

**ADRIANO JAMAL BATISTA**

**Crêterios para a invalida o do negócio jurídico praticado  
pela pessoa com deficiência**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Rui Geraldo Camargo Viana

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2022**

**ADRIANO JAMAL BATISTA**

**Crêterios para a invalida o do negócio jurídico praticado  
pela pessoa com deficiência**

Tese apresentada   Banca Examinadora do Programa de P s-Gradua o em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obten o do título de Doutor em Direito, na área de concentra o Direito Civil, sob a orienta o do Professor Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2022**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, exclusivamente para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

BATISTA, Adriano Jamal

Critérios para a invalidação do negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência / Adriano Jamal Batista; orientador: Rui Geraldo Camargo Viana - São Paulo, 2022.

148 f.

Tese (doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Deficiência. 2. Capacidade. 3. Negócio jurídico. 4. Invalidade. 5. direito. 6. civil-constitucional. I. Viana, Rui Geraldo Camargo, orient. II. Título.

**Nome:** BATISTA, Adriano Jamal.

**Título:** Critérios para a invalidação do negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Professor \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, aos meus queridos pais, Ruy e Suraia, pelo amor e dedicação que sempre dispensaram a mim, e que foram imprescindíveis para alcançar os meus objetivos.

À minha esposa, Tatiana, pelo carinho e apoio incondicional em todos os momentos, e aos meus filhos, Álvaro e Tomás, a quem dedico os esforços e conquistas na vida.

Ao meu irmão Alexandre, a quem devo grande parte da minha formação pessoal, jurídica e profissional, pelo incentivo e pela ajuda desde o meu ingresso no doutorado até a conclusão deste trabalho.

Ao meu irmão de coração Adriano Ferriani, pelas sugestões e críticas que foram fundamentais na elaboração desta tese.

Ao Dr. Rui Geraldo Camargo Viana, que inspira minha vida profissional e acadêmica, pela oportunidade que me concedeu no doutorado da USP e pela valiosa orientação.

Aos meus sócios Carlos Ferriani, Carla Ferriani, Eduardo Fornazari, Carina Poleselli e Vinícius Rebolho, pelo suporte profissional que permitiu minha dedicação aos estudos.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

## RESUMO

BATISTA, Adriano Jamal. *Critérios para a invalidação do negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência*. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – conhecida como Convenção de Nova Iorque – estabeleceu um novo paradigma no regramento voltado à proteção e inserção social das pessoas portadoras de deficiência. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI – Lei nº 13.146/2015), também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em seu artigo 1º, estabelece ser “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. Essa lei operou uma transformação no tratamento jurídico conferido aos deficientes, sendo a mais relevante a revogação dos incisos dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que previam a incapacidade absoluta ou relativa nos casos de ausência ou redução de discernimento decorrentes de enfermidade ou deficiência mental. Houve com isso uma subversão no regime das incapacidades – antes pautado no discernimento –, e conseqüentemente relevantes alterações na teoria do negócio jurídico. A evolução no tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência ao longo da história justifica o novo conceito de incapacidade à luz da Convenção de Nova Iorque. O impacto do atual regramento dispensado aos portadores de deficiência no campo negocial é indiscutível, e evidenciaria para parte da doutrina uma aparente incompatibilidade de seus propósitos e disposições com o ordenamento vigente, na medida em que as alterações promovidas na legislação civil acabariam por desproteger essas pessoas, tidas como vulneráveis. O principal ponto a ser analisado nesse campo serão as hipóteses de (in)validade dos negócios jurídicos envolvendo as pessoas com deficiência, já que, a partir das alterações promovidas pelas legislações citadas, passaram elas a ser consideradas capazes, e seus atos, por isso, presumidamente válidos. A solução para eventuais prejuízos gerados a esses indivíduos em razão de suas condições pessoais reside nos próprios defeitos do negócio jurídico – que, atingindo diretamente a vontade, importarão em sua invalidade –, bem como na análise sistemática e funcional das invalidades, priorizando princípios constitucionais que orientam a legislação específica voltada para a pessoa com deficiência. Nesse contexto, e considerando ainda que a autonomia privada não pode mais ser admitida para (in)validar situações que contrariem o próprio sistema jurídico, impõe-se uma revisão interpretativa da teoria do negócio jurídico – em especial de questões relacionadas à atual ideia de incapacidade –, a fim de permitir que o Estatuto tenha a eficácia pretendida, sem prejuízo da segurança e harmonia do ordenamento. É esse o propósito do presente estudo.

**Palavras-chave:** deficiência; capacidade; negócio jurídico; invalidade; direito civil-constitucional.

## ABSTRACT

BATISTA, Adriano Jamal. *Criteria for the invalidation of the legal transaction practiced by the person with disability*. 148 f. Thesis (Doctor in Law): Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) – known as the New York Convention – established a new paradigm in the regulation aimed at the protection and social inclusion of people with disabilities. The Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (LBI – Law nº 13.146/2015), also known as the Statute of Persons with Disabilities (EPD), in its article 1, establishes the scope to ensure and promote, in conditions of equality, the exercise of rights and fundamental freedoms for people with disabilities, aiming at their social inclusion and citizenship. This law brought about a transformation in the legal treatment given to the disabled, the most relevant being the repeal of the items of articles 3 and 4 of the Civil Code, which provided for absolute or relative incapacity in cases of absence or reduction of discernment resulting from illness or mental disability. As a result, there was a subversion in the disability regime – previously based on discernment –, and consequently relevant changes in the theory of legal business. The evolution in the legal treatment given to people with disabilities throughout history justifies the new concept of incapacity in the light of the New York Convention. The impact of the current regulation given to people with disabilities in the negotiation field is indisputable, and would show for part of the doctrine an apparent incompatibility of its purposes and provisions with the current legal system, insofar as the changes promoted in the civil legislation would end up unprotecting these people, considered vulnerable. The main point to be analyzed in this field will be the hypotheses of (in)validity of legal transactions involving people with disabilities, since, from the changes promoted by the aforementioned legislation, they came to be considered capable, and their acts, therefore, presumably valid. The solution for any damages caused to these individuals due to their personal conditions lies in the defects of the legal business itself – which, directly affecting the will, shall result in its invalidity – as well as in the systematic and functional analysis of invalidities, prioritizing constitutional principles that guide specific legislation aimed at people with disabilities. In this context, and considering that private autonomy can no longer be admitted to (in)validate situations that contradict the legal system itself, an interpretative review of the theory of the legal business is required – in particular of issues related to the current idea of incapacity – in order to allow the Statute to have the intended effectiveness, without prejudice to the security and harmony of the order. That is the purpose of the present study.

**Keywords:** disability; capacity; juridic business; invalidity; civil-constitutional law.

## RIASSUNTO

BATISTA, Adriano Jamal. *Criteri per l'annullamento del negozio giuridico praticato dalla persona con disabilità*. 148 f. Tesi (Dottorato di ricerca in Giurisprudenza). Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2022.

La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) – nota come Convenzione di New York – ha stabilito un nuovo paradigma nella normativa volta alla protezione e all'inclusione sociale delle persone con disabilità. La legge brasiliana per l'inclusione delle persone con disabilità (LBI – Legge n° 13.146/2015), nota anche come Statuto delle persone con disabilità (EPD), nel suo articolo 1, stabilisce lo scopo di garantire e promuovere, in condizioni di uguaglianza, l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali per le persone con disabilità, mirando alla loro inclusione sociale e cittadinanza. Tale norma ha comportato una trasformazione del trattamento giuridico riservato ai portatori di handicap, la più rilevante delle quali è stata l'abrogazione degli articoli 3 e 4 del codice civile, che prevedevano l'incapacità assoluta o relativa nei casi di assenza o riduzione del discernimento, derivante da malattia o disabilità mentale. Di conseguenza, c'è stato un sovvertimento nel regime della disabilità – prima basato sul discernimento – e di conseguenza rilevanti cambiamenti nella teoria del business legale. L'evoluzione del trattamento giuridico riservato alle persone con disabilità nel corso della storia giustifica il nuovo concetto di incapacità alla luce della Convenzione di New York. L'impatto dell'attuale disciplina data alle persone con disabilità in campo negoziale è indiscutibile, e mostrerebbe per parte della dottrina un'apparente incompatibilità delle sue finalità e delle sue disposizioni con l'attuale ordinamento, in quanto le modifiche promosse nella normativa civile finiscono per non proteggere queste persone, considerate vulnerabili. Il punto principale da analizzare in questo campo saranno le ipotesi di (in)validità dei negozi giuridici che coinvolgono persone con disabilità, poiché dalle modifiche promosse dalla citata normativa, queste persone sono state ritenute capaci, e i loro atti, quindi, presumibilmente valido. La soluzione degli eventuali danni loro arrecati a causa della loro condizione personale risiede nei vizi dell'attività legale stessa – che incidono direttamente sul testamento, ne determinerà la nullità – nonché nell'analisi sistematica e funzionale delle invalidità, privilegiando i principi costituzionali che guidano una normativa specifica rivolta alle persone con disabilità. In tale contesto, e considerato che l'autonomia privata non può più essere ammessa a situazioni (in)convalide contraddittorie all'ordinamento stesso, si rende necessaria una revisione interpretativa della teoria dell'impresa legale – in particolare delle questioni legate all'attuale idea di incapacità – al fine di consentire allo Statuto di avere l'efficacia voluta, ferma restando la sicurezza e l'armonia dell'ordine. Questo è lo scopo del presente studio.

**Parole chiave:** disabilità; capacità; affari giuridici; invalidità; diritto civile-costituzionale.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>ADI</b>	<i>Alzheimer's Disease International</i> (Associação Internacional da Doença de Alzheimer)
<b>BGB</b>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
<b>BtG</b>	<i>Betreuungsgesetz</i> (Lei do Cuidado Especial alemã)
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDPD</b>	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York), assinada na Assembleia Geral da ONU em 30 de março de 2007
<b>CIF</b>	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, criada pela OMS em 2001
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16-3-2015)
<b>CRPD</b>	<i>Convention on the Rights of Persons with Disabilities</i> (v. CDPD)
<b>EPD</b>	Estatuto da Pessoa com Deficiência (v. LBI)
<b>LBI</b>	Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6-7-2015)
<b>Libras</b>	Língua Brasileira de Sinais
<b>MP</b>	medida provisória
<b>OMS</b>	Organização Mundial da Saúde
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>Rel.</b>	relator(a)
<b>TDA</b>	tomada de decisão apoiada
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>TJSP</b>	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1 TEORIA DAS INCAPACIDADES .....	15
1.1 Personalidade.....	18
1.2 Capacidade.....	20
1.2.1 Evolução histórica do conceito de capacidade.....	20
1.2.2 Capacidade de direito (ou de gozo) e de fato (ou de exercício).....	21
2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA .....	25
2.1 Evolução do conceito de pessoa com deficiência (histórico) .....	25
2.2 Propósitos e inserção no ordenamento jurídico brasileiro .....	27
2.3 Espécies de deficiência.....	30
2.4 Meios de assistência do deficiente.....	33
2.4.1 A curatela da pessoa com deficiência .....	36
2.4.2 Tomada de decisão apoiada .....	40
2.4.2.1 <i>Betreuung</i> (Alemanha) .....	42
2.4.2.2 <i>Amministrazione di sostegno</i> (Itália).....	44
2.4.2.3 <i>Sauvegarde de justice</i> (França) .....	45
2.4.2.4 <i>Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad</i> (Argentina).....	48
2.4.2.5 Regime jurídico do maior acompanhado (Portugal) .....	49
2.5 Novos paradigmas da (in)capacidade .....	50
3 O NEGÓCIO JURÍDICO À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..	58
3.1 O negócio jurídico sob a ótica da pessoa com deficiência .....	61
3.2 Negócio jurídico e autonomia privada.....	65
3.3 Defeitos do negócio jurídico e demais causas de invalidade conforme o Estatuto da Pessoa com Deficiência .....	70
3.3.1 O casamento envolvendo pessoa com deficiência .....	85
3.4 As invalidades e o direito temporal .....	89
3.5 A prescrição e o negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência .....	94
CONCLUSÃO .....	99
REFERÊNCIAS .....	100
ANEXOS.....	110

## INTRODUÇÃO

Al igual que los avances científicos buscan la curación del enfermo, el Derecho Civil debe perseguir una finalidad terapéutica o rehabilitadora de la persona vulnerable, logrando su recuperación e integración jurídica y social, y, en definitiva, el máximo ejercicio de sus derechos con la menor limitación posible de su capacidad de obrar.

Inmaculada Vivas Tesón<sup>1</sup>

A partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – conhecida como Convenção de Nova Iorque –, foi estabelecido um novo regramento voltado à proteção e inserção na sociedade das pessoas portadoras de deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI – Lei nº 13.146, de 6-7-2015), também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), seguindo a orientação da Convenção, em seu artigo 1º estabelece ser “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Referida legislação, porém, operou verdadeira transformação em nosso ordenamento no tratamento jurídico conferido aos deficientes, sendo a mais relevante a revogação dos incisos dos artigos 3º e 4º do Código Civil, que previam a incapacidade absoluta ou relativa nos casos de ausência ou redução de discernimento decorrentes de enfermidade ou deficiência mental.

O Relator do substitutivo do projeto de lei que veio a instituir a LBI, Senador Romário de Souza Faria, ao justificar a ruptura do sistema de incapacidades até então vigente no Código Civil, consigna que

seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Assim como os avanços científicos buscam a cura do doente, o Direito Civil deve buscar uma finalidade terapêutica ou rehabilitadora para a pessoa vulnerável, alcançando sua recuperação e integração jurídica e social e, em última instância, o máximo exercício de seus direitos com a menor limitação possível de sua capacidade de agir (VIVAS TESÓN, Inmaculada. La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad: la experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 43, tradução livre).

<sup>2</sup> Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&ts=1567532965082&disposition=inline> Acesso em: 28 mar. 2022.

É bem verdade que o Código Civil de 2002 já não tratava a deficiência por si só como causa de incapacidade, mas sim a ausência ou redução de discernimento, que poderia decorrer de outras situações, tais como o critério etário, o alcoolismo, a prodigalidade etc.

De qualquer forma, nota-se a partir do novo regramento da pessoa com deficiência uma subversão no regime das incapacidades, e conseqüentemente relevantes alterações na teoria do negócio jurídico.

O presente estudo tem como ponto de partida a transformação do tratamento jurídico conferido ao deficiente ao longo da história, digressão indispensável para uma perfeita compreensão do novo conceito de incapacidade à luz da Convenção de Nova Iorque.

Nesse contexto verificar-se-á que o microsistema de proteção a que estava sujeito o deficiente lhe conferia um enquadramento jurídico incompatível com a evolução irreversível do conceito de incapacidade ligado à pessoa com deficiência.

O impacto do atual regramento dispensado ao deficiente no campo negocial é indiscutível, e, em razão da aparente incompatibilidade da inserção de seus propósitos e disposições com o ordenamento vigente, a doutrina – em especial os civilistas – tece duras críticas às alterações introduzidas pelo EPD.

Uma das principais ponderações é a de que as alterações promovidas na legislação civil acabaram por desproteger o portador de deficiência, tido como vulnerável.

E talvez resida sobretudo nesse ponto a necessidade de uma mudança de paradigma, sem a qual não será possível conciliar a teoria com a prática; não se pode resolver as questões com os pés no presente e a cabeça no passado.

O que se extrai das discussões que antecederam a Convenção e o Estatuto é que não havia propriamente uma preocupação com a proteção, mas com uma nova visão que se deveria ter sobre os portadores de deficiência cognitiva para que pudessem ser, de fato, inseridos na sociedade.

O foco é a valorização da pessoa, a preservação da autodeterminação do portador de deficiência e da sua liberdade, condições absolutamente necessárias para tornar efetiva a dignidade, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal).

José Afonso da Silva explica que qualificar direitos como fundamentais é apontá-los como situações jurídicas essenciais sem as quais o homem “não se realiza, não convive e, às vezes nem sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser,

não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”<sup>3</sup>, o que os relaciona de maneira intrínseca com o princípio da dignidade humana e da igualdade.

E a necessidade de mudanças nesse campo, em especial no regime das incapacidades, não é algo novo nem mesmo no sistema jurídico brasileiro.

Nos esboços do Código Civil, Teixeira de Freitas já apontava que a capacidade era um requisito de validade que comportaria gradação, pois

ou as pessoas são absolutamente incapazes de obrar, e seus atos não produzem efeito algum. Ou, sendo incapazes apenas até certo ponto, seus atos podem ter valor em certas circunstâncias, e debaixo de certas condições. Há pois uma incapacidade absoluta, e uma incapacidade relativa; como, por exemplo, no primeiro caso a dos menores impúberes, no segundo caso a dos menores adultos<sup>4</sup>.

As alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015 (EPD) promoveram uma necessária atualização para adequar a legislação aos preceitos que servem de base e fundamento à construção dos valores jurídicos fundamentais da sociedade.

O Estatuto deve servir de guia para o intérprete acerca de uma vulnerabilidade que estava retratada de forma inadequada no ordenamento jurídico, reclamando por isso uma modernização. Em verdade houve uma mudança de abordagem em relação à deficiência, que não é mais considerada uma doença, evoluindo-se para uma necessária análise da interação entre as limitações naturais e as barreiras sociais.

O EPD evidentemente não tem poder para eliminar a deficiência, mas sim para impor respeito às diferenças; sua intenção é abrandar a desigualdade, em termos de tratamento jurídico, entre a pessoa com deficiência e a pessoa sem deficiência, e com isso adequar a legislação a uma nova realidade social.

Tanto assim que, atento às diferenças que de fato existem, cria medidas de apoio que auxiliam o sujeito no exercício dos seus direitos, mas que não são, necessariamente, requisitos de validade dos negócios praticados.

Tais medidas garantem, quando necessário, a igualdade que se pretende conferir às pessoas com deficiência nas diversas relações sociais que lhes digam respeito.

Além da curatela, criou-se o instituto da tomada de decisão apoiada, instrumentos jurídico-protetivos colocados à disposição das pessoas com deficiência para o exercício pleno dos atos da vida civil.

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 178.

<sup>4</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859. p. 123.

Nesse contexto, especificamente no campo negocial, impõe-se uma revisão interpretativa da teoria do negócio jurídico – em especial de questões relacionadas à atual ideia de capacidade –, a fim de permitir que o Estatuto tenha a eficácia pretendida, sem prejuízo da segurança e harmonia do sistema jurídico. É esse o propósito do presente estudo.

Na elaboração do trabalho serão utilizados tanto o método *estruturalista*, para verificar o que é o direito, como o *funcionalista*, a fim de se entender para que serve o direito.

Os métodos científicos gerais, como o histórico, o sociológico e o analítico, também serão invocados, além da análise do direito vigente, bem como do papel da jurisprudência e suas influências sobre os aspectos que norteiam as questões a serem dirimidas.

A ausência de estudos aprofundados sobre os impactos do EPD na teoria do negócio jurídico corrobora a relevância do presente estudo para o amadurecimento do tema.

A análise envolverá, ainda, a observância dos seguintes métodos: *descritivo*, verificando-se como o problema é observado e descrevendo-se os vários aspectos a ele pertinentes; *comparativo*, por meio do confronto ou da comparação entre as normas aplicáveis ao tema; *crítico-avaliativo*, procurando estabelecer uma abordagem crítica das questões.

O plano de pesquisa seguirá a ordem supramencionada, em que são destacados em tópicos os aspectos mais importantes a analisar.

Destarte, inicialmente é abordada a alteração na teoria das incapacidades, averiguando-se a etimologia da palavra *capacidade*, seu conceito jurídico, evolução e implicações na sociedade contemporânea.

Em seguida, serão estudados os elementos do negócio jurídico e seus requisitos de validade, o que permitirá uma análise do tema proposto com vistas a compatibilizar os anseios do EPD com os dogmas que norteiam nosso ordenamento jurídico.

## 1 TEORIA DAS INCAPACIDADES

O estudo das mudanças na teoria das incapacidades promovidas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência (EPD) é imprescindível para o propósito deste trabalho em razão dos impactos gerados na teoria do negócio jurídico, sobretudo no quesito validade.

A partir da conceituação de personalidade e capacidade, será feita a distinção dessas duas figuras, e então definidas as aptidões necessárias para se ter capacidade de fato, que pode ser traduzida na possibilidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Na evolução histórica do conceito de capacidade poder-se-á verificar que o ordenamento jurídico restringia o exercício pessoal de determinados direitos em razão de limitações que se acreditava existir em certas pessoas, tachadas, de acordo com o grau de limitação, em absoluta ou relativamente incapazes.

O intuito da lei era a proteção daqueles que, pela ausência ou redução de discernimento, eram considerados vulneráveis.

Como consequência, o ato praticado pelo absolutamente incapaz, sem a necessária representação, era nulo. Já para o negócio praticado pelo relativamente incapaz – que deveria ser apenas assistido, mas não representado –, a consequência da sua prática sem a devida assistência seria a anulabilidade.

E, considerando que o propósito de o sistema prever a invalidade do ato praticado pelo incapaz era sua própria proteção, defendia a doutrina que tal consequência só fazia sentido se o ato prejudicasse a parte protegida pela lei; caso contrário, não haveria razão para tirar a validade do ato<sup>5</sup>.

O sistema, portanto, foi concebido tendo o grau de discernimento como fundamento de uma ou outra espécie de incapacidade (absoluta ou relativa).

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI) inaugurou uma nova fase na teoria das incapacidades, especialmente ao prever logo em seu artigo 6º que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, sendo assegurado à pessoa com deficiência o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais. Estabeleceu-se, assim, uma espécie de presunção de capacidade para todas as pessoas.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido Antonio Junqueira de Azevedo em *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

Nem por isso se pode afirmar que houve um rompimento completo com a teoria tradicional das incapacidades, na medida em que remanesce a possibilidade da interferência de terceiro no exercício da capacidade por meio da curatela ou da tomada de decisão apoiada.

Quando se trata de pessoa com deficiência, porém, a curatela só tem cabimento quando evidenciada a impossibilidade real e duradoura de o indivíduo de se autodeterminar e expressar sua vontade, sendo medida protetiva extraordinária, que deverá ainda ser proporcional às necessidades de cada caso, e durará o menor tempo possível (art. 84, § 3º, do Estatuto).

Com o novo viés de capacidade introduzido em nosso sistema jurídico, a pessoa com deficiência não é mais tachada de incapaz. Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e de uma perspectiva constitucional de isonomia, passou a ser capaz.

A evolução do ordenamento na busca de extirpar (pré)conceitos e tratamentos discriminatórios fez com que a proteção se voltasse à pessoa, e não mais ao abstrato conceito de cidadão, que está relacionado a uma capacidade de exercício de direitos políticos.

Para uma perfeita compreensão dessas mudanças é preciso uma contextualização jurídica da dignidade da pessoa humana.

Antes as críticas se voltavam, por exemplo, à “boa-fé”, à “função social”, ao “interesse público”, expressões vagas empregadas para fundamentar qualquer ideia. Isso hoje está superado não apenas pela definição doutrinária desses conceitos como também pela sua inserção nas legislações e efetiva aplicação pela jurisprudência. O mesmo precisa ser feito com a dignidade da pessoa humana.

A partir de uma breve retrospectiva concluímos que não se admite mais a antiga ideia de que os animais não pensam, não têm vontade ou autonomia, e por isso haveriam de ser equiparados a “coisas”, verdadeiros robôs naturais. O escravo também era tratado como tal (coisa). Num passado não tão distante, a mulher casada era relativamente incapaz. Em termos de idade, a capacidade plena era atingida somente aos 21 anos. Hoje tudo isso é inconcebível.

A evolução do homem igualmente não deixa dúvidas quanto às transformações de suas aptidões ao longo do tempo; e esse é um movimento contínuo e irreversível.

Os avanços científicos cada vez mais evidenciam o grau de comprometimento de lesões cerebrais e suas relações com capacidades sensoriais e cognitivas. É, por isso, no mínimo um absurdo afirmar modernamente que uma pessoa com deficiência não tem discernimento e, então, não tem vontade. Não é simples assim.

Antonio Junqueira de Azevedo, ao buscar uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana em artigo escrito há mais de 15 anos, já ponderava:



É patente, pois, a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer. Fundamentar toda a nossa dignidade numa “autonomia” individual que, além de duvidosa “in concreto”, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista como “qualidade de vida” a ser decidida subjetivamente, não basta<sup>6</sup>.

O mesmo jurista prossegue esclarecendo que o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana pressupõe como condição objetiva a vida, e assim impõe como dever básico o reconhecimento da intangibilidade da vida humana. Seria, assim, um “preceito jurídico absoluto”, e conseqüentemente daria base jurídica para a exigência do respeito à integridade (física e psíquica), às condições mínimas de vida e aos pressupostos de liberdade e convivência social igualitária entre os homens.

As maiores críticas ao Estatuto nesse ponto decorrem da revogação dos incisos do artigo 3º do Código Civil, que relacionavam a pessoa com deficiência entre as hipóteses de incapacidade absoluta, permanecendo agora nessa categoria apenas os menores de 16 anos<sup>7</sup>.

O artigo 4º do Código Civil, que se refere à incapacidade relativa, também sofreu substanciais alterações, não figurando mais nesse rol os excepcionais e os portadores de deficiência mental. O artigo, na redação criada pelo Estatuto, passou a considerar relativamente incapazes, além dos menores púberes (entre 16 e 18 anos), os ébrios habituais e os viciados em tóxico, também as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além dos pródigos<sup>8</sup>.

