

Acesso aos direitos fundamentais, bens comuns e unidade sistemática do ordenamento
Gustavo Tepedino

Questões atuais sobre o direito ao próprio corpo na legalidade constitucional
Thamiris Dolzenter Viveiros de Castro

O alcance do direito à identidade pessoal no Direito Civil brasileiro
Carlos Nelson Kander

Doação de sangue, orientação sexual e discriminação: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vitor Almeida

Os fatos jurídicos e a querela sobre as fontes das obrigações
Paulo Lôbo

Breves notas sobre a boa-fé objetiva no CPC/2015
Luciana Pedrosa Xavier, Adraldo Agner Rosa Neto

A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no Direito brasileiro?
Aline Miranda Valverde Terra

Breves notas sobre a teoria do adimplemento substancial e sua aplicação no Brasil
Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre

A aplicação das convenções internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso
Fábio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva

Há limites ao princípio da reparação integral no Direito brasileiro?
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Notas sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil
Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva

Há presunção de nexo de causalidade nas hipóteses de causalidade alternativa?
Catlin Mulholland

Como a incorporação do trust no Direito brasileiro pode servir à proteção de pessoas vulneráveis?
Milena Donato Oliva

Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial
Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira

Quais devem ser os parâmetros para o reconhecimento jurídico da multiparentalidade?
Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues
Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC
Ricardo Calderón

Quais os desafios que se impõem ao Direito de Família frente às situações de coparentalidade?
Simone Tassinari

Notas sobre o regime das invalidez e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual
Helena Helena Barbosa, Vitor de Azevedo Almeida Junior
A curatela como a terceira margem do rio
Nelson Rosenwald

Tomada de decisão apoiada: o instrumento jurídico de apoio à pessoa com deficiência inaugurado pela Lei nº 12.146/2015
Joycane Bezerra de Menezes

Debates acerca da pessoa com deficiência desde a perspectiva civilista
Marilyn Pedrosa Xavier, Ligia Ziggliotti de Oliveira

A arbitragem no Direito das Famílias: cláusula arbitral em pactos antenupciais e contratos de convivência
Paula Nalin, Hugo Sirena

Em que medida o Código de Processo Civil de 2015 trouxe maior efetividade para o Direito Sucessório?
Ana Luiza Maia Neves

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS - II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA
As cláusulas penais: uma visão da autonomia privada e da análise econômica do Direito
Samuel Ewald Davidson Zatta

A qualificação do contrato de doação com encargo: proposta de delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação à luz da metodologia civil-constitucional
Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas

Lineamentos da disciplina dos contratos de comercialização livre de energia elétrica
Maria Eugênia do Amaral Kretz

Esboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistemática do ordenamento brasileiro
Rodrigo da Guia Silva

Direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero
Jéssica Liphars Martins Martins, Wagner da Silva Batista

ANA CARLA HARMATIUK MATOS
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
GUSTAVO TEPEDINO

COORDENADORES

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional
V Congresso do IBDCivil



FÓRUM

IBDCivil
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISBN 978-85-450-0568-1



CÓDIGO: 10001483



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

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E UNIDADE DO SISTEMA

ANA CARLA HARMATIUK MATOS
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
GUSTAVO TEPEDINO

NOTA DE ABRIL

ANA CARLA HARMATIUK MATOS
ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA
GUSTAVO TEPEDINO
Coordenadores

DIREITO CIVIL, CONSTITUIÇÃO E
UNIDADE DO SISTEMA

Anais do Congresso de Direito Civil
Constitucional – V Congresso do IBDCivil

Belo Horizonte

 **F1 FÓRUM**

2019

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	Floriane de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Ieda Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Veilton	Luciano Ferraz
Cláudio Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clóvis Bezerra	Márcio Cammarosano
Cristiane Fortini	Marcelo Echeverri Jr.
Dinora Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Otton de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabbardo	Paulo Modesto
Fabrizio Matta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 19º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoriaforum@editoriaforum.com.br

Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D597

Direito Civil. Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do Direito Civil. Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Tepedino (Coord.). - Belo Horizonte: Fórum, 2019.
492p., 17cm x 24cm.

ISBN: 978-85-450-0568-1

1. Direito Civil. 2. Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional. 3. Congresso do IBDCivil. I. Matos, Ana Carla Harmatiuk. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Tepedino, Gustavo. III. Título.

CDD 342.1
CDD 347

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

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

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil. Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 492p.
ISBN 978-85-450-0568-1.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO AOS ANAIS DO V CONGRESSO DO IBDCIVIL: A renovação humanista do Direito Civil	15
---	----

ACESSO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, BENS COMUNS E UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO

Gustavo Tepedino	17
1 Rumo à efetividade dos direitos fundamentais: a universalização do acesso	17
2 O oposto da propriedade: a "revolução dos bens comuns" e a nova racionalidade nas dimensões social, jurídica, econômica, cultural e política	19
3 O acesso aos bens independentemente (ou contra) do sistema de titularidades	20
4 Da comprovação da viabilidade da gestão comum dos bens ao paradigma do acesso pautado na prevalência das situações existenciais	21
5 A água	22
6 A saúde	24
7 Conflitos urbanos, a cidade democrática e o patrimônio cultural	25
8 O desenvolvimento e regime jurídico dos bens comuns	27
9 Controle das desafetações de bens públicos de uso comum e dos atos que ameaçam a tutela dos bens comuns. O meio ambiente e os ecossistemas	28
10 Mecanismos de transferência da titularidade com garantia de preservação da destinação	29
11 Instrumentos de atuação no Judiciário: novas funções para as ações coletivas	30
12 Notas conclusivas: perspectivas emancipatórias da pessoa humana na trama interdisciplinar entre direitos fundamentais, acesso e bens comuns	31

QUESTÕES ATUAIS SOBRE O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro	33
1 Introdução	33
2 O corpo transformado	34
3 Corpo e liberdade de expressão	37
4 Expansão da tutela jurídica do corpo	40
5 Conclusão	45

O ALCANCE DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Carlos Nelson Konder	47
1 Introdução	47
2 Origens do direito à identidade pessoal	47
3 Transformações do direito à identidade pessoal	51

4	Até onde vai o direito à identidade pessoal?	57
5	Conclusão	59
	Referências	59

DOAÇÃO DE SANGUE, ORIENTAÇÃO SEXUAL E DISCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Vitor Almeida	63
1 Notas introdutórias: doação de sangue, orientação sexual e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543	63
1.1 O sistema de doação de sangue no Brasil	66
1.2 As restrições à doação de sangue para os homossexuais	68
2 A violação de princípios éticos e constitucionais no processo de doação de sangue no Brasil	70
Considerações finais	73
Referências	74

OS FATOS JURÍDICOS E A QUERELA SOBRE AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Paulo Lôbo	77
1 Fatos jurídicos obrigacionais	77
2 A classificação romana das fontes das obrigações	80
3 A perspectiva do Código Civil brasileiro	81
4 A razão dos fatos jurídicos como fontes das obrigações	83

BREVES NOTAS SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA NO CPC/2015

Luciana Pedrosa Xavier, Adroaldo Agner Rosa Neto	85
1 Introdução	85
2 Uma aproximação entre a boa-fé objetiva e o Código de Processo Civil	85
3 A boa-fé processual objetiva no Superior Tribunal de Justiça	90
4 Panorama da boa-fé objetiva no Direito Material: possíveis contribuições para o processo	93
5 Conclusões	95
Referências	95

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO É FIGURA EFETIVAMENTE ÚTIL NO DIREITO BRASILEIRO?

