSAIO ACERCA DOS
DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS E
DO EQUÍVOCO QUE INFORMA
CIVIA DAS OPÇÕES DOGMÁTICAS
IDENTIFICADAS NA CODIFICAÇÃO
PROCESSUAL CIVIL TUPINIQUEM
RECÉM-APROVADA
MARCOS CATALAN

A COLAÇÃO NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015
**DANIEL BUCAR,
DANIELE TEIXEIRA**

A JUSTIÇA DESPORTIVA COMO
MARCO HISTÓRICO INAUGURAL
DO CRESCENTE FENÔMENO DE
EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO
**JOSÉ EDUARDO COELHO BRANCO,
JUNQUEIRA FERRAZ**

O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS
CONTRADITÓRIOS E QUESTÕES DE
DIREITO INTERTEMPORAL
ANTÔNIO DOS REIS JÚNIOR

**PARTE II
ESTATUTO DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS
NO DIREITO MATERIAL**

DESENVOLVENDO O CONTEÚDO
DA CAPACIDADE CIVIL A PARTIR
DO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA
**JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES,
ANA CAROLINA BROCHADO
TEIXEIRA**

A INCAPACIDADE DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU
INTELLECTUAL E O REGIME DAS
INVALIDADES: PRIMEIRAS REFLEXÕES
**HELOISA HELENA BARBOZA,
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA
JÚNIOR**

A TEORIA DAS INVALIDADES E
O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA – EPD
**CLAUDIA STEIN VIEIRA,
FERNANDO MOREIRA FREITAS DA
SILVA**

O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA E O REGIME DAS
INCAPACIDADES: BREVE ENSAIO
SOBRE ALGUMAS POSSIBILIDADES
ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

APONTAMENTOS SOBRE AS
PRINCIPAIS MUDANÇAS OPERADAS
PELO ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA (L. N. 13.146/2015) NO
REGIME DAS INCAPACIDADES
BRUNA LIMA DE MENDONÇA

INFLUXOS DE UMA PERSPECTIVA
FUNCIONAL SOBRE A INVALIDADE
DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PRATICADOS POR PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA INTELLECTUAL OU
PSÍQUICA
**RODRIGO DA GUA SILVA,
EDUARDO XUNES DE SOUZA**

A TUTELA PSÍQUICA DA PESSOA
IDOSA COM DEFICIÊNCIA: EM BUSCA
DE INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO
DE SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL
**DEBORAH PEREIRA PINTOS
DOS SANTOS,
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA
JÚNIOR**

OS REFLEXOS DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO
DIREITO DE FAMÍLIA
**FABÍOLA ALBUQUERQUE LOBO,
LUCIANA BRASILEIRO,
MARIA RITA DE HOLANDA
SILVA OLIVEIRA,
CAMILA BUARQUE CABRAL**

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL SOBRE A (H)I
PRESCRITIBILIDADE CONTRA
PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS
MENTAIS: APOIS O ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA
**JOSÉ BARROS CORREIA JÚNIOR,
PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE**

O ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA E A
HIPERVULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR: DIÁLOGOS DESAFIOS
**ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES
DE OLIVEIRA,
NICOLAS FASSBINDER**

PROJETO DE LEI DO SENADO
FEDERAL Nº 777/2015: A TÍTULA
O ESTATUTO DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA, O CÓDIGO CIVIL E O
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
FLAVIO TARTUCE



MARCOS EHRHARDT JR.

COORDENADOR

IMPACTOS DO NOVO CPC E DO EPD
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

MARCOS EHRHARDT JR.

DIREITO CIVIL

IMPACTOS DO NOVO CPC E DO EPD NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

HELOISA HELENA BARBOZA



Acesse nossa livreria virtual
www.editoraforum.com.br/loja



ISBN 978-450-0174-4



9 788545 001744

CÓDIGO: 10001040

MARCOS EHRHARDT JR.

Coordenador

Prefácio

Heloisa Helena Barboza

IMPACTOS DO
NOVO CPC E DO EPD
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Belo Horizonte

 **EDITORA
Fórum**

2016

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Costa e Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virginia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lucio Delfino
Clovis Bezerra	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Marcio Cammarosano
Dinora Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Otton de Pontes Saraiva Filho
Fabrizio Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

131 Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro /
Marcos Ehrhardt Jr. (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2016.
451 p.
ISBN: 978-85-450-0174-4

1. Direito Civil. 2. Direito Processual Civil. 3. Direito do
Consumidor. 4. Estatuto das Pessoas com Deficiência. 5. Código
de Processo Civil. I. Ehrhardt Jr., Marcos. II. Título.

CDD 347
CDU 347.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito
Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 451 p. ISBN 978-85-450-0174-4.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Heloisa Helena Barboza..... 13

APRESENTAÇÃO

Marcos Ehrhardt Jr..... 17

PARTE I

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO MATERIAL

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CPC

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA..... 21

1	Introdução.....	21
2	Notas sobre a diferença entre dívida e responsabilidade e o vínculo com a desconsideração da personalidade jurídica.....	22
3	Formulação do pedido desconsideração da personalidade jurídica no processo.....	23
3.1	Pedido de desconsideração na petição inicial.....	24
3.2	Incidente processual autônomo de desconsideração.....	25
4	Resposta na desconsideração da personalidade jurídica.....	26
5	Cargas de eficácia da decisão que desconsidera a personalidade jurídica.....	26
6	Consequências da desconsideração da personalidade jurídica.....	29
6.1	Responsabilização do patrimônio de terceiro.....	29
6.2	Desconsideração e a fraude à execução.....	30
7	Recurso.....	31
7.1	Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na primeira instância.....	32
7.2	Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na segunda instância.....	32
7.3	Recurso em decisão proferida em pedido de desconsideração veiculado na petição inicial.....	32
8	Cosa julgada e a decisão que desconsidera a personalidade jurídica.....	33

9	Conclusão.....	34
	Referências.....	34

**O IMPACTO DO NOVO CPC NO DIREITO CONTRATUAL:
A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

	CARLOS NELSON KONDER.....	37
1	Introdução.....	37
2	O novo CPC e a exigência de fundamentação das decisões.....	38
3	A contribuição da teoria da argumentação para a fundamentação das decisões.....	41
4	A peculiaridade dos princípios e sua importância no direito contratual contemporâneo.....	43
5	As decisões que aplicam o princípio da boa-fé como exemplos do desafio a ser enfrentado.....	47
6	Conclusão.....	51
	Referências.....	52

OS PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

	LUCIANA PEDROSO XAVIER, VIVIANE LEMES DA ROSA.....	55
1	Introdução.....	55
2	O patrimônio de afetação no Código de Processo Civil de 2015.....	57
2.1	A constituição de capital para garantia de prestação alimentícia decorrente de ato ilícito.....	58
2.2	A impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária.....	66
3	Considerações finais: críticas à regulamentação do patrimônio de afetação pelo Código de Processo Civil.....	72
	Referências.....	74

**MEDIAÇÃO, AUTONOMIA E AUDIÊNCIA INICIAL NAS
AÇÕES DE FAMÍLIA REGIDAS PELO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

	FERNANDA TARTUCE.....	77
1	Relevância do tema.....	77
2	Mediação, autonomia e voluntariedade.....	78
3	É tempo de acordar?.....	81
4	Mediação judicial: opções relevantes.....	84
5	Designação de sessão consensual inicial em demandas familiares regidas pelo novo CPC.....	88
	Referências.....	90

**UM BREVE ENSAIO ACERCA DOS DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS
E DO EQUIVOCO QUE INFORMA UMA DAS OPÇÕES
DOGMÁTICAS IDENTIFICADAS NA CODIFICAÇÃO
PROCESSUAL CIVIL TUPINIQUIM RECÉM-APROVADA**