Como exposto nas considerações iniciais, a grande crítica da doutrina às alterações promovidas no Código Civil tem por fundamento uma suposta desproteção da pessoa com deficiência. Nas palavras de José Fernando Simão,

---

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva: 2004. p. 13.

<sup>7</sup> Ainda assim, oportuno mencionar que o artigo 12 da Convenção protege a igualdade perante a lei de todas as pessoas, independentemente de sua idade, mas o artigo 7 reconhece que as capacidades dos menores está se desenvolvendo e exige que “em todas as atividades relacionadas com crianças com deficiência, uma consideração [seja] a proteção do interesse superior da criança” e que sua opinião [receba] a devida consideração levando em consideração “sua idade e maturidade”. Para cumprir as disposições do artigo 12, os Estados devem examinar suas leis e assegurar uma interpretação na qual a vontade e as preferências das crianças com deficiência sejam respeitadas em igualdade de condições com as demais.

<sup>8</sup> A jurisprudência parece não ter assimilado completamente as mudanças, reconhecendo ainda em alguns casos a incapacidade absoluta em razão da completa falta de discernimento: “Interdição. Doença de Alzheimer. Decretação de interdição total. Insurgência. Admissibilidade. Elementos dos autos que comprovam que a requerida é absolutamente incapaz de exercer sozinha os atos da vida civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece os direitos das pessoas portadoras de deficiência, sem prejuízo dos mecanismos que assegurem o exercício desses direitos, como é o caso da interdição. Atestado médico que confirma a incapacidade total e permanente. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1005523-80.2017.8.26.0292, Rel. Fernanda Gomes Camacho, julgado em 13.03.2019).

sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil. Mas há um problema prático: apesar de o Estatuto ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana tal pessoa não consegue exprimir vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas passam a ser capazes por força da nova lei. Assim indago: qual efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma<sup>9</sup>.

A despeito das críticas nesse sentido, o Estatuto prevê a possibilidade de assistência e até mesmo de representação em casos comprovadamente necessários, em especial para a prática de atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85 do Estatuto).

Ademais, como será desenvolvido ao longo deste trabalho, os possíveis problemas nos negócios jurídicos envolvendo pessoas com deficiência encontram no próprio sistema outras soluções que não necessitam da pecha de “incapaz”.

## 1.1 Personalidade

O artigo 2º do Código Civil prevê que a personalidade civil da pessoa começa do seu nascimento com vida.

Personalidade deriva do termo *persona*, que significa máscara, podendo ser entendida como “um tipo de máscara designada de um lado para impor uma impressão definitiva sobre os outros, e de outro para ocultar a verdadeira natureza do indivíduo”<sup>10</sup>.

Trata-se, portanto, de uma qualidade existencial de ser pessoa, que por isso simplesmente não pode ser desprezada em nenhuma hipótese, por consistir em elemento extrajurídico que se sobrepõe ao direito.

Na dogmática jurídica o conceito de pessoa está diretamente ligado à ideia de personalidade, sendo essa última a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. A personalidade é, assim, uma qualidade da pessoa ou sujeito.

<sup>9</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Conjur*. 6 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 7 jul. 2019.

<sup>10</sup> “[...] a kind of mask, designed on the one hand to make a definite impression upon others, and on the other to conceal the true nature of the individual” (JUNG, Carl Gustav. *The collected works of C. G. Jung*. Translators Gerhard Adler and R. F. C. Hull. [S. l.]: Princeton University Press, April 1972. v. 7: Two essays on analytical psychology. *E-book*, tradução livre).

A personalidade ocupa ponto central entre os direitos fundamentais, recebendo proteção legal não apenas do Código Civil, mas também da Constituição Federal. A tutela dos direitos da personalidade, assim, constitui a base das situações existenciais.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado, há de ser compreendida aqui como um conjunto de elementos capazes de preservar o desenvolvimento da personalidade, entre os quais se inserem a liberdade, a igualdade, a integridade, a autonomia, enfim, tudo aquilo que é necessário para resguardar a qualidade intrínseca e distinta de cada pessoa, sem qualquer tipo de discriminação. Tal princípio há de ser ainda considerado um elemento de controle de validade dos atos praticados pelo poder público e pelos particulares.

Gustavo Tepedino classifica a dignidade da pessoa humana como cláusula geral remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro, concluindo que é a pessoa humana que se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado<sup>11</sup>.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como *princípio dos princípios*, prevista já no artigo 1º, III, da Constituição Federal, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Não há, pois, o que se questionar acerca da irrestrita observância da dignidade da pessoa humana, direito fundamental que não pode ser suprimido por qualquer norma infraconstitucional ou interpretação legal. Trata-se da horizontalização dos direitos fundamentais, que faz com que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, nos exatos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, regendo inclusive diretamente as relações privadas.

A personalidade permite à pessoa o exercício do direito e a possibilidade de contrair obrigações, consistindo em elemento indissociável da capacidade. A propósito, é o seu principal atributo, ressaltando Caio Mário da Silva Pereira que “a privação total de capacidade implicaria na frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica de adquiri-lo, a consequência seria seu aniquilamento do mundo jurídico”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 294-295.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. I. p. 210.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu o direito de toda pessoa a uma ordem social justa em que os direitos e liberdades ali estabelecidos pudessem ser plenamente realizados, impondo dever a todos perante a comunidade, a fim de tornar possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade (arts. XXVIII e XXIX).

Quando se fala em direitos da personalidade, trata-se de direitos subjetivos da própria pessoa, como identidade, sociabilidade, liberdade e honra, ou seja, são inerentes à sua própria existência.

Como pontua De Plácido e Silva,

A personalidade civil, pois, assegura à pessoa o direito de ter uma existência jurídica própria e de ser sujeito de direitos, integrando conceito mais amplo que o de capacidade, onde não se faz mister somente a existência da pessoa, atributo da personalidade, mas a evidência de outros requisitos indispensáveis para que aja por si, atributo da capacidade<sup>13</sup>.

No mesmo sentido Pietro Perlingieri:

Quando concretas, possíveis, ainda que residuais, faculdades intelectuais e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício das expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito<sup>14</sup>.

## 1.2 Capacidade

### 1.2.1 Evolução histórica do conceito de capacidade

O direito romano deu início à conceituação e delimitação do instituto da capacidade civil, à época marcado por fortes influências políticas e religiosas, levando em consideração ainda questões de gênero e o aspecto físico, precipuamente com o intuito de afastar da sociedade pessoas com determinadas deficiências – ou seja, a capacidade era basicamente definida de acordo com a conveniência do local e do momento.

Nesse período nem todos tinham a capacidade reconhecida (*capitis deminutio*). Os escravos eram equiparados a coisa, sendo incapazes; já os cidadãos, livres, tinham plena capacidade.

---

<sup>13</sup> SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*. 15. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 606.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781-782.

Havia ainda em Roma outras categorias que definiam a capacidade, como os estrangeiros (*peregrinos*) e os latinos, que, a despeito de não serem cidadãos, tinham capacidade e desfrutavam de certos privilégios.

Ao longo dos tempos, sob influência do cristianismo e, ainda mais à frente, do reconhecimento das liberdades e da priorização do indivíduo, sobreveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e depois a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

A partir daí consolidou-se a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, que norteou diversas constituições, inclusive a nossa, e assim foi se moldando o atual conceito de capacidade, que não mais admite sua aferição segundo aqueles critérios romanos.

Especificamente em nosso direito, como mencionado na introdução, a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a igualdade, asseguradas na Constituição Federal, garantem a todos, indistintamente, a capacidade de direito e, cada vez mais, também a de fato, como se dá atualmente com as pessoas portadoras de deficiência<sup>15</sup>.

Fato é que os valores previstos no texto constitucional, em especial a igualdade e o respeito à dignidade da pessoa humana, não permitem mais a convivência com a conceituação binária do Código Civil no que se refere à capacidade: capaz ou incapaz, ainda que se fizessem algumas diferenciações quanto à capacidade absoluta e à relativa.

### ***1.2.2 Capacidade de direito (ou de gozo) e de fato (ou de exercício)***

Como se extrai dos tópicos anteriores, a capacidade de direito é inerente à personalidade, garantindo a todos a titularidade de direitos e deveres. Tolher essa capacidade, assim, significaria reduzir a pessoa a coisa, o que é absolutamente impensável no direito atual por implicar clara violação da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República que dá sentido à ordem jurídica.

Já a capacidade de fato está associada à possibilidade de exercício daqueles direitos e deveres.

---

<sup>15</sup> O direito fundamental de igualdade assegurado em nossa Constituição há de ser entendido tanto na sua acepção formal, garantido a todos os indivíduos acesso a direitos e obrigações, quanto na material, impondo tratamento diferenciado na medida de suas desigualdades, que pode ser traduzido no célebre pensamento de Rui Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. p. 26 (BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <http://memoriaeinformacao.casa.ruibarbosa.gov.br/index.php/fcrb/article/view/20/20>. Acesso em: 15 maio 2022).

A pedra de toque da capacidade de fato sempre foi o discernimento, que servia para balizar, conforme as limitações de cada um, a capacidade relativa ou absoluta. O discernimento estaria relacionado à racionalidade, de sorte que, quando houvesse discernimento, haveria autonomia para a tomada de decisão.

A ausência total de discernimento importava em incapacidade absoluta, sendo desconsiderada nessa hipótese qualquer vontade do agente. Assim, se praticasse um negócio jurídico sem a necessária representação, haveria nulidade.

O artigo 3º do Código Civil elencava como absolutamente incapazes os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não detinham discernimento para a prática de atos; e os que, mesmo por causa transitória, não podiam exprimir sua vontade.

Como será analisado mais adiante, esse artigo foi profundamente alterado pelo EPD, que manteve nesse rol somente os menores de 16 anos, que historicamente sempre foram assim considerados em razão da falta de maturidade, de experiência de vida para tomar decisões.

No conceito original de incapacidade absoluta do Código de 2002, a curatela aparece como forma assistencial pura de substituição da vontade, sob a justificativa de dar proteção patrimonial ao incapaz.

A curatela, então instituída por meio de processo judicial de interdição, privava total ou parcialmente o incapaz de sua capacidade negocial, e conseqüentemente de manifestar validamente sua própria vontade.

Note-se desde logo que o sistema vigente antes da LBI sobrepunha a proteção à autonomia da pessoa.

Já a incapacidade relativa, considerando certo grau de discernimento, impunha a necessidade de assistência, e não mais de representação, sem a qual o negócio praticado era tido por anulável.

Tratava-se, pois, de uma espécie de incapacidade atenuada, cumprindo a uma perícia médica orientar o juiz acerca do grau de limitação. A partir desse parâmetro o magistrado decidia quanto à aptidão para a prática de determinados atos.

O artigo 4º do Código Civil enumerava entre os relativamente capazes os maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por enfermidade ou deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos.

Esse artigo também foi modificado pelo Estatuto, tendo sido excluídos os portadores de deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo<sup>16</sup>.

E são exatamente essas últimas modificações as mais relevantes para o presente estudo.

A diferença entre os excepcionais e os que têm discernimento reduzido é tênue. Ambas as condições importam na redução do juízo, que significa a diminuição da capacidade de compreender com clareza as situações, de diferenciar o certo do errado, de avaliar as coisas com bom senso.

Os “deficientes” eram tidos como aqueles que tinham sua capacidade reduzida em razão de uma moléstia, ou seja, de uma causa adquirida ao longo da vida; já o termo “excepcional” designava os que já nasciam com algum tipo de doença que comprometia o pleno discernimento.

Importante observar, porém, que nem sempre a incapacidade decorria de uma doença, fosse adquirida ou congênita.

A incapacidade – relativa ou absoluta – tal como prevista no Código Civil antes do Estatuto poderia atingir de forma diferente pessoas com as mesmas limitações físicas, em razão do acesso distinto a tratamento, instrução educacional ou mesmo de condição socioeconômica<sup>17</sup>.

Imagine o caso de um cego ou um surdo-mudo que não teve nenhuma instrução que lhe permitisse compreender ou se expressar, por meio do sistema Braille no primeiro caso ou da Língua Brasileira de Sinais (Libras) no segundo. Essa pessoa poderia ser considerada absoluta ou relativamente incapaz, diferentemente de outra, a despeito de enfrentarem as mesmas limitações, por ter instrução e nenhuma dificuldade de compreensão ou expressão.

O Código Civil de 2002, assim, antes das alterações promovidas pelo EPD, estava calcado em um modelo protecionista da pessoa com deficiência, que se utilizava da representação e da assistência como formas de integrar a capacidade. Tais institutos constituíam, assim, pressupostos de validade do negócio jurídico. Não havia, porém, nesse

---

<sup>16</sup> Ao comentar a então incapacidade absoluta dos portadores de enfermidade ou doença mental, menciona José Fernando Simão que “a alteração das faculdades mentais é uma das principais causas de incapacidade, que é a privação da razão, total ou parcialmente, não sendo o indivíduo capaz de fazer emanar uma vontade consciente que comporte um valor jurídico” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*: busca pela interpretação do sistema. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 25).

<sup>17</sup> Nesse aspecto, oportuno observar que o Código Civil de 1916, atento a essa situação, classificava no artigo 5º, III, como absolutamente incapazes “os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade”.

modelo, absolutamente nenhuma preocupação com a inserção social dessas pessoas. Sua vontade era totalmente ignorada.

As alterações promovidas pela LBI, especificamente no que se refere à capacidade, são o ponto inicial para orientar uma nova interpretação das invalidades dos negócios praticados por pessoas com deficiência.

O artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e o artigo 84 do EPD, este último inserido sob a denominação “Reconhecimento igual perante a lei”, reconhecem à pessoa portadora de deficiência a *capacidade legal em igualdad de condiciones*. Esse termo (capacidade legal), também usado pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão, designa a capacidade jurídica, abrangendo tanto a capacidade de gozo como a e exercício.

Nesse sentido, o Comitê da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu que deveriam ser abolidas quaisquer práticas que pudessem violar ou negar vigência aos preceito do aludido artigo 12 da Convenção, a fim de que fosse de fato reconhecida a capacidade legal das pessoas com deficiência<sup>18</sup>.

Uma interpretação crítica baseada exclusivamente nas modificações dos artigos 3º e 4º do Código Civil pode levar a perplexidades insolúveis, tais como a tentativa de explicar a capacidade relativa de uma pessoa em coma, que de fato não tem nenhuma condição de manifestar a vontade.

Porém, como se verá ao longo deste estudo, as alterações promovidas pelo EPD têm uma função muito mais abrangente, que não está limitada a atos negociais, mas abrange questões existenciais, impondo uma ruptura com conceitos que não mais se adéquam à nossa realidade.

E o próprio sistema traz soluções jurídicas para as novas situações, de sorte que o atual modelo de capacidade, que representa um choque de paradigma com o antigo regramento, impõe ao intérprete uma mudança de perspectiva, sem a qual não será possível compatibilizá-lo com o ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>18</sup> “El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás” (ONU. CRPD/C/11/4, p. 3). Em tradução livre: O Comitê reafirma que o fato de uma pessoa ter uma deficiência (incluindo deficiências físicas ou sensoriais) nunca deve ser motivo para negar-lhe a capacidade legal ou qualquer um dos direitos estabelecidos no artigo 12. Todas as práticas cujo objetivo ou efeito seja violar o artigo 12 devem ser abolidas, para que as pessoas com deficiência recuperem a plena capacidade jurídica em igualdad de condiciones com as demais



## **2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A necessidade de transformações do ordenamento jurídico com vistas a dar um novo viés ao tratamento dispensado às pessoas com deficiência é um fenômeno mundial observado há mais de uma década.

A evolução da sociedade, e conseqüentemente do sistema legal – e em especial dos princípios e valores positivados nas constituições –, trouxe à luz uma nova visão do papel que as pessoas portadoras de deficiência deveriam representar e desempenhar.

As ciências médicas, nas suas mais variadas áreas, também contribuíram para esse processo evolutivo, permitindo a aferição muito mais precisa das limitações de cada pessoa. Os tratamentos terapêuticos permitiram que pessoas antes condenadas a uma vida quase vegetativa tivessem condições de manifestar sua vontade e de ter autonomia.

Nesse contexto foi reconhecida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) a capacidade legal dos portadores de deficiência, que foram nesse aspecto iguais aos demais indivíduos, tornando-se aptos à prática de atos da vida civil, sem prejuízo de eventual suporte quando necessário.

Nota-se a partir daí uma transição jurídica do antigo parâmetro puramente médico de deficiência para um modelo social, visando à inclusão da pessoa com deficiência e fazendo valer de forma pragmática garantias fundamentais de igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Atualmente convivemos com um microsistema de proteção desse novo modelo, composto não apenas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), mas também pela Constituição Federal e por um conjunto de normas infraconstitucionais que, bem interpretadas, permitem uma convivência harmônica com o Código Civil, em especial no que se refere à validade do negócio jurídico, tema central do presente estudo.

### **2.1 Evolução do conceito de pessoa com deficiência (histórico)**

Desde os primórdios da humanidade as diferenças físicas e intelectuais segregavam as pessoas com alguma espécie de deficiência.

A deficiência era motivo de opressão, inferiorização e até mesmo eliminação em prol dos demais.

Questões religiosas potencializavam a discriminação das pessoas com deficiência, por vezes consideradas seres amaldiçoados em razão de pecados praticados em vidas anteriores, ou possuídos pelo mal quando acometidos por distúrbios psíquicos.

Ao longo do tempo a ideia de eugenia corroborava a exclusão social dos deficientes, eis que tinha por princípio preservar apenas as melhores espécies, para a purificação e melhoria genética da humanidade.

O próprio instituto da curatela tem origem na Lei das XII Tábuas, que previa a administração dos bens por “agnados” (parentes consanguíneos) no caso de o indivíduo se tornar louco ou pródigo.

Na Idade Média, sob forte influência cristã, portadores de deficiência passaram a ser acolhidos por caridade em abrigos específicos. Ainda assim, alimentava-se a crença de que essas pessoas eram misteriosas e por vezes usadas para entretenimento ou como amuletos de sorte pela monarquia, como os anões, os bobos da corte, os corcundas etc.

As ideias renascentistas promoveram transformações no campo religioso, cultural, político e social. Assim, sobretudo a partir do século XVI, antigos dogmas místicos relacionados às pessoas com deficiência passaram a ser explicados pela medicina.

O humanismo do século XVII valorizou o saber crítico voltado a uma melhor compreensão do homem, potencializando sua condição humana e valorizando a autonomia da pessoa. Nesse período, porém, prevaleciam ainda restrições para o absolutamente incapaz, a quem era conferido o mesmo tratamento jurídico dos menores.

Desde o século XVIII a legislação francesa, marcada pelo tradicionalismo, previa de forma peremptória a interdição do chamado demente ou imbecil, que não detinha absolutamente nenhuma autonomia e estava privado da prática de qualquer ato da vida civil.

O *Code Civil* francês passou por reformulações ao longo dos tempos, e a partir de 2009 passaram a vigor alterações especialmente relacionadas às pessoas com deficiência. Os antigos termos pejorativos foram substituídos por expressões como “sanidade” e “transtorno mental”. Atualizou-se o tratamento aos maiores incapazes, que passaram a contar com proteção à sua pessoa e aos seus bens, com respeito à sua liberdade individual, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Passaram a ser observados, ainda, seus interesses, com a promoção, sempre que possível, da sua autonomia.

Na Alemanha, o sistema jurídico impregnado pela eugenia do passado, dispensava tratamento discriminatório para as pessoas com deficiência, que eram consideradas “seres indesejáveis”.

Durante a Segunda Guerra os portadores de deficiência eram submetidos à eutanásia.

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), vigente em 1900, ainda estava impregnado dos estigmas de inaptidão completa dos deficientes, prevendo que os incapazes não poderiam gerir sua vida por doença mental ou imbecilidade.

A partir de 1992 o BGB passa a prever tão somente uma “incapacidade negocial” aos portadores de transtornos capazes de prejudicar a livre manifestação da vontade. Além disso, substituiu o instituto da interdição por um procedimento de orientação e cuidado, com vistas à preservação, tanto quanto possível, da autonomia da pessoa com deficiência.

Verifica-se no século XX que as constituições dos Estados passaram a abranger conteúdos principiológicos, marcando uma posição intervencionista e protecionista com vistas a tutelar relações jurídicas privadas de determinados grupos.

Mais recentemente, em 2014, a Argentina modificou seu Código Civil, passando nesse ponto a exigir que a sentença que imponha restrição à capacidade ou mesmo declare a incapacidade se manifeste sobre os aspectos relacionados à pessoa envolvida, em especial consignando: diagnóstico e prognóstico; época em que a situação se manifestou; recursos pessoais, familiares e sociais existentes; e o regime para a proteção, assistência e promoção da maior autonomia possível.

Nessa esteira foi se adequando o sistema jurídico como um todo para possibilitar, com o necessário pragmatismo, a proteção dos valores constitucionais, podendo-se destacar no tocante aos portadores de deficiência a igualdade, a socialidade e a dignidade.

Nota-se, assim, que uma nova visão da pessoa com deficiência ganhou contornos universais, mobilizando a comunidade internacional para a elaboração de normas adequadas à realidade social atual, em verdadeira modernização de conceitos.

## **2.2 Propósitos e inserção no ordenamento jurídico brasileiro**

No Brasil, a exemplo do que se verificava nas demais legislações internacionais, por longo período os portadores de deficiência não tinham autonomia, sendo muitas vezes escondidos pelas famílias tradicionais; eram motivo de vergonha.

As Constituições de 1824 e 1891 mantiveram a condição de exclusão dos “deficientes”, prevendo expressamente a exclusão de seus direitos políticos por incapacidade física ou moral.

As Constituições de 1934 e 1937, ainda sem sinalizar qualquer valorização da autonomia dos portadores de deficiência, passaram a assegurar amparo aos denominados “desvalidos”.

A Carta de 1946 inaugurou no âmbito do direito do trabalho a garantia de melhores condições aos trabalhadores contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.

Em 1967 a Constituição passou a tratar os portadores de deficiência como “excepcionais”, prevendo garantias de melhorias de sua condição econômica e social por meio de educação, assistência, reabilitação, reinserção econômica e social e proibindo expressamente a discriminação, além de assegurar o acesso a prédios públicos.

A Constituição de 1988 corroborou essa evolução, passando a utilizar a terminologia “pessoa portadora de deficiência” e estabelecendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em artigos esparsos, previu expressamente a proteção da pessoa com deficiência nos mais amplos aspectos, tais como, v.g., nas relações de trabalho, no cuidado com a saúde, na proteção e integração social e no estabelecimento de percentual de vagas em cargos e empregos públicos.

Em consonância com a evolução vista no direito estrangeiro, a Carta de 1988 destaca em várias passagens a igualdade como um valor central a ser tutelado em nossa ordem jurídico-constitucional.

A igualdade apresenta-se em nossa Constituição não apenas como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, mas também em diversas passagens como norma impositiva de um tratamento igualitário.

Em 2001 a Organização das Nações Unidas (ONU) criou um Comitê para a elaboração do texto da Convenção referente aos direitos da pessoa com deficiência, que contou com participação de grupos multidisciplinares de todas as partes do mundo. O Brasil participou por meio da Coordenadoria-Geral para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde), órgão do Governo Federal ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República<sup>19</sup>.

O tratado internacional acabou aprovado na ONU em 13 de dezembro de 2006, em Nova Iorque, e representou um marco histórico para o reconhecimento de direitos humanos específicos das pessoas com deficiência.

Conforme lição de Norberto Bobbio, a “especificação de direitos” em um tratado próprio, voltado a uma classe definida de pessoas, é o resultado de um processo que se dá em

---

<sup>19</sup> LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 49-50.

primeiro lugar com a conversão dos valores universais em direito positivo, e depois com a internacionalização e generalização de tais direitos<sup>20</sup>.

A Convenção positivou valores universais e fundamentais da pessoa com deficiência, e reformulou determinados conceitos e institutos jurídicos que se tornaram obsoletos.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que há cerca de 35,5 milhões de pessoas com demência em todo o mundo. Estima-se ainda que esse número será duplicado a cada 20 anos, chegando a 65,7 milhões em 2030 e a 115,4 milhões em 2050, segundo dados fornecidos pelo Relatório de 2012 da própria OMS, elaborado juntamente com a Associação Internacional da Doença de Alzheimer (ADI). Conforme esse relatório, a cada quatro segundos um novo caso de demência é detectado no mundo, e a previsão é de que em 2050 haverá um novo caso a cada segundo.

A fim de rechaçar qualquer ideia ou crítica segundo a qual a legislação das pessoas com deficiência seria um instrumento dirigido apenas a minorias, e que assim não se justificaria tamanha alteração no arcabouço jurídico, oportuno mencionar que no Brasil, de acordo com o censo demográfico de 2010, cerca de 24% da população possui algum tipo de deficiência, o que representava à época, em números absolutos, mais de 45 milhões de pessoas<sup>21</sup>.