Aline Miranda Valverde Terra	97
1 A violação positiva do contrato na Alemanha	97
2 Os supostos suportes fáticos da violação positiva do contrato no Brasil	99
2.1 Descumprimento de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva não diretamente vinculados à prestação	100
2.2 Cumprimento imperfeito: mau cumprimento de deveres de prestação geradores de danos distintos daqueles causados pela mora e pelo inadimplemento absoluto	103
2.3 Inadimplemento anterior ao termo	104

3 Cotejo dos efeitos atribuídos à violação positiva do contrato com aqueles decorrentes da mora e do inadimplemento absoluto	108
4 Conclusão	111

BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Marcos Ehrhardt Jr., Gustavo Henrique G. Nobre	113
1 Introdução	113
2 Existem balizas para a aplicação do instituto?	114
3 Baliza quantitativa indicatória	115
4 Baliza qualitativa principiológica: a boa-fé objetiva	117
5 Balizas qualitativas liquidantes	118
5.1 Interesse creditório	118
5.2 Causa	119
6 Considerações finais	122
Referências	123

A APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE VARSÓVIA E MONTREAL EM DETRIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Flávio Tartuce, Bruno Casagrande e Silva	125
1 Introdução	125
2 O direito do consumidor como expressão de direitos humanos	126
3 O princípio da vedação do retrocesso e o tratamento constitucional brasileiro	130
4 O princípio da vedação do retrocesso e a Convenção Americana de Direitos Humanos	134
5 A proibição do retrocesso e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil	136
6 Conclusão sobre a recente posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal	140
Referências	142

HÁ LIMITES AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO?

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho	145
1 A reparação integral no Brasil: avanços tridimensionais, fundamento constitucional e natureza principiológica	145
2 Projeções do princípio da reparação integral: todo dano deve ser reparado ou todo o dano deve ser reparado?	149
2.1 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>an debeatur</i>	149
2.2 Limites legais e convencionais ao princípio da reparação integral no <i>quantum debeatur</i>	153
2.3 A reparação integral como limite	156
3 Entre os limites à reparação integral e a reparação integral como limite: o caso do mestrado não credenciado	159

4	Notas finais	163
	Referências	164

NOTAS SOBRE A AUTONOMIA FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

	Eduardo Nunes de Souza, Rodrigo da Guia Silva	167
1	Introdução: o oxímoro da responsabilidade civil brasileira	167
2	O perfil funcional indenizatório da responsabilidade civil em confronto com a função retributiva da vedação ao enriquecimento sem causa	176
3	Crítica à atribuição genérica de uma função punitiva à responsabilidade civil	179
4	Dificuldades de qualificação decorrentes da confusão funcional: o exemplo das hipóteses de "devolução em dobro"	182
	Referências	187

HÁ PRESUNÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE NAS HIPÓTESES DE CAUSALIDADE ALTERNATIVA?

	Caitlin Mulholland	191
1	Coautoria e distribuição de responsabilidade: causalidade complementar (concausa) e causalidade cumulativa (causas concorrentes)	191
2	Causalidade alternativa: conceito e aplicações	193
3	Fundamentos da causalidade alternativa	201
4	Requisitos para a responsabilização do grupo pela conduta danosa de seu membro	202
5	Alguns casos brasileiros	204
6	Conclusão	207
	Referências	208

COMO A INCORPORAÇÃO DO TRUST NO DIREITO BRASILEIRO PODE SERVIR À PROTEÇÃO DE PESSOAS VULNERÁVEIS?

	Milena Donato Oliva	209
1	Introdução	209
2	O trust como importante instrumento protetivo ao lado da tutela	211
3	O trust e as diretivas antecipadas	215
4	O trust e as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade	217
	Conclusão	221

DISPOSIÇÕES PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL

	Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Carolina Brochado Teixeira	223
1	Introdução	223
2	Da família instituição à democrática: o casamento como instrumento de realização existencial	223
3	Estrutura e função do pacto antenupcial	227
4	Questões controvertidas sobre efeitos do pacto	230

4.1	Eficácia do pacto antenupcial ajustado e não seguido da celebração do matrimônio, mas estabelecida união estável	230
4.2	Decisões conferindo eficácia à vontade manifestada pelas partes somente na certidão sem pacto antenupcial registrado	232
4.3	Cláusulas que preveem modificações no regime após certo lapso temporal	233
5	Questões controvertidas sobre aspectos patrimoniais no pacto	234
5.1	Eleição da separação total de bens em casamentos de pessoas maiores de setenta anos	234
5.2	Pacto com cláusula contrária à lei	236
5.3	Retroatividade das disposições patrimoniais restritivas	238
5.4	Cláusulas sucessórias no pacto antenupcial	239
6	Inclusão de disposições não patrimoniais no pacto antenupcial: possibilidade e limites	240
7	Conclusão	244

QUAIS DEVEM SER OS PARÂMETROS PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE?

	Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues	247
1	Introdução	247
2	O rompimento do paradigma da biparentalidade	247
3	Fontes de parentesco	249
4	Multiparentalidade como nova possibilidade jurídica parental e seus efeitos	252
5	O RE 898.060/SC: efeitos da multiparentalidade e situações jurídicas por ele alcançadas	254
6	Sistematizações conclusivas	262
	Referências	263

MULTIPARENTALIDADE ACOLHIDA PELO STF: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NO RE 898060/SC

	Ricardo Calderón	265
1	O caso concreto subjacente	267
2	A decisão do STF para o referido caso concreto	269
3	A tese aprovada em Repercussão Geral	270
4	Principais premissas constantes do acórdão do STF	270
4.1	Direito à busca da felicidade	270
4.2	O reconhecimento jurídico da afetividade	272
4.3	Vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica	273
4.4	Possibilidade jurídica da multiparentalidade	274
4.5	Princípio da parentalidade responsável	275
5	Efeitos a partir da tese fixada	277
6	Avanço e cautela	278

QUAIS OS DESAFIOS QUE SE IMPÕEM AO DIREITO DE FAMÍLIA FRENTE ÀS SITUAÇÕES DE COPARENTALIDADE?