	MARCOS CATALAN.....	93
1	Colunas e arietes: construção e desconstrução.....	93
2	Decodificando o mosaico formado da fusão de fragmentos jurídicos: Afrodite ou Hefesto?.....	99
	Referências.....	104

A COLAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

	DANIEL BUCAR, DANIELE TEIXEIRA.....	107
1	Introdução.....	107
2	A legitima.....	108
3	A colação e inovação do Código de Processo Civil de 2015.....	112
4	Conclusão.....	119

**A JUSTIÇA DESPORTIVA COMO MARCO HISTÓRICO
INAUGURAL DO CRESCENTE FENÔMENO DE
EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

	JOSÉ EDUARDO COELHO BRANCO JUNQUEIRA FERRAZ.....	121
1	Introdução.....	121
2	Da crescente tendência de extrajudicialização do direito civil.....	123
3	A justiça desportiva enquanto instrumento de resolução extrajudicial de conflitos de interesse.....	126
4	Conclusão.....	132
	Referências.....	133

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS
E QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL**

	ANTONIO DOS REIS JÚNIOR.....	135
1	Introdução: a revolução do modelo de proteção da pessoa com deficiência mental.....	135
2	A reavaliação do estado da pessoa com deficiência mental: além da capacidade civil.....	138
3	A pessoa com deficiência mental tem direito adquirido à incapacidade?.....	144
3.1	O princípio da não retroatividade da lei.....	146
3.2	A retroatividade da lei ao estado da pessoa.....	148
3.3	A retroatividade da lei às situações jurídicas existenciais.....	151

3.4	A irretroatividade e a retrospectividade da Lei nº 13.146/15 em face das situações jurídicas subjetivas patrimoniais.....	158
3.4.1	A proteção ao ato jurídico perfeito.....	158
3.4.2	A proteção ao direito adquirido.....	160
3.4.3	A proteção à coisa julgada.....	163
3.4.3.1	A decisão de interdição.....	164
3.4.3.2	As decisões, transitadas em julgado, sobre atos e negócios das pessoas com deficiência mental.....	168
4	Prospectiva em torno da invalidez dos atos e negócios firmados por pessoas com deficiência mental.....	170
	Referências.....	172

PARTE II

ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO MATERIAL

DESVENDANDO O CONTEÚDO DA CAPACIDADE CIVIL A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES,		
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA		177
1	Introdução.....	177
2	Revisitando conceitos clássicos: personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício.....	178
2.1	Incapacidade absoluta e incapacidade relativa até o advento do EPD.....	181
2.2	Função do regime das incapacidades.....	183
3	A ideia contemporânea de capacidade a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	188
4	Reflexões finais.....	200
	Referências.....	201

A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL E O REGIME DAS INVALIDADES: PRIMEIRAS REFLEXÕES

HELOISA HELENA BARBOZA,		
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR		205
1	Considerações iniciais.....	205
2	Diretrizes constitucionais.....	207
3	A capacidade civil das pessoas com deficiência mental e intelectual.....	211

4	O regime das invalidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência.....	220
5	Considerações finais.....	225
	Referências.....	226

A TEORIA DAS INVALIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – EPD

CLÁUDIA STEIN VIEIRA,		
FERNANDO MOREIRA FREITAS DA SILVA		229
1	As alterações na teoria das invalidades. A chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	229
2	Os atos/negócios jurídicos celebrados pela pessoa com deficiência mental/intelectual. A repercussão da incapacidade relativa.....	232
3	O casamento.....	235
4	A imperiosidade da manifestação de vontade livre para a celebração de atos/negócios jurídicos.....	235
5	Conclusão.....	236
	Referências.....	239

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O REGIME DAS INCAPACIDADES: BREVE ENSAIO SOBRE ALGUMAS POSSIBILIDADES

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA		241
1	Considerações iniciais.....	241
2	O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as discussões sobre a capacidade civil.....	244
3	Algumas propostas para reflexão sobre a capacidade da pessoa com deficiência: o necessário olhar sobre um novo sistema.....	245
4	Considerações finais.....	254
	Referências.....	255

APONTAMENTOS SOBRE AS PRINCIPAIS MUDANÇAS OPERADAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015) NO REGIME DAS INCAPACIDADES

BRUNA LIMA DE MENDONÇA		257
1	Introdução.....	257
2	Personalidade, capacidade de fato e capacidade de direito.....	258
3	As mudanças operadas na legislação brasileira pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).....	263
3.1	A revisão do regime das incapacidades.....	266

3.2	A nova curatela	269
3.3	A tomada de decisão apoiada	273
5	Conclusão	275
	Referências	276

INFLUXOS DE UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL SOBRE A (IN)VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL OU PSÍQUICA

RODRIGO DA GUIA SILVA, EDUARDO NUNES DE SOUZA		279
1	Da invalidade como instância de controle valorativo da eficácia negocial	279
2	A incapacidade do agente como simples ponto de partida no estudo da validade dos negócios jurídicos	288
3	Considerações em torno da efetiva proteção da pessoa com deficiência: entre autonomia, discernimento e vulnerabilidade	299
4	Síntese conclusiva	308

A TUTELA PSICOFÍSICA DA PESSOA IDOSA COM DEFICIÊNCIA: EM BUSCA DE INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DE SUA AUTONOMIA EXISTENCIAL

DEBORAH PEREIRA PINTOS DOS SANTOS, VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR		311
1	Notas introdutórias: o envelhecimento do corpo e a vulnerabilidade social. A tutela da pessoa idosa com deficiência	311
2	Personalidade, capacidade e liberdade: entre conceitos, sentidos e função	314
2.1	A capacidade de direito e de exercício. O regime das incapacidades: absoluta e relativa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade das pessoas com deficiência mental e intelectual	317
3	Capacidade e autonomia privada: liberdade e discernimento	322
4	A vulnerabilidade da pessoa idosa e seu melhor interesse	327
5	O direito à autodeterminação do idoso em situações existenciais	332
6	A tutela existencial da pessoa idosa com deficiência e os instrumentos de promoção de sua autonomia	339
7	Notas conclusivas: soberania da pessoa sobre o próprio corpo e o protagonismo sobre a trajetória da vida	345
	Referências	347

OS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

FABIOLA ALBUQUERQUE LOBO, LUCIANA BRASILEIRO, MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA, CAMILA BUARQUE CABRAL		351
1	A deficiência e sua nova concepção legal	351
2	O instituto da interdição diante do novo cenário da curatela e da tomada de decisão apoiada	353
3	Os impactos do Estatuto nos direitos existenciais: conjugalidade e parentalidade	359
3.1	A conjugalidade da pessoa com deficiência: casamento e união estável	360
3.2	Parentalidade: a adoção e o exercício do poder familiar	364
4	Conclusões	370
	Referências	371

A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL SOBRE A (IM)PRESCRITIBILIDADE CONTRA PORTADORES DE DEFICIÊNCIAS MENTAIS APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

JOSÉ BARROS CORREIA JUNIOR, PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE		373
1	Introdução	373
2	O Estado Democrático de Direito e a capacidade civil dos portadores de deficiência mental	376
3	O instituto prescrição para os portadores de deficiência mental no Código Civil	382
4	A Constituição como filtro axiológico e metodológico na aplicação da prescrição para os portadores de deficiência mental	387
5	Conclusão	393
	Referências	394

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: DIÁLOGOS E DESAFIOS

ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE OLIVEIRA, NICOLAS FASSBINDER		397
1	Introdução	397
2	A virada de Copérnico do direito no século XX: da codificação clássica à proteção dos vulneráveis	398
3	O Estatuto da Pessoa Com Deficiência e o novo Código de Processo Civil: ressignificações no direito privado brasileiro	401