No Brasil, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência foi inserida ao sistema jurídico com *status* de emenda constitucional, nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. De acordo com essa regra, o Congresso Nacional aprovou a Convenção e seu protocolo facultativo, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, reconhecendo sua eficácia interna. Com isso, passou a integrar o grupo de constitucionalidade interno, impondo o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, bem como observância da legislação interna quanto aos parâmetros do direito internacional disposto em convenções, no caso especialmente os relacionados aos direitos humanos. Oportuno anotar que essa Convenção foi o primeiro tratado internacional a ser positivado no direito brasileiro como emenda constitucional, o que corrobora sua relevância em nosso ordenamento.

Em 25 de agosto de 2009, conforme artigo 84, VI, da Constituição Federal de 1988, o Presidente da República promulgou a Convenção por meio do Decreto nº 6.949, que já na parte inicial estabelece que a deficiência é um conceito em evolução e que deve resultar da interação

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 62.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf). Acesso em: 24 jan. 2022.

entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse contexto, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) contém artigos que versam sobre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de reconhecer a maior vulnerabilidade das mulheres e crianças com essa condição. A norma reafirma inexorável mudança de paradigma, valorizando a dignidade e autonomia da pessoa com deficiência.

Após a ratificação por meio de decreto em 2008, questionou-se ainda a necessidade de uma lei nacional, o que ensejou a continuação da tramitação do Projeto de Lei nº 7.699/2006, que culminou na aprovação e sanção presidencial da Lei nº 13.146, publicada em 6 de julho de 2015, e vigente a partir de 2 de janeiro do ano seguinte.

Os propósitos e princípios estabelecidos na Convenção devem orientar a interpretação do Estatuto, a fim de conferir-lhe a máxima efetividade no processo de inclusão da pessoa com deficiência.

Com profundas modificações no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo que prestigiava a substituição da vontade, a Convenção estabeleceu como princípio a intervenção mínima e o *in dubio pro capacitas*.

O artigo 3 da Convenção garante o respeito à dignidade, à autonomia individual, inclusive liberdade de escolha e independência, a plena participação e a inclusão na sociedade, entre outros.

Esses princípios fundamentais, repita-se à exaustão, são de observância obrigatória na implementação de políticas públicas e nas decisões judiciais, devendo prevalecer sobre eventual conflito de interpretação com normas infraconstitucionais, seja pelo critério da especialidade, seja por sua hierarquia constitucional.

### **2.3 Espécies de deficiência**

Para que se possa definir o alcance do Estatuto, é necessário compreender quem são as pessoas sujeitas a essa regulamentação, bem assim os tipos de deficiência.

A sistemática jurídica contemporânea abandonou o critério exclusivamente médico, que atrelava a deficiência a uma incapacidade causada por um rol de doenças específicas, passando para um modelo social e classificando individualmente as limitações relacionadas à participação da pessoa na sociedade, a fim de garantir o direito a uma vida independente, sem

discriminação e com acessibilidade universal. Ainda assim, a delimitação precisa do conceito de deficiência nos dias de hoje não é tarefa fácil, sendo difícil imaginar uma definição que identifique perfeitamente a deficiência exclusivamente pelo modelo social ou apenas pelo critério médico; há de se buscar uma complementaridade entre os dois.

O modelo médico, dominante até meados do século passado, buscava identificar uma patologia que implicasse limitações funcionais. As soluções se pautavam em tratamentos médicos na busca da cura para, só então, permitir ao portador a inserção na sociedade ou conferir-lhe alguma autonomia; obviamente, porém, nem sempre isso era atingível.

O modelo social, por sua vez, surgiu de reivindicações de grupos organizados que incluíam os próprios portadores de deficiência, com vistas a garantir meios que lhes proporcionassem autonomia e protagonismo social.

Foi o surgimento desse novo olhar, aliado à evolução da medicina, que permitiu uma evolução legislativa para contemplar a nova realidade das pessoas portadoras de deficiência. Atualmente não há mais de se questionar se essas pessoas têm ou não capacidade para a prática de determinado ato, mas sim qual a medida de apoio necessária para que o façam, respeitando-se ao máximo a sua autodeterminação.

A OMS estabeleceu em 1976 uma distinção entre condições físicas e mentais que incluía deficiências, incapacidades e desvantagens. Utilizando ainda um critério eminentemente médico, estabelecia que “deficiência” representaria uma anormalidade nos órgãos e sistemas e nas estruturas do corpo; “incapacidade”, as consequências da deficiência no desempenho das atividades; e “desvantagem” seria a dificuldade do indivíduo de se adaptar ao meio ambiente em razão da deficiência e da incapacidade.

Em 2001, a mesma OMS revisou essa classificação e publicou a *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde* (CIF), implementando uma abordagem social e ambiental na tentativa de obter uma uniformização internacional para as limitações de funcionalidade e incapacidade. Nesses novos conceitos a informação sobre o diagnóstico e o enquadramento da patologia ou disfunção passaram a contar com uma análise do aspecto funcional de limitações para a efetiva participação social do indivíduo.

Note-se, desde logo, que aquela visão simplista de aferição da capacidade com base exclusivamente em um conceito hermético de discernimento tornou-se obsoleta.

E é com essa perspectiva que o artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 (EPD) considera pessoa com deficiência “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Conforme estabelece o § 1º do artigo 2º do EPD, quando necessária, a avaliação da deficiência será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e considerará os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação da pessoa.

A partir de uma definição do quadro da pessoa poder-se-á aferir o grau de aptidão para a prática dos atos da vida e eventualmente definir medidas legais de suporte.

Oportuno ressaltar que o conceito amplo de pessoa com deficiência definido pelo Estatuto permite, por exemplo, que uma situação de limitação causada por uma enfermidade, congênita ou adquirida, que leve a restrições sensoriais, físicas, psicológicas ou mentais, com barreiras à plena acessibilidade, comunicação e participação do indivíduo no meio social, seja suficiente para a caracterização da pessoa com deficiência, independentemente do critério médico relacionado a alguma doença específica (art. 3º, IV, da Lei nº 13.146/2015).

Destarte, à luz do Estatuto, pensar na pessoa com deficiência não deve remeter somente àqueles indivíduos portadores de síndromes que impliquem alterações físicas e mentais, mas a qualquer um que, em função de barreiras ambientais e sociais, possa ser excluído; a partir disso deve ser entendido o atual modelo social de deficiência.

Antes da vigência do Estatuto, o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, conceituava a deficiência como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º).

Essa mesma legislação discriminava em seu artigo 4º as deficiências da seguinte forma: (I) *física*, assim entendida a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (II) *auditiva*, que seria a perda bilateral, parcial ou total, aferida por audiograma; (III) *visual*, considerada cegueira ou visão prejudicada dentro de determinados critérios técnicos; (IV) *mental*, relacionada ao funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos 18 anos de limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da



comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; h) trabalho; (V) *deficiência múltipla*, que seria a associação de duas ou mais deficiências.

Observa-se que quaisquer limitações – sejam de ordem psicológica, fisiológica ou anatômica – que impliquem perda de desempenho para alguma atividade, quando comparadas com o padrão normal, podem ser consideradas uma deficiência.

Essas limitações, considerando o modelo biopsicossocial de deficiência definido pelo Estatuto, não de ser aferidas por equipe multiprofissional e interdisciplinar, não mais bastando uma perícia médica ordinária, pois a avaliação clínica deve ser acompanhada de um estudo social. Não se pode mais cogitar de aferir a (in)capacidade somente pela constatação de determinada patologia, como aliás já dispõe o próprio Código de Processo Civil (CPC) no processo de interdição (art. 753, § 1º).

A particularização da deficiência, ou seja, a análise criteriosa das limitações de cada indivíduo, é imprescindível para garantir sua real autonomia e capacidade.

## **2.4 Meios de assistência do deficiente**

O EPD, a despeito de ter conferido capacidade legal às pessoas a ele submetidas, obviamente não tem o poder de eliminar a deficiência; sua intenção é abrandar a desigualdade, em termos de tratamento jurídico, entre a pessoa com deficiência e a pessoa sem deficiência, e com isso adequar a legislação a uma nova realidade social. Trata-se, portanto, de uma ruptura que mira a valoração do estado da pessoa com deficiência.

Tanto assim que, atento às diferenças que de fato existem, o EPD cria medidas de apoio que auxiliam o sujeito no exercício dos seus direitos e garantem, quando necessário, a igualdade que se pretende conferir às pessoas com deficiência nas diversas relações sociais que lhes digam respeito.

Nesse contexto, não se mostra adequado em princípio enquadrar a pessoa com deficiência no inciso III do artigo 4º do Código Civil, que reputa incapazes relativamente aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade.

Isso porque, se antes a capacidade era medida pela qualidade da vontade manifestada, o novo viés introduzido pelo Estatuto garante a capacidade plena aos portadores de deficiência<sup>22</sup>. Logo, ainda que o conteúdo manifestado não seja considerado adequado, que a manifestação seja parcial ou mesmo que não haja de fato perfeita compreensão sobre aquilo que se está

---

<sup>22</sup> Artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.

manifestando, a capacidade plena há de ser mantida, o que impede a inclusão do indivíduo no rol de relativamente incapazes.

A única hipótese que permite incluir a pessoa com deficiência no inciso III do artigo 4º do Código Civil seria no caso de ela de fato não ter nenhuma condição de exprimir sua vontade.

Note-se, assim, que somente em casos muito específicos a pessoa com deficiência poderá ser enquadrada nas hipóteses do artigo 4º e qualificada como relativamente incapaz.

Além do inciso III, imagine-se uma pessoa com deficiência – que nos moldes da legislação atual é plenamente capaz – que, de forma inconsequente, passe a dissipar seu patrimônio de modo a colocar em risco a própria subsistência ou de sua família.

Nessa situação, a exemplo de uma pessoa sem deficiência, estará sujeita à interdição com fulcro no artigo 4º, IV, ou seja, poderá ser declarada relativamente incapaz.

Mesmo antes da vigência das novas regras direcionadas à tutela dos direitos da pessoa com deficiência, a doutrina já reconhecia a necessidade de limites nas medidas legais de substituição de vontade, como a curatela.

Maria Berenice Dias, nesse sentido, explica que a interdição não poderia implicar uma incapacidade absoluta, como verdadeira *morte civil*. Sustenta a autora que garantir ao curatelado decidir por si próprio questões para as quais possui discernimento seria uma forma de tutela da pessoa humana, “pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade”<sup>23</sup>.

A pessoa com deficiência obviamente não poderá ficar sem nenhuma proteção, havendo por isso aparato legal protetivo colocado pela lei à sua disposição. A Convenção e o Estatuto fomentam sua inclusão social e uma vida independente, mas a *ratio* protetiva permanece hígida. A inclusão e a independência não significam abandono.

É por isso que, a despeito de igualar a pessoa com deficiência em termos de capacidade legal, a condição de manifestação da vontade há de ser aferida especificamente conforme o tipo de ato praticado pela pessoa com deficiência.

Nesse sentido, não se exige para a prática de atos civis de cunho patrimonial o mesmo grau de compreensão para a prática de atos existenciais. Para esses últimos uma pessoa com deficiência pode perfeitamente reunir capacidade para a tomada de decisão; mas essa mesma pessoa pode ter dificuldade para a compreensão de um contrato complexo, por exemplo. A depender do grau de dificuldade, então, ser-lhe-á facultada a possibilidade de receber apoio ou, em casos de extrema gravidade, até mesmo de ser representada.

---

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622.

O apoio a que se refere a CDPD (artigo 12, nº 3) deve respeitar a vontade e as preferências dos apoiados, e nunca substituí-las.

O texto não define com precisão como deve se dar esse apoio, havendo de ser compreendido como toda e qualquer medida, oficial ou informal, que permita às pessoas com deficiência exercer de forma plena a capacidade legal a elas conferida.

Além da medida específica da tomada de decisão apoiada, prevista expressamente na lei e que será mais adiante abordada, cumpre frisar que são consideradas também medidas de apoio, por exemplo, ações do poder público ou de entidades privadas relacionadas ao desenho universal e à acessibilidade, meios de comunicação (para aqueles que usam formas não verbais de expressão), enfim, tudo que puder contribuir para permitir que a pessoa com deficiência tenha autonomia, se locomova e de forma geral acesse o que for necessário para a prática dos atos da vida civil em igualdade com as demais pessoas.

A forma, a intensidade e a duração desse apoio irão variar de acordo com a necessidade específica de cada pessoa, devendo sempre ficar limitado ao mínimo necessário para permitir a prática dos atos em igualdade de condições. Isso, reitere-se, para que sejam preservadas ao máximo a vontade e autonomia da pessoa apoiada, não devendo o apoio ser usado como justificativa para limitar outros direitos fundamentais das pessoas com deficiência, especialmente o direito de voto, o direito de casar (ou estabelecer uma união civil) e constituir família, os direitos de reprodução, a autoridade parental, o direito de consentir em relações íntimas e em tratamento médico e o direito à liberdade.

Acerca das citadas medidas impostas ao poder público para garantir a efetividade do exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, preceitua o artigo 12, nº 4, da Convenção que os Estados Partes deverão criar salvaguardas adequadas e eficazes, prevenindo o abuso em uma base de igualdade com outras pessoas.

Com vistas a implementar na prática essa capacidade legal universal, a convenção obriga os Estados a alterarem os regimes baseados na substituição da tomada de decisão por outros baseados no apoio à tomada de decisão. Para tanto devem ser abolidos os primeiros e desenvolvidas alternativas para o segundo.

Nota-se que tanto o apoio como a própria curatela devem ser interpretados e aplicados com o intuito de dar efetividade ao novo conceito de deficiência e ao modelo inclusivo imposto pelo EPD.

### **2.4.1 A curatela da pessoa com deficiência**

A despeito de conferir capacidade plena às pessoas portadoras de deficiência e de ter por princípio a garantia da autodeterminação dessas pessoas, o EPD não deixou de prever em seu artigo 84 a possibilidade de, quando necessário, a pessoa com deficiência ser submetida à curatela, definindo-a como medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso.

A curatela da pessoa com deficiência deverá durar o menor tempo possível, e por expressa disposição legal afetará tão somente os atos de natureza patrimonial e negocial (artigo 85 do EPD).

Como visto, diante da limitação intelectual ou psíquica decorrente da deficiência, muitas pessoas acabaram alijadas da sociedade e tratadas como coisa, meros objetos de proteção. E é essa realidade que a atual legislação visou alterar.

A interdição era admitida como o caminho quase natural para portadores de deficiência, hipótese em que perdiam a capacidade de exercício e, conseqüentemente, a possibilidade de desenvolvimento de sua personalidade.

Ainda que se admitisse no sistema anterior ao EPD a interdição parcial, pela qual o curador funcionava como espécie de assistente do interditado, é fato que na imensa maioria dos casos a curatela era deferida de forma integral, dando-se ao curador o poder de substituição absoluta. Nesse sentido, agia o curador segundo sua própria vontade, que obrigava o curatelado tanto nos atos de âmbito patrimonial quanto existencial, como se a pessoa representada não existisse, o que deixa evidente a violação de direitos fundamentais.

Humberto Theodoro Júnior, sob a égide do Código revogado, esclarecia que “os alienados mentais, por doença ou deficiência congênita, submetem-se ao regime da curatela, por meio da qual se lhes dá um representante para atuar em seu nome nos atos da vida civil”<sup>24</sup>.

E o que legitimava essa medida extrema era a ideia de proteção dos bens e da própria pessoa, que em regra perdia inclusive a capacidade de exercer direitos personalíssimos.

O processo tradicional de interdição usualmente deixava de observar as particularidades de cada caso, enfatizando mais o diagnóstico de uma deficiência – tratada em geral como doença – do que a pessoa, seu histórico e a efetiva possibilidade de desenvolvimento de competências e habilidades que poderiam advir de uma participação adequada na sociedade,

---

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3, t. I, Livro III: Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. p. 435.

ainda que limitada à prática de certos atos. Tratava-se, pois, de uma condenação ao *status* de “incapaz”, no sentido de inábil, ignorante e, pois, inútil.

Foi exatamente com o propósito de reverter essa percepção obtusa da pessoa com deficiência que a LBI mudou paradigmas, prestigiando a autonomia ao máximo possível, de sorte que somente uma efetiva impossibilidade de manifestação da vontade é que pode ser admitida como critério legal para enquadrar a pessoa como elegível a uma representação.

No atual conceito de curatela deverá o juiz individualizar a medida nos estreitos campos da necessidade do curatelado, preservando ao máximo a sua autonomia para exercer, por si, os atos que lhe digam respeito. As razões e motivações de sua definição devem constar da sentença que a decretar.

A despeito da vigência do Estatuto, persistem no judiciário decisões decretando a incapacidade absoluta de pessoas com deficiência e sua interdição total.

Em caso recente em que se pretendia a interdição de uma pessoa idosa portadora de Alzheimer, a sentença julgou procedente a pretensão inicial, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmado a decisão sob a alegação de que “a decretação de incapacidade relativa do apelante resultaria em falta de proteção jurídica garantida pela legislação”. Vislumbra-se, *data venia*, verdadeira ignorância do EPD.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, corrigindo os equívocos perpetrados pelas instâncias anteriores, deu provimento ao recurso especial e decidiu pela impossibilidade de decretação de incapacidade absoluta de maior de 16 anos, ainda que portador de enfermidade que comprometa seu discernimento. Na decisão, o Tribunal Superior admitiu a hipótese de curatela, nos moldes restritos da atual legislação<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> “RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente. 2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. 4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015, estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser

Nota-se, assim, que as mudanças legislativas se prestam exatamente para colocar luz sobre uma questão que era tratada de forma absolutamente binária: ou se decretava a interdição com a instituição de uma curatela ilimitada, impedido a prática de qualquer ato pelo curatelado; ou por alguma razão não se decretava a curatela e a pessoa, ainda que tivesse alguma limitação, ficaria livre para a prática de atos indistintamente.

Atualmente prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que a curatela em nenhuma hipótese pode tolher por completo a autonomia do curatelado, estando o curador limitado a atuar somente em situações nas quais possa haver algum prejuízo em razão da livre manifestação de vontade<sup>26</sup>.

Como ressalta Humberto Theodoro Júnior, “descoberta uma nova categoria jurídica e sistematizado o seu posicionamento no esquema geral do direito, os institutos antigos do ordenamento em vigor haverão de sofrer o impacto do avanço científico obtido”<sup>27</sup>.

Um problema que surgiu a partir da previsão pelo EPD do que poderia ser definido como “nova curatela” é o fato de essa legislação não ter detalhado os contornos da medida restritiva.

Além de estabelecer de forma genérica e incompleta a curatela, o Estatuto alterou a redação do artigo 1.767 do Código Civil para excluir dos sujeitos à curatela os excepcionais e os deficientes mentais.

Nesse ponto, é bem verdade que o atual rol do aludido artigo 1.767 poderá não contemplar a pessoa com deficiência sujeita à instituição da curatela. Mas nesse caso o fundamento legal residirá exatamente na hipótese específica do artigo 85 do EPD.

---

proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto. 5. Recurso especial provido” (STJ, Recurso Especial nº 1927423/SP, julgado em 27.04.2021 – íntegra do acórdão no Anexo D).

No mesmo sentido o TJSP: “Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida Recurso improvido” (TJSP, Apelação nº 0006290-33.2013.8.26.0242, julgado em 02.06.2016 – íntegra do acórdão no Anexo II).

<sup>26</sup> Um caso recente ocorrido nos Estados Unidos chamou a atenção para a possibilidade de abuso no exercício da curatela. A cantora *pop* americana Britney Spears foi compulsoriamente internada após se envolver em alguns episódios polêmicos. Foi então instituída a curatela, e o pai de Britney se tornou responsável pela administração de seu patrimônio. A cantora alega que foi obrigada a fazer *shows* contra a sua vontade, teve de se submeter a tratamentos médicos forçados e teria sido até mesmo impedida de retirar um dispositivo intrauterino (DIU) para que não pudesse engravidar. As evidências apontam para o aproveitamento econômico do curador em detrimento dos interesses e da vontade da curatelada, que estaria gerando um indevido prolongamento da medida restritiva.

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 14.

Outrossim, acrescentou o inciso IV ao artigo 1.768 do Código Civil a fim de estabelecer que a interdição poderia ser promovida pela própria pessoa.

Ocorre que a LBI entrou em vigor em janeiro de 2016 e apenas dois meses depois, em março de 2016, teve início de vigência o CPC, que por sua vez revogou expressamente o artigo 1.768 do Código Civil.

Mais do que isso, o atual CPC, no seu artigo 747 e seguintes, regula de forma detalhada o processo de interdição praticamente nos mesmos moldes do Código de Processo anterior (1973), inclusive fazendo expressa referência ao doente mental como incapaz.

Não há como negar nesse aspecto um equívoco do legislador, que, sem prever de forma adequada o início de vigência das normas, acabou por fazer com que parte do que foi alterado pela LBI tivesse, em tese, vigência por apenas dois meses.

O absurdo da total ausência de diálogo entre as duas leis, porém, não pode servir de justificativa para a permanência da interdição dos portadores de deficiência nos moldes históricos.

Há de se ter sensibilidade para admitir uma flexibilização e, mais do que isso, um esforço hermenêutico para compatibilizá-las, fazendo com que os contornos da curatela prevista no EPD sejam observados no curso do procedimento previsto no CPC.

Se a curatela é extraordinária e restrita a atos de cunho patrimonial e econômico, obviamente deve ser rechaçada qualquer medida que imponha restrição absoluta a quem o ordenamento jurídico considera capaz.

E, mesmo para hipóteses fora do âmbito patrimonial e econômico, o próprio Estatuto prevê que,

Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, *no que couber*, às disposições do Código de Processo Civil (art. 87 do EPD – grifo nosso).

Outro ponto que sofreu duras críticas da doutrina se refere à previsão do artigo 4º, III, do Código Civil, que passou a definir como relativamente incapazes os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, já que aqueles que não podem exprimir de nenhuma forma a vontade haveriam de ser representados, e não assistidos. E questiona-se o fato de o EPD não ter previsto a representação de relativamente capazes.

De fato, tradicionalmente o instituto da assistência era destinado aos relativamente incapazes, que nesse modelo poderiam participar, no limite de suas capacidades, da prática dos atos em conjunto com o assistente.

Ocorre, em primeiro lugar, que referido inciso não se destina necessária e exclusivamente às pessoas com deficiência, já que há outras circunstâncias incapacitantes, *v.g.*, o coma profundo causado por um acidente.

Em segundo lugar, a despeito de o Estatuto não prever especificamente a representação de relativamente incapazes, vai além, admitindo expressamente a representação de capazes. Nesse sentido, se permite o mais, há de admitir o menos, ou seja, o apoio, tanto pela assistência como por meio de representação, será admitido para o capaz ou o relativamente capaz, aplicando-se a medida mais adequada de acordo e nos limites da necessidade.

Como já exposto, o artigo 6º da LBI dispõe que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Assim, sem fazer qualquer ressalva quanto ao grau ou tipo de deficiência, mantém a capacidade plena em todas as hipóteses.

Sem prejuízo, reconhecendo a necessidade de conferir proteção em casos extraordinários, admite a instituição da curatela. Logo, reitere-se, prevê a possibilidade de representação até mesmo do plenamente capaz, quando necessário for.

Trata-se de uma remodelagem do instituto da curatela, necessária para que se atendam valores maiores constitucionalmente garantidos. A dignidade da pessoa humana e a garantia do tratamento isonômico não podem sucumbir a regras procedimentais, que não são ilimitadas. Sempre deverá haver a preservação ao máximo possível da participação da pessoa, mesmo quando estiver representada.

Em resumo, permanece vigente, por força do CPC, o procedimento de interdição, mas a curatela deverá observar os contornos delineados pelo EPD no que se refere aos portadores de deficiência, devendo o exercício de hermenêutica ser norteado pelo bom senso e pela vedação ao retrocesso.

#### ***2.4.2 Tomada de decisão apoiada***

A “capacidade legal” da pessoa com deficiência em igualdade com as demais pessoas previstas no Estatuto evidentemente não está limitada à capacidade de direito. Ao contrário, o espírito vanguardista da legislação, rechaçando a ideia de interdição total, visa assegurar, na medida do possível, o exercício dos direitos, sem deixar de indicar, quando necessário, mecanismos de apoio e salvaguarda que preservam ao máximo a vontade e as preferências da pessoa com deficiência.



Com esse propósito foi concebida no sistema jurídico brasileiro a tomada de decisão apoiada (TDA), instrumento jurídico-protetivo previsto no artigo 1.783-A do Código Civil, colocado à disposição de pessoas com deficiência para o exercício pleno dos atos da vida civil.

Trata-se de um processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade

A medida de apoio no direito brasileiro é tratada ainda de forma superficial pelo legislador e com pouca aplicabilidade prática, o que se explica pelo desconhecimento do instituto, não sendo incomum a manutenção de decisões de interdição, mesmo nos casos em que a medida menos restritiva seria a mais adequada. Como visto no capítulo anterior, a curatela foi mantida em nosso sistema para casos extraordinários e em caráter residual.

A TDA visa promover a autonomia da pessoa com deficiência, pautando-se no apoio, e não na substituição, e preservando sua plena capacidade civil. Tanto assim que a legitimidade para requerer a medida é exclusiva da pessoa apoiada, que indica dois apoiadores e define a extensão da participação deles nos atos a serem praticados.

Oportuno observar que parte da doutrina, de forma equivocada, equipara o apoio à assistência, chegando a concluir que o ato praticado sem a participação do apoiador ou além dos limites da medida seria irremediavelmente inválido.