Simone Tassinari	281
1 Introdução e apresentação das noções fundamentais	281
2 Da vinculação jurídica tradicional entre conjugalidade e parentalidade	285
3 Reflexões sobre coparentalidade e seus efeitos	289
4 Conclusões e desafios para o futuro.....	293
Referências.....	294

NOTAS SOBRE O REGIME DAS INVALIDADES E A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Heloisa Helena Barboza, Vitor de Azevedo Almeida Junior	297
1 Introdução	297
2 (In)Validade dos atos e negócios jurídicos	298
3 Proteção dos atos praticados por pessoa com deficiência intelectual	300
4 Nulidade e (in)capacidade: o entendimento dos tribunais.....	303
5 Considerações finais	309
Referências.....	309

A CURATELA COMO A TERCEIRA MARGEM DO RIO

Nelson Rosenvald	311
1 Introdução	311
2 A primeira margem do rio.....	312
3 A segunda margem do rio	313
4 A terceira margem do rio	316
4.1 A deficiência como fato jurídico	316
4.2 O balanceamento entre o cuidado e a autonomia	318
5 Conclusão	323
Referências.....	324

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: O INSTRUMENTO JURÍDICO DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA INAUGURADO PELA LEI Nº 12.146/2015

Joyceane Bezerra de Menezes	327
1 Introdução	327
2 Em que consiste a tomada de decisão apoiada?	328
3 Autocratela, mandado e diretiva antecipada de vontade: figuras próximas ou longínquas?	330
4 A exigência da homologação judicial do apoio em procedimento de jurisdição voluntária	333
4.1 Aspectos processuais essenciais.....	335
4.1.1 Da legitimidade ativa.....	335
4.1.2 Dos apoiadores	336
4.1.3 Do objeto do apoio.....	337

4.1.4 Efeitos perante terceiros	338
4.1.5 Do encerramento	339
4.1.6 Da coexistência com a curatela.....	339
5 Seria viável a TDA por escritura pública?	339
Conclusões	342
Referências.....	342

DEBATES ACERCA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DESDE A PERSPECTIVA CIVILISTA

Marília Pedroso Xavier, Lígia Ziggliotti de Oliveira	345
1 Considerações introdutórias.....	345
2 Os paradoxos entre a proteção e a autonomia dos grupos vulnerados	346
3 Entre a reabilitação e a inclusão das pessoas com deficiência	347
4 As dissonâncias contextuais entre Direito Civil e pessoas com deficiência	348
5 As dissonâncias entre as fontes jurídicas aplicáveis à temática	350
6 As inquietações teóricas e práticas do Direito Civil geradas a partir da problemática	350
Considerações finais	353
Referências.....	356

A ARBITRAGEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: CLÁUSULA ARBITRAL EM PACTOS ANTENUPCIAIS E CONTRATOS DE CONVIVÊNCIA

Paulo Nalin, Hugo Sirena	359
1 Introdução	359
2 A arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.....	360
3 O Direito das Famílias e o compromisso arbitral.....	364
4 Notas conclusivas.....	367
Referências.....	368

EM QUE MEDIDA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 TROUXE MAIOR EFETIVIDADE PARA O DIREITO SUCESSÓRIO?

Ana Luiza Maia Nevares	371
1 De que efetividade precisamos para o Direito Sucessório?	371
2 Inovações do Código de Processo Civil no processo de inventário na direção da efetividade do Direito Sucessório	373
2.1 Igualdade entre as entidades familiares. Equiparação do cônjuge e do companheiro no processo de inventário	373
2.2 A simplificação do inventário	373
2.3 Critérios para a partilha dos bens e a tutela de evidência no âmbito do inventário	376
2.4 A cumulação de inventários	385
3 Notas conclusivas.....	388
Referências.....	388

CONCURSO DE TRABALHOS ACADÊMICOS - II PRÊMIO CLOVIS BEVILÁQUA

AS CLÁUSULAS PENALIS: UMA VISÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Samuel Ewald Davidson Zatta	391
1 Introdução	391
2 Sobre a autonomia privada	391
3 Da cláusula penal	397
4 Da análise econômica do Direito	399
5 Da compatibilidade entre a cláusula penal e o inadimplemento eficiente/efficient breach theory	402
Considerações finais	407
Referências	408

A QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO COM ENCARGO: PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE MODO E CONTRAPRESTAÇÃO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Diana Paiva de Castro, Rodrigo Freitas	411
1 Introdução	411
2 A causa concreta como elemento nuclear do procedimento de qualificação	412
3 A causa do contrato de doação. <i>Animus donandi</i> , requisito formal, bilateralidade e unilateralidade: a doação como ausência de sinalagmaticidade	416
4 O papel do encargo na doação modal à luz da diferenciação entre as situações jurídicas subjetivas de ônus e obrigação	421
5 Delimitação de fronteiras entre modo e contraprestação: os três graus de essencialidade concreta do encargo e seus efeitos na qualificação contratual	424
6 Síntese conclusiva	428
Referências	428

LINEAMENTOS DA DISCIPLINA DOS CONTRATOS DE COMERCIALIZAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA

Maria Eugênia do Amaral Kroetz	433
1 Premissas	433
2 Introdução	434
3 O pressuposto teórico da pesquisa	435
4 O setor de energia elétrica brasileiro	436
5 O segmento de comercialização de energia elétrica	437
6 O contrato bilateral de compra e venda de energia	440
7 A questão do lastro	441
8 Considerações finais	444
Referências	444

ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO DE RETENÇÃO À LUZ DA UNIDADE SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Rodrigo da Guia Silva	447
1 Introdução: o esforço de sistematização do direito de retenção na perspectiva de unificação da disciplina das relações patrimoniais	447
2 As sequelas do tratamento assistemático do direito de retenção na experiência brasileira	449
3 Notas sobre a disciplina geral do direito de retenção	452
4 Análise crítica da suposta taxatividade do direito de retenção em breve cotejo com a exceção de contrato não cumprido	459
5 Síntese conclusiva	463
Referências	464

DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CONFORME SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

Jéssica Linhares Martino Martins, Vagner da Silva Batista	467
1 Introdução	467
2 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero	468
2.1 Direito de participação	471
2.1.1 Impossibilidade de heteronomia no exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente conforme sua identidade de gênero	472
3 Diferenciando conceitos: identidade de gênero x orientação sexual	473
4 Desfantasiando direito: o livre desenvolvimento da criança e do adolescente transgêneros enquanto materialidade	474
4.1 Reafirmando pressuposto: "A pessoa transgênera não nasce com 18 anos"	474
4.2 "Para mim não é um problema ir vestida de mulher ao colégio"	476
4.2.1 Problema jurídico	477
4.2.2 Reconhecimento institucional da identidade de gênero no âmbito escolar	478
4.3 Nome social	480
4.4 Uso de hormônios	482
5 Considerações finais	484
Referências	485

SOBRE OS AUTORES

489

NOTAS SOBRE O REGIME DAS INVALIDADES E A (IN)CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL¹

Heloisa Helena Barboza
Vitor de Azevedo Almeida Junior

1 Introdução

A invalidade de atos e negócios jurídicos é tema que sempre suscita indagações, não obstante os numerosos estudos que lhe são dedicados. Após o Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência construíram razoável estabilidade no assunto, respeitadas as peculiaridades relativas às invalidades do casamento. Contudo, a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD),² reacendeu o debate, impondo o reexame da questão, notadamente no tocante à nulidade, ao restringir a incapacidade absoluta aos menores de dezesseis anos.