4	A atuação jurisprudencial no reconhecimento da hipervulnerabilidade dos deficientes	409
5	Notas conclusivas	412
	Referências	413

PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 757/2015
ALTERA O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA,
O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FLÁVIO TARTUCE	415
1 A alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil. Retorno parcial à antiga teoria das incapacidades	416
2 Da modificação do art. 1.548 do Código Civil. Do casamento celebrado pelo incapaz	421
3 Das alterações dos arts. 1.767 e 1.777 do Código Civil	423
4 Propostas quanto à tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A do Código Civil)	424
5 Da repristinação dos arts. 1.768, 1.770, 1.771 e 1.773 do Código Civil de 2002	427
6 Análise pontual da proposta de alteração do art. 1.772 do Código Civil, conforme o projeto do relator	429
7 Da inclusão do art. 1.780-A no Código Civil. Da curatela do enfermo ou portador de deficiência física	432
8 Das alterações dos arts. 747, 748 e 755 do novo Código de Processo Civil	434
9 Da inclusão do art. 763-A no novo CPC. Aplicação residual das regras da curatela para a tomada de decisão apoiada e possibilidade de conversão em curatela	438
10 Da inclusão do art. 1.768-B no Código Civil	440
11 Da reabilitação do interditado. Proposta de art. 1.775-B do Código Civil. Sugestão de regra de direito intertemporal para as pessoas que se encontram interditas na entrada em vigor do EPD	441
12 Da alteração do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência	443

SOBRE OS AUTORES	447
------------------------	-----

PREFÁCIO

Em junho de 2016, realizou-se o **XIV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil**, que, pela denominação, parecia indicar mais uma atividade realizada para cumprir requisitos acadêmicos. Todos os que atenderam à convocação para “uma jornada de reflexões acadêmicas” constataram que ali se desenvolveu mais uma etapa de um projeto que, em seu início há mais de dez anos, foi provavelmente considerado por muitos ousado, se não utópico.

Professores e pós-graduandos da Universidade Federal do Paraná – UFPR e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ reuniram-se, em 2001, para “refletir sobre o estado da pesquisa jurídica no Brasil e sobre a renovação de categorias jurídicas ainda vinculadas a um modo de pensar que não mais se concilia com a ordem constitucional em vigor”. Houve continuidade dos encontros, e as propostas então formuladas se mantiveram e fortaleceram. O grupo inicial ganhou aliados de peso, como os pesquisadores, professores e alunos dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e, mais recentemente, Universidade de São Paulo – USP.

O brevíssimo recorte histórico serve apenas como pano de fundo para destaque de algumas “ousadias” iniciais. Em pleno momento em que se aguardava a vigência do Código Civil de 2002, formulou-se um “convite ao diálogo” sobre direito civil, “propositalmente” não considerado “novo”, na medida em que se entendeu nada haver efetivamente de “novo” em um Código que “não representa qualquer inflexão na marcha evolutiva de nosso direito civil, mas tão somente a consolidação de alguns avanços jurisprudenciais” e doutrinários.

(Re)Afirmou-se ali o talvez preterido “papel a ser desempenhado pela Universidade”, no atendimento de demandas sociais cada vez mais complexas, através da reconstrução da dogmática especialmente do direito privado. Buscava-se construir uma nova racionalidade para o direito civil à luz da axiologia constitucional. A descoberta de novos caminhos, contudo, não implicava o abandono de “técnicas de construção” do passado que se mostrassem apropriadas à construção de um novo direito que se iniciara. Como se observou, então, as pontes

A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA MENTAL
OU INTELECTUAL E O REGIME DAS
INVALIDADES: PRIMEIRAS REFLEXÕES

HELOISA HELENA BARBOZA
VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR

*É preciso se espantar, se indignar e se contagiar, só
assim é possível mudar a realidade.*
(Nise da Silveira)

1 Considerações iniciais

Não seria exagero considerar que a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência –, ao entrar em vigor em 03 de janeiro de 2016, surpreendeu boa parte da comunidade jurídica, que ainda não havia se detido sobre as profundas alterações por ela promovidas. Ao modificar o instituto da capacidade civil, de natureza basilar praticamente para todo o ordenamento jurídico, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD interferiu e abalou, de modo sensível e a um só tempo, diversos outros institutos do direito civil. Indispensável, por conseguinte, que sejam eles revisitados em seus contornos e efeitos,

principalmente no que concerne às pessoas com deficiência mental ou intelectual, até então integrantes do rol dos absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, a teor do art. 3º, II, do Código Civil, expressamente revogado pelo EPD.

A aplicação pura e simples da nova lei pode conduzir a perplexidades, tais como o surgimento de situações francamente desfavoráveis para aqueles que deveriam ser beneficiados pelo EPD. Não é razoável que, a título de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, com vista à sua inclusão social e cidadania, se acabe por diminuir ou mesmo retirar a proteção legal que até então era concedida a pessoas indiscutivelmente vulneradas. As garantias e os instrumentos fornecidos pelo EPD para que se ponha fim à sua discriminação e se efetive sua inclusão social não devem, de modo algum, implicar seu abandono em nome da “preservação” de sua autonomia ou do respeito à sua “plena” capacidade jurídica, legalmente reconhecida, mas em muitos casos de todo inexistente de fato.

Na linha dos institutos afetados pelo EPD, encontra-se o regime das invalidades do negócio jurídico, eis que, em nosso sistema, o plano da validade apresenta como um dos seus filtros a capacidade do agente, conforme prescreve o art. 104, inciso I, do Código Civil. Embora o art. 166, I, da Lei Civil afirme que é nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz, serão nulos apenas os negócios celebrados pelos menores de 16 (dezesseis) anos sem representação, únicas pessoas consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, de acordo com a redação dada pelo EPD ao art. 3º do Código Civil.

Indispensável, por conseguinte, que se busque a adequada interpretação do Código Civil em sua nova redação, sob pena de afronta à Constituição da República no que diz respeito à proteção da pessoa humana em sua dignidade, notadamente, quando se trata de pessoas vulneradas por deficiência intelectual ou mental, a quem a Lei Maior assegura proteção diferenciada para que seja efetiva.

A partir da premissa de que a interpretação deva ter por base fundamentos constitucionais na medida em que o EPD tem na Constituição sua origem e diretriz, em razão da força e hierarquia constitucionais da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CPDP) em nosso ordenamento, o presente trabalho procura contribuir com a atividade dos intérpretes para que o EPD possa ser aplicado sem perversão de sua finalidade.

2 Diretrizes constitucionais

O EPD instrumentaliza no plano infraconstitucional a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, também denominada Convenção de Nova York, seu protocolo facultativo, ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. A partir de então, suas disposições encontram-se formalmente incorporadas, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

Trata-se, portanto, de lei de estirpe constitucional, cuja interpretação há de ser feita em harmonia com as normas da Constituição da República, especialmente com os dispositivos da CDPD que deve servir-lhe de matriz. Na medida em que o texto do EPD em sua literalidade conduz a perplexidades como indicado, é na CDPD que deve ser buscada a solução delas, visto que ali se encontram os princípios específicos que regem as situações jurídicas que envolvem pessoas com deficiência.

A conjugação dos artigos 104, I,¹ e 166, I,² ambos do Código Civil, não alterados pelo EPD, conduz à enganosa conclusão de serem plenamente válidos os atos da vida civil realizados por pessoa com deficiência mental ou intelectual, que não apresente de fato minimamente condições para tanto. Efetivamente, a deficiência, em qualquer de suas manifestações, não afeta a plena capacidade civil (art. 6º do EPD), e a nova redação do art. 3º do Código Civil³ não mais inclui a enfermidade ou deficiência mental como causa de incapacidade absoluta. Além de enganosa, tal conclusão opera em prejuízo da pessoa com deficiência intelectual ou mental, especialmente nos casos mais graves e que exigem maior grau de proteção da pessoa com deficiência.