Nesse sentido, esclarece Maurício Bunazar que “da análise do § 4º do artigo 1.783-A do Código Civil resulta que a participação dos apoiadores tem natureza jurídica de assentimento, cuja ausência é causa de anulabilidade do negócio praticado”<sup>28</sup>.

Tal conclusão se deve a uma interpretação *a contrario sensu* da disposição pinçada de um parágrafo de um artigo modificado pelo EPD, ou seja, dissociada da necessária compreensão e aplicação sistemática do instituto da tomada de decisão apoiada.

O referido § 4º do artigo 1.783-A prevê que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

De início importa repisar que o apoio é opcional e, ao contrário de restringir o exercício da autonomia de vontade – como essa corrente doutrinária sustenta –, incrementa-a, no sentido de que, mantida a capacidade plena da pessoa apoiada, tal medida (apoio) tão somente dará a ela mais segurança e clareza para a prática livre dos atos.

---

<sup>28</sup> BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 62.

Sendo opcional a medida, não constitui pré-requisito para o pleno exercício da capacidade e a conseqüente validade do ato praticado. Imaginem-se duas pessoas com o mesmo nível de deficiência; se uma solicita apoio e a outra não, a possibilidade de manifestação de vontade será a mesma; gozando ambas de capacidade plena, a validade do ato será presumida nas duas situações.

Diferentemente do assistente do relativamente incapaz, o apoiador não precisa necessariamente convalidar o ato do apoiado. Tanto assim que o próprio § 5º daquele mesmo artigo dispõe que “terceiro com quem a pessoa mantenha relação negocial *pode* solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado” (grifo nosso).

Portanto, definitivamente a ausência de participação expressa do apoiador não invalida necessariamente o ato praticado pela pessoa apoiada, até porque ela pode até mesmo praticá-lo validamente contrariando o aconselhamento recebido, o que corrobora a ausência de restrição à autonomia da vontade ou a equiparação à situação do relativamente incapaz.

Na Áustria e a Alemanha foram criados os institutos da *Sachwalterschaft* e da *Betreuung*, e excluíram a interdição total de seus sistemas.

Na Itália, não obstante tenha mantido a curatela de forma subsidiária, priorizou o sistema de apoio.

Na França foi criada a *salvaguarda de justiça*, permitindo o estabelecimento de proteção judicial a quem apresente algum tipo de vulnerabilidade.

A legislação argentina, atenta às novas diretrizes de tratamento da pessoa com deficiência, prevê o estabelecimento de medida de apoio judicial ou extrajudicial para as hipóteses de comprometimento do exercício pleno da capacidade.

Evidenciado, assim, um irreversível movimento de afastamento de medidas substitutivas – que por sua vez são exclusivas –, cumpre analisar as principais medidas de apoio criadas no direito estrangeiro para promover a inclusão das pessoas com deficiência e preservar sua vontade e o exercício de seus direitos.

#### 2.4.2.1 *Betreuung* (Alemanha)

O Código Civil Alemão (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), influenciado em alguns pontos pelo Código de Napoleão, estabeleceu em seu § 6º que os incapazes não tinham aptidão para gerir seus assuntos em razão de doença mental ou imbecilidade.

Em 1990 foi editada a Lei do Cuidado (*Betreuungsgesetz – BtG*), que revogou o § 6º do BGB, atribuindo “incapacidade negocial” a quem não completou o sétimo ano de vida e a quem não está em estado de livre exercício da vontade em razão de transtorno da atividade mental.

A partir dessa reforma o instituto da interdição também foi substituído pelo procedimento de supervisão ou cuidado. O objetivo da reforma era “cuidar e não incapacitar”, fomentando, assim, a autodeterminação do indivíduo portador de deficiência.

O instituto da supervisão no direito alemão está previsto entre os §§ 1896 e 1908 do BGB. Tal medida é aplicável àqueles considerados incapazes de contratar e a todas as demais pessoas maiores de idade que, em face de uma doença mental ou deficiência física, mental ou psicológica, não têm aptidão para gerir seus negócios.

A medida pode ser pleiteada pela própria pessoa ou de ofício. Nesse caso um juiz nomeará um supervisor – ou mais de um, se for essa a melhor opção –, que ficará incumbido da prática dos atos civis. A designação da pessoa deve ser consentida pelo beneficiário.

O *Betreuer* (cuidador) atua limitado aos atos estritamente necessários, por isso a medida é totalmente individualizada, e deve ser exercida de acordo com o tipo e o nível de deficiência do assistido (§ 1896.2 do BGB). Ademais, sempre que possível, deve-se dar preferência para que o próprio beneficiário tome suas próprias decisões (§ 1901 do BGB).

De preferência o cuidador deve ser escolhido entre os familiares (pais, filhos, cônjuge, convivente), evitando-se sempre eventual conflito de interesses (§ 1897 do BGB).

Conforme a lei alemã, a intuição da *Betreuung* não gera incapacidade do beneficiário, sendo necessário aferir o discernimento na ocasião da prática do ato. O código alemão prevê que o ato praticado sem discernimento e sem a participação do cuidador é nulo (§ 104.2 do BGB).

Note-se que, nesse sistema jurídico, se o beneficiário do acompanhamento não tiver discernimento na ocasião da prática de um ato, será então considerado incapaz, mas permanecerá hígida a medida de proteção.

Aquele que estiver sob supervisão é considerado capaz para todos os atos não abrangidos pela medida de apoio, e a capacidade é determinada pelo discernimento e manifestação de vontade no momento em que pratica o ato. Por isso pode haver incapaz protegido pela medida.

A tomada de decisão apoiada do direito brasileiro é aplicada ao capaz, tanto que, como já mencionado, a ele cabe exclusivamente o requerimento do apoio.

Quanto à publicidade da medida de cuidado no direito alemão, salvo nos casos de abranger a totalidade dos atos, não é necessária sua inscrição em qualquer tipo de registro

público. Apenas na hipótese de *Betreuung* integral impõe-se o registro eleitoral para impedir o beneficiário de votar e ser votado.

#### 2.4.2.2 *Amministrazione di sostegno (Itália)*

A *amministrazione di sostegno* (administração de apoio) foi inserida no Código Civil italiano em 2004 em seus artigos 404 a 413, relegando institutos substitutivos da vontade a um limbo residual, porque se trata de um mecanismo com melhores condições para suprir as necessidades particulares de cada pessoa.

Nessa medida o administrador de suporte é nomeado quando o indivíduo demonstra impossibilidade, ainda que temporária, de cuidar de seus próprios interesses. Há de ser uma pessoa que, embora não seja “incapaz”, encontra-se em uma situação em que não pode exercer certas atividades. De fato, é com relação a essas atividades, e somente a elas, que a medida exerce seus efeitos: para todos os outros atos, o beneficiário mantém a capacidade plena e exclusiva, prevalecendo no direito italiano a regra de que a administração de apoio leve à menor limitação possível da capacidade do indivíduo.

Tem legitimidade para deduzir o pedido de assistência o próprio beneficiário, mesmo estando interditado ou inabilitado, pelo cônjuge, convivente, parente até o quarto grau, tutor ou curador (art. 417 do Código Civil).

No caso da medida substitutiva tradicional da *interdizione giudiziale*, a enfermidade que a justifica deve ser habitual e de elevada intensidade, devendo o curador substituir a vontade do incapaz. A *inabilitazione*, por sua vez, é prevista para o enfermo mental em situação de gravidade um pouco menor, que tem a capacidade de agir diminuída, devendo ser assistido nos atos<sup>29</sup>.

A *amministrazione di sostegno* é indicada para situações de menor gravidade, quando um apoio já se mostra suficiente para que o próprio beneficiário possa praticar o ato.

A administração de apoio permite que, conforme a situação e o que for definido na decisão de instituição, o beneficiário seja representado ou assistido pelo apoiador. Trata-se, portanto, de medida flexível, com a combinação dos mecanismos de representação e assistência.

O tipo de limitação que admite a instituição do apoio, diferentemente do que ocorre no modelo brasileiro, pode resultar da redução da capacidade do beneficiário, verificada sempre que para a prática de determinado ato seja necessária a assistência ou representação.

---

<sup>29</sup> NAPOLI, Emilio Vito. L'interdizione e l'inabilitazione. In: *Famiglia Quaderni diretti da Salvatore Patti: l'amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 14.

Essa medida de apoio italiana pode ser utilizada também para os casos de impossibilidade física ou mental do sujeito na administração dos seus interesses, mesmo que tal impossibilidade seja leve e temporária.

A pessoa nomeada como apoiador tem sua atuação limitada a dez anos consecutivos, exceto se for o cônjuge, convivente, ascendente ou descendente do beneficiário. Apesar disso, a medida de apoio pode ser instituída por prazo indeterminado.

A legislação italiana prevê que os atos praticados pelo administrador de apoio podem ser anulados na hipótese de violação de dispositivo de lei ou por excesso de sua atribuição. São ainda passíveis de anulação os atos praticados pessoalmente pelo beneficiário do apoio que contrariem a lei ou o termo de apoio.

Da mesma forma que a maioria das medidas de apoio, na Itália o auxílio deve ser modulado de acordo com as efetivas necessidades do beneficiário e de maneira a proporcionar uma proteção que limite ao mínimo possível sua capacidade de agir. A administração do suporte deve abranger todas as situações que não são adequadamente protegidas com a interdição e com a incapacidade, e atribuir, ao mesmo tempo, uma nova dignidade deficiente.

A manutenção no sistema jurídico italiano dos institutos tradicionais da *interdizione giudiziale* e da *inabilitazione* – que eram vistos como instrumentos rígidos e generalizantes, sem o devido respeito às particularidades de cada caso concreto<sup>30</sup> – só se explica pela dificuldade do legislador de abandonar em definitivo a pecha de incapacidade da pessoa com deficiência, mesmo diante da mudança de perspectiva aceita e inaugurada com o novo instituto, que, diferentemente da disciplina anterior, exalta as habilidades do sujeito “incapaz” de cuidar de si próprio. É nessa base que estão previstas disposições capazes de modular a intervenção e que se estabelece a possibilidade de “auxiliar”, e não “substituir”, a pessoa proibida de realizar determinadas atividades (artigo 427, parágrafo 1, do Código Civil).

#### 2.4.2.3 *Sauvegarde de justice* (França)

O Código de Napoleão originalmente estabelecia, em seu artigo 7º, que qualquer pessoa poderia exercer seus direitos civis. Ainda, segundo o artigo 489, a pessoa que se encontrasse habitualmente em estado de imbecilidade, demência ou furor deveria ser interditada, ainda que existissem intervalos de lucidez.

---

<sup>30</sup> FERRANDO, Gilda. Il beneficiario. In: *Famiglia Quaderni diretti da Salvatore Patti: l'amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 42.

No caso de interdição, estabelecia a lei francesa que seria nomeado um *tuteur* (tutor) à pessoa, podendo também a sentença determinar a anulação de atos pretéritos, retroagindo seus efeitos, mas desde que se demonstrasse a situação de demência quando de sua realização (arts. 503 e 504 do Código de Napoleão em sua versão original). Além disso, o incapaz era equiparado ao menor, havendo disposição expressa segundo a qual as leis relativas à proteção dos menores poderiam ser aplicadas aos interditos (art. 509).

Com o passar do tempo o Código de Napoleão sofreu diversas alterações até chegar ao atual *Code Civil*, que mais recentemente, com a edição da Lei nº 2007-308, de 5 de março de 2007, vigente desde 1º de janeiro de 2009, passou por uma completa reformulação quanto à proteção jurídica do maior incapaz.

A legislação reformulada na França implementou os princípios de cuidado dos maiores incapazes, determinando que eles tenham proteção à sua pessoa e aos seus bens, com respeito à sua liberdade individual, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, garantindo-se sempre que possível a sua autonomia.

Nesse contexto foi inserida no ordenamento a *sauvegarde de justice* (salvaguarda de justiça), estabelecendo a lei que o juiz pode colocar sob a proteção da justiça uma pessoa que, por uma das causas de vulnerabilidade previstas no Código (art. 425), precise de proteção ou representação legal temporária para a execução de certos atos específicos.

A medida também pode ser pronunciada pelo juiz, sujeita a um procedimento de curatela ou tutela, enquanto durar o processo. Também em caso de emergência, pode o juiz decidir sem ouvir a pessoa. A audiência deve ocorrer com a maior rapidez possível, salvo se, conforme orientação médica, puder prejudicar a sua saúde, ou se o beneficiário da medida não puder expressar sua vontade.

A *sauvegarde de justice* é uma medida apropriada para atos específicos a serem praticados por um representante; para os demais atos não amparados por ela permanece o indivíduo plenamente capaz.

Existe previsão legal de que os atos praticados nessas situações podem ser rescindidos no caso de prejuízo ao protegido, devendo-se levar em consideração a utilidade do negócio e a boa-fé de terceiros. Os atos específicos descritos no termo da medida, se praticados pelo próprio protegido e não pelo representante, são inválidos.

A tomada de decisão apoiada prevista no direito brasileiro difere do modelo francês ao não possibilitar a assistência ou a representação do apoiado, que é considerado capaz para todos os atos. Ainda que os atos estejam descritos no termo de apoio, indicando assim a necessidade da participação dos apoiadores, a lei brasileira optou por não prever a invalidade da

manifestação de vontade do apoiado manifestada sem o apoio. Nesse ponto, oportuno mencionar que o Projeto de Lei nº 11.091/2018, em trâmite no Congresso Nacional, prevê a obrigatoriedade de participação do apoiador nos atos previstos no termo, sob pena de invalidade.

Na legislação francesa, assim como no modelo brasileiro, a medida de apoio coexiste com a curatela, podendo ser aplicada uma ou outra a depender das circunstâncias e dos requisitos autorizadores, sendo certo que a medida substitutiva, por restringir a autonomia, passa a ter caráter residual. Consigne-se que também houve modificação nos modelos de curatela e tutela para garantir que mesmo nesses institutos houvesse respeito à liberdade individual e, sempre que possível, à autonomia.

Quanto à legitimidade, a salvaguarda pode ser requerida pela própria pessoa, pelo cônjuge ou companheiro, por familiares próximos ou pelo Ministério Público.

Há duas maneiras diferentes de salvaguarda: a) por declaração do médico assistente, transmitida ao Ministério Público e assentada em um registro especial (salvaguarda médica), prevista no artigo 491, § 1º, do *Code Civil*; b) por decisão do juiz da tutela (salvaguarda judicial).

O apoio da salvaguarda de justiça é temporário e de curto prazo, não devendo exceder um ano, renovável uma vez. E ainda pode terminar quando as medidas planejadas forem executadas, ou quando o juiz considerar que não é mais útil, ou se uma medida mais restritiva for finalmente decidida (curadoria ou tutoria).

Essa proteção no ordenamento jurídico francês não está limitada ao deficiente mental, prevendo o artigo 425 do Código Civil que qualquer pessoa que seja incapaz de prover seus próprios interesses em razão de uma deterioração médica, seja de suas faculdades mentais ou de suas faculdades corporais, de natureza que impeça a expressão de sua vontade, poderá se beneficiar de uma medida de proteção legal.

Não obstante a medida esteja presente no direito francês há mais de uma década, segundo pesquisas realizadas a salvaguarda da justiça representa apenas 2% das medidas de proteção para adultos, evidenciando uma discrepância entre o que a lei prevê, a saber, uma gradação de medidas aplicáveis a adultos vulneráveis de acordo com o grau de comprometimento de suas faculdades, e a realidade do dispositivo: 93% dos adultos vulneráveis estão sujeitos a medidas restritivas das liberdades (curadoria e tutela).

#### 2.4.2.4 Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad (Argentina)

Na Argentina, o Código Civil e Comercial, vigente desde 2016, alterou significativamente o regime jurídico das incapacidades e estabeleceu um sistema de apoio para o exercício pleno dos direitos, em consonância com o art. 12 da CDPD.

Na esteira de outros países que ratificaram a Convenção, a reforma no direito argentino teve como objetivo aprimorar o sistema jurídico para uma nova realidade no tratamento das pessoas com deficiência, preservando tanto quanto possível sua autodeterminação.

A doutrina argentina ressalta que a CDPD – que visa promover, proteger e assegurar o pleno gozo, em igualdade de condições, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito a sua dignidade – impulsiona os Estados a realizar uma verdadeira reforma de suas normas e práticas institucionais para garantir que as pessoas com deficiência desfrutem dos mesmos direitos que os demais, exerçam a cidadania e participem do progresso da sociedade em igualdade de condições<sup>31</sup>.

Restringindo as hipóteses de restrição da capacidade para casos excepcionais, estabelece o Código argentino a possibilidade de apoio, assim entendida qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa necessitada tomar decisões para dirigir sua vida, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral (art. 43).

Nos termos da legislação argentina, as medidas de apoio se aplicam sempre que se verificar um comprometimento do exercício pleno da capacidade, não se limitando, portanto, aos casos de deficiência mental.

A exemplo da TDA do direito brasileiro, o apoio no direito argentino depende de procedimento judicial a ser instaurado a pedido do próprio beneficiário, que indica uma ou mais pessoas de sua confiança, fixando o juiz os limites do apoio de acordo com as necessidades do requerente.

A decisão judicial que defere o apoio deve ser levada a registro, após o que, se o ato nela previsto for praticado isoladamente pelo apoiado, sem a participação dos apoiadores, será nulo.

Apesar de prever medidas de apoio menos restritivas, permanece no direito argentino a possibilidade de declaração judicial de incapacidade total para casos graves em que não há nenhuma possibilidade de manifestação de vontade pelo indivíduo, hipótese em que será nomeado um curador.

---

<sup>31</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015. p. 7.



#### 2.4.2.5 Regime jurídico do maior acompanhado (Portugal)

O direito português, por meio da Lei nº 49/2018, em vigor desde fevereiro de 2019, criou a figura do “maior acompanhado”, promovendo profundas alterações no tratamento daqueles que por qualquer razão de saúde ou deficiência estejam impossibilitados de exercer pessoal, plena e conscientemente os seus direitos.

O artigo 1º da lei expressamente elimina os institutos da interdição e da inabilitação, além de modificar outros dispositivos do ordenamento jurídico português relacionados a medidas mais restritivas.

As alterações promovidas foram consideradas pela doutrina uma mudança radical de paradigma que há muito era esperada, e vão ao encontro dos ditames estabelecidos na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada por Portugal em 2009, implementando-se a partir daí um modelo mais inclusivo, que prioriza ao máximo a autonomia do indivíduo.

António Menezes Cordeiro, antes da vigência da atual legislação, já entendia ser necessário

(a) inverter o regime atual: todas as pessoas têm capacidade jurídica plena, devendo ser concretamente delimitada a precisa área de incapacidade; (b) redesenhar o instituto das incapacidades; (c) o “ajustamento” da interdição e da inabilitação para “tutela” e “curatela”, respetivamente; (d) a adaptação, ao tema, do mandato e da gestão de negócios; (e) o enunciado de princípios a observar: dignidade da pessoa humana, audição e preparação, informação, necessidade, proporcionalidade, flexibilidade e preservação patrimonial<sup>32</sup>.

A medida de apoio ao maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres (art. 140º).

A medida de apoio prevista no direito português, diferentemente do que se verifica na TDA brasileira, permite a representação, não se limitando à assistência ou apoio.

A medida é judicial e deve ser requerida pelo próprio interessado, ou por meio de autorização, por seu cônjuge ou convivente, parente sucessível, ou ainda, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. A autorização para o requerimento por terceiros pode ser suprida pelo tribunal sempre que o interessado não a possa conceder de forma livre e consciente, ou havendo fundamento justificável.

---

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades de maiores. *Revista de Direito Civil*, Coimbra: Almedina, n. 3, 2018. p. 537.

Apesar de ser destinado aos maiores, o acompanhamento pode ser requerido no ano anterior à maioridade, para produzir seus efeitos a partir dela.

Normalmente a indicação do acompanhante é feita pelo próprio interessado, mas na falta de escolha pode ser designada no processo a pessoa que melhor atenda aos interesses do beneficiário, dando-se sempre preferência ao cônjuge ou convivente, ascendentes e descendentes, que não podem se escusar do encargo ou ser exonerados.

A medida de acompanhamento deve ser limitada ao necessário, podendo o tribunal delimitar de forma específica o apoio para o exercício de responsabilidades parentais, representação geral ou especial, administração total ou parcial de bens, autorização prévia para praticar determinados atos e intervenções que se fizerem necessárias.

Os direitos pessoais, como casar, procriar, cuidar e educar os filhos, adotar, escolher profissão, fixar domicílio, entre outros, podem ser exercidos livremente; para os demais atos, uma vez instituída a medida de acompanhamento, torna-se imprescindível a participação do acompanhante, estabelecendo a lei portuguesa que os atos praticados pelo maior acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento são anuláveis (art. 154º do CC). As decisões de acompanhamento são levadas a assento no registro civil, e sua publicidade é limitada aos interesses dos beneficiários e terceiros.

A medida de acompanhamento deve ser periodicamente revista pelo tribunal, e cessa quando não mais subsistem as causas que o justificaram, podendo o pedido de extinção ser deduzido pelo próprio beneficiário ou pelos demais legitimados.

## 2.5 Novos paradigmas da (in)capacidade

Como visto até aqui, o EPD é fruto de uma mudança de paradigma, da valorização do potencial e sobretudo da autonomia dos portadores de deficiência, para que possam participar de forma plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

No que se refere especificamente ao novo conceito de capacidade, importante analisar alguns destaques do artigo 12 da Convenção (CDPD):

### Artigo 12

#### Reconhecimento *igual* perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que *as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.*
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para *prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.*

4. 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.*

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e *assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens* (grifos nossos).

O artigo 12 é resultado de profundo debate na fase de elaboração da Convenção e abarca um vasto conteúdo relacionado às políticas que deverão ser promovidas pelos Estados Partes para a implementação do modelo proposto.

A equiparação da “capacidade legal” da pessoa com deficiência inaugurada pelo Estatuto evidentemente não está limitada à capacidade de direito. Ao contrário, o espírito vanguardista da Convenção visa assegurar, na medida do possível, o exercício dos direitos, ainda que, quando necessário, por meio de mecanismos de apoio e salvaguarda, preservando ao máximo a vontade e as preferências da pessoa com deficiência<sup>33</sup>.

As mudanças na legislação brasileira, tal como já observado em legislações estrangeiras, repelem a ideia de “interdição total” como regra, substituindo-a por medidas de apoio ou de salvaguarda que protejam ao máximo a autonomia da pessoa com deficiência<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Nesse sentido afirma Joyceane Bezerra de Menezes que, “se a Convenção afirmou que todas as pessoas com deficiência – intelectual, psíquica, física ou sensorial – possuem capacidade legal, em igualdade de condições com as demais (art. 12), determinou, com isso, que a deficiência não pode mais ser utilizada com um critério para restringir essa capacidade. A despeito da confusão que se possa estabelecer, as expressões capacidade legal e capacidade jurídica são sinônimas, conforme se extrai do relatório intitulado ‘Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley’, elaborado pelo Comitê sobre os direitos da pessoa com deficiência da Organização das Nações Unidas. A locução *capacidade legal* também é usada pelo BGB Alemão para designar o que, no Brasil, nomeia-se como capacidade jurídica, abrangendo a capacidade de gozo e a capacidade de exercício” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017. p. 140).

<sup>34</sup> “El marco legal establecido por el art. 12 del Tratado Internacional contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de ‘sustitución’ en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira la Convención, aboga por un modelo de ‘apoyo’ en la toma de decisiones.” Em tradução livre: O marco legal estabelecido pelo artigo 12 do Tratado Internacional contempla uma mudança no modelo a ser adotado ao regular a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, especialmente naquelas situações em que algum tipo de intervenção de terceiros possa ser necessário: enquanto o sistema tradicional tende a um modelo de “substituição” na tomada de decisões, o modelo de direitos humanos baseado na dignidade intrínseca de todas as pessoas, sobre o qual gira a

O artigo 12 supracitado prevê ainda, na sua parte final, a obrigação de os Estados Partes adotarem medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, assegurando que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

A igualdade legal é um princípio geral básico para a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos garantem especificamente esse direito à igualdade perante a lei. O dispositivo legal citado estabelece com clareza o propósito maior do legislador, valorizando as áreas em que as pessoas com deficiência têm sido tradicionalmente excluídas.

Na realidade, o artigo 12 não estabelece direitos adicionais para pessoas com deficiência; apenas descreve os elementos específicos que os Estados Partes devem levar em consideração para garantir a esses indivíduos o direito à igualdade perante a lei, em igualdade de condições com os demais, alinhando-se aos ditames constitucionais já estabelecidos anteriormente.

Apesar disso, parece ainda haver um mal-entendido sobre o real alcance das obrigações dos Estados estabelecidas pela Convenção nesse artigo.

Deve-se ter em mente que o modelo de deficiência baseado nos direitos humanos envolve a mudança do paradigma da substituição na tomada de decisão para um baseado no apoio à tomada de decisão, conforme se desprende dos princípios gerais enunciados no artigo 3 da Convenção, a saber, respeito à dignidade, autonomia individual, incluindo a liberdade de tomar as próprias decisões, independência das pessoas, não discriminação, participação plena e efetiva e inclusão na sociedade, respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e da condição humana, oportunidades iguais, acessibilidade, igualdade entre homens e mulheres, respeito à evolução dos poderes das crianças com deficiência e ao direito de preservar sua identidade. É necessário insistir nesse ponto, que é fundamental para permitir a compreensão da lei e sua aplicação de forma harmônica com o ordenamento jurídico.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência especificam que o direito a igual reconhecimento como pessoa perante a lei é operativo em todos os lugares. Em

---

Convenção, defende um modelo de “apoio” na tomada de decisões (VIVAS TESÓN, Inmaculada. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 20, n. 3, p. 823-846, set./dez. 2015. p. 833).

outras palavras, de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos, não há circunstância que permita que uma pessoa seja privada do direito de ser reconhecida como tal perante a lei, ou que permita que esse direito seja de qualquer forma limitado.