A enfermidade ou deficiência mental, o discernimento reduzido ou incompleto, não são mais hipóteses legais de incapacidade absoluta ou relativa. Além disso, a referida Lei, de modo expresse, assegurou à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive para a prática de atos existenciais, notadamente de natureza familiar, como casar-se ou constituir união estável. Tais disposições abrangem todas as pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual, e a prática de todos os atos e negócios jurídicos. A possibilidade de curatela é admitida pelo referido Estatuto como medida protetiva extraordinária e que afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

¹ O presente trabalho retrata palestra proferida no V Congresso do IBDCivil em Curitiba, em 2017, com base em estudos sobre os temas abordados, que se encontram em desenvolvimento pelos autores. Os temas se inserem no âmbito do projeto interdisciplinar e interinstitucional (UFPR, UFF, UERJ e FIOCRUZ) denominado "Uma perspectiva de justiça mais inclusiva: aplicação do enfoque dos funcionamentos à saúde, à educação, à tecnologia e aos direitos de pessoas com deficiências", aprovado pelo Programa de Apoio à Pós-Graduação e à Pesquisa Científica e Tecnológica em Tecnologia Assistiva no Brasil (PGPTA), por ocasião do Edital "Tecnologia Assistiva no Brasil e Estudos sobre Deficiência (PGPTA) nº 59/2014", cujos autores deste artigo atuam, respectivamente, como coordenadora associada da Instituição UERJ e pesquisador vinculado ao projeto em andamento.

² Também denominada de Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

De modo geral, parece inquestionável o significativo avanço promovido pelo Estatuto no que respeita à promoção, proteção e garantia de exercício dos direitos das pessoas com deficiência. Contudo, crescente tem sido a preocupação com a possibilidade de prática de atos e negócios jurídicos por pessoas que notoriamente não têm condições para tanto, em razão do impedimento que as acomete, em particular nos casos de comprometimento intelectual. Diante da literalidade da lei civil e da lei especial, é possível indagar se essas pessoas não ficaram desprotegidas.

Esse tipo de indagação, de todo preocupante, exige análise das diversas questões que estão postas pelo EPD, dentre elas a nulidade dos atos e negócios jurídicos praticados por pessoas com deficiência mental ou intelectual, as quais, de modo evidente, não têm competência para tanto.

O EPD derrogou disposições pontuais do Código Civil, que deixam patente a intenção do legislador de assegurar a plena capacidade das pessoas com deficiência, vale dizer, de exercerem pessoalmente seus direitos, inclusive no caso de impedimento de ordem intelectual ou mental. Contudo, o capítulo dedicado à invalidade do negócio jurídico, que se aplica igualmente aos atos jurídicos lícitos, não sofreu qualquer alteração. Assim sendo, nulo continua sendo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz. Considerada, porém, a redação vigente do artigo 3º, do Código Civil, somente será nulo o ato ou negócio jurídico realizado por menor de dezesseis anos.

Cabe, por conseguinte, indagar se a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual é fundamento suficiente para restabelecer hipóteses legais taxativas de nulidade dos atos e negócios por ela praticados. O presente trabalho examina a questão, à luz dos princípios constitucionais que regem a matéria, com o objetivo de contribuir, dentro dos seus estreitos limites, na elaboração da resposta requerida, que deve necessariamente voltar-se para a proteção da pessoa com deficiência.

2 (In)Validade dos atos e negócios jurídicos

Algumas considerações iniciais se fazem necessárias para delinear a situação das regras sobre nulidade no Código Civil (CC), após as alterações promovidas pelo EPD. As considerações aqui feitas aproveitam os atos e negócios jurídicos, tendo em vista o disposto no artigo 185 do CC.³ De acordo com o art. 104 do CC, a validade do negócio jurídico requer agente capaz. No mesmo sentido dispunha o artigo 82 do Código de 1916, que continha expressa referência ao art. 145, I, o qual inaugurava o capítulo das Nulidades.

Como de há muito ensina Caio Mário da Silva Pereira,⁴ a capacidade do agente é uma condição subjetiva de validade do negócio. Indispensável, portanto, a análise das condições e qualidades dos sujeitos de direito, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas,

³ "Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior".

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 485.

para a prática do negócio.⁵ Nos termos do art. 166, I, do CC, é nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

Conforme já defendido anteriormente, o EPD instaurou um novo regime de (in) capacidade, ao modificar de modo profundo os artigos 3º e 4º, do CC,⁶ fato que, por si só, impõe a reinterpretar os dispositivos da Lei Civil que tratam da invalidade dos atos e negócios jurídicos em razão da incapacidade do agente. A tarefa, complexa e tormentosa, transborda dos estreitos limites da presente proposta, que se limita, como já indicado, a identificar e tecer breves considerações sobre a nulidade dos atos praticados por pessoa com deficiência intelectual.

Nessa linha, uma constatação aparentemente simplória, resultante da comparação do disposto nos artigos 104, I, e 166, I, do vigente Código Civil e seus correspondentes no Código de 1916 (art. 82 e 145, I), torna-se bastante interessante para a interpretação dessa matéria, exigida pelo novo regime de capacidades. Na lei anterior, havia no art. 82⁷ menção expressa ao art. 145, I,⁸ o qual ao afirmar ser nulo o ato jurídico, quando praticado por pessoa absolutamente incapaz, remetia expressamente ao artigo 5º,⁹ que continha o rol das pessoas consideradas absolutamente incapazes.

As citadas referências desapareceram do Código atual, o que autoriza o intérprete a dar maior amplitude ao conceito de pessoa absolutamente incapaz, para abranger, por exemplo, as pessoas jurídicas como anteriormente indicado. A exclusão do vínculo (expresso) anteriormente existente parece de todo acertada, na medida em que a incapacidade absoluta, mesmo no Código anterior, não decorria automaticamente da lei, uma vez que deveria ser declarada por sentença, cujos efeitos se produziam *ex nunc*, conforme entendimento majoritário.¹⁰ A redação dada aos citados artigos do CC de 1916

⁵ TEPELINO, Gustavo; BARROSO, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 218.

⁶ V. BARROSO, 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 (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-228.

⁷ "Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (arts. 145, nº I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 148)".

⁸ "Art. 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º)".

⁹ "Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz".

¹⁰ "Interdição. Pensão Previdenciária. Termo. Efeitos. A decisão que decreta a interdição produz efeitos desde logo, mas sua retroação, para atingir atos praticados pelo interditado, deve obedecer prova convincente e escrita, para salvaguarda de interesses de terceiros e segurança do tráfico jurídico. Apelação Improvida" (TJRS, Apelação Civil nº 598457646, Sétima Câmara Civil, Rel. Des. José Carlos Teixeira Gorgis, jul. 28 abr. 1999). "Nota promissória. Mutuo. Capacidade do emitente. Prova. A prova da incapacidade do emitente não se restringe à existência prévia de sentença de interdição, pois esta é predominantemente declaratória, e não constitutiva. Se arguida a incapacidade do agente, deve ser oportunizada a sua prova, mesmo se inexistente a prévia sentença de interdição, sob pena de cerceamento de defesa, pois a incapacidade deriva da doença, e não da sentença. Apelo provido. Sentença desconstituída" (Tribunal de Alçada do RS, Apelação Civil nº 193112109, Segunda Câmara Civil, Rel. Des. Regina Maria Bollich, jul. 16 jun. 1994). "Incapacidade absoluta. Eficácia temporal. A incapacidade absoluta, por se tratar de louco de todo gênero, atua como causa suspensiva da prescrição, independentemente da sentença de interdição. Sendo esta sentença categorizada como declaratória, tem efeitos *ex tunc*. Apelação improvida" (TJRS, Apelação Civil nº 593125297, Primeira Câmara Civil, Rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, jul. 12 abr. 1994). "Ação de nulidade de doação. Interdição posterior a doação. De pouco relevo que a interdição da ancã, reconhecidamente esclerosis, tenha ocorrido após a doação, visto que a nulidade não decorre do reconhecimento legal da incapacidade, mas sim da própria, agravada pela doação do único bem imóvel da doadora. Ação procedente. Sentença mantida. Apelo provido" (TJRS, Apelação Civil nº 592092068, Quarta Câmara Civil, Rel. Des. Ramon Georg Von Berg, jul. 05 maio 1993).