Indispensável, por conseguinte, que se analisem tais dispositivos à luz das diretrizes constitucionais, em particular as da CDPD, para que se apure a legitimidade dessa conclusão.

¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...]

² Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]

³ A revogada redação do art. 3º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

Conforme previsão expressa, o propósito da CDPD é *promover, proteger e assegurar* o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1). De plano, evidencia-se a necessidade de instrumentos específicos para efetivo atendimento dos referidos propósitos, nos casos de ausência das condições mínimas para realização de atos da vida civil em decorrência de deficiência mental ou intelectual.

Parece que essa foi uma das preocupações presentes na CDPD, conforme o disposto no art. 4, que trata das obrigações gerais, especificamente em seu item 4:

Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau. (Sem grifos no original)

Como já se afirmou, “nesse artigo sobre obrigações gerais estão concentradas as obrigações dos Estados Partes de respeitar, garantir e promover os direitos das pessoas com deficiência”.⁴ Esclarece o mesmo autor:

O item 4 incorpora à Convenção um importante princípio de interpretação das normas sobre direitos humanos: o princípio pro personae. A Convenção somente pode ser implementada no sentido de ampliar a proteção às pessoas com deficiência, jamais de modo a restringi-la. Isso significa que as normas internas e internacionais devem interagir. O que define qual norma deve ser aplicada, se a interna ou a internacional, não é uma hierarquia formal previamente estabelecida, mas sim a substância da norma, devendo prevalecer aquela que conferir a proteção mais ampla ao ser humano.

⁴ CALDAS, Roberto. Artigo 4: Obrigações gerais. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laissa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. p. 47. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

Desse modo, a Convenção estabelece padrões mínimos que os Estados estão obrigados a cumprir, mas não restringe padrões máximos, ficando aberta aos aportes plurais que os Estados têm a oferecer. (Sem grifos no original)⁵

No mesmo sentido, o art. 12, que trata do reconhecimento igual perante a lei, no item 4, estabelece que:

[...] os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. (Sem grifos no original)

Ao comentar o art. 12-4, Eugênia Augusta Gonzaga⁶ observa:

O item 4 é o que traz as principais inovações neste campo. Ele chama a interdição, conforme designado pela legislação brasileira, de salvaguardas apropriadas e efetivas. Tais salvaguardas não têm a finalidade de restringir direitos, mas sim de prevenir abusos, evitando que pessoas com limitações intelectuais, por exemplo, tenham seus bens mal administrados e seus direitos frustrados. Mas esse item trouxe um importante esclarecimento. Enquanto a interdição de pessoas com deficiência intelectual ou mental sempre foi feita no Brasil de maneira total, com a vontade do responsável ou curador substituindo totalmente a vontade do interditado, a Convenção determinou que “as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa”. Isto significa uma inversão da prática corrente. Agora, como regra, a interdição deve ser apenas

⁵ *Id. Ibid.*, p. 51.

⁶ GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laissa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. p. 47. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

parcial, e a interdição total, a exceção, reservada para casos em que, por exemplo, a pessoa está em vida vegetativa, sem condições de manifestar sua vontade por qualquer meio.

O art. 16, responsável pela prevenção contra a exploração, a violência e o abuso, confirma, no item I, a preocupação com a proteção das pessoas com deficiência, ao determinar que os Estados-Partes tomem todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados ao gênero.

Como observa Lauro Gomes Ribeiro, a CDPD deve ser interpretada numa concepção sistêmica, uma vez que seus dispositivos não podem ser entendidos de modo a ferir ou contrapor-se aos demais, integrando este “demais” os dispositivos correlatos constantes da Constituição de 1988 para formar um todo harmônico. Para o autor, “esta exigência de harmonização também é uma decorrência das características básicas dos direitos humanos em geral: universalidade, indivisibilidade, interdependência e a inter-relação entre eles”.⁷

Cabe destacar que as salvaguardas constantes da CDPD autorizam o entendimento no sentido de que a interpretação que implique prejuízo para a pessoa com deficiência não encontra amparo na CDPD. A salvaguarda, de acordo com Celso Lafer, num sentido mais geral, em direito internacional público, é termo que designa proteção contra um perigo. Daí a existência de dois tipos de salvaguarda: (a) salvaguardas que planejam o risco; e (b) salvaguardas que planejam o desempenho. As salvaguardas que planejam o risco são as que qualificam o compromisso e o empenho dos Estados. Constituem “mecanismos que diminuem os perigos de aplicação de normas, na hipótese de ocorrer, em função do aleatório e da conjuntura, uma mudança que afete a reciprocidade que motivou e promoveu a criação da norma”. Segundo o autor, “as salvaguardas de risco possibilitam a suspensão da aplicação das normas desde que ocorram, comprovadamente, determinadas

⁷ RIBEIRO, Lauro Gomes. Artigo 16: prevenção contra a exploração, a violência e o abuso. In: GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laissa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014, p. 47. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

situações previstas no instrumento que as criou”. As salvaguardas que planejam o desempenho são aqueles mecanismos que permitem ajustar a norma à evolução da conjuntura.⁸

Parecem presentes nos dispositivos acima transcritos “salvaguardas de risco” contra aplicação da norma da qual resultam prejuízos para as pessoas com deficiência. Desse modo, no que tange ao regime das invalidades em função da incapacidade do agente na celebração dos negócios jurídicos, há de se interpretar o Código Civil de acordo com o princípio *pro personae* e as salvaguardas de risco, ambos com envergadura constitucional, a fim de evitar interpretações que desvirtuem o objetivo precípuo do CDPD e EPD: *promover, proteger e assegurar* o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente visando à sua inclusão social e cidadania.

Cabe, nessa linha, antes de analisar os impactos do EPD sobre a invalidade dos negócios jurídicos entabulados por agentes anteriormente considerados incapazes, examinar as profundas inovações provocadas no instituto da capacidade civil.

3 A capacidade civil das pessoas com deficiência mental e intelectual

Como salientado, a reforma promovida no conceito de capacidade acaba não só por afetar de modo direto praticamente todas as partes do Direito Civil como também por se propagar por outros campos jurídicos, dada à natureza fundamental de tal conceito. Diversas indagações se superpõem e tem angustiado a doutrina, que tardiamente se atentou para os impactos do EPD em nosso sistema normativo; no entanto, um questionamento tem se tornado central: não há mais pessoas com deficiência mental ou intelectual incapazes?

Insta consignar, *a priori*, que o Estatuto utiliza as expressões “capacidade civil” (art. 6º) e “capacidade legal” (art. 84) e não modificou a designação “capacidade” existente no Código Civil.⁹ Parece

⁸ LAFER, Celso. Salvaguardas: O Direito Internacional e a Reforma Política. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 73, 1978, p. 321-323. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66861/69471>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁹ Expressão utilizada pela Convenção, art. 12, I a 4.

¹⁰ Lei nº 10.406/2002, Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo I.

razoável, portanto, entender como sinônimas as citadas expressões correspondentes à “capacidade” de larga utilização pela doutrina brasileira.¹¹

O art. 6º do EPD tem sido considerado uma das grandes, senão a maior, inovação promovida pelo Estatuto, tendo em vista ter afirmado com clareza que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para”:

I – casar-se e constituir união estável;

II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Para ratificar o reconhecimento da plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, espancando dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º do Código Civil para declarar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, visto derrogar os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*.¹²

Do mesmo modo, os incisos II e III do art. 4º do Código Civil receberam nova redação,¹³ tendo sido suprimida a referência aos relativamente incapazes que, por *deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido* do inciso II e substituída a discriminatória expressão *excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, por “aqueles que, por causa

¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 165; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 221; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 271.