Isso é reforçado pelo artigo 4, nº 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que afirma não ser possível suspender esse direito mesmo em situações excepcionais.

Embora a CDPD não especifique uma proibição equivalente para suspender o direito a igual reconhecimento perante a lei, a disposição prevista expressamente no Pacto Internacional permanece garantida pelo artigo 4, nº 4, da Convenção, que estabelece que suas disposições não derogam as normas do direito internacional em vigor<sup>35</sup>.

A capacidade jurídica em igualdade de condições estabelecida pela Convenção é essencial para o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, e assume especial importância para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais em relação à saúde, educação e trabalho.

Todas as pessoas com deficiência, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial, podem ser afetadas pela negação da capacidade legal e substituição na tomada de decisões.

O artigo 12, nº 1, da Convenção reafirma que as pessoas com deficiência têm direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, o que garante que todo ser humano seja respeitado como pessoa com personalidade jurídica, condição para que a capacidade jurídica da pessoa seja reconhecida.

Nosso ordenamento já contemplava essa condição no artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; e o próprio Código Civil prevê que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º).

Capacidade legal e capacidade mental são conceitos diferentes. Capacidade jurídica, como já definida em capítulo anterior, é a capacidade de ser titular e exercer direitos e obrigações. É a chave para acessar a verdadeira participação na sociedade. A capacidade mental refere-se à capacidade de uma pessoa de tomar decisões, e naturalmente varia de indivíduo para indivíduo, podendo ser diferente até mesmo por fatores ambientais e sociais. De acordo com o artigo 12 da Convenção, os déficits na capacidade mental, presumidos ou reais, não devem ser usados como justificativa para negar a capacidade legal.

---

<sup>35</sup> Artigo 4, nº 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”.

O que se observa, porém, é que, mesmo após a vigência da LBI, permanece certa incompreensão quanto às diferenças entre capacidade mental e legal, o que faz com que uma pessoa considerada com pouca capacidade de tomada de decisão, muitas vezes em razão de uma deficiência cognitiva ou psicossocial, possa ter a sua capacidade legal suprimida em detrimento do modelo superado da substituição.

E por vezes isso se dá com base em um diagnóstico inespecífico (critério baseado na condição), ou quando se toma uma decisão considerada prejudicial (critério baseado no resultado), ou quando a aptidão da pessoa para tomar decisões é deficiente (critério funcional). Em todos esses critérios a deficiência da pessoa ou sua capacidade de tomar decisões são consideradas motivos legítimos para negar-lhe capacidade jurídica e rebaixar sua condição de pessoa perante a lei.

Essa postura viola o EPD, que não permite a negação da capacidade jurídica de forma discriminatória<sup>36</sup>, impondo, ainda, quando necessário, o apoio necessário para o seu pleno exercício.

O reconhecimento da capacidade jurídica está intimamente ligado ao gozo de muitos outros direitos humanos estabelecidos na CDPD, entre eles o direito de acesso à justiça (art. 13), o direito de não ser admitido contra sua vontade em uma instituição de saúde mental e de não ser forçado a se submeter a tratamento de saúde mental (art. 14), o direito ao respeito pela integridade física e mental (art. 17), o direito à liberdade de circulação e nacionalidade (art. 18), o direito de escolher onde e com quem viver (art. 19), o direito de liberdade de expressão (art. 21), o direito de casar e constituir família (art. 23), o direito de consentir em tratamento médico (art. 25) e o direito de votar e ser candidato nas eleições (art. 29). Sem o reconhecimento como pessoa, a capacidade de reivindicar, exercer e fazer cumprir esses direitos e muitos outros direitos estabelecidos na Convenção fica notavelmente comprometida.

A liberdade de tomar as próprias decisões requer capacidade legal. Independência e autonomia incluem o poder de fazer as próprias decisões serem legalmente respeitadas. A necessidade de apoio e de adaptações razoáveis para a tomada de decisões não deve ser utilizada para suscitar dúvidas sobre a capacidade jurídica da pessoa. O respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e da condição humana são incompatíveis com a outorga de capacidade jurídica baseada na assimilação.

---

<sup>36</sup> A discriminação com base na deficiência é definida no artigo 2 da Convenção como sendo “qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha por objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

A observância dessa capacidade legal garante ainda o direito de obter acomodação razoável no seu exercício. Acomodações razoáveis são definidas na Convenção como sendo

as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O direito de obter adaptações razoáveis no exercício da capacidade jurídica é independente e complementar ao direito de receber apoio no exercício da capacidade jurídica. Os Estados são obrigados a fazer as modificações ou adaptações necessárias para que as pessoas com deficiência possam exercer sua capacidade jurídica, exceto quando imponham um encargo desproporcional ou indevido. Essas modificações ou adaptações podem incluir acesso a edifícios essenciais, *v.g.*, tribunais, bancos ou locais de votação; informações acessíveis sobre decisões que produzam efeitos jurídicos; assistência pessoal etc. O direito de receber apoio no exercício da capacidade jurídica não pode ser limitado pela alegação de que constitui um encargo desproporcional ou indevido.

Nesse ponto há de se observar a legitimidade para uma modulação jurídica a fim de manter pleno e isonômico o exercício da capacidade legal, sem que isso importe em desequilíbrio em uma relação negocial.

Destarte, o conteúdo normativo introduzido a partir da Convenção, em especial pelo teor do artigo 12, impõe aos Estados: a) reconhecer as pessoas com deficiência como pessoas perante a lei, com personalidade jurídica e capacidade jurídica em todos os aspectos da vida, em igualdade de condições com as demais. Isso requer a abolição de regimes e mecanismos baseados na substituição na tomada de decisões que negam capacidade legal para o propósito ou efeito de discriminar pessoas com deficiência; b) estabelecer, reconhecer e proporcionar às pessoas com deficiência acesso a um amplo leque de apoios no exercício da sua capacidade jurídica. As salvaguardas para tais apoios devem ser baseadas no respeito aos direitos, vontade e preferências das pessoas com deficiência; c) consultar e envolver ativamente as pessoas com deficiência, incluindo crianças, por meio das organizações que as representem no desenvolvimento e implementação de legislação e políticas e em outros processos de tomada de decisão para garantir a efetividade desse dispositivo legal.

Obviamente haverá hipóteses em que não será possível o pleno exercício desses direitos pelas pessoas portadoras de deficiência, que, ainda assim, reitere-se, não perderão necessariamente sua capacidade legal, podendo se valer dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, já analisados em tópicos específicos.

Logo, não há dúvida acerca do reconhecimento legal de que as pessoas com deficiência têm direito a contrair obrigações em igualdade de condições. Mas isso não significa, como se verá mais adiante, que a análise de eventuais intempéries na assunção ou execução dessas obrigações deva ser igual.

É fato que a deficiência não pode mais servir de critério para definir a capacidade civil da pessoa. O que se deve levar em conta é quanto o eventual comprometimento do discernimento ou da manifestação da vontade interfere na prática do ato, ou seja, o grau de compreensão dos efeitos jurídicos. É esse o elemento balizador da capacidade para fins de (in)validação do ato na legislação atual.

Ainda acerca do discernimento, cumpre destacar que tal conceito não deve ser aferível pelo critério da razoabilidade, ou seja, a imposição de que determinado sujeito devesse agir de modo coerente conforme se esperaria da maioria daqueles considerados “normais”. O discernimento não deve estar relacionado direta e necessariamente à racionalidade do ato praticado, mas tão somente à capacidade – leia-se possibilidade – de se exprimir, de exercer efetivamente a autonomia da vontade.

Não se trata, pois, de valorar a qualidade das escolhas do declarante, mas tão somente de verificar se ele, conscientemente, manifestou aquela vontade, independentemente de ser boa ou ruim quando comparada com a decisão que seria eventualmente tomada pela maioria.

O sistema protetivo, festejado historicamente para justificar a exclusão de pessoas com deficiência, não pode mais tolher desses indivíduos a possibilidade de contratar mal, segundo a concepção da maioria. Mais importante que isso é a preservação da autonomia existencial da pessoa.

Ao se observar o tradicional instituto da incapacidade, vê-se que o principal problema relacionado à teoria geral do direito residia na valoração dos atos da autonomia privada. Nesse contexto, quem não tivesse discernimento para compreender as consequências jurídicas de um ato praticado tinha negada pelo legislador a validade de seus efeitos. O instituto da incapacidade, assim entendido, prestar-se-ia à aferição da validade do ato e de seus efeitos.

Como observa Viviane Limongi, o EPD ressignificou o conceito de deficiência, fazendo com que o ordenamento deixasse de perquirir se a pessoa tem condições físico-psíquicas no momento da formação de vontade: basta verificar se a vontade emanada não foi desviada por alguma influência exógena, hipótese de defeito de declaração<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal n. 13.146/2015)*: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 148.



Note-se, assim, que, para fins de capacidade e validade dos atos, o ordenamento passa a considerar apenas a aptidão para expressar a vontade, e não mais a compreensão jurídica dos efeitos do ato praticado a partir da manifestação.

Como já mencionado, as alterações promovidas pela Convenção (CDPD) e pelo Estatuto (EPD) obviamente não conferiram discernimento e sanidade a quem não possui. Contudo, têm o escopo de garantir a inclusão das pessoas com deficiência por meio do reconhecimento de uma igualdade legal; e, sem esquecer das diferenças – e da eventual necessidade protetiva –, fizeram incluir no texto da lei meios condizentes com o papel que lhes asseguram os direitos humanos, impedindo que sejam relegadas à condição de meros objetos de proteção.

Oportuno observar que há situações em que a deficiência, seja ela qual for, não compromete o discernimento. E há hipóteses em que, mesmo sem nenhuma deficiência, a pessoa não tem nenhuma capacidade de compreensão ou de externar sua vontade. Como exposto anteriormente, esses casos estarão submetidos ao inciso III do artigo 4º do Código Civil.

No estágio atual, o ordenamento jurídico promove a autonomia e a proteção por meio de um sistema de apoio a ser calibrado de acordo com a intensidade da necessidade de cada indivíduo. Com isso, ainda que seja reduzido o discernimento, a mínima capacidade de compreensão e vontade há de ser respeitada, e não simplesmente substituída. O papel da pessoa com deficiência passa a ser orientado por um critério existencial, da dignidade da pessoa humana, ainda que isso possa implicar eventual efeito negativo no campo patrimonial.

### 3 O NEGÓCIO JURÍDICO À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A partir da análise da estrutura tradicional da teoria do negócio jurídico e das mudanças conceituais promovidas pelo Estatuto de Pessoa com Deficiência (EPD), fica evidente a necessidade de uma revisão interpretativa e um esforço hermenêutico para harmonizar nosso sistema jurídico.

O Código Civil de 2002, conforme exposto por Miguel Reale<sup>38</sup>, teve por base três princípios: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*.

Com relação à eticidade, a intenção do legislador foi a de superar o apego ao formalismo jurídico, privilegiando valores éticos.

A socialidade teria o sentido de modificar o caráter individualista do Código revogado de 1916, a fim de que prevalecessem os interesses da sociedade, tal como se verifica, *v.g.*, com a função social do contrato, que impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, outros interesses extracontratuais socialmente relevantes.

Ainda a respeito da socialidade, ressalta Antonio Junqueira de Azevedo que “a função do negócio jurídico é a de ser instrumento jurídico, por excelência, de colaboração entre os homens. Não há sociedade sem negócio jurídico. *Ubi societas, ibi negotium*”<sup>39</sup>. Nesse aspecto, alijar a pessoa com deficiência da prática de negócio jurídico significa excluí-la da sociedade.

A operabilidade, por sua vez, é ressaltada pelo legislador como solução normativa capaz de facilitar a interpretação e a aplicação da lei.

Nesse sentido, afirma Miguel Reale que o Código Civil de 2002 consagra “hipóteses, por assim dizer, de *indeterminação do preceito*, cuja aplicação ‘in concreto’ caberá ao juiz decidir”<sup>40</sup>.

As denominadas *cláusulas gerais*, que são enunciados de conteúdo genérico, visam facilitar a adaptação da lei a cada caso concreto e manter atualizada a norma, já que o conceito aberto confere uma margem de interpretação ao operador do direito<sup>41</sup>. Consistem em

---

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>39</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 52.

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*, cit., p. 41.

<sup>41</sup> Sobre o tema, questionou Karl Engisch se as cláusulas gerais não deveriam ser incluídas nos conceitos indeterminados normativos, por vezes também conceitos discricionários. E, respondendo à sua própria indagação, sustentou o autor que “as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Isto seria uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível

normas jurídicas, originadas de um processo legislativo constitucionalmente previsto, que as posiciona na categoria formal de *leis*. São normas jurídicas dotadas de uma função peculiar, diferenciada das demais normas, por carregarem uma *amplitude semântica* ou *valorativa* maior do que a generalidade das disposições normativas<sup>42</sup>.

As cláusulas gerais de fato conferem certa liberdade aos aplicadores do direito, que haverão de interpretá-las segundo regras de experiência e hermenêutica, e de acordo com diretrizes sociais, econômicas, e as peculiaridades do caso concreto.

O processo interpretativo das cláusulas gerais não deve se confundir com discricionariedade, no sentido de liberdade de escolha ou arbítrio, já que a interpretação *in casu* não deve se pautar em um juízo de oportunidade e conveniência.

Nas cláusulas gerais o que se interpreta são os conceitos vagos, a fim de aferir se determinada situação concreta se encaixa nos termos da lei. E, uma vez estabelecido que a hipótese real é abrangida pela norma, cabe ao juiz tão somente aplicar a consequência já prevista na própria lei.

Esses pilares do Código Civil devem estar bem vivos na mente do intérprete, pois são fundamentais para a atualização harmônica do ordenamento jurídico. Este, como já mencionado, há de ser fluido.

Em acréscimo, cumpre anotar que a análise exclusivamente estrutural passa a ceder espaço para uma visão funcional das situações jurídicas, que sem abandonar completamente a estrutura, prioriza o valor dos interesses tutelados.

Com isso, a análise do negócio jurídico deve passar necessariamente pela busca dos efeitos pretendidos pelas partes, os interesses buscados a partir de uma avença, a forma como esses interesses se relacionam com os valores do ordenamento, enfim, uma visão funcional que permita aferir a sua juridicidade em um plano valorativo. Trata-se de uma postura hermenêutica.

Luiz Edson Fachin, em palestra proferida nas V Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao tratar do significado da hermenêutica, esclareceu que

tem sentido investigar em que medida isso pode contribuir para uma hermenêutica jurídica diferenciada, ligada à percepção civil-constitucionalista de índole prospectiva cujo *dever* encontra-se orientado pela *aletheia* de conceitos e relações jurídicas submetidos à contraprova histórica da concretude, visando sempre à promoção

---

sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceitos. Não podemos referir-nos aqui detalhadamente às vantagens e desvantagens das cláusulas gerais. Elas têm sido muitas vezes tratadas em trabalhos recentes. Todavia, não devemos confundir as vantagens e riscos inerentes às cláusulas gerais enquanto tais com aqueles que também as acompanham, por elas, em regra, serem ao mesmo tempo indeterminadas, normativas e discricionárias” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1968. p. 192-193).

<sup>42</sup> JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

do *ser* como *humano* de necessidade e liberdade, *constituído dialeticamente* por intermédio de sua própria *ação*.

[...]

Nesse sentido, mais do que interpretar harmonicamente as leis constitucionais e infraconstitucionais, a compatibilização do Código Civil e das demais leis à Constituição Federal compreende hoje uma “teoria da interpretação inspirada no personalismo e na proeminência da justiça sobre a letra dos textos”, cuja contribuição sintetiza uma dupla tentativa: de superar o tecnicismo positivista e de relê-lo criticamente, à luz de experiências práticas e culturais<sup>43</sup>.

Nesse contexto devem ser analisados os elementos do negócio jurídico envolvendo a pessoa com deficiência, conciliando autonomia, proteção, validade e segurança. Impõe-se uma interpretação sistemática balizada por elementos básicos que garantam a dignidade da pessoa humana, tais como igualdade, liberdade, integridade, autonomia e solidariedade. O Estatuto prega a preservação da manifestação privada da vontade do deficiente, e é com esse espírito que os negócios jurídicos por eles praticados devem ser analisados.

Nesse contexto cabe sopesar que não há liberdade juridicamente tutelada sem responsabilidade. Os atos praticados por quem vive em sociedade estão diretamente relacionados à interação; logo, se por um lado a ausência de discernimento implicaria ausência de responsabilidade, a incapacidade tal como entendida antes da vigência do Estatuto acabava por tolher da pessoa com deficiência exatamente aquela liberdade, que assim ficaria excluída. A ausência de responsabilidade acabava implicando a própria vedação da prática de atos e, conseqüentemente, de participação da vida social<sup>44</sup>.

Houve então uma mudança de valores visando à inclusão, com conseqüências também para pessoas com deficiência, que agora são capazes e, por isso, responsáveis. Tratando-se de valores existenciais, relacionados à dignidade da pessoa humana, sucumbe qualquer argumento que defenda a proteção com exclusão.

Ponderando acerca dos reflexos patrimoniais decorrentes dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência, Viviane Limongi afirma que o sistema jurídico não pode ignorar que as questões metafísicas abarcadas pelo EPD repercutem na esfera patrimonial da pessoa com deficiência, e por isso, se não forem colocadas salvaguardas, poderiam implicar

---

<sup>43</sup> FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz\\_Fachin.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html). Acesso em: 18 abr. 2022.

<sup>44</sup> “A conseqüência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o *autor* de seus próprios atos, devendo em conseqüência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade)” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. *In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 192).

a mitigação do mínimo existencial, faceta também ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>45</sup>.

A despeito dos efeitos potencialmente lesivos a que as alterações perpetradas pelo EPD podem sujeitar a pessoa com deficiência, não há outra conclusão senão a de que esses riscos são menos prejudiciais do que aqueles decorrentes de um tratamento legal exclusivo.

Ademais, nos casos extremos, não se há de admitir que existiria um choque entre princípios constitucionais protetivos. Nesses casos, caberá ao intérprete, com base exatamente nesses mesmos princípios, dar a solução que atenda ao melhor interesse tutelado, que em situações extremas será de tal obviedade que não trará dificuldade de aplicação, tampouco será capaz de gerar insegurança jurídica ou decisões assistemáticas.

Como é cediço, modernamente o interesse é tutelado se e enquanto estiver em conformidade não apenas com os interesses do titular, mas também com os interesses da coletividade<sup>46</sup>.

Lembre-se que, muito embora o discernimento tenha sido relativizado enquanto elemento indissociável da noção de capacidade, com a conseqüente valorização da possibilidade de manifestação da vontade, casos extremos não poderão contar com nenhum desses elementos; e essa situação está prevista no ordenamento, especialmente para a prática de atos negociais e patrimoniais, ou seja, serão raríssimas as hipóteses em que a modificação legislativa implicará de fato prejuízos às pessoas com deficiência. E mesmo nesses casos há meios legais de coibir os excessos, como se verá a seguir.

### **3.1 O negócio jurídico sob a ótica da pessoa com deficiência**

O negócio jurídico pode ser definido num primeiro momento como uma forma jurídica de relacionamento entre os homens, e assim sua existência remonta aos primórdios da humanidade. É a declaração de vontade que tem como consequência a produção de efeitos jurídicos.

O que diferencia o negócio jurídico do ato jurídico é o fato de que neste último o agente tem uma ação e uma vontade simples, enquanto naquele há uma ação e uma vontade qualificada, assim entendida aquela que tende a produzir um efeito jurídico determinado; é a

---

<sup>45</sup> LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*, cit., p. 162.

<sup>46</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121.

vontade voltada a uma finalidade específica, qual seja, a constituição, conservação, modificação e extinção de direitos.

Na visão concebida por Pontes de Miranda, o negócio jurídico subdivide-se nos planos da existência, validade e eficácia<sup>47</sup>.

No plano da existência têm-se como elementos essenciais: agente, vontade, objeto e forma. Ausente qualquer desses elementos, o negócio jurídico seria inexistente.

Quanto à validade, conforme se extrai dos requisitos do artigo 104 do Código Civil, aqueles pressupostos de existência ganham adjetivos, a saber: *agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável* e forma *prescrita ou não defesa em lei*. E, a despeito de não constar expressamente na lei, a vontade há de ser *livre*. Assim, constatando-se qualquer vício relacionado a essas qualificadoras dos elementos de existência, comprometida estará a validade do negócio jurídico.

A eficácia, por sua vez, está relacionada aos efeitos gerados pelo negócio jurídico, tanto para as próprias partes quanto para terceiros.

Essa concepção de negócio jurídico pressupõe uma lógica segundo a qual o plano seguinte não subsiste sem o anterior, ou seja, o negócio, para ser válido, tem que existir; e, para produzir efeito, há de ser válido. Essa seria a regra natural, não obstante seja indubitável que um contrato, ainda que inválido, tem potencial para produzir efeitos.

Oportuno consignar que o primeiro plano da escala ponteana, a existência do negócio, foi em princípio defendida na Alemanha, em meados do século XIX, com o intuito de auxiliar na solução de uma questão então tormentosa no direito francês: o casamento.

Na rígida doutrina francesa, defendia-se que o casamento só admitia nulidades textuais, de sorte que para as demais hipóteses a inexistência surgia como solução.

---

<sup>47</sup> Trata-se da construção dogmática mais assimilada pelo direito brasileiro. Nesse sentido: “não há dúvidas quanto à influência de uma das mais conhecidas construções de Pontes de Miranda, isto é, de sua distinção rigorosa entre os três planos do negócio jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Ainda que o redator José Carlos Moreira Alves tivesse rejeitado a proposta de construir a parte geral do novo Código Civil de 2002 com base nessa tricotomia, em âmbito doutrinário ter-se-ia assistido ao enorme sucesso da construção ponteana. Nela se sustentam o estudo de Junqueira de Azevedo, que porta a tricotomia já no título, e a obra de Bernardes de Mello, que inclusive dedicou um volume próprio a cada plano. Mas também os manuais de direito civil da nova geração baseiam-se, praticamente todos, na tricotomia, ou pelo menos a reverenciam” (SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte: Fórum (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público), ano 3, n. 5, jan/abr. 2014. p. 3. Disponível em: [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4120745/mod\\_resource/content/0/Jan%20Peter%20Schmidt%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20a%20partir%20de%20uma%20perspectiva%20alema%CC%83.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4120745/mod_resource/content/0/Jan%20Peter%20Schmidt%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20a%20partir%20de%20uma%20perspectiva%20alema%CC%83.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021).

No direito brasileiro, a inexistência do ato jurídico encontra assento na doutrina e na jurisprudência, a despeito de não constar expressamente no ordenamento jurídico. Nesse vácuo legislativo há ainda quem sustente que a inexistência não passa de uma hipótese de nulidade.

Considerando que o mais importante para o direito é a tutela dos efeitos dos atos jurídicos, é difícil sustentar que um ato não exista e ainda assim tenha repercussão. O melhor é, em razão de alguma das hipóteses legais, desconsiderar as consequências desses efeitos, mas não negar a existência de um ato que de fato existiu.

Percebe-se que o plano da existência foi concebido em um vácuo da teoria das nulidades, prestando-se a solucionar casos em que se mostrava necessária a declaração de ineficácia de efeitos decorrentes de um ato juridicamente válido, por serem – os efeitos – contrários a algum valor jurídico relevante.

Essa circunstância auxiliará mais à frente na compreensão da necessidade de relativização de algumas causas de (in)validade, a fim de privilegiar exatamente os valores juridicamente relevantes envolvidos em determinadas situações relativas à pessoa com deficiência.

Nesse contexto, imperiosa uma análise dinâmica e funcional da autonomia privada e, conseqüentemente, da relação negocial, a fim de que se possa identificar com a maior precisão possível os valores envolvidos e, então, garantir a tutela do melhor interesse.

Pietro Perlingieri ressalta que “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondente funcionalização do sistema das normas constitucionais”<sup>48</sup>.

Essa análise passa pela verificação da causa do negócio, que, na concepção de Emilio Betti, seria a sua função, a razão propriamente dita, “un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso deve risponder”<sup>49</sup>. Identificando a causa com a função econômico-social do negócio, esclarece o autor:

La causa è, in breve, la funzione d’interesse sociale dell’autonomia privata. Gli elementi necessari per l’esistenza del negozio sono anche elementi indispensabili della funzione tipica che è sua caratteristica. La sintesi loro, come rappresenta il tipo del negozio, in quanto negozio causale (§ 24), così ne rappresenta anche la funzione tipica. Funzione economico-sociale del tipo di negozio, in quanto esplicazione di autonomia privata, la quale è un fenomeno sociale prima di divenire, col riconoscimento (§ 2°), un fatto giuridico. Invero, se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega (§ 30), e non vi sarebbe atto

<sup>48</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 277.