ao estabelecer a ligação entre validade do ato-capacidade do agente (arts. 82 e 145) e nulidade do ato-incapacidade absoluta (arts. 145, I, e 5º) induziu à vinculação (indevida) entre nulidade-interdição-curatela. Em consequência, muitos foram os questionamentos jurídicos quanto à validade dos atos praticados por pessoa sem condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, mas que não eram interditas/curateladas. A questão vem sendo de há muito enfrentada pelos Tribunais, que construíram a solução para tais casos, ainda na vigência do CC de 1916, como adiante demonstrado.

Oportuno lembrar que a capacidade de exercício de uma pessoa é sempre presumida, por ser insita à capacidade de direito, e somente pode ser reduzida nos casos e na forma da Lei, ou seja, nas hipóteses legais e por força de sentença. Por conseguinte, mesmo os considerados, na infeliz expressão da lei anterior, "loucos de todo" eram pessoas plenamente capazes e assim permaneciam até que, por força de decisão judicial, viessem a ser declarados absolutamente incapazes. Contudo, os atos praticados por essas pessoas, anteriormente à sua submissão à curatela, poderiam ser declarados nulos, desde que provada sua incapacidade (absoluta), ou melhor a falta de condições subjetivas para prática do ato ou negócio jurídico, à época de sua realização, através de impugnação em ação própria.

O problema já antigo cresceu em dimensão e dificuldades, com o advento do EPD, que restringiu a incapacidade absoluta aos menores de dezesseis anos e reconheceu a plena capacidade civil das pessoas com deficiência mental ou intelectual, que serão, no máximo, declaradas relativamente incapazes se não puderem exprimir sua vontade, de forma temporária ou permanente, na literalidade do Código Civil (art. 4º, III). Em consequência, o dispositivo do CC, que afirma ser nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz, não atinge a quem tem deficiência intelectual ou mental.

Esse entendimento além de ser prejudicial às pessoas com deficiência, que estariam desprotegidas pela lei, a despeito de sua vulnerabilidade, afronta as diretrizes constitucionais que estabelecem especial proteção dessas pessoas. Imperativo, portanto, não só recorrer às soluções já existentes na jurisprudência, mas principalmente à interpretação ampliada e adequada das expressões "agente capaz" e "pessoa absolutamente incapaz", utilizadas pelo Código Civil, para análise à luz da Constituição da República.

3 Proteção dos atos praticados por pessoa com deficiência intelectual

Conforme demonstrado, muitas questões surgiram em virtude das alterações promovidas pelo EPD no Código Civil, especialmente em face das regras sobre nulidade contidas na lei civil. O que se constata é a existência de disposições com feição de cláusula geral e hipóteses taxativas de nulidade, de que são exemplos os incisos I e VII, do art. 166, respectivamente. No primeiro caso, esbarra-se no conceito de pessoa absolutamente incapaz, que não mais inclui as pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual. No segundo, confrontam-se questões de ordem constitucional, visto que a referência à deficiência ou impedimento pessoal como causa da incapacidade e/ou nulidade é discriminatória e afronta a Constituição da República. Outro não foi o

motivo das alterações promovidas pelo EPD nos arts. 3º, 4º e 1.548, I, do CC. A despeito dessas e de outras modificações, revela-se, a cada passo, a insuficiência do CC para proteger a pessoa com deficiência mental ou intelectual, em particular quando se trata de nulidade dos atos por ela praticados.

Deve-se ter em mente que a proteção das pessoas com deficiência é um dos propósitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência (CDDP), ao lado da promoção do respeito pela sua dignidade inerente e da garantia do exercício pleno e equitativo de todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais. Trata-se de norma formalmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* de emenda constitucional, ou seja, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, visto terem sido atendidos os requisitos do art. 5º, §3º, da Constituição da República.¹¹

O EPD, ao alterar o Código Civil, procurou harmonizá-lo com a CDDP, eliminando qualquer forma de discriminação e afirmando a capacidade plena das pessoas com deficiência¹² em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.¹³ Esta, contudo, não era a vocação do Código Civil, cujo sistema e, em particular, as normas atinentes à incapacidade/curatela são ontologicamente patrimonialistas, como é próprio de leis que têm origem anterior à Constituição de 1988. Em consequência, somente através de interpretação à luz da Constituição da República será possível a aplicação das normas do CC de modo compatível com a Lei Maior.

Não se deve perder de foco a necessidade de proteção dos vulneráveis, por força de mandamento constitucional. Como já se defendeu anteriormente,¹⁴ a afirmativa de que os direitos da pessoa com deficiência, em particular os existenciais, são intangíveis há de ser entendida nos limites da razoabilidade. O respeito a esses direitos não deve significar o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver notoriamente condições de tomá-las, por causas físicas, sensoriais, intelectuais ou mentais. Afinal, a preservação da plena capacidade das pessoas com deficiência não pode se dar com sacrifício de sua proteção e dignidade.

¹¹ A também denominada Convenção de Nova York, adotada em 2006, foi ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009. A CDDP está em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e no plano interno, a partir de sua promulgação pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Nesse sentido é expresso o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 13.146/2015.

¹² O EPD utiliza as expressões "capacidade civil" (art. 6º) e "capacidade legal" (art. 84), que se encontra na CDDP (art. 12, 2 e 4), e não altera a designação "capacidade" existente no Código Civil. As citadas expressões são aqui consideradas sinônimas e correspondentes ao termo "capacidade" de larga utilização pela doutrina brasileira.

¹³ Nos termos do art. 6º do EPD, a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para estabelecer todas as relações existenciais, expressamente as familiares, como casar, ter filhos, bem como de preservar sua fertilidade, vedando-se a esterilização compulsória. Sobre o direito a estabelecer as mencionadas relações familiares, ver BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2017, p. 229-242. Ver também comentários ao art. 6º do EPD, BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Artigo 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República*. No prelo.

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direitos das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274.