¹² Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

¹³ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Com isso, o EPD tem provocado intenso debate acerca da possibilidade de se reconhecer plena capacidade a pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Indiscutivelmente, desde a codificação de 1916 o direito brasileiro reconhece a todas as pessoas personalidade e capacidade. Conforme Silvino Rodrigues, “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei entende indispensável para a que ela exerça os seus direitos”.¹⁴ A declaração da incapacidade tem por fim a proteção da pessoa que não apresenta condições de dirigir sua própria vida e administrar seus bens. Este é o caso de crianças e adolescentes (anteriormente chamados genericamente de menores), considerados pessoas em desenvolvimento, e dos maiores que não possam exprimir sua vontade, dentre os quais a lei sempre destacou as pessoas com deficiência, especialmente mental e intelectual.¹⁵

Em função da gravidade e da extensão da deficiência de cada indivíduo e sua consequente impossibilidade de exercício dos seus direitos, o Código Civil os considerava inaptos totalmente para a vida civil ou aptos para exercer apenas alguns direitos. Desse modo, no primeiro caso se encontravam os absolutamente incapazes indicados no art. 3º do vigente Código Civil, que têm direitos, mas não são habilitados a exercê-los, isto é, “são apartados das atividades civis”, não participando “direta ou indiretamente de qualquer negócio jurídico”, sendo sempre representados na forma da lei. No segundo caso, não há privação total da capacidade de fato, e os relativamente incapazes, nomeados no art. 4º do Código Civil, “não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica”, dela participando pessoalmente, mas sem autonomia plena, uma vez que devem ser sempre assistidos por outra pessoa nos termos da lei.¹⁶ Têm, por conseguinte, capacidade de direito, mas sofrem restrição da capacidade de fato, de modo total ou parcial.

De acordo com Orlando Gomes, a “personalidade é um atributo jurídico”, é a “aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico”; “a personalidade tem sua medida na *capacidade*”, que se distingue em capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito

¹⁴ RODRIGUES, Silvino. *Direito Civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

¹⁵ Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), que se referia nos arts. 5º e 446, I, aos “loucos de todo gênero”, e o vigente (Lei nº 10.406/2002), que refere aos portadores de doenças mentais nos arts. 3º, II, e 1.767, I e III.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 229, 235-237.

"tem a mesma significação de personalidade"; a capacidade de fato ou de exercício "é a aptidão para exercer direitos".¹⁷ Aliada à personalidade, é reconhecida ao indivíduo a capacidade para adquirir direitos e exercê-los por si mesmo, diretamente ou por intermédio de outrem, que o representem ou assistam. Personalidade e capacidade complementam-se, e "a privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade". Desse modo, "como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos". Por isso, a "capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade": "a regra é a capacidade e a incapacidade é exceção".¹⁸ Segundo Francisco Amaral, a personalidade é um valor, e a capacidade, sua projeção, "que se traduz num *quantum*", ligando-se à ideia de quantidade; portanto, à possibilidade de medida e graduação: "Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa".¹⁹

Nos termos do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, e toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil,²⁰ ou seja, de ser sujeito de direitos e obrigações, de reger sua pessoa e bens. Contudo, a capacidade pode sofrer restrições quanto ao seu exercício nas situações que a lei indica. Como destaca Caio Mario da Silva Pereira, somente por exceção expressamente prevista em lei é possível se suprimir a capacidade de fato de uma pessoa.²¹ Segundo o autor, "toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota".²² Efetivamente a incapacidade não se presume, é o legislador que cria as exceções, mesmo quando não há deficiência, como bem comprova a incapacidade relativa da mulher casada,²³ que perdurou até 1962, ou a deficiência existente não compromete a aptidão mental ou intelectual, caso dos surdos, incluídos no rol dos absolutamente incapazes até 2002.

A incapacidade afeta, como visto, a capacidade de exercício, mas seus efeitos são bastante amplos no caso de incapacidade absoluta, especialmente no que diz respeito às relações existenciais, que foram

¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizador Humberto Theodoro Junior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 141-142, 165-166.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 179, 221-229.

¹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 269-272.

²⁰ Código Civil, arts. 1º e 2º.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 222.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 227.

²³ Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916 (Código Civil), art. 6º, II.

contempladas timidamente pela vigente Lei Civil,²⁴ na qual prevalece, ainda, forte orientação patrimonialista. Declarada a incapacidade, nos termos do art. 3º do Código Civil, há interdição de se exercer pessoalmente os atos da vida civil. Por força dessa "cláusula geral", a pessoa considerada absolutamente incapaz ficará impedida de realizar validamente qualquer ato da vida civil – patrimonial ou existencial. O curador nomeado poderá representá-la nas situações patrimoniais, mas não nas existenciais de natureza personalíssima, o que acaba por significar uma verdadeira supressão de direitos.

É certo que o Código Civil, no art. 1.772, permite ao juiz estabelecer os limites da curatela, que podem se restringir à proibição da prática de atos de natureza patrimonial que não sejam de mera administração. Mas, pela letra da lei, esta possibilidade só seria aplicável especificamente no caso de interdição de deficientes mentais, ébrios habituais e viciados em tóxicos, bem como dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental.²⁵ Excluídos dessa possibilidade estariam, portanto, os curatelados em razão de enfermidade ou deficiência mental que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. A referência feita na lei à "deficiência mental" e a "discernimento" sempre foi de tormentosa interpretação e aplicação. Contudo, sensíveis a essa dificuldade e à distinção não justificada, doutrina e jurisprudência, em boa hora, já ampliaram a aplicação do referido art. 1.772 a casos ali não expressamente previstos.²⁶

De qualquer modo, na incapacidade absoluta residia uma forma de discriminação que finda com o Estatuto, cujo teor pedagógico deve ser reverenciado por afirmar o que sempre foi regra – a capacidade e a curatela parcial –, mas a aplicação em nossos tribunais parecia dizer o contrário. A referência expressa no art. 3º do Código Civil à enfermidade ou deficiência mental induzia a presunção que, em tais casos, não há "normalmente" discernimento, situação que de fato nem sempre ocorre e que gera infundáveis discussões periciais, sempre em prejuízo daquele que tem suas "faculdades mentais" questionadas. Para este, ainda que venha a ser considerado "apto" para a prática de atos da vida civil, restará sempre o estigma da "anormalidade". Servem de

²⁴ Código Civil, arts. 11 a 21.

²⁵ Código Civil, art. 1.772 c/c art. 1.782.

²⁶ Sobre o assunto, ver ABREU, Celia Barbosa. *Curatela & Interdição Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, *passim*.

bom exemplo dessas situações as enfermidades que se apresentam no processo de envelhecimento, que nem sempre suprimem o discernimento. Contudo, para o senso comum, pessoas acima de 75 ou 80 anos não podem praticar atos jurídicos, como fazer ou alterar testamento, outorgar mandato e dispor de seus bens. Na verdade, assim também entende o legislador ao impor o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos.²⁷

Embora a preocupação do legislador tenha sido prioritariamente com as relações patrimoniais, como evidenciam as disposições do Código Civil sobre incapacidade e curatela, foram igualmente atingidas as relações existenciais das pessoas consideradas absolutamente incapazes. Em todos os casos, a incapacidade absoluta afeta o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. A decisão de questões relativas a esses direitos, quando possível, fica exclusivamente a cargo do curador, que presumidamente sabe o que é melhor para o curatelado, sendo inválidos os atos dessa natureza praticados pelo absolutamente incapaz.