<sup>49</sup> [U]m interesse social objetivo e socialmente controlável, ao qual deve responder (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Segunda ristampa corretta dela seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 174, tradução livre).

giuridico che non avesse una “causa” in questo senso, appunto perchè produttivo di effetti. Per contro la causa è caratteristica del negozio<sup>50</sup>.

Note-se que essa concepção auxilia na interpretação do contrato e tem reflexo nas hipóteses de (in)validade, notadamente quando envolve vícios de negócios jurídicos praticados por pessoa com deficiência. Como se verá a seguir, o ordenamento jurídico, em prol da tutela de interesses maiores, da garantia da função social e da boa-fé, permite sopesar o exercício da autonomia privada em determinadas situações.

Ainda sobre a relevância da causa, sustenta Francisco Amaral que

ela não é propriamente um elemento do negócio jurídico, como a doutrina costuma apresentá-la. Ela não atua no plano de existência do negócio, como a vontade, o objeto, a forma, mas como requisito de validade ou de eficácia, com uma função de proteção à parte que acreditou na sua existência<sup>51</sup>.

Dentre as espécies de negócios jurídicos, a mais importante para o presente estudo é o contrato, figura central no campo das relações negociais, sobre as quais se pretende analisar os efeitos advindos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

E esse tipo de negócio jurídico, independentemente da legislação específica relacionada à pessoa com deficiência, também sofreu transformações para se adequar aos novos tempos<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> A causa é, em suma, a função de interesse social da autonomia privada. Os elementos necessários à existência do negócio são também elementos indispensáveis da função típica que lhe é característica. Sua síntese, ao representar o tipo de negócio, como causal (§ 24), representa assim também a sua função típica. Função econômico-social do tipo do negócio, como expressão da autonomia privada, que é um fenômeno social antes de se tornar, com reconhecimento (§ 2º), um fato jurídico. Com efeito, se a causa fosse simplesmente a função jurídica, não seria a síntese funcional dos elementos do negócio, mas a síntese dos efeitos que a lei lhe atribui (§ 30), e não haveria ato jurídico que não tivesse uma “causa” nesse sentido, justamente porque produz efeitos. Por outro lado, a causa é característica do negócio (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 183. Confirma-se também do autor, Causa del negozio giuridico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v. III. p. 32-40, tradução livre).

<sup>51</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 441.

<sup>52</sup> “O contrato outrora de índole individualista e liberal deve sofrer uma abertura de modernos horizontes hermenêuticos, com o firme propósito de refletir o fenômeno da publicização ou socialização do direito privado, a partir de imperiosas exigências contemporâneas, como a pujança da atividade econômica do nosso tempo e as vicissitudes de uma sociedade transnacionalizada, globalizada ou pós-moderna. A título exemplificativo, os contratos eletrônicos executados através da internet representam uma renovação da dinamicidade contratual. Portanto, o direito contratual contemporâneo, de índole social e tutelar, deve ser permeado e orientado pelo princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, Princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/88); Princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB/88); Princípio da proteção à dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88); e Princípio da Igualdade Substancial (art. 3º, III, CRFB/88)” (MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito civil*: contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017. p. 57).  
No mesmo sentido: “Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato que se transmuta e evolui sempre, como a própria transmutação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 127-138, 2002).



Como se pode notar, a evolução do homem, da sociedade, e conseqüentemente das relações negociais, impõe mudanças no ordenamento jurídico, que por isso, reitere-se, há de ser fluido, sob pena de não atender a sua finalidade precípua, que é regular de forma adequada as mais diversas situações sociais.

A dogmática jurídica deve se pautar em princípios éticos, porque o direito e a justiça estão acima das leis.

Nesse contexto, o esforço da doutrina deveria se voltar para integrar o EPD com institutos tradicionais do direito, e não apenas tecer críticas com base em dogmas do passado que não são condizentes com a realidade do presente.

Considerando os elementos essenciais do negócio jurídico, e sem a preocupação de se aprofundar na distinção dos planos de existência e validade, um dos pontos centrais a serem estudados é a declaração de vontade, que no caso da pessoa com deficiência pode não ser possível, ou, em sendo, pode estar comprometida pela ausência ou redução de discernimento.

Considerando então que, em razão das alterações promovidas nos incisos dos artigos 3º e 4º do Código Civil, as pessoas com deficiência são capazes, e em regra os negócios jurídicos que as envolvem são presumidamente válidos, como poderiam ser solucionados eventuais prejuízos gerados a elas em razão de suas condições?

Uma das hipóteses para a solução reside exatamente nos defeitos do negócio jurídico, que, atingindo diretamente a vontade, importarão na sua invalidade.

As demais situações que não puderem ser resolvidas com base nesses critérios deverão levar em conta uma análise sistemática e funcional das invalidades, priorizando princípios constitucionais que orientam a legislação específica voltada para a pessoa com deficiência.

### **3.2 Negócio jurídico e autonomia privada**

A despeito das discussões dogmáticas dos modelos de categorias jurídicas que tenham como suporte fático a manifestação da vontade, cumpre analisar o negócio jurídico e o seu principal fundamento quando se trata de invalidade, qual seja, a autonomia privada. O negócio jurídico é essencialmente composto por vontade e autonomia privada.

Autonomia privada pode ser definida como a “faculdade deferida ao indivíduo de autorregulamentar sua vida, ou, no sentido ético, a escolha, pelo cidadão, das leis que regerem

sua conduta”<sup>53</sup>. Trata-se da possibilidade que cada parte tem, na conclusão de um contrato, de fazer valer seus objetivos e salvaguardar seus interesses<sup>54</sup>.

É certo que, em matéria contratual, historicamente a norma mira a força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*, valorizando e protegendo a autonomia privada. O sistema é concebido na ideia de que os pactos devem ser cumpridos.

A evolução do direito, porém, tem flexibilizado essas normas e a visão estática da relação contratual em prol da tutela de outros interesses envolvidos, que se ignorados acabarão violando o ordenamento jurídico, talvez com ainda mais força.

Maurício Bunazar ressalta que, quando se trata do exercício da autonomia privada, há pelo menos três ordens distintas de razões que servem de fundamento para as normas de competência cuja violação tem por consequência a invalidade, quais sejam: (i) a proteção dos interesses daquele que está a exercer; (ii) a proteção dos interesses de um terceiro em relação direta com o exercente da autonomia privada; e, finalmente, (iii) a tutela dos interesses de terceiros em geral<sup>55</sup>.

Quando se trata da análise da validade dos negócios jurídicos, desde logo é importante observar que o ordenamento tutela os efeitos por eles produzidos, ou seja, a situação jurídica subjetiva. Assim, com base em um juízo valorativo desses efeitos é que se pode aferir se os resultados do exercício da autonomia privada são válidos ou não.

Para uma melhor compreensão da tese proposta, oportuno fazer referência a algumas das teorias que surgiram ao longo dos séculos XIX e XX a partir de divergências ideológicas acerca da noção de negócio jurídico, em especial as teorias subjetivista e objetivista.

A primeira define o negócio jurídico como ato de vontade dirigido à produção de efeitos jurídicos. Concebida com base nas lições de Savigny, encontra eco expressivo na doutrina brasileira, e prega, em síntese, que o intérprete deve buscar na intenção do agente a legitimidade do negócio, pois é a vontade real o seu principal elemento.

Já a teoria objetivista sustenta que a essência do negócio jurídico é a declaração compreendida pelo ordenamento, independentemente da intenção do agente. O negócio

---

<sup>53</sup> ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39.

<sup>54</sup> “La autonomía privada presupone, conforme a su sentido, que al concluir contratos cada parte tiene de igual modo la posibilidad de hacer valer sus objetivos y de salvaguardar sus intereses” (LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tratado de derecho civil alemán. Tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 74). Em tradução livre: A autonomia privada pressupõe, segundo eu significado, que, na celebração de contratos, cada parte tenha igualmente a possibilidade de fazer valer seus objetivos e salvaguardar seus interesses.

<sup>55</sup> BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 31.

jurídico, apesar de decorrer de uma manifestação de vontade, desprende-se dela e produz efeito conforme o ordenamento jurídico, tendo-se por irrelevante a intenção do agente.

Ambas as teorias, formatadas em momentos históricos distintos, não foram suficientes para resolver com precisão o dilema entre o respeito à vontade individual e a segurança da manifestação declarada.

Nesse contexto, capitaneada por Emilio Betti, surge a teoria preceptiva, segundo a qual o reconhecimento social da vontade não leva em consideração elementos subjetivos internos do agente, mas apenas a declaração tal qual manifestada, que constitui preceito vinculativo.

Para a análise da invalidade dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência, oportuno ainda citar a teoria da confiança, elaborada a partir da teoria preceptiva. Segundo a teoria da confiança, o preceito emanado pelo negócio jurídico, em decorrência da declaração, vincula o agente em razão da expectativa gerada no corpo social quanto à relação entre a manifestação de vontade e a intenção da parte emissora.

Essa ideia foi aos poucos sendo incorporada à legislação estrangeira, como se extrai do esboço do artigo 122 do BGB, que prevê uma indenização para o dano causado em razão da confiança depositada na validade da declaração emanada pela outra parte.

O Código italiano já tem previsão expressa no sentido de que “o erro é causa de anulação do contrato quando for substancial e reconhecível pelo outro contratante” (art. 1.428). No mesmo sentido os Códigos português (art. 247º) e peruano (art. 201).

Na mesma linha da legislação estrangeira, o nosso Código de 2002 evoluiu e encampou a teoria da confiança, como se extrai do texto do artigo 138, ao prever que são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Elemento fundamental relacionado à teoria da confiança é a boa-fé, que faz com que o negócio jurídico, ainda que invalidado, responsabilize o agente exatamente em razão da expectativa criada com a sua declaração<sup>56</sup>.

E não se pode negar juridicidade a esse elemento (confiança) quando a própria lei civil expressamente prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. Há, portanto, um dever legal de não lesar a parte com quem se contrata, evidenciando uma vez mais

---

<sup>56</sup> “A boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoísta’ à literalidade do pactuado. Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 412).

que o ordenamento impõe em determinadas hipóteses a observância de interesses sociais em detrimento do voluntarismo e do liberalismo.

Judith Martins-Costa esclarece que a *confiança*, o *dever de coerência*, consistem

em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais, visto que a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade<sup>57</sup>.

Evidentemente não se pretende banalizar a aplicação da boa-fé objetiva para fundamentar qualquer hipótese ou necessidade de modulação da invalidade do negócio da pessoa com deficiência. Porém, é inegável que em matéria de invalidade a boa-fé serve para calibrar e equilibrar a dinâmica da relação contratual, preservando a tutela dos interesses envolvidos na relação negocial; para além disso, a aplicação da teoria da confiança reforça a expressão de solidariedade social e um dever geral de não lesar.

Nesse diapasão, as alterações promovidas no sistema de incapacidades decorreram exatamente da necessidade de atender às diferentes situações existentes, sem colocar todos os então classificados como *incapazes* na vala comum. A tutela adequada dos direitos da pessoa com deficiência impõe uma gradação de sua capacidade, a fim de que as consequências legais dos atos praticados se deem de acordo com os interesses envolvidos.

Como já exposto neste estudo, a autonomia privada não é irrestrita, encontrando limitação sempre que sua aplicação se mostrar contrária à tutela de outros valores maiores previstos no próprio sistema.

Rosa Maria de Andrade Nery, a esse respeito, esclarece que

o princípio da autonomia privada, que rege a obrigatoriedade dos contratos, a autorregulação dos interesses privados e a autonomia para o exercício dos poderes dominiais, portanto, continua sendo o inspirador principal da técnica jurídica de direito privado, que inspira e norteia a liberdade de contratar e de vivenciar situações jurídicas como principal fenômeno jurígeno de criação de direitos e de obrigações. Mas a técnica jurídica do direito privado não privilegia, como antes, o individualismo; ao contrário, a socialidade, impressa no novo sistema do direito civil brasileiro, inspira o intérprete do direito, também, para a correta funcionalidade da autonomia privada<sup>58</sup>.

Assim como as regras do Estatuto, as características do princípio da autonomia privada no direito contemporâneo estão associadas a uma matriz constitucional.

<sup>57</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 254.

<sup>58</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. p. 19.

E, a partir dessa base normativa, nota-se que a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal), princípio informador da autonomia privada, não esgota seu sentido constitucional. A liberdade de agir, garantia fundamental expressamente prevista no *caput* do artigo 5º, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os princípios de solidariedade e igualdade previstos no artigo 3º são objetivos fundamentais da República, que impõem uma ampliação interpretativa com o propósito de reduzir desigualdades.

A autonomia privada, a despeito de estar intimamente ligada ao conceito de liberdade, não tem o mesmo sentido, e modernamente não está mais limitada à ideia de poder dos particulares de gerir seus interesses de forma independente do Estado. Essa liberdade deve estar atualmente direcionada à garantia também de valores sociais, e conviver com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Destarte, não se pode mais afirmar que o limite da autonomia é a ilicitude, sendo imperiosa nas relações jurídicas a observância de valores existenciais. Há de ser entendida a partir da noção de que a invalidade representa instrumento de valoração do exercício da autonomia privada, segundo a qual a legitimidade dos efeitos jurídicos dependeria do preenchimento dos requisitos legais.

Sem perder de vista os ditames constitucionais que norteiam a autonomia privada, é fato que a intervenção estatal sofreu um incremento ao longo do tempo, fazendo inserir no ordenamento jurídico instrumentos de controle dos negócios jurídicos, pautados sobretudo na boa-fé e na função social do contrato<sup>59</sup>, tais como a lesão, a resolução ou revisão por onerosidade excessiva, o adimplemento substancial, o abuso de direito, a vinculação de deveres anexos, o dever de mitigar danos, entre tantos outros.

Acerca dessa intervenção na autonomia privada, Josserrand<sup>60</sup> tecia críticas alertando que tal situação conferia ao julgador “poder enorme e quase sem limites” exatamente para, em nome de interesses sociais, desequilibrar o pacto livremente estabelecido entre as partes.

Porém, longe de decretar a morte do contrato, como propagado por parte da doutrina, esse controle valorativo tão somente adequou a liberdade de contratar aos deveres de cooperação, boa-fé, função social, entre outros, introduzidos nos sistemas jurídicos ao longo do século XX.

---

<sup>59</sup> Oportuno observar aqui que o Código Civil brasileiro é o único a expressamente estabelecer uma relação entre a autonomia privada e a função social do contrato.

<sup>60</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas*. Tradução Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. I, v. I. p. 133-134.

Oportuno ressaltar que esses “freios” estão relacionados à liberdade contratual, e não à liberdade de contratar. Como explica Giselda Hironaka, *liberdade contratual* é aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública; a *liberdade de contratar* está fundada na dignidade da pessoa humana e resulta da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada<sup>61</sup>.

O negócio jurídico é o principal instrumento do exercício da autonomia privada e, quando exercido de forma irregular, invalida o ato. Vejamos, então, como essa invalidade há de ser tratada quando relacionada aos negócios envolvendo pessoas com deficiência.

### **3.3 Defeitos do negócio jurídico e demais causas de invalidade conforme o Estatuto da Pessoa com Deficiência**

O artigo 171 do Código Civil, que trata dos casos de anulabilidade, além de proteger os relativamente incapazes, invalida os negócios defeituosos por vícios do consentimento.

Já o artigo 166 da Lei Civil elenca as hipóteses de nulidades dos negócios jurídicos.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, enquanto a nulidade resguarda um interesse público, a anulabilidade visa proteger o interesse privado das partes envolvidas.

Como pontua Humberto Theodoro Júnior, “nos vícios do consentimento o ato é considerado defeituoso porque a vontade do agente não se formou corretamente, já que não fora o defeito de que se ressentiu no processo de formação, manifestar-se-ia, certamente, de maneira diversa”<sup>62</sup>.

No caso específico das pessoas com deficiência, os defeitos do negócio jurídico haverão de ser aferidos de acordo com suas peculiaridades, e não necessariamente com o padrão do homem médio, “normal”. E isso pela razão óbvia de que a deficiência pode desigualar, mas não necessariamente incapacitar. É nesse sentido que a Convenção de Nova Iorque prevê em seu artigo 3 o “respeito pela diferença”.

Caso surja especulação crítica no sentido de que a parte contrária que contrata com a pessoa com deficiência passaria a ter obrigação de diligência maior, a resposta seria afirmativa, e não residiria nesse ponto nenhuma grande novidade.

O Código Civil, tendo como pilares a socialidade e a eticidade, impõe o dever de boa-fé e, assim, de contribuição dos contratantes para a validade do negócio. Ou seja, a parte

---

<sup>61</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, cit.

<sup>62</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3, t. I, Livro III: Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. p. 4.

contrária deve agir com lealdade e se certificar tanto quanto possível de que o negócio é desejado naqueles termos pelo outro contratante. Esse dever de diligência deve ter um *plus* ao se contratar com uma pessoa com deficiência<sup>63</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, que inegavelmente se aplica à imensa maioria das relações negociais, já exacerba esse dever de informação com vistas a propiciar melhor inteligência do consumidor.

Logo, da mesma forma que o “homem médio” serve de baliza, por exemplo, para aferir a diligência, o grau de discernimento deverá ser considerado na avaliação do negócio jurídico envolvendo a pessoa com deficiência.

Pietro Perlingieri pondera que a deficiência, ainda que permanente, que não seja absoluta ou total, mas graduada e parcial, não há de ser traduzida numa série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, ou seja, considerando o grau do déficit, não se justificam e acabam por representar verdadeira camisa de força, totalmente desproporcionais e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa<sup>64</sup>.

Como já exposto, as invalidades, em especial relacionadas a negócios envolvendo a pessoa com deficiência, devem ser aferidas a partir de uma análise dinâmica da relação contratual, e não meramente estática, ou seja, considerando apenas eventuais violações estruturais previstas em abstrato pelo legislador.

A propósito, o próprio princípio da conservação do negócio jurídico, que tem base legal, por exemplo, nos artigos 144, 170 e 184 do Código Civil, evidencia que a taxatividade das causas de invalidade nem sempre deve prevalecer, cabendo ao intérprete encontrar no ordenamento os verdadeiros valores a serem preservados em uma relação negocial concreta.

Nesse campo, sem banalizar, mas também sem desconsiderar, podem servir de parâmetros seguros para a (in)validade do negócio jurídico os princípios da boa-fé e da função social do contrato, positivados em nosso ordenamento nos artigos 421 e 422 do Código Civil,

---

<sup>63</sup> “Essa é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés *objetivo* do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*, cit.).

<sup>64</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781.

que, em absoluta consonância com as garantias constitucionais, impedem a violação de valores como, v.g., a tutela dos interesses das pessoas com deficiência.

Um negócio, assim, pode ser (in)validado quando tal consequência não estiver em descompasso com um valor identificável na própria norma ou em outras a ela superiores inclusive. Lembre-se sempre que a Convenção, e bem assim o Estatuto, têm matriz constitucional, e seus propósitos devem prevalecer sobre qualquer outra regra que os neutralize.

Apesar das duras críticas à alteração da capacidade das pessoas com deficiência, fato é que, mesmo antes da vigência da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), o tratamento já era diferenciado, por exemplo, entre elas e os menores incapazes.

Isso porque, para os menores, a invalidade do ato praticado sem a necessária representação era consequência imediata da prova etária. Já para aqueles que, conforme redação anterior, por deficiência mental, não tinham discernimento para a prática do ato, se viessem a praticá-lo a invalidade dependeria de declaração judicial amparada por uma avaliação técnica apontando a existência e o grau da deficiência; e com base nessa análise seria declarada – ou não – a invalidade do ato.

No regime anterior, portanto, o ato praticado pelo incapaz antes de estar regularmente representado era reputado válido até que se apurasse eventual impedimento na condição da pessoa. E somente após regular processo de interdição é que se poderia declarar efetivamente a incapacidade e definir, inclusive, o grau de comprometimento para a prática de determinado ato. Isso gerava incertezas e inseguranças, porque as deficiências nem sempre são aparentes ou mesmo causa de invalidade, ficando ao acaso a anulação de um negócio jurídico nessa conjuntura.

À evidência, impassível de crítica é que sempre se reconheceu, em menor ou maior grau, a efetiva possibilidade da prática de atos pela pessoa com deficiência. Por isso não haveria mesmo de permanecer um sistema que considerava de forma expressa e taxativa a incapacidade absoluta indistintamente desses indivíduos.

No atual formato, a pessoa com deficiência – agora capaz – tem seus atos presumidamente válidos, o que não significa que estarão blindados das causas ordinárias de invalidade, que por sua vez passam a ser a solução jurídica também para a sua proteção.

Como se vê, essa “proteção” no sistema antigo de capacidade por certo era mais efetiva, pois impedia a prática do ato diretamente pela pessoa com deficiência. Mas o dano por reduzi-la à condição de coisa era muito maior. A equalização dessa situação não permite que advenham apenas bônus; os ônus são aqueles inerentes à prática de negócios jurídicos por qualquer pessoa.



A despeito de o discernimento e a vontade terem historicamente sido considerados elementos norteadores da teoria das incapacidades, a ordem constitucional voltada à valorização e proteção da pessoa não permite que tais critérios sejam os únicos a serem considerados na aferição da validade do negócio.

A capacidade do agente é indissociável da responsabilidade, o que fazia com que a invalidade do ato praticado pelo incapaz se justificasse para a sua proteção patrimonial. Também não se pode cogitar, em função do que se disse antes, de a validade do negócio depender da vantagem obtida, pois nesse caso haveria completo desequilíbrio na relação contratual. Logo, a invalidade há de ser oponível a todas as partes envolvidas.

Maurício Bunazar, ao analisar o que denominou “análise dogmática da correlação entre a invalidade causada por incapacidade e o prejuízo causado ao incapaz”, questiona se o ato praticado por este deve ser invalidado sempre ou somente quando lhe trazer prejuízo. Em resposta ao seu próprio questionamento, manifesta entendimento segundo o qual somente se poderia invalidar o ato do incapaz que importasse em prejuízo a ele, pois, “se o fundamento das incapacidades é a proteção do incapaz, isto é, evitar que, em razão de seu pouco ou nenhum discernimento, venha a se vincular prejudicialmente, não há sentido em se invalidar ato jurídico do qual não lhe adveio prejuízo”<sup>65</sup>.

À luz da sistemática introduzida pela atual base normativa dos direitos da pessoa com deficiência, porém, tal conclusão se mostra equivocada exatamente por se pautar na doutrina tradicional – em especial de Pontes de Miranda –, que, nos moldes da legislação revogada, vislumbrava apenas um sistema protetivo e cruel que visava à “tutela dos fracos”. Mas foi exatamente esse tratamento legal pernicioso que a Convenção buscou rechaçar.

Destarte, deve-se admitir em determinadas situações a possibilidade de (in)validar negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência, ainda que lhe seja prejudicial, pois, reiterar-se, é uma consequência natural do exercício da autonomia da vontade decorrente da capacidade legal que lhe foi conferida. Não há mais se falar, portanto, de “proteção irrestrita do incapaz”.

A solução de conflitos com base na regra geral das invalidades também deve se afastar da questão da vulnerabilidade pura e simples, pois a lei prega a capacidade legal em igualdade de condições; e assim deve presumidamente ocorrer, não devendo a pessoa com deficiência ser tratada como vulnerável numa relação contratual, até porque quem com ela contrata, nessa ótica, seria talvez ainda mais vulnerável, pois poderia ser compelido a absorver eventuais

---

<sup>65</sup> BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*, cit., p. 69.

prejuízos decorrentes da invalidade do negócio com base nessa premissa. A preservação do negócio segundo a perspectiva funcional da invalidade deve considerar os valores e interesses de ambas as partes, de modo que a deficiência, que não mais implica incapacidade, não há de ser determinante na causa da (in)validade do negócio.

Sobre esse ponto de vista funcional, sustenta Eduardo Nunes de Souza que o elemento que confere unidade para a teoria das invalidades não é propriamente a estrutura do negócio jurídico, a desconfiança dos efeitos da vontade do particular, nem o fundamento de ordem pública ou de proteção individual, mas apenas a necessidade de avaliar se a eficácia do ato, derive ela ou não da lei, viola interesses juridicamente relevantes<sup>66</sup>.

Como ressalta Gustavo Tepedino, esse critério funcional das estruturas jurídicas é marcante no Código Civil de 2002, ao contrário do que se observava no Código revogado de 1916, que valorizava tão somente os aspectos estruturais das relações negociais<sup>67</sup>.

Como já exposto, a autonomia privada ao longo do tempo acabou cedendo espaço para uma intervenção estatal cada vez maior visando ao bem-estar social.

A interpretação funcional e valorativa do negócio jurídico, dada sua fonte constitucional – tal como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) –, deve se sobrepor a eventuais regras puramente estruturais quando elas impedirem a tutela de interesses maiores envolvidos.

Nosso ordenamento contempla, em diversas passagens, a possibilidade de uma interpretação dos negócios jurídicos com esse viés, *v.g.*, na função social do contrato, expressão da socialidade no direito privado, que impede que um vínculo contratual estabelecido com uma pessoa com deficiência extrapole valores socialmente relevantes.

Oportuno ressaltar que tais “valores socialmente relevantes” não devem servir de fundamento apenas para beneficiar, por exemplo, a própria pessoa com deficiência que viole tal regra, sob pena de se aproximar de um *venire contra factum proprium*. Servem, em verdade, como mais um elemento para equilibrar a relação quando houver um desvirtuamento, uma disfuncionalidade negocial, sobretudo em relação aos efeitos produzidos<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 66-67.