Nesse sentido, torna-se necessário identificar os instrumentos jurídicos hábeis a efetivar a proteção das pessoas com deficiência mental ou intelectual que se exige. A proteção deve servir não apenas para remediar situações que lhe são prejudiciais, através, por exemplo, da declaração de nulidade, mas principalmente para lhe assegurar, na medida do possível, o exercício autônomo de seus direitos, valendo-se dos meios de apoio previstos em lei, que são a curatela e a tomada de decisão apoiada.

O Código Civil trata da curatela dos interditos e da tomada de decisão apoiada. Os seus dispositivos referentes à curatela nada dispõem sobre a interdição propriamente dita, cujo procedimento restou regulamentado apenas pelo CPC, a partir do art. 747.¹⁵ A tomada de decisão apoiada¹⁶ não tem regulamentação procedimental própria, o que dificulta a aplicação desse novo instituto.

A curatela, desde que reinterpretada à luz e para os fins previstos na CDPD, emerge como um instrumento de apoio bastante útil para garantir o exercício pelas pessoas com deficiência mental e intelectual, sem prejuízo de sua proteção. Sua admissão é possível para apoiar o exercício dos direitos, inclusive dos existenciais, apenas em caráter excepcional, em decorrência e por força de previsão constitucional, através de decisão judicial, sempre proferida para proteção ou benefício, e no interesse da pessoa com deficiência. O excepcional impedimento para prática de algum ato poderá se dar também para proteção de terceiro, de que é exemplo a criança, cujo superior interesse deverá prevalecer, conforme determina o art. 23, 2, da CDPD. Lembre-se que a admissão da curatela, exclusivamente para fins patrimoniais, já constitui medida extraordinária.

O CPC preserva, melhor do que o CC, a natureza de medida extraordinária da curatela e, de modo mais abrangente, avalia a capacidade do curatelando para praticar atos da vida civil, sem distinção entre atos existenciais e patrimoniais, para fixar os limites da curatela.¹⁷ Por conseguinte, à luz da Lei Processual, que teve vigência posterior à do EPD e deve prevalecer nesse particular, a decretação da incapacidade relativa e, por conseguinte, fixação dos limites da curatela se vinculam ao estado e o desenvolvimento mental do interdito, suas características pessoais, observadas suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, como prevê o art. 755, I e II, do CPC. A verificação quanto a ser a causa do impedimento da pessoa temporária ou permanente, e sua consequente qualificação como pessoa com deficiência, perde sua predominância e acaba por melhor protegê-la. Trata-se, sem dúvida, de uma "curatela sob medida",¹⁸ que se estabelece a partir das características pessoais do curatelando,

observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, e na proporção da sua necessidade de apoio.

Nestes termos e com fundamento nos princípios constitucionais indicados no item anterior, com o objetivo de atender os interesses do curatelando, especialmente para fins de sua proteção, a curatela poderá – em caráter excepcional – afetar situações de natureza existencial da pessoa curatelada, inclusive no caso de pessoas com deficiência mental ou intelectual.

4 Nulidade e (in)capacidade: o entendimento dos tribunais

A proteção das pessoas com deficiência mental ou intelectual na seara patrimonial, mas com importantes efeitos no campo existencial, há algum tempo tem sido provida pelos tribunais, através da declaração de nulidade dos atos por elas praticados, independentemente de se encontrarem sob o regime da curatela. Conforme demonstrado, a nulidade dos atos e negócios jurídicos se dá em razão do estado de incapacidade da pessoa, nas hipóteses legalmente previstas, ainda que não se encontre declarada judicialmente incapaz. Ou seja, o legislador estabeleceu entre os requisitos de validade dos negócios jurídicos a capacidade do agente, mas não vinculou sua nulidade à prévia declaração judicial de incapacidade por meio do procedimento de interdição.¹⁹

Tal entendimento pode ser constatado da orientação cristalizada nos tribunais brasileiros em relação aos efeitos da sentença de declaração de incapacidade e nomeação do curador, que durante muito tempo foi controversa. Consolidou-se, no entanto, a tese no sentido de que embora sua natureza seja declaratória, seus efeitos, contudo, são, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, *ex nunc*.²⁰ Vale dizer, não é a sentença que cria a incapacidade, mas apenas a reconhece. Contudo, a nulidade de atos praticados pelo incapaz anteriormente à sentença de interdição dependia da apresentação de provas que demonstrassem a existência da falta de discernimento do agente negocial no momento da celebração do negócio jurídico, isto é, antes da prolação da sentença, em clara atenção à segurança jurídica e à boa-fé de terceiros.²¹

¹⁵ "PROCESSO CIVIL. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO NEGOCIAL POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO. FUNDAMENTO DE INCAPACIDADE DO VENDEDOUR QUE NÃO GERA A DECRETAÇÃO DA INTERDIÇÃO. AÇÃO QUE NÃO CONCERNE A CAPACIDADE DAS PESSOAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111 E 113. CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS CUJOS TEMAS NÃO FORAM APLICADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA DETERMINANTE NO PARADIGMA NÃO ANALISADA PELO ACÓRDÃO. DISSÍDIO INEXISTENTE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 - A causa em debate não concerne à capacidade das pessoas, tratando de anulação de ato jurídico por vício de consentimento. Embora o acórdão tenha asseverado ser fundamental definir se o agente se encontrava ou não incapacitado para a entrega da escritura, o acolhimento da pretensão deduzida na inicial somente redundaria na nulidade do negócio em questão, não gerando a decretação da interdição do vendedor, não ofendendo a sua capacidade para os atos da vida civil em geral" (STJ, REsp 208639 / MG, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, jul. 02 set. 1999, pub. 29 nov. 1999).

²⁰ "A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso" (STJ, REsp 1260805-RS. Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª T., jul. 21 out. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 dez. 2018; "Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes" (STJ, AgRg no REsp 1512996-RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., jul. 8 abr. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 dez. 2018).

²¹ "DIREITO E PROCESSO CIVIL. INTERDIÇÃO. ATOS ANTERIORES A SENTENÇA. NULIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE PROVA CONVINCENTE E IDÔNEA. CERCEAMENTO. INOCORRÊNCIA.

¹⁵ O instituto da curatela está regulamentado pelo CC (Livro IV, Título IV, Capítulo II), que trata da curatela dos interditos e da curatela do nascituro (arts. 1.767-1.778 e 1.779), não se cogitando de interdição nesta última hipótese; a interdição é tratada pelo CPC (Parte Especial, Livro I, Título III, Capítulo XV - Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, Seção IX - Da Interdição, art. 747-758).

¹⁶ A tomada de decisão apoiada constitui um dos instrumentos de apoio das pessoas com deficiência, para prática de atos da vida civil. É tratada no art. 1.783-A, introduzido no CC pelo EPD (art. 116).

¹⁷ Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: *Revista de EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 209-223, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.emerj.fhj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas disciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENÉZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas* - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545-568.