O Estatuto extingue esses efeitos “genéricos”, especialmente os que concernem às relações existenciais, ao limitar os efeitos da curatela, medida admitida em caráter excepcional, aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Nesse sentido, são bastante expressivas a derrogação do inciso I do art. 1.548 e a inclusão do §2º no art. 1.550, ambos do Código Civil, a partir das quais é válido o casamento contraído por pessoas com deficiência mental ou intelectual, na forma da lei.

A presunção geral é de capacidade, só se admitindo a declaração de incapacidade por sentença, uma vez realizado o contraditório e produzida prova de que a pessoa não se encontra em condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, seja ou não deficiente. Contudo, como observado acima, a declaração de incapacidade absoluta, conforme admitida, mas erigida sobre fundamentos e moldes exclusivamente patrimoniais, acabava por negar ao incapaz direitos de natureza existencial ineludíveis, de que é exemplo cabal o direito sobre o próprio corpo. Exatamente por força desse efeito “legal” e de autorizações judiciais normalmente concedidas, são realizadas experimentações, esterilizações e tratamentos compulsórios de toda natureza em pessoas absolutamente incapazes, que muitas vezes sequer são informadas a respeito das intervenções em seu corpo.

²⁷ Código Civil, art. 1.641, II.

Um ordenamento jurídico que tem como princípio fundante a dignidade humana não pode admitir tais situações de constrangimento, salvo em casos excepcioníssimos e sempre e exclusivamente quando for o único procedimento capaz de melhorar efetivamente as condições de vida ou de saúde da pessoa com deficiência ou não, ou ao menos evitar ou diminuir seu sofrimento. Ao alterar o art. 3º do Código Civil e reconhecer a plena capacidade das pessoas com deficiência, nos termos do arts. 6º e 85, o Estatuto excluiu do alcance da curatela o direito ao próprio corpo, pondo fim a tais situações que pertencerão a um passado sombrio.

Nesse sentido, extremamente salutar a expressa referência no art. 6º do EPD à plena capacidade das pessoas com deficiência, assegurando, inclusive, vários atos de natureza existencial em seus incisos. Apesar de desnecessário, repisa-se o caráter pedagógico da norma exatamente para evitar que as práticas silenciosas do passado voltem a acontecer.

Embora o art. 6º afirme a plena capacidade da pessoa com deficiência, há de se ressaltar que o art. 84, §1º, ambos do EPD, permite como medida excepcional a curatela, que se torna extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção, devendo ser deferida de modo “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” e “no menor tempo possível” (art. 84, §3º). A harmonização dos dispositivos mencionados não tem sido uma tarefa fácil. Para alguns, o EPD, ao permitir que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, manteve sua capacidade, enquanto, para outros, configuraria hipótese de declaração da incapacidade, ao menos relativa aos curatelados.

A possibilidade de curatela sem interdição é conhecida, pelo menos, desde o Código Civil de 2002, que, a teor do art. 1.780, permitia que, “a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”. A chamada curatela do enfermo, atualmente revogada pelo CPC, era um interessante instrumento destinado a pessoas capazes, em situação de enfermidade ou deficiência física, para fortalecer a autonomia e a capacidade delas, que poderiam escolher uma pessoa para a administração total ou parcial de seus bens, o que se diferenciava do perfil da curatela tradicional então prevista nos arts. 1.767 e seguintes. Com a expressa revogação do art. 1.780 do CC, a doutrina empreende esforços para averiguar se a curatela do enfermo ainda possui alguma utilidade ou se, nestes casos, a tomada

de decisão apoiada²⁸ seria um instrumento suficiente.²⁹ Entretanto, não parece ter sido a opção do legislador criar uma hipótese de curatela de pessoa capaz, mesmo porque revogou expressamente a já existente.

Com efeito, as inovações pontuais do EPD têm suscitado tormentosa tarefa de harmonização, eis que as mudanças instauradas com o novo regime de capacidade civil das pessoas com deficiência não foram acompanhadas por mudanças nos institutos em que a capacidade se apresenta como requisito de validade ou causa impeditiva, como, por exemplo, no regime das invalidades e na prescrição e decadência.

De fato, conforme observa Anderson Schreiber, “o Estatuto representa uma corajosa intervenção legislativa, que tem a genuína virtude de revisitar de modo criativo um setor tradicionalmente intocável: o regime da incapacidade civil”. No entanto, ressalta o mesmo autor que a “maior deficiência foi ceder ao peso excessivo da concretização, a ponto de operar uma reforma limitada à situação do deficiente, que acabou por ser introduzida sem uma preocupação sistemática e abrangente”, tendo por efeito “reforma tão restrita no regime de incapacidades que gera um resultado fraturado”.³⁰ Nessa linha, advoga o civilista:

Com isso, em vez de valorizar o dado concreto da realidade, o Estatuto acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é sempre capaz, ingressando-se, mais uma vez,

²⁸ Sobre o instituto da tomada de decisão apoiada, que inclui o art. 1.783-A e seus onze parágrafos no vigente Código Civil, por força do art. 116 do Estatuto, seja consentido remeter à BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. No prelo; Cf., ainda, SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

²⁹ Seja consentido remeter à BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 433-451. “A derrogação expressa do art. 1.768 pelo Código de Processo Civil a entrar em vigor em março de 2016 não deve significar a extinção da possibilidade de requerimento da curatela pelo interessado. Considerados os princípios da Convenção, que tem natureza de norma constitucional, e o que mais consta do Estatuto da Pessoa com Deficiência, subtrair da pessoa com deficiência a legitimidade para requerer sua própria curatela seria negar sua própria capacidade, ignorar sua autonomia, vale dizer em última análise, violar o principal objetivo da Convenção, que tem força de norma constitucional, e da Lei. O caso da curatela do enfermo não constitui assim seu desaparecimento, pois a ideia que a gerou e a fez nascer de modo acanhado renasce com o Estatuto da Pessoa com Deficiência de modo renovado e vigoroso” (p. 451).

³⁰ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

no velho e revelado modelo do “tudo-ou-nada” em relação à capacidade, agora com sinais trocados, mas ainda preso à lógica abstrata e geral que governava a disciplina das incapacidades na codificação de 1916 e que nosso Código Civil de 2002 reproduziu, com impressionante dose de desatualidade. Uma efetiva personalização do regime de incapacidades, que permita a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude, continua a ser aguardada para completar a travessia do sujeito à pessoa – para usar a expressão de Stefano Rodotà –, e não poderá ser alcançada com a criação de setorizações desnecessárias que, ainda quando compreensíveis à luz das oportunidades legislativas ditadas por uma agenda política, acabam por recortar o sistema quando deveriam reformá-lo.

Em que pesem as questões pontuais do EPD, não se podem olvidar os significativos avanços alcançados, sendo o principal deles a movimentação da doutrina pátria que se encontrava adormecida para a situação de exclusão e discriminação em relação às pessoas com deficiência. O intuito do Estatuto foi nitidamente de atribuir autonomia a um grupo historicamente vulnerável e marginalizado, que, não raras vezes, eram tolhidos de livre exercício de suas escolhas, em perceptível movimento personalista. Nessa toada, cabe ao intérprete, de forma diligente e de acordo com os preceitos contidos na CPDP, sistematizar o regime das (in)capacidades com o esgarçado tecido normativo atualmente em vigor, tendo como norte o atendimento ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Por isso, a incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, eis que limitada aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85), não atingindo, em regra, os atos existenciais. Ainda assim, há de se registrar que caberá ao magistrado, inclusive, modular os efeitos dos atos patrimoniais praticados pela pessoa com deficiência, eis que poderá ser capaz para a prática de determinados negócios jurídicos, visto ter discernimento para tanto, bem como restringir determinados atos existenciais para a proteção dela. Não se cogita, no entanto, da incapacidade absoluta, eis que incompatível com a promoção da autonomia da pessoa com deficiência. É de se ressaltar ainda que, nos termos do art. 4º, III, do Código Civil, é considerada relativamente incapaz a pessoa que não possa exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente, de forma consciente e autônoma, relativa a determinados atos patrimoniais/negociais, mas que, eventualmente, podem atingir os existenciais, desde que como salvaguarda para prevenir abusos e

impedir que direitos sejam frustrados. Assim, tal dispositivo deve ser lido conforme a CPDP, incluindo as pessoas com deficiência, que, embora possam exprimir a vontade, esta objetivamente não venha a ser considerada válida e autônoma em razão do severo comprometimento das faculdades mentais. Entende-se, dessa forma, que o inciso III do art. 4º do CC é compatível com a proteção destinada à inclusão dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, pois cria regra genérica que se aplica a qualquer pessoa, independentemente da deficiência, que não puder por motivos físicos (estado comatoso, por exemplo) ou em razão de severa deficiência mental ou intelectual, evitando a discriminação e oportunizando o tratamento em igualdade de condições.