<sup>67</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In: Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III. p. 150.

<sup>68</sup> Vale ressaltar que, especificamente em relação à função social do contrato, as modificações desastrosas implementadas pela denominada Medida Provisória da Liberdade Econômica (MP 21/2019) não implicam nenhuma restrição à aplicação do instituto aqui proposta, eis que associada a uma legislação e a princípios de ordem constitucional, que obviamente não podem sofrer nenhum tipo de limitação por uma lei ordinária.

O deficiente é capaz e assim deve ser presumidamente considerado; e será portanto válido o negócio por ele praticado. Porém, poderá haver uma diferenciação em relação a ele na aferição da causa de invalidade se, e somente se, ela (causa) estiver relacionada à deficiência.

Assim, se uma pessoa com deficiência agiu com erro em determinado negócio, há de se verificar se esse erro decorreu do déficit da pessoa. Se afirmativo, caso não tenha recebido o apoio legal na prática do ato, poderá se valer de medida judicial para anular o negócio.

Note-se que a lei admite a anulação nessa hipótese quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal. Trata-se, assim, do erro escusável, ou seja, aquele que poderia acometer qualquer pessoa de inteligência normal<sup>69</sup>.

No caso da pessoa com deficiência, pode haver um erro que para um indivíduo considerado de “inteligência normal” seria inescusável, mas que em razão das limitações decorrentes de determinada deficiência pode ser causa de anulação do negócio. É nesse ponto que se deve admitir a modulação na aferição do vício.

Poder-se-ia admitir aqui uma hipótese até mesmo das denominadas nulidades virtuais, aplicáveis exatamente além daquelas situações expressamente previstas no ordenamento. Privilegia-se nesses casos a intenção legal de sancionar determinadas transgressões, que *in casu* deve ser norteadada pela perspectiva funcional da invalidade e da tutela do melhor interesse envolvido.

E não se pretende um afastamento do texto da lei para facilitar a solução de tais questões. Ao contrário, busca-se exatamente no ordenamento jurídico, em especial em princípios constitucionais norteadores de todas as demais regras, o fundamento para uma avaliação e eventual flexibilização de normas estruturais estáticas, privilegiando tanto quanto possível o aproveitamento e a manutenção do negócio.

Ressalta-se que, quanto mais se mostrar necessária a flexibilização da norma, mais intensa haverá de ser a fundamentação, sempre pautada no ordenamento jurídico, não havendo espaço para arbítrio do julgador e, conseqüentemente, para comprometer a sempre tão almejada segurança jurídica.

---

<sup>69</sup> “Erro escusável é aquele que não é culposo, ou seja, é aquele que seria cometido por qualquer pessoa, ou seja, a pessoa de diligência e cuidados ordinários, normais, médios. O que a doutrina pretende afastar com o requisito da escusabilidade é que o errante (aquele que declarou em erro), seja pessoa extremamente descuidada, desatenta e que tais fatos a beneficiem, garantindo a anulação do negócio celebrado” (SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 462).

É fato que em muitas circunstâncias o desfazimento de um ato em razão de uma sanção abstratamente prevista na norma gera prejuízo ao próprio interesse das partes, sem contar possíveis consequências a terceiros de boa-fé. Nesses casos não se pode deixar de admitir a possibilidade de aproveitamento tanto quanto possível dos efeitos produzidos. Merecem ser moduladas possíveis invalidades. A boa-fé e a segurança jurídica podem mesmo conflitar em algumas situações com a legalidade estrita, ocasiões em que será necessário socorrer-se dos princípios gerais para harmonizar o sistema.

Em acréscimo, vale observar que a conduta daquele que contrata com o declarante igualmente se transmuda no exemplo posto.

Como explica Humberto Theodoro Júnior, na concepção atual da teoria da confiança, em que a anulabilidade depende da participação culposa do destinatário da declaração negocial viciada por erro, não há como impor ressarcimento de perdas e danos àquele que promove a anulação do negócio jurídico. É que a responsabilidade pela prática defeituosa é comum a ambos os contratantes. Afinal, a lei somente aceita anular o negócio quando o equívoco do declarante foi cometido de tal forma que o destinatário, nas circunstâncias do caso concreto, tinha condições de perceber o “erro substancial” (art. 138, *in fine*, do Código Civil). Se não o fez, terá de arcar com as consequências de sua omissão dolosa<sup>70</sup>.

O Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal chega a concluir que “na sistemática do CC 138 é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

Na hipótese aventada, ao contratar com pessoa portadora de deficiência, o destinatário da declaração não pode se pautar na diligência do homem médio, mas sim na correta percepção do negócio pelo declarante segundo suas condições de discernimento.

A inobservância da boa-fé por parte do destinatário da declaração de pessoa com deficiência implica invalidade do negócio. Por sua vez, para manter equilibrada a balança da relação negocial, a valoração da boa-fé há de ser aferida conforme a notoriedade das eventuais limitações do declarante. E tudo isso tem por base a própria lei vigente.

Primeiro, pela simples prática de um ato contrário à lei, já que prevê expressamente o Código Civil, em seu artigo 422, que *os contratantes são obrigados a guardar a boa-fé*, ou seja, não o fazendo, haverá por ser tido como nulo o ato. Note-se que a lei prevê a aplicação do princípio da boa-fé efetivamente como norma jurídica de observância obrigatória; serve, portanto, de critério de (in)validade.

---

<sup>70</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 65-66.

Em segundo lugar, para os que defendem que tal consequência (invalidade) não estaria prevista expressamente no artigo 422, então o próprio artigo 166, VII, soluciona a questão ao estabelecer que será nulo o ato quando a lei proibir-lhe a prática sem cominar sanção. Como anteriormente exposto, é exatamente essa a situação em que incorre aquele que contrata sem guardar a boa-fé. No caso, o negócio jurídico em princípio é lícito, mas a conduta na sua formação é ilícita exatamente por violar a boa-fé<sup>71</sup>.

O fato é que não há como deixar de reconhecer que o princípio da boa-fé objetiva, previsto expressamente na lei civil, implica irrefutável limitação da autonomia privada, impondo um dever geral de conduta obrigacional.

Como expõe Paulo Lôbo,

os princípios jurídicos, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores e demandas da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das demais normas jurídicas, ante o advento de novas exigências sociais<sup>72</sup>.

A propósito, mesmo antes da vigência do Estatuto, doutrina e jurisprudência, ao analisarem a natureza da sentença de interdição (se declaratória ou constitutiva), já admitiam uma modulação da invalidade do negócio jurídico de acordo com o grau de discernimento e com essa percepção de eventual limitação.

Assim, mesmo antes de uma sentença de interdição, admitia-se a invalidade do ato praticado se a deficiência de uma parte era manifesta e a outra parte ainda assim se valeu da situação para que o negócio se concretizasse, caracterizando má-fé apta a viciar o ato<sup>73</sup>.

Ainda sob esse aspecto, oportuno mencionar que o Estatuto, em seu artigo 5º, prescreve que a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação e

---

<sup>71</sup> Judith Martins-Costa, por outro lado, sustenta que “o princípio da boa-fé não age *diretamente* no plano da validade, senão de forma residual, embora possa atuar no plano hermenêutico (via análise da conduta) para *potencializar* determinadas eficácias legalmente previstas a outras figuras, como no caso do dolo por omissão informativa (Código Civil, art. 147) que pode conduzir à invalidade (quando configurado o dolo essencial) ou à satisfação das perdas e danos, sem declaração de invalidade (quando caracterizado o dolo acidental). Hipótese em que se reconduz aos esquemas ressarcitórios. Mas, em ambos os casos, estará em causa, primariamente, o dolo, e não a boa-fé objetiva. Para ter-se invalidade, o que se terá de comprovar é o dolo, e não o incumprimento de dever lateral, pois neste último caso a consequência será indenização por *culpa in contraindo*” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 636).

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *Gen Jurídico*. 26 fev. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

<sup>73</sup> TJSP, Apelação Cível nº 0300117-61.2010.8.19.0001, julgado em 29.01.2013.

exploração, dispondo ainda o parágrafo único desse mesmo dispositivo que são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

Apesar de a lei conferir expressamente tal proteção à pessoa com deficiência no capítulo da igualdade, não prevê sanção específica no caso de violação.

O artigo 166, VII, do Código Civil mais uma vez se presta a regular a solução ao prever que o negócio jurídico será nulo quando a lei taxativamente proibir-lhe a prática sem cominar sanção.

Destarte, havendo a prática de um negócio em que aquele que contrata explora ou negligencia a pessoa com deficiência, será nulo. Isso porque nessa hipótese estaríamos diante de uma forma de negligência ou exploração expressamente vedada pela lei, mas sem cominar sanção.

Acrescente-se que, como já dito alhures, a Constituição Federal de 1988 assegura de forma inequívoca e em diversas passagens a igualdade, tanto como princípio informador quanto como norma impositiva.

A partir disso, apoiado na noção aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, há fundamento constitucional para permitir, quando necessário, a modulação ou tratamento desigual em determinadas situações, ou mesmo reconhecer abuso ou discriminação para impor solução que garanta a igualdade e, assim, a justiça da decisão.

A propósito da igualdade, também socorre os portadores de deficiência o instituto da lesão, que vicia o negócio jurídico. O artigo 157 do Código Civil prescreve que ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, obriga-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

É certo que, em princípio, não haveria distinção para a aplicação do instituto em negócio envolvendo pessoa com ou sem deficiência, pois em regra entende-se que a lei não exige daquele que se aproveita do negócio uma perquirição acerca da necessidade ou inexperiência da parte lesada. O critério de aferição do vício seria objetivo, ou seja, bastaria que houvesse uma prestação desproporcional e um aproveitamento. A intenção de se aproveitar não é requisito para a caracterização do vício<sup>74</sup>.

A *ratio* da lei está ancorada naquele princípio da igualdade, visando à preservação do equilíbrio das relações negociais, critério portanto que estaria além do mero interesse das partes. Nesse ponto o Código Civil resgata a ideia que já permeava o instituto em suas origens romanas,

---

<sup>74</sup> Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

qual seja, a imoralidade da desproporção, que ofendia os bons costumes. Há, portanto, pleno alinhamento com a boa-fé, já que o negócio não restaria comprometido por dolo do beneficiário, mas porque sua manutenção seria contrária a ela.

Mas, a despeito de a lei não exigir uma intenção – ou dolo de aproveitamento – da parte que aproveita, exige-se a *premente necessidade* ou *inexperiência*. E é nesse segundo requisito que reside um elemento subjetivo a ser analisado de modo específico na hipótese desse vício em relação à pessoa com deficiência.

A experiência pode ser definida com um conhecimento obtido por meio dos sentidos, de forma espontânea durante a vida. Por isso a percepção ou absorção dessa capacidade de compreensão pode ser afetada por alguma limitação da pessoa

É cediço que essa *inexperiência* para a lei não significa uma alienação negocial genérica, mas sim naquele negócio específico.

Ainda assim, é inegável a possibilidade de a *inexperiência*, repita-se, resultar de uma deficiência cognitiva, de modo que a sua aferição deverá levar em consideração essa especificidade. Como explica Humberto Theodoro Júnior, não se trata de incapacidade nem de falta de discernimento, mas de um negócio que, se pudesse ser avaliado em sua justa dimensão, teria sido repellido<sup>75</sup>.

A diferença, então, dessa situação quando se está diante de uma pessoa com deficiência na relação contratual é a necessidade de se perquirir com muito mais acuidade o quanto o déficit contribuiu para a prática do ato.

No caso não haveria propriamente um vício de consentimento, mas uma forma de proteger uma vulnerabilidade. Por isso afirma parte da doutrina que nesses casos não haveria tecnicamente anulação do negócio, mas sim rescisão. A doutrina italiana distingue as duas hipóteses (rescisão e invalidade), considerando que tem por fundamento a violação de um critério de justiça real ou de equidade, mais do que a liberdade da vontade, a qual se tutela efetivamente, mas indiretamente. Logo, o negócio rescindível não padeceria de um vício na sua constituição. De toda forma, fato é que os efeitos da rescisão não se distanciariam muito daqueles decorrentes da anulação.

A ideia de proteção sempre foi o fundamento clássico para justificar a invalidade de um negócio praticado pelo então “incapaz”, de sorte que qualquer limitação àquela proteção seria excepcional. Como já manifestado à exaustão, essa proteção não pode mais implicar nenhum tipo de exclusão, discriminação ou impedimento para a manifestação de vontade da pessoa com

---

<sup>75</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 227.

deficiência, mas não deixa de servir de norte para modular eventual causa de invalidade com vistas a uma tutela mais assertiva de interesses maiores.

#### O amparo constitucional da Convenção e conseqüentemente do próprio Estatuto

torna cogente a “releitura” de toda e qualquer norma infraconstitucional que tenha relação com o tema, seja revogando normas incompatíveis, seja no sentido da exigência de uma interpretação conforme de todos os atos normativos ordinários, tudo no contexto de um duplo controle de constitucionalidade e de convencionalidade<sup>76</sup>.

Fato é que, à luz da teoria das nulidades, cumpre ao intérprete se livrar das rígidas estruturas da lei e dar caso a caso a solução mais consentânea com os valores do ordenamento, pois um sistema abstratamente concebido por certo não terá pronta a resposta mais adequada para todas as situações.

Quando se trata de aferir a validade do ato jurídico é imperiosa essa análise funcional e dinâmica, a fim de que a valoração dos efeitos por ele produzidos justifique um tratamento diferenciado com vistas a tutelar os interesses envolvidos que são de fato dignos de proteção pelo sistema legal.

Por isso, em se tratando de negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência sob a nova ótica do Estatuto, é preciso relativizar os elementos e efeitos que deveriam decorrer de alguns negócios tidos por (in)válidos, sob pena de se produzir injustiças tão graves quanto aquelas que a lei pretende evitar impondo a (in)eficácia. As conseqüências devem ser adequadas aos interesses que o ordenamento pretende proteger.

E são exatamente esses interesses que autorizam a modulação das causas de invalidade quando se trata de uma relação contratual envolvendo a pessoa com deficiência.

Os preceitos constitucionais devem orientar o intérprete para adequar a lei aos efeitos do ato praticado, modulando, se necessário, de acordo com os valores e interesses envolvidos, e assim decretar ou não a nulidade, total ou parcial. Dessa forma, um ato presumidamente inválido, a depender das circunstâncias envolvidas, poderá ter seus efeitos mantidos para preservar os interesses e compatibilizar a sanção da regra geral com valores do ordenamento como um todo. É disso que trata a denominada perspectiva funcional das invalidades negociais<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> BEZERRA, Gabrielle Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. A igualdade na Constituição Federal de 1988: um ensaio acerca do sistema normativo brasileiro face à Convenção Internacional e à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 213-214.

<sup>77</sup> “Em matéria de invalidade dos atos jurídicos, a necessidade de uma análise funcional e dinâmica implica que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou anulabilidade negocial,



Norberto Bobbio, do ponto de vista funcional, conclui que o direito não pode mais ser tido como uma simples forma de controle social, uma vez que seu propósito não está restrito ao controle do comportamento dos indivíduos por meio das sanções negativas; para além disso, deve direcionar tais comportamentos para objetivos certos previamente estabelecidos, por meio de sanções positivas e incentivos. Assim, sob o aspecto funcional, concebe o direito como uma forma de controle e de *direção social*, definindo que as invalidades representam “sanções que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis”<sup>78</sup>.

A moderna concepção de validade do negócio jurídico não está limitada a uma análise pura e simples da vontade individual, para a qual o sistema prevê taxativamente uma sanção ao agente. O aspecto funcional referido considera um viés personalista apoiado em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que rege relações públicas e privadas, atrelando a tutela da pessoa a um valor constitucional.

Há de se ressaltar que a invalidade de determinado negócio deve de fato mirar em última análise a proteção, mas não propriamente da pessoa, do “incapaz”, e sim se prestar à defesa do melhor interesse tutelado. Nesse sentido, não há lógica sistemática que se sustente com a decretação de invalidade sem a necessária averiguação da vulnerabilidade da pessoa e do interesse envolvido. Há de se verificar em que medida a participação social e a valoração de sua manifestação de vontade contribuem ou prejudicam sua dignidade.

A concepção de que a (in)validade de determinado ato estaria relacionada tão somente à sua estrutura sucumbe diante da necessidade de valoração dos efeitos que esse ato possa ter produzido. Conforme Hamid Bdine Júnior, “os valores protegidos é que devem justificar, ou não, a declaração de nulidade ou decretação de anulação”<sup>79</sup>. A partir daí, então, poderá o julgador superar a consequência legal estática de eventuais vícios que levariam à nulidade ou anulabilidade, e assim modular o sistema para permitir a preservação – ou invalidação – de tais atos. Trata-se de uma (in)validade mitigada.

A decretação de invalidade há de ser entendida como uma sanção à manifestação de vontade que não está em consonância com os requisitos legais.

---

à luz de um juízo de merecimento de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos” (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 350).

<sup>78</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*: nuovi studi di teoria del diritto. Bari: Laterza, 2007. p. 69-70, tradução livre.

<sup>79</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. localização 2035. E-book.

Orlando Gomes esclarece que “a sanção é a medida de ordem jurídica que atinge a uma pessoa na sua liberdade ou no seu patrimônio, ou um ato em sua eficácia, que o juiz ordena para restabelecer o equilíbrio de uma situação jurídica”<sup>80</sup>.

E o fundamento autorizador dessa modulação para reestabelecimento do equilíbrio está no próprio ordenamento – sobretudo no âmbito constitucional –, que modernamente não mais admite como critério único para a aferição da validade a vontade negocial; tem como valor precípua a tutela da dignidade humana. Trata-se de elevar a proteção à pessoa a um patamar superior.

Nesse sentido Marcelo Benacchio, para quem

o processo de recuo da teoria da autonomia da vontade, com a compreensão de novas bases, para a autodeterminação do indivíduo, fez com que surgisse o novo paradigma nos contratos, qual seja, a doutrina da autonomia privada, que é alicerçada nos valores constitucionais da liberdade do indivíduo e da livre iniciativa, com fundamento e limite, respectivamente, permitindo, nesses termos, a consecução das liberdades dos desiguais. Doravante o ordenamento não seria pura e simplesmente garantidor de qualquer vontade do contratante, como se dava no liberalismo, mas da vontade cuja validade e eficácia social dependesse diretamente de sua funcionalização e conformidade a outros quadrantes estabelecidos pelo ordenamento jurídico<sup>81</sup>.

Tal ideia vai ao encontro exatamente do caráter protetivo que já fazia parte do ordenamento jurídico antes da vigência do Estatuto, e parte expressiva da doutrina alega que essa proteção teria se perdido com a alteração legislativa,

Destarte, em se tratando de negócio envolvendo portador de alguma deficiência que, em decorrência dela, prejudica seus reais interesses, ainda que haja capacidade, tal ato é passível de ser invalidado; nesse caso, tratar-se-ia de nulidade decorrente de uma incompatibilidade do ato com valores de ordem constitucional que orientam a atual legislação. E o contrário também se admite, ou seja, um ato em princípio inválido ser considerado válido em homenagem a esses mesmos valores.

Hamid Bdine Júnior, discorrendo sobre as regras gerais de superação das (in)validades, ressalta que. “por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios; outras, com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade”<sup>82</sup>.

A possibilidade de modulação das invalidades em razão do grau de discernimento já encontra amparo legal em outra situação também relacionada à capacidade: é o caso do menor

---

<sup>80</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 531.

<sup>81</sup> BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 46.

<sup>82</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, cit., localização 3159.

relativamente capaz. Em relação a ele, nos termos do artigo 180 do Código Civil, a depender da malícia empregada na prática do ato, não se poderá eximir das obrigações assumidas, se a outra parte estiver de boa-fé. Trata-se de uma exceção textual à anulabilidade do ato praticado pelo relativamente incapaz. Ao mesmo tempo que o sistema protege uma vulnerabilidade, valoriza a boa-fé da outra parte.

Note-se que a lógica é a mesma: a depender do grau de discernimento na análise de uma situação concreta, aplica-se ou não a regra de invalidade. Apesar de inexistir um dispositivo específico em relação à pessoa com deficiência – até porque agora é capaz –, é possível a partir de uma interpretação sistemática extrair a mesma conclusão, sendo oportuno lembrar que, onde há a mesma razão, há o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*).

Nesse diapasão poder-se ia questionar acerca da insegurança jurídica desse modelo de valoração dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência.

Contudo, oportuno lembrar que, antes das alterações promovidas pelo Estatuto quanto à capacidade dessas pessoas, os atos por elas praticados eram presumidamente válidos, ainda que fossem acometidas por enfermidade que lhes privasse do necessário discernimento para sua prática. A invalidade só era reconhecida com segurança após a interdição e a instituição da curatela. Neste último caso, se o negócio fosse praticado sem a participação do curador, aí sim a invalidade ficava mais evidente. Caso contrário, sobretudo considerando os graus de deficiência psíquica, não havendo intervenção judicial (interdição) os atos praticados por pessoas com essas condições eram em regra válidos.

A propósito, é possível notar, mesmo antes do advento do Estatuto, que o Código Civil já procurava fazer uma distinção entre esses graus de “incapacidade”. Basta verificar que a redação original do artigo 3º, II, previa incapacidade absoluta a quem era privado de discernimento em razão de enfermidade ou deficiência mental; ao passo que o artigo 4º, III, conferia relativa incapacidade aos excepcionais, que não tinham desenvolvimento mental completo.

Questão que ainda pode suscitar críticas acerca das soluções propostas para os casos de (in)validade dos negócios praticados pela pessoa com deficiência relaciona-se à legitimidade para arguir eventual vício.

Isso porque, fazendo a distinção entre o ato nulo e o anulável, tal qual disposto no Código Civil, temos que, conforme dispõe o artigo 168, as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público quando lhe couber intervir. Já a anulabilidade não pode ser pronunciada de ofício, cabendo somente aos interessados alegá-la (artigo 177).

Neste ponto poder-se-ia imaginar que essa seria mais uma evidência de desproteção ou exposição à vulnerabilidade que o reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência poderia ensejar, pois, se praticarem inadvertidamente um negócio anulável, não haveria em princípio representante, assistente, tampouco Ministério Público para agir na defesa de seus interesses.

Mais uma vez, porém, a solução está na razão do EPD e no próprio ordenamento jurídico.

Como exposto em diversas passagens deste estudo, o viés inclusivo da CDPD e da LBI não trouxe apenas bônus, mas também ônus às pessoas com deficiência, exatamente em razão de possibilitar maior participação social, e de forma autônoma.

Destarte, se a pessoa com deficiência tiver condições de manifestar sua vontade e de realizar um negócio jurídico – seja de forma autônoma, seja com os apoios legais –, há de ser capaz também de agir na hipótese de eventual invalidade.

Se tal invalidade se referir a uma nulidade a situação será menos problemática, eis que, nos termos da lei, qualquer interessado ou até o Ministério Público poderá agir na defesa dos interesses da pessoa com deficiência, sendo declarável inclusive de ofício.

Por outro lado, considerando que as causas de anulabilidade devem ser alegadas pelo próprio interessado, somente uma das partes poderia suscitar eventual vício.

Quando a pessoa com deficiência contar com um apoiador ou curador para a realização do negócio, se a própria pessoa não tiver se dado conta de algum vício passível de lhe causar prejuízo, poderia aquele alertá-la para agir, ainda que não pudesse fazer por conta própria. O negócio, portanto, seria presumidamente válido e somente passível de anulação observando o aludido artigo 177.

E, mesmo se a pessoa com deficiência não contasse com qualquer tipo de apoio e tivesse realizado o negócio, há de se esperar que deveria ter a mesma “capacidade”, diante de eventual vício, para adotar as medidas necessárias para a sua anulação. Nessa hipótese, portanto, permanece presumidamente válido o negócio.

Mas, pensando nos casos extremos, de uma deficiência importante que não impediu a prática de um negócio, ou mesmo de alguém que tenha tirado proveito de uma vulnerabilidade dela decorrente, então a solução seria igualmente um esforço hermenêutico – técnico, portanto – para que se mantenha o necessário equilíbrio na relação contratual, sobretudo garantindo a tutela do melhor interesse.

Uma hipótese, *v.g.*, seria o reconhecimento de uma nulidade com fulcro no artigo 166, VI, do Código Civil, ou seja, em razão do objetivo de fraudar lei imperativa.

Como é cediço, a lei imperativa se presta a resguardar o interesse social, impedindo, pois, que qualquer pessoa envolvida em um negócio jurídico sobreponha seus interesses às normas de ordem pública. O ato negocial que não observar esse padrão de conduta será irremediavelmente fulminado por nulidade absoluta. Trata-se de norma cogente que cerca todas as garantias possíveis, vedando o triunfo de ações ilegais.

Nesse sentido não faltam princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais que sevem para assegurar a defesa em uma situação de flagrante violação de interesse da pessoa com deficiência, a exemplo do supracitado artigo 5º do EPD, que prevê que “a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração”, além da boa-fé, da função social do contrato etc.

Oportuno observar que a hipótese de nulidade por ofensa à ordem pública pode não estar associada necessariamente a uma norma específica violada pelo negócio jurídico, mas à própria consequência da nulidade; é a sanção de nulidade que obedece a uma razão de ordem pública, de interesse geral ou social<sup>83</sup>.