Desse modo, a sentença que declara a incapacidade, em que pese reconheça uma situação de fato preexistente, só está apta a produzir efeitos a partir de seu trânsito em julgado, considerando a revogação do art. 1.773 da Lei Civil, pelo vigente CPC (Lei nº 13.105/2015). Os atos praticados anteriormente à sentença podem ser invalidados, desde que comprovado que foram praticados em estado de incapacidade visível ao outro contratante, necessitando, portanto, de ação própria ou que o pronunciamento judicial na ação de interdição expressamente determine o período anterior em que os atos são inválidos ou quais atos especificamente são invalidados.²² Com o advento do EPD e a radical mudança provocada no sistema das incapacidades e no regime da curatela, a lógica anterior permanece para a invalidade dos atos jurídicos praticados por pessoas ainda não submetidas à curatela, nos termos da lei, mas que a incapacidade é visível e notória ao outro contratante.

A partir da vigência do EPD nada impede que determinados atos sejam invalidados em razão do estado de incapacidade da pessoa com deficiência intelectual ou mental ainda que não tenha sido submetida à curatela ou que sequer seja necessário tal instituto protetivo, uma vez que a pessoa pode ter recuperado sua autonomia com o tratamento e o apoio apropriados. Fundamental, portanto, é comprovar que a declaração de vontade foi emitida de forma inconsciente ou que notoriamente e de forma objetiva ela não é válida, pois o declarante não se encontrava em uma situação de conformar ou expressar a sua vontade de acordo com as circunstâncias exigíveis de avaliação da realidade.

No entanto, o ponto central da dificuldade em demarcar o regime das invalidades, após o EPD, reside no fim da incapacidade absoluta de pessoas maiores de idade, nos termos do art. 3º do CC. É necessário avaliar se é possível apenas a anulação do negócio jurídico celebrado por pessoa com deficiência intelectual ou mental, conforme reza o art. 171, I, do CC, afastando-se por completo a possibilidade de nulidade em tais casos, conforme propõe o art. 166, I, do CC. Deve-se repisar que o legislador não mencionou de forma expressa o art. 3º do CC, ao estabelecer a nulidade do negócio jurídico celebrado por pessoa que não pode ser qualificada como agente capaz. Em consequência, apesar de a incapacidade absoluta ser vedada como categoria abstrata e genérica, que cerceava o ser humano em sua complexidade, nada impede que o

magistrado entenda que a pessoa com deficiência mental ou intelectual se encontrasse, em determinado momento, absolutamente impossibilitada de praticar ato jurídico específico, considerando-a agente incapaz para tal ato, mas não mais como restrição ou interdição aniquiladora de sua autonomia e dignidade. Em outros termos, apesar da extinção da incapacidade absoluta, nada impede que, para fins de proteção da pessoa com deficiência, a interpretação mais adequada do art. 166, I, do CC, seja a de não se vincular à prévia declaração de incapacidade absoluta, eis que não mais possível, mas sim à comprovada impossibilidade de expressão válida e consciente de sua vontade em determinado momento e para prática de ato específico.

Ainda assim é preciso investigar como ficam as situações nas quais a pessoa já se encontra sob o regime da curatela. Com efeito, a prévia declaração de incapacidade por meio do procedimento de interdição gerava, antes da vigência do EPD, uma presunção de invalidez de todos os negócios jurídicos celebrados pelo curatelado após a sentença que instituiu a curatela. No entanto, como visto, a incapacidade, mesmo não declarada judicialmente, podia ser apreciada à luz das circunstâncias do caso concreto e, portanto, autorizar a invalidade do ato praticado mesmo sem sentença anterior de interdição. Isto porque, no modelo anterior ao EPD, consolidou-se na prática forense a chamada interdição total, o que implicava a declaração da incapacidade absoluta e, por consequência, a representação pelo curador, em típica substituição da vontade, em todos os atos civis de interesse do curatelado. Desse modo, a técnica tradicional da representação predominou como forma de proteção dos maiores incapazes por deficiência ou enfermidade mental – nos termos da redação original do CC/02, o que acarretou o predomínio do modelo genérico de substituição da vontade.

Nessa linha, a curatela sedimentou-se de forma absoluta e generalizante em nosso ordenamento, pouco atenta às particularidades de cada pessoa, e permaneceu com tais características mesmo após a regra instituída no agora revogado²³ art. 1.772 da versão original do CC/2002,²⁴ que estabelecia como regra a denominada curatela parcial. Tal dispositivo determinava que o juiz se pronunciasse a respeito dos limites da curatela de acordo com “o estado ou o desenvolvimento mental do interditado”, que, após redação dada pelo EPD, se tornou “potencialidades da pessoa”.²⁵ Contudo, na prática forense, a curatela total continuou a ser estabelecida na maioria esmagadora dos casos judiciais,²⁶ em clara violação à dignidade do curatelado e aos seus direitos fundamentais.

HONORÁRIOS NA EXECUÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1 – PARA RESGUARDO DA BOA-FÉ DE TERCEIROS E SEGURANÇA DO COMÉRCIO JURÍDICO, O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS ANTERIORMENTE A SENTENÇA DE INTERDIÇÃO RECLAMA PROVA INEQUÍVOCA, ROBUSTA E CONVINCENTE DA INCAPACIDADE DO CONTRATANTE [...] (STJ, RESP 9077 / RS, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 25 fev. 1992, publ. 30 mar. 1999).

²² De acordo com o revogado art. 1.773, do Código Civil, a sentença que declarava a interdição produzia efeitos desde logo, embora sujeita a recurso. Assim, os atos anteriores à sentença de interdição podiam ser invalidados desde que judicialmente demonstrado o estado de incapacidade à época em que praticados em ação própria ou no próprio procedimento de interdição. Tal sistema prestigiava a segurança jurídica no tráfico negocial e a boa-fé no próprio procedimento de interdição. Os atos praticados pelo interditado anteriores à interdição podem ser anulados, desde que provada a existência de anomalia psíquica – causa da incapacidade – já no momento em que se praticou o ato que se quer anular [...] (STJ, RESP 252571 / GO, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 28 nov. 2000, publ. 05 mar. 2001). “EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. INTERDIÇÃO POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. A interdição apenas declara incapacidade preexistente. Não pode o absolutamente incapaz obrigá-lo validamente sem representação. O contrato firmado nessas condições é nulo de pleno direito. A execução, por conseguinte, é extinta, devido à nulidade do título. Apelo improvido” (TJRS, Apeiação Civil nº 59944623, Segunda Câmara Especial Civil, Rel. Des. Matilde Chubar, julg. 20 dez. 2000).

²³ O art. 1.772 foi revogado por força do art. 1.072, inc. II, da Lei nº 13.105, que instituiu o Código Processual Civil.

²⁴ Redação original do dispositivo no CC/2002: “Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interditado, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782”.

²⁵ Redação dada pela Lei nº 13.146/2015: Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscrevendo às restrições constantes do art. 1.782 e indicará curador”.

²⁶ Antes do EPD, o Enunciado nº 574 do CJF já estabelecia que: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interditado (art. 1.772)”. Interessante acórdão do TJSP reformou sentença que decretou a incapacidade absoluta mesmo após a vigência do EPD ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do seu art. 114: “AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 114, DA LEI Nº 13.146/15. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INTERDIÇÃO ABSOLUTA. REFORMA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO DA LEI À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. STATUS CONSTITUCIONAL. INCAPACIDADE RELATIVA. ART. 4º, III, CC. ATUAÇÃO DA CURADORA QUANTO AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. 1. A sentença declarou, incidentalmente, a

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

da personalidade. Por conseguinte, considerar a pessoa capaz, mas com restrições a determinados atos, não significa que ela não necessite de auxílio para a prática dos atos da vida civil,³⁶ mas retirá-la das “camisas-de-força totalmente desproporcionais e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa”.³⁷ Não se pode olvidar que o intuito do Estatuto foi nitidamente de atribuir autonomia a um grupo historicamente vulnerável e marginalizado, cujos integrantes, não raras vezes, eram tolhidos de livre exercício de suas escolhas, em notório movimento personalista.