4 O regime das invalidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção das Pessoas com Deficiência

Com a promulgação do EPD, conforme já visto, um novo modelo do regime das incapacidades foi erigido no direito brasileiro, eis que expressamente revogados os incisos dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que mencionavam como critério legal de incapacidade civil a deficiência mental e/ou intelectual. De maneira bastante clara, a plena capacidade civil das pessoas com deficiência foi assegurada no art. 6º do Estatuto, inclusive para os atos de autonomia existencial, consoante afirmado nos incisos do mencionado dispositivo. No entanto, permitiu o legislador que, em situações extraordinárias, a pessoa com deficiência fosse submetida à curatela, “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e no menor tempo possível” (art. 84, §3º), afetando tão somente os seus atos de natureza patrimonial e negocial (art. 84).

Por conseguinte, repisa-se que, apesar da cristalina afirmação no art. 6º do Estatuto da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, excepcionou o legislador tal regra ao permitir que, “quando necessário” e “nos termos da lei”, a pessoa com deficiência que não possa exprimir sua vontade, temporária ou permanentemente (art. 4º, III), de forma consciente e autônoma relativa a determinados atos patrimoniais/negociais e, eventualmente, existenciais possa ser considerada relativamente incapaz, cuja gradação deve ser avaliada no curso da ação de nomeação de curador, de maneira a definir em sentença a modulação dos efeitos que podem ser praticados pela pessoa com deficiência submetida à curatela.

Nesses casos, caberá ao curador nomeado a representação da pessoa com deficiência na gestão do seu patrimônio sempre voltada ao melhor interesse do curatelado, bem como nos estreitos limites definidos em sentença, de maneira a preservar tanto quanto possível as vontades e as preferências da pessoa com deficiência submetida à curatela. A curatela, em seu novo perfil, assume um viés de cuidado e acompanhamento dos interesses da pessoa com deficiência, superando a anterior substituição de vontades, que aliviava completamente a autonomia das pessoas então consideradas incapazes. Atualmente, cabe ao curador, na medida da gradação do discernimento da pessoa temporariamente tida por relativamente incapaz, observar, sempre que possível, a vontade da pessoa com deficiência, promovendo seus desejos e preferências, desde que não sejam prejudiciais à sua pessoa e patrimônio.

Há que se destacar que a pessoa com deficiência em alguns casos poderá praticar determinados atos patrimoniais e negociais sem a interferência direta do curador, eis que a sentença pode mencionar certos negócios jurídicos cuja prática seja possível diretamente pela pessoa sob curatela nos casos em que o ato praticado – ainda que definido em decisão judicial como fora da esfera de atuação da pessoa com deficiência – não lhe cause prejuízos patrimoniais e estejam em desacordo com seus interesses. Em outros termos, a pessoa com deficiência submetida à curatela, por encontrar-se relativamente incapaz para determinados atos e negócios de natureza patrimonial e ter parcela de sua autonomia preservada, devendo: i) os atos praticados, ainda que desacompanhados, primeiro, passar pelo crivo do curador, que deverá sempre se guiar pelo melhor interesse do curatelado, e não pelas suas próprias preferências e desejos pessoais; e, ii) segundo, na esfera judicial, a anulação do negócio ajustado observar o real e efetivo prejuízo da pessoa com deficiência em afronta à sua autonomia.

Explica-se. A teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos é de conhecido rigor técnico e refinamento teórico, o que forçou abalizada doutrina a visualizar o seu ocaso,³¹ e sua manutenção significaria a “consagração de um retrocesso”.³² Não é por menos que já se observou em sede doutrinária que “o desenvolvimento jurídico das chamadas relações de fato [...] constituiu-se em válvula de escape para o rigor da

³¹ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 88.

³² *Id. Ibid.*, p. 89.

teoria do negócio jurídico”,³³ eis que determinados comportamentos sociais típicos do tráfico jurídico-negocial extrapolam a rigidez com a qual foi formulada a teoria dos negócios jurídicos, a exemplo da corriqueira cena de compra de guloseimas por crianças ou que utilizam transporte coletivo desacompanhado de seus pais. A excessiva rigidez dessa categoria só demonstra o apego ao aspecto estrutural dessa formulação, em detrimento de uma análise funcional e dinâmica.³⁴

Igualmente importante para a sedimentação da ótica estruturalista da teoria geral dos negócios jurídicos tem sido a difusão, amplamente acolhida nas últimas décadas na doutrina nacional, dos chamados planos do negócio jurídico,³⁵ que, na experiência brasileira, foi popularizada por Pontes de Miranda. De acordo com Eduardo Nunes de Souza, segundo essa teoria

[...] de raízes romanas, mas efetivamente forjada no século XIX (quando Zachariae lhe acrescentou a noção de atos inexistentes), os negócios devem ter averiguada sua existência (vale dizer, ostentar seus elementos constitutivos essenciais), para que, em seguida, seja possível analisar sua validade (capacidade para a produção de efeitos), e, posteriormente, sua eficácia (efetiva produção de efeitos).

Assim, a sistemática tripartite da análise do negócio jurídico comodamente se consolidou em boa parte da produção jurídica nacional. Apesar disso, encontra-se acesa controvérsia sobre o plano da existência do negócio,³⁶ que escapa dos limites estreitos deste trabalho. O Código Civil de 2002, na linha do anterior, disciplinou somente os planos da validade ao estampar os requisitos do negócio jurídico no art. 104 e da eficácia entre os arts. 121 e 137. Arelada ao perfil estrutural de teoria geral dos negócios jurídicos encontra-se a chamada teoria das invalidades, que “foram previstas, originalmente, sob o princípio

da legalidade estrita, taxativamente listadas por lei conforme faltassem certos requisitos à vontade, ao objeto ou à forma”.³⁷ Dai o raciocínio binário e simples que resultava da aplicação dessa teoria: “Ou bem o negócio preenchia todos os requisitos e estava apto a produzir efeitos, ou lhe faltava algum requisito e se lhe negava eficácia”.³⁸

A mudança de perspectiva na análise do negócio jurídico parece fundamental para dar um encaminhamento à harmonização do regime das invalidades com o atual estágio de proteção dispensado às pessoas com deficiência à luz do EPD. Nesse sentido, propõe Eduardo Nunes de Souza uma nova sistemática consistente no “estabelecimento de critérios para a investigação do merecimento de tutela do negócio jurídico, fundado não em eventuais vícios estruturais que os iniquem desde o momento de sua formação, mas, sim, em seus efeitos concretos, valorados (positiva ou negativamente) a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento”.³⁹ Sob esse novo prisma metodológico, calcado no perfil funcional e dinâmico, permite-se a valoração dos negócios jurídicos a partir de seus efeitos com base na identificação dos interesses e valores envolvidos no negócio concretamente entabulado entre as partes, desvinculando-se, ao menos, aprioristicamente, das “imperfeições estruturais do ato (embora estas se mostrem também relevantes para a identificação da eficácia negocial)”.⁴⁰ Tal desafiadora atividade interpretativa confere unidade teórico-dogmática do regime das invalidades e segurança jurídica aos envolvidos.⁴¹

Sob essa perspectiva, há de se averiguar a concreta situação da pessoa com deficiência no momento de formação do negócio, mas também os efeitos produzidos, de modo a examinar se, numa difícil ponderação de valores constitucionais, o ajuste deva ser invalidado em razão da intensa vulnerabilidade apresentada pela pessoa com deficiência em razão de severo comprometimento de seu discernimento, salvaguardando-o nos termos da Convenção, ou se outros interesses (como, por exemplo, a existência de terceiro de boa-fé ou o abuso no exercício de certa posição jurídica) merecem ser valorados para fins de definição da validade e eficácia negociais.