Por isso, a curatela adquire a flexibilidade necessária para moldar-se, à luz das circunstâncias do caso concreto, às necessidades da pessoa com deficiência, e sua sentença pode estabelecer como forma de suprimimento da incapacidade a representação ou a assistência, de acordo com o projeto terapêutico personalizado e individualizado.³⁸ Com o reconhecimento da capacidade plena, no entanto, nos casos em que o juiz não fixar a representação como mecanismo de apoio, a regra recairá sobre a assistência, a qual é mais compatível com a imperiosa exigência de preservação da autonomia das pessoas com deficiência. Nos casos em que a decisão judicial atribuir poderes de representação ao curador para determinados atos jurídicos, indispensável verificar que a ausência de representação pode se revelar um vício a inquinar o negócio jurídico, que não poderá ser suprido pela pessoa curatelada, uma vez que a sentença já o declarou impossibilitado de praticar aquele ato.

Depreende-se, portanto, diante dos argumentos trazidos, que os tribunais brasileiros já permitam a nulidade de negócios jurídicos mesmo antes da declaração judicial de incapacidade por meio do procedimento de interdição, autorizando, ainda, efeitos retroativos à sentença se houvesse pronunciamento judicial nesse sentido, o que permanece compatível com o atual sistema vigente após o EPD. A nulidade, portanto, não decorre do reconhecimento legal da incapacidade por meio do procedimento de interdição, mas sim da própria condição da pessoa, a qual não pode ser reconhecida como agente capaz como exige a lei para a validade do ato.

A novidade reside na correta interpretação do art. 166, I, do CC, que não se vincula às hipóteses taxativas do art. 3º do CC, mas à individual e cuidadosa avaliação da pessoa com deficiência no momento da declaração de sua vontade, se objetiva e conscientemente emitida, ou se o indivíduo não apresentava condições cognitivas perceptíveis para tanto. Ninguém pode ser considerado absolutamente incapaz para todos os atos da vida, mas nada impede que uma avaliação realizada não só por médico, mas por equipe multidisciplinar, determine a absoluta impossibilidade de exprimir validamente sua vontade em determinado ato jurídico, autorizando assim a declaração de sua nulidade.

³⁶ Atualmente, no Brasil a pessoa com deficiência poderá valer-se da chamada tomada de decisão apoiada, prevista no art. 1.783-A do CC, ou a curatela, caso não consiga exprimir sua vontade de forma válida e consciente, consoante art. 4º, III, do CC.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

³⁸ Nelson Rosenvald, de forma bastante elucidativa, defende que, “conforme a concretude do caso, o projeto terapêutico individualizado se desdobrará em três possibilidades: a) o curador será um representante para todos os atos; b) o curador será um representante para alguns atos e assistente para outros; c) o curador será sempre um assistente”. ROSENVALD, Nelson. *Curatela*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 749.

5 Considerações finais

A partir das considerações tecidas, indispensável examinar o regime das invalidades dos negócios jurídicos entabulados por pessoa com deficiência intelectual submetidas à curatela à luz das disposições da CDPD e do EPD, sob pena de, apesar de todo arsenal protetivo e promotor da autonomia e da dignidade da pessoa com deficiência, revolver-se o paradigma médico excludente anterior, ao qual, na ótica do Direito Civil tradicional, reduzia-se ao regime das invalidades do negócio jurídico.

Desse modo, entende-se desnecessário restabelecer hipóteses legais taxativas de nulidade dos atos e negócios praticados por pessoas com deficiência mental ou intelectual, uma vez que essas hipóteses já se encontram genericamente no Código Civil, a exemplo do art. 166, I, e autorizam a invalidação dos atos praticados por pessoas que não podem ser qualificadas como agente capaz para tanto, no momento de sua realização. Indispensável para tanto que seja feita a avaliação global do indivíduo, centrada não mais exclusivamente em critérios médicos, mas também nos aspectos sociais. Tal compreensão é necessária para a efetivação do modelo social de abordagem da deficiência adotado pela CDPD e pelo EPD. Criar hipóteses específicas de nulidade para pessoas com deficiência é discriminatório, logo, inconstitucional, contrário às normas da CDPD. O apego demasiado ao critério subjetivo do discernimento e ao regime das invalidades fundado nas categorias abstratas da incapacidade relativa e absoluta como dogmas descarta da imperiosa determinação constitucional de resgate da autonomia e da promoção da inclusão social das pessoas com deficiência.

Referências

- ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 545-568.
- ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A curatela como instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência intelectual. 2018. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia interdisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o novo regime de capacidade civil. In: *Revista da EMERJ*, v. 20, n. 1, p. 209-223, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://www.emerj.tj.rj.us.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1.html>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direitos das pessoas com deficiência física e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. O direito de constituir família da pessoa com deficiência intelectual: requisitos e limites. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2017, p. 229-242.

- 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 (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 205-228.
- BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. In: *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 6, n. 11, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 20, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEPINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Notas sobre o regime das invalidades e a (in)capacidade da pessoa com deficiência intelectual. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEPINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil. Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - V Congresso do IBD Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 297-310. ISBN 978-85-450-0568-1.

A CURATELA COMO A TERCEIRA MARGEM DO RIO

Nelson Rosendal

1 Introdução

No V Congresso do IBD Civil – em setembro de 2017, em Curitiba – a organização do evento me endereçou o seguinte questionamento: “A curatela implica mitigação da capacidade legal plena derivada do artigo 12 da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência?”.

A CDPD é a primeira convenção internacional de direitos humanos internalizada no Brasil com quórum qualificado (pelo Decreto nº 6.949/09), o que lhe concede posição primária na ordem normativa brasileira, com equivalência às emendas constitucionais (§3º, art. 5º, CF). A indagação referida fere especificamente o art. 12.4 da CDPD, disciplinando 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”.

Pois bem, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) necessariamente guarda deferência à CDPD, inclusive com acato às suas salvaguardas, de modo que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal protejam e promovam a autonomia das pessoas com deficiência. Mas será que isso efetivamente acontece? O título deste artigo não é apenas uma resposta à indagação que me foi formulada, porém é uma homenagem ao mais famoso conto de Guimarães Rosa, publicado na obra “Primeiras Estórias”. Aqui, a terceira margem do rio serve como metáfora aplicada ao caminho percorrido pela Lei Brasileira de Inclusão, que não aderiu às outras duas vias possíveis, sendo que a escolha entre as três alternativas oscilará conforme o peso que se queira conceder entre o necessário cuidado (proteção) da pessoa com deficiência e a promoção de sua autonomia.