³³ TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 11, v. 44, Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2010, p. 19.

³⁴ Cf. por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 353-384.

³⁵ V., por todos, AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁶ Sobre o tema, permita-se, em perspectiva funcional, remeter à SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional, cit., p. 357-363. V., ainda, PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 542.

³⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*, cit., p. 356.

³⁸ *Id. Ibid.*, p. 357.

³⁹ *Id. Ibid.*, p. 372.

⁴⁰ *Id. Ibid.*, p. 379.

⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 381-382.

Afasta-se, desse modo, o superficial raciocínio binário e abstrato que levava à subsunção de que negócios jurídicos celebrados por pessoas incapazes o inquinavam a ponto de torná-los nulo ou anulável, a depender do grau de incapacidade, se absoluta ou relativa. O exame concreto do negócio ajustado permitirá entrever diante das circunstâncias e peculiaridades o comprometimento do discernimento da pessoa com deficiência mental ou intelectual hábil a tornar nulo ou anulável, independentemente de ter sido submetido à curatela. O que está em jogo na valoração realizada é a pessoa concretamente considerada, e não mais o *incapaz abstrato*, desprovido de direitos fundamentais. Entre autonomia, vulnerabilidade e discernimento, encontram-se a chave interpretativa para o correto diálogo entre o atual sistema de incapacidade erigido com o EPD e o regime das invalidades mantido no Código Civil.

Assim, os negócios jurídicos entabulados por pessoas com deficiência submetidas à curatela podem ser anulados, com base no art. 171, I, do Código Civil, atentando-se para uma leitura funcional do aludido dispositivo, eis que, à luz da sistemática de promoção da autonomia enaltecida pelo Estatuto ora em vigor, não se pode mais permitir a anulação do negócio exclusivamente com base na relativa incapacidade da pessoa com deficiência, eis que é possível que ela tenha apresentado autonomia para o ato celebrado, bem como outros interesses envolvidos na cena merecem igual proteção – como a boa-fé objetiva e a confiança.

Supera-se, com isso, o sistema estrutural e estático do regime das invalidades para permitir que, na dinâmica concreta da vida de relações, a aferição seja feita em cada caso, levando-se em conta os indicadores legais já previstos, de modo a compreender que a nulidade do ajuste em razão da incapacidade absoluta (art. 166, I, CC) hoje se interpreta como, nos casos de pessoa com deficiência mental e intelectual, severo e profundo comprometimento do discernimento para emitir uma vontade consciente, autônoma e livre; assim como os casos de anulabilidade por causa da incapacidade relativa (art. 171, I) são deflagrados em razão de comprometimento menos intenso, mas que efetivamente prejudiquem a avaliação dos riscos do negócio a fim de declarar uma vontade consciente e autônoma.

O perfil dinâmico das invalidades desafia, entre outros, a contagem do prazo prevista no art. 178, III, do Código Civil, eis que, se a pessoa não tiver submetida à curatela, dificilmente se conseguirá definir a cessação da incapacidade; bem como, instiga o alcance e a extensão da aplicação da causa impeditiva para a prescrição (art. 198, I) e decadência (art. 208).

Como já se afirmou, a incansável tarefa do intérprete deverá levar em conta que tais mecanismos previstos pelo legislador civil atuam em prol da proteção da pessoa cujo discernimento seriamente comprometido eclipsa a vontade livre, consciente e autônoma, atraindo as salvaguardas para melhor tutelar pessoa com deficiência mental e intelectual quando necessário. Tais dispositivos continuam úteis na medida em que salvaguardam, evitando abusos e periclitamento de direitos, mas não podem mais ser automaticamente aplicados, ensejando uma análise minuciosa da situação da vulnerável pessoa com deficiência mental ou intelectual.

5 Considerações finais

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma de envergadura constitucional no sistema brasileiro, destina-se a promover a inclusão social e a cidadania dessa população vulnerada historicamente e marginalizada. Objetiva igualmente erradicar a discriminação e oportunizar, em igualdade de condições, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência. Nessa linha, ao passo que a Convenção e, no plano infraconstitucional, o Estatuto têm objetivos bem-definidos, há que se buscar a efetivação dessas garantias sem descuidar da necessária salvaguarda que essas pessoas já tão vulneradas socialmente demandam.

Desse modo, ao mesmo tempo em que as promoções da autonomia e da capacidade são peças fundamentais para a concretização da dignidade das pessoas com deficiência, por outro lado, é dever do Estado criar salvaguardas “apropriadas e efetivas” para prevenir abusos “proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa” (art. 12, 4, da Convenção). Por isso, à luz da Convenção de Nova York, nada autoriza que se entendam afastados os instrumentos destinados a proteger e assegurar o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência, inclusive no caso de deficiência intelectual ou mental.

Neste passo, diante dos expressos termos do Estatuto, que atribui nova redação ao art. 3º do Código Civil, e principalmente pelas razões apresentadas, é possível concluir que somente as pessoas menores de 16 anos poderão ser consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, a incapacidade de pessoa com deficiência mental ou intelectual, quando admissível, será sempre relativa, mas não pela deficiência em si, mas pelo fato objetivo de impossibilitar a expressão da vontade de forma consciente e autônoma.

Dessa forma, o reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a sua consequente submissão à curatela são medidas extraordinárias e se legitimam apenas como medidas de proteção. É importante observar que devem ser deferidas de modo “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso” e “no menor tempo possível”.

Apesar da excepcionalidade da medida protetiva, é preciso proteger as pessoas com deficiência mental ou intelectual também no âmbito do regime das invalidades dos negócios jurídicos, utilizando-se, para tanto, de uma perspectiva dinâmica e funcional que permita a valoração do real discernimento da pessoa com deficiência no momento da formação e em relação aos seus efeitos, de modo a ensejar a nulidade ou anulabilidade do ajuste negocial de acordo com o seu grau de vulnerabilidade e discernimento avaliado concretamente, buscando como norte a efetiva proteção da pessoa humana, que, independentemente da prévia moldura legal abstrata, é exigida pela Constituição da República.

Referências

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 433-451.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. No prelo.
- CALDAS, Roberto. Artigo 4: Obrigações gerais. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizador Humberto Theodoro Junior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

LAFER, Celso. Salvaguardas: o direito internacional e a reforma política. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 73, 1978, p. 321-323. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdusp/article/download/66861/69471>. Acesso em: 13 jul. 2016.

RIBEIRO, Lauro Gomes. Artigo 16: prevenção contra a exploração, a violência e o abuso. In: GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHEREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>. Acesso em: 14 jul. 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 353-384.

TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 11, v. 44, Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2010, p. 19.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in) capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 205-227. ISBN 978-85-450-0174-4.