Como leciona Humberto Theodoro Júnior,

o que importa é descobrir cientificamente a natureza da coisa para, no resultado prático visado pelo legislador, encontrar o critério que realmente vai conduzir à classificação do fenômeno no local que lhe corresponde. Nesse trabalho, evidentemente, é despida de maior significado a opinião do legislador, já que concebida a figura jurídica, não lhe é dado alterar ou ignorar a natureza da coisa dentro do mundo do direito onde ela se insere. O legislador não tem compromisso científico com o direito. O jurista que interpreta e aplica a norma do legislador, ao contrário, tem sempre de agir cientificamente, a fim de encontrar e definir o efeito concreto do texto legislado<sup>84</sup>.

Nota-se, definitivamente, que basta uma interpretação sistemática rigorosa e atualizada para conciliar os benefícios inegáveis introduzidos em nosso sistema pela CDPD e pela LBI com eventuais vulnerabilidades e até mesmo algumas inconsistências decorrentes desse regramento, promovendo a inclusão, sem a desproteção, das pessoas com deficiência.

### **3.3.1 O casamento envolvendo pessoa com deficiência**

A despeito das modificações e evoluções do conceito de família, esta ainda é prevista na Constituição como a base da sociedade (artigo 226) e reconhecida como um meio de realização pessoal.

---

<sup>83</sup> CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídico: estrutura, vícios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 630.

<sup>84</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 13.

O casamento, mesmo não sendo mais a única forma de família reconhecida juridicamente, é indiscutivelmente um dos mais importantes acessos à situação existencial do indivíduo, sendo compreendido pelo ordenamento jurídico como instrumento destinado à promoção da personalidade.

Independentemente da teoria que se adote acerca da natureza jurídica do casamento, não há como deixar de considerá-lo um negócio jurídico fruto da manifestação de vontade, que por sua vez está relacionada ao exercício da autonomia privada.

O EPD, considerando o que já dispunha a CDPD, não poderia, com seus propósitos inclusivos, deixar à margem o instituto do casamento.

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência passam a ser garantidos com mais especificidade no âmbito constitucional, devendo por isso ser observados e inclusive se sobrepôr a eventuais incompatibilidades decorrentes de outras normas inferiores.

O Estado passa a ter a obrigação de proporcionar os meios necessários e eliminar as barreiras que eventualmente criem impedimentos para o casamento da pessoa com deficiência, que tem assegurado ainda o direito de decidir livremente sobre o número de filhos e o planejamento familiar como um todo, exercendo sua autonomia, nesse caso como condição imprescindível na busca da felicidade. Negar esse direito implica violar a dignidade da pessoa humana.

Além dos reflexos diretamente decorrentes do reconhecimento da capacidade plena das pessoas com deficiência, o Estatuto promoveu alterações de dispositivos específicos sobre o casamento previstos no Código Civil.

O artigo 6º do EPD prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa; o artigo 84 da mesma lei garante à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais.

A LBI, coerentemente, revogou expressamente o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil, que considerava nulo o casamento contraído por enfermo sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

Essas diretrizes legais vêm exatamente ao encontro do propósito inclusivo da Convenção e do Estatuto. Entendendo-se a liberdade matrimonial como um direito fundamental, claramente não se poderia alijar dela a pessoa com deficiência.

Algumas supostas incoerências, porém, foram suscitadas em razão das alterações legais envolvendo o casamento da pessoa com deficiência.

O principal problema apontado decorre exatamente da permissão para esses indivíduos contraírem o casamento, pois, considerando a possibilidade de redução de discernimento de algumas dessas pessoas, tal situação resultaria em desproteção, já que estariam expostas a abusos ou possíveis interesses patrimoniais espúrios, o que contrariaria a lógica protetiva do regime das incapacidades.

Outrossim, prevê o artigo 85 do Estatuto que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando, conforme o § 1º desse dispositivo, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, entre outros.

Ao mesmo tempo, o EPD alterou a redação do artigo 1.550, § 2º, do Código Civil, que passou a permitir que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia (*sic*) poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”.

Manteve-se, outrossim, o disposto no inciso IV do artigo supracitado, que prevê ser anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.

Foi também revogado o inciso IV do artigo 1.557, que permitia a anulação do casamento na hipótese de erro consistente na ignorância de doença mental grave.

O casamento é um negócio jurídico complexo e peculiar por seu caráter existencial.

Sua relevância para o desenvolvimento da personalidade e a inclusão social da pessoa com deficiência é irrefutável.

Cabe, então, interpretar a lei sob esse viés, com o intuito de sempre garantir a tutela do melhor interesse envolvido.

Na prática judiciária, observa Luiz Guilherme Marinoni que,

quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção de novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão de novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos<sup>85</sup>.

De fato, em um primeiro momento pode parecer contraditória a previsão do artigo 85 do Estatuto em relação à atual redação do § 2º do artigo 1.550 do Código Civil, já que o primeiro prevê que a curatela afetará atos patrimoniais e negociais e não alcançará o direito ao

---

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96.

matrimônio, enquanto o segundo admite que a pessoa com deficiência expresse sua vontade para contrair matrimônio por meio de curador.

Como visto, a CDPD e o EPD estabelecem medidas de apoio para que as pessoas com deficiência possam exercer sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Isso significa dizer que podem se valer da tomada de decisão apoiada, da curatela ou de qualquer outro meio que lhes proporcione o exercício pleno de sua capacidade.

O artigo 85, ao impor diversas restrições à aplicação da curatela para as pessoas com deficiência, prevê que afetará tão somente atos patrimoniais e negociais e não alcançará o direito ao matrimônio.

Sendo o casamento um ato jurídico negocial, estaria, então, abrangido pela hipótese legal de incidência da norma, pois, a despeito de se tratar de um negócio existencial, gera efeitos patrimoniais. No mais, o que busca o § 1º do artigo 85 é evitar exatamente que a curatela seja um obstáculo ao exercício dos direitos ali previstos, entre eles o do matrimônio.

Logo, não há nenhuma incongruência em admitir excepcionalmente que o curador sirva de meio para que a pessoa com deficiência expresse sua vontade ao contrair o matrimônio, exatamente nos termos do artigo 1.550, § 2º, do Código Civil. Se a curatela se mostrar necessária e adequada para essa finalidade, há de ser admitida.

Ressalte-se que essa intervenção do curador não deve ser vista como uma substituição da vontade da pessoa com deficiência, mas sim como um meio de ela exercer sua plena capacidade, respeitando-se sempre sua autonomia de vontade.

É por isso também que permanece hígido o disposto no inciso IV do mesmo artigo 1550, eis que a atuação do curador *in casu* só será permitida quando for inequívoco o consentimento da pessoa com deficiência, ou seja, se, a despeito da deficiência, tiver condição de expressar sua vontade de contrair o casamento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os limites de intervenção da curatela em relação à pessoa com deficiência, afastou a possibilidade de o curador ajuizar ação de divórcio em nome do curatelado, consignando que

a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – expressamente reconheceu a marca de profunda excepcionalidade que deve nortear o eventual decreto de interdição da pessoa portadora de deficiência, tornando preferível que se adote o procedimento de tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A do CC/2002), que, com muito mais razão, deve ser aplicado à hipótese em exame, seja por envolver o rompimento do vínculo conjugal entre recorrente e recorrida, seja porque não se tem ciência do estágio e evolução da doença que acomete a recorrida, bem como acerca



da sua efetiva capacidade de discernimento e de expressar a sua vontade acerca da manutenção, ou não, da sociedade conjugal mantida com o recorrente<sup>86</sup>.

O curador, portanto, obviamente não poderá decidir pela pessoa, mas sim externar, como medida de apoio, a vontade por ela manifestada. Note-se que a partir da CDPD e do EPD passa-se a permitir que a pessoa com deficiência seja respeitada e considerada juridicamente com suas limitações, levando-se em conta seu discernimento, ainda que limitado. Se a pessoa conseguir manifestar sua vontade de se casar, a ninguém mais cabe decidir se ela deve ou não fazê-lo, se é bom ou ruim. A pessoa com deficiência há de ser individualmente considerada.

Logo, não se deve impor nenhum óbice ao casamento da pessoa com deficiência, ainda que esteja sujeita a eventuais consequências indesejáveis decorrentes desse ato, tal como aliás pode ocorrer com qualquer um, tenha ou não deficiência. Mais uma vez: é o ônus da inclusão, da participação social em igualdade de condições. O regime protetivo das incapacidades, tal como concebido no século passado, não faz mais sentido na nova ordem social e jurídica.

### **3.4 As invalidades e o direito temporal**

Considerando que o presente estudo aborda uma mudança conceitual no ordenamento jurídico decorrente de alteração legislativa, cabe analisar a situação das invalidades e a vigência de uma lei nova.

Antes, é preciso observar que, no que se refere às alterações atinentes à capacidade, por estarem ligadas ao estado da pessoa (*status personae*), a legislação da pessoa com deficiência tem aplicação imediata. Isso porque a atribuição de capacidade a esse grupo por si só não tem o condão de atribuir ou retirar direitos.

Já com relação à validade dos negócios jurídicos praticados por pessoa com deficiência antes da vigência do Estatuto, a situação é diferente.

O tema das invalidades no direito temporal foi enfrentado por Pontes de Miranda, que sustentou:

quanto às nulidades e às anulabilidades, convém admitir-se que há efeitos de atos anuláveis e enquanto há a decretabilidade da anulação, pode ocorrer lei nova que a retire e, retirando-a, ficam incólumes os negócios jurídicos anuláveis que poderiam ter sido anulados, ou, pelo menos, a respeito dos quais poderia ter sido pedida a decretação da anulação. Mas a lei nova não pode ir ao passado, tornando deficiente o

---

<sup>86</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.645.612-SP (2015/0264695-8), Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16.10.2018 (íntegra do acórdão no Anexo III).

suporte fático que não era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*)<sup>87</sup>.

No que se refere especificamente à pessoa com deficiência, há situações já estabelecidas que poderão ser revistas segundo a nova ótica das incapacidades, por exemplo, os que foram interditados antes da vigência do Estatuto, ou negócios firmados por quem era considerado incapaz e deixou de ser.

A princípio a solução estará no próprio sistema, cabendo ao aplicador do direito a temperança necessária para atender ao escopo dos novos preceitos, sem ignorar institutos já estabelecidos no ordenamento jurídico. Oportuno citar aqui enunciado da IV Jornada de Direito Civil:

*Enunciado 300 – Art. 2.035: A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio.*

Tal entendimento não deverá perder de vista garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição, em especial no inciso XXXVI, a saber, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Coerente com o equilíbrio na relação contratual que se tem defendido neste estudo, é certo que não será possível a qualquer das partes, com o intuito de se livrar das obrigações contratadas, alegar, por exemplo, a invalidade do ato porque à época teria sido formado com incapaz.

Isso em respeito à segurança jurídica e aos preceitos constitucionais já citados, devendo mesmo prevalecer em regra a lei do tempo, tanto em relação ao negócio em si quanto aos seus efeitos futuros.

Por outro lado, nada impede que o juiz, diante de uma situação em que não se vislumbra violação ao direito adquirido de alguém ou ao ato jurídico perfeito, deva e possa aplicar a lei nova às consequências dos atos realizados sob o domínio da lei anterior; mas desde que, evidentemente, seja mantida a substância do ato, a fim de que não haja prejuízo a nenhuma das partes contratantes. Trata-se, mais uma vez, do império da tutela do melhor interesse envolvido.

Sob esse prisma, não é possível negar, por exemplo, a possibilidade de revisão de uma interdição total fundamentada na legislação revogada, pois não seria razoável que sentença

---

<sup>87</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V. p. 69.

irrecorrível que tenha interditado uma pessoa com deficiência reconhecendo a sua incapacidade se torne imutável em respeito à coisa julgada ou à irretroatividade das leis.

A esse respeito, José Fernando Simão sustenta que, como todas as pessoas portadoras de deficiência que foram interditadas passaram a ser consideradas plenamente capazes após a vigência do Estatuto, não haveria sequer necessidade de levantamento da interdição, eis que, por se tratar de lei de estado – a (in)capacidade é parte do estado da pessoa natural –, teria eficácia imediata<sup>88</sup>.

O Estatuto de fato promoveu uma ressignificação da pessoa com deficiência, alterando entre outras coisas o estado da pessoa, o que não importa dizer nesse aspecto que criou ou extinguiu direitos.

Nesse contexto, se a pessoa com deficiência, tida por incapaz no antigo regime, agora é considerada capaz, tal mudança se vincula a sua própria existência. Por isso há de ser assim considerada (capaz) desde sempre, sem que isso importe em afronta à coisa julgada ou ao direito adquirido.

Assim, uma interdição total deveria ser adequada a uma nova realidade de incapacidade relativa para admitir, *v.g.*, a eventual prática de atos de natureza existencial, sempre de acordo com as possibilidades da pessoa com deficiência, o que exigirá uma análise de cada caso.

É evidente que essa alteração de estado pode ter reflexos nos negócios praticados pela pessoa com deficiência antes da vigência da nova lei. Nessas situações, será necessário analisar se a deficiência era grave o suficiente para invalidar o ato mesmo a partir das novas regras, lembrando que o ato que antes seria nulo agora será apenas anulável e não se podendo cogitar de retroatividade dos efeitos de eventual anulação.

Em qualquer hipótese será preciso perquirir a gravidade da deficiência à época em que firmado o negócio jurídico, tendo sempre como norte a presunção de capacidade imposta pela atual legislação.

Evidente que haverá situações de difícil solução quando se estiver diante de negócios jurídicos de cunho eminentemente patrimoniais praticados por pessoa com deficiência sob a égide da lei revogada.

Imagine-se por exemplo um contrato de cunho patrimonial firmado antes da vigência do Estatuto por uma pessoa com deficiência em condições de exprimir sua vontade. Considerando o grau de discernimento, na redação anterior tal ato haveria de ser considerado

---

<sup>88</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Conjur.* 6 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 7 jul. 2019.

nulo (art. 3º, II, e art. 166, I) ou anulável (art. 4º, III, e art. 171, I). Pela lei atual, o negócio seria em princípio perfeitamente válido.

Mais uma vez haveria de se perquirir a gravidade da deficiência à época da contratação para, caso a caso, impor-lhe a melhor solução.

Sem se esquecer da regra de que o ato nulo não pode ser confirmado pelo tempo (art. 169 do Código Civil) e sobretudo a já mencionada proteção constitucional do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição), é certo que o apego irrestrito à segurança jurídica nem sempre se revelará o meio mais adequado para pacificar eventuais conflitos envolvendo negócios dessa natureza.

Como regra geral, deve prevalecer a vedação à retroatividade da lei nova e a plena aplicação das regras vigentes ao tempo da prática do ato; mas reitere-se: isso não deve ser uma verdade absoluta.

Há de se ressaltar que o novo regramento das pessoas portadoras de deficiência tem matriz constitucional e vai ao encontro de garantias fundamentais de natureza eminentemente coletivas e, assim, de interesse público, que por isso devem prevalecer sobre interesses individuais, ainda que igualmente tutelados pela Constituição.

Oportuno mencionar, ainda, o princípio da conservação dos negócios jurídicos<sup>89</sup>, que tem por fundamento a sua função social, e conseqüentemente pode assegurar o desenvolvimento da pessoa humana e sua dignidade, pilares igualmente protegidos pela LBI em relação aos portadores de deficiência.

No que se refere à convalidação dos atos inválidos, há de se observar que, mesmo que se considere imprescritível a pretensão para declarar a nulidade, pelo princípio da boa-fé

---

<sup>89</sup> Enunciado 537 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.

*Justificativa:* A tradição jurídica brasileira afirma que a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos mercedores de tutela pelo ordenamento (ex.: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na ‘adoção à brasileira’. Além disso, o CC consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato. É necessário, assim, reter a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo”.

objetiva pode haver uma modulação da legitimidade para impugnar o ato inválido. É o que se tem com a aplicação do instituto da *supressio*, segundo o qual a ausência reiterada do exercício de determinado direito durante certo lapso temporal, fazendo criar a legítima expectativa de que não será mais exercido, torna abusiva a pretensão a partir desse decurso de tempo.

Nesse sentido, admite-se a aplicação da *supressio* nas hipóteses de imprescritibilidade. A supremacia de determinados valores sobre uma eventual situação abstratamente prevista pela lei pode ser reconhecida pelo um caso concreto pelo juiz, que poderá decidir pela invalidade ou não de determinado ato visando à proteção do melhor interesse a ser tutelado juridicamente. Essa mesma lógica há de se aplicar tanto para os atos nulos – tidos por imprescritíveis – quanto para os anuláveis.

Princípios diretamente associados à tutela da dignidade da pessoa humana devem nortear a interpretação e a aplicação de regras relacionadas à (in)validade dos negócios jurídicos, fazendo prevalecer sempre o convalidamento ou não dos seus efeitos, de acordo com o valor dos interesses envolvidos. A própria lei prevê a possibilidade de confirmação dos atos nulos, o que deixa estreme de dúvidas a existência de seus efeitos e a possibilidade de merecimento de tutela de acordo com o melhor interesse das partes.

Hamid Bdine Júnior sustenta que, na busca de um critério para se reconhecerem os contornos jurídicos capazes de oferecer um caminho para que se atribua eficácia a contratos que o direito positivo reconheça como nulos, destaca-se o paradigma da essencialidade, critério que contribui para identificar com maior acerto as situações em que será adequado atribuir eficácia a negócios nulos: aqueles em que o objeto satisfaça necessidades essenciais do contratante, em contraposição aos que têm em conta apenas bens supérfluos<sup>90</sup>.

No mesmo sentido Eduardo Nunes de Souza, para quem o juiz deve investigar no caso concreto a incidência de interesses juridicamente relevantes que tornem a solução proposta pela lei para a regulação da eficácia do ato presumidamente consentânea com o sistema. Desse modo não haveria necessidade de buscar uma requalificação da *fattispecie*, o que se faz, muitas vezes, em contrariedade à própria natureza das causas de invalidade legalmente previstas. E conclui o autor que a mera verificação de que o regime previsto em lei, se fosse aplicado a certo caso concreto, provocaria resultados contrários à ordem jurídica não constitui uma quebra de sistemática, justamente porque o ordenamento deve ser interpretado e aplicado como um todo, observando-se sua unidade lógica e axiológica conjugada ao próprio dado fático. Assim, em termos ilustrativos, caso se conclua que a eficácia do negócio celebrado pelo menor de idade

---

<sup>90</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, cit., p. 234.

deve ser preservada (pois, no caso, os valores que levaram o legislador a prever a causa de invalidez cedem espaço a outros valores, concretamente preponderantes), não há necessidade de evitar a teoria das invalidezes ou mesmo de negar a natureza negocial do ato para sustentar tal conclusão<sup>91</sup>.

### **3.5 A prescrição e o negócio jurídico praticado pela pessoa com deficiência**

O instituto da prescrição sempre foi tratado por expressiva parte da doutrina como uma garantia de segurança e pacificação jurídicas.

Por outro lado, há também uma visão punitiva da prescrição, eis que impõe a perda do direito por parte do inerte, que não exerceu sua pretensão oportunamente, pois o sistema não haveria de preservar uma situação desprezada pelo próprio titular daquele direito.

Em relação a esse elemento punitivo, questão que se coloca é se tal critério faria sentido contra aquele que estaria impedido por alguma razão de exercer seu direito. Sobressai, aqui, um elemento valorativo, de justiça.

A despeito das inúmeras e profundas discussões doutrinárias acerca do instituto, interessa a este estudo uma análise do seu impacto em relação às alterações promovidas pelo EPD.

O Código Civil, no seu artigo 189, parece não deixar dúvida de que o prazo prescricional se inicia com a violação de um direito.

Já o artigo 198, I, da lei civil prevê que a prescrição não corre contra os incapazes de que trata o artigo 3º.

Considerando que a partir da vigência do EPD referido rol ficou limitado aos menores de 16 anos, duras críticas surgiram também em relação a essa situação, entendendo-se como mais um ponto de desproteção da pessoa com deficiência, que, a partir de então capaz – ou mesmo se inserida no inciso III do artigo 4º do Código Civil –, teria contra ela a fluência de prazos prescricionais.

A justificativa para a previsão do aludido artigo 198, I, foi a de conferir proteção ao incapaz. E nesse caso uma proteção peculiar, pois relacionada a um fato criado pela própria lei, qual seja, os efeitos do decurso do tempo sobre um direito seu. Fato é que tal proteção encontra explicação numa vulnerabilidade – e por que não dizer inferioridade – das pessoas tachadas de absolutamente incapazes.

---

<sup>91</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidezes do negócio jurídico*, cit.

Evidente que a atualização do conceito e o reposicionamento da pessoa com deficiência não permitem mesmo que ela fosse mantida naquele rol; e, se é assim, não estará mais sujeita a tal “proteção”, mas, como já mencionado anteriormente, a inclusão social e o reconhecimento da capacidade implicam uma liberdade juridicamente tutelada que não subsiste sem responsabilidade.

Tal consequência, porém, não significa que seja um preço alto a se pagar, e muito menos que a LBI tenha andado mal nesse ponto.

Isso porque, a exemplo do que se verifica em relação às causas de invalidade do negócio jurídico, também em relação à prescrição envolvendo a pessoa com deficiência há de se fazer uma análise valorativa que leve em consideração o interesse tutelado.

A propósito, já era questionável mesmo antes da vigência do EPD a essencialidade da regra que impedia a fluência dos prazos prescricionais contra os incapazes – tanto absoluta quanto relativamente –, na medida que tal condição permitia que eles participassem de negócios jurídicos por meio de representação ou assistência.

Se era assim, por que não correr o prazo prescricional de um incapaz devidamente representado? Alguns países, como Portugal e Alemanha, já consideravam essa hipótese em seus sistemas legais.

A despeito de atualmente constarem no rol de absolutamente incapazes apenas os menores de idade, a comparação dos motivos que impediam a fluência do prazo contra eles e também em face das pessoas com deficiência é inexorável.

O caráter protetivo da previsão está ancorado fundamentalmente no comprometimento do discernimento, e nesse ponto parece faltar lógica ao fato de a lei impedir a fluência do prazo prescricional somente em relação ao absolutamente incapaz, e não ao relativamente incapaz, até porque a consequência para o ato praticado por um ou pelo outro sem a necessária representação ou assistência seria a invalidade.

Neste ponto, aliás, oportuno abrir um parênteses para trazer mais uma evidência de como a legislação parece não adotar parâmetros adequados ao prever quase como fórmulas matemáticas as diferentes hipóteses de invalidade e, bem assim, de prescrição.

O artigo 166, I, do Código Civil reputa nulo o negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz. Já o artigo 171, I, da mesma lei considera anulável o mesmo ato quando praticado por relativamente incapaz. Ao mesmo tempo, o inciso V do artigo 166 prevê ser nulo

o negócio que não observar alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade<sup>92</sup>. Como é cediço, o negócio jurídico praticado pelo relativamente capaz depende de assistência. Não seria essa uma solenidade legal exigida para a validade do ato? Se afirmativa a resposta, por que o ato praticado pelo relativamente incapaz sem assistência é apenas anulável conforme o artigo 171, I, e não nulo conforme o artigo 166, V?

Portanto, é preciso um olhar mais flexível – sem deixar de ser sistemático – sobre o tema para permitir a harmonia entre as regras atuais e teorias tradicionais de institutos seculares.

Considerando, portanto, o discernimento como elemento indissociável da lógica jurídica que impede a fluência de prazo prescricional contra os absolutamente incapazes, não há como deixar de questionar a fluência para os relativamente incapazes, sobretudo após as alterações dos róis dos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Isso porque pode haver um relativamente incapaz que tenha mais dificuldade de se proteger dos efeitos da prescrição do que um absolutamente incapaz. Imagine um menor de 16 anos com plena capacidade de exprimir sua vontade e bem representado; e por outro lado alguém que não possa exprimir sua vontade por alguma causa transitória ou permanente, e que ainda não conte com a devida assistência. Parece notório que a situação desse segundo indivíduo o torna muito mais vulnerável do que o primeiro. Ainda assim o menor, pela lei, é absolutamente incapaz (sem fluência de prazo prescricional contra ele), e o que não pode exprimir a vontade é apenas relativamente incapaz, com possibilidade de ser atingido pela prescrição.

Como é cediço, a maturidade não decorre apenas da idade, mas das experiências vividas e do conhecimento obtido ao longo da vida, permitindo o desenvolvimento de um grau de compreensão das coisas. Por isso o critério apenas etário não se presta para, isoladamente, desconsiderar a expressão da vontade do menor e suas consequências jurídicas; e a mesma

---

<sup>92</sup> “Há atos para os quais a lei prescreve uma forma determinada, uma forma que pode ser a escritura pública, que pode ser a forma escrita, que pode ser, enfim, qualquer modalidade especial de manifestação da vontade. Nesse caso, o ato é nulo por falta de forma, precisamente porque a forma é essencial, é substancial ao ato. A isso a lei acrescenta: pela omissão de uma solenidade essencial. A palavra solenidade precisa ser, aqui, interpretada com muito rigor, porque é claro que o legislador está opondo solenidade à forma e, na linguagem jurídica, frequentemente, se aproximam estes dois conceitos. Na verdade, porém, solenidade está sendo considerada, aqui, com um sentido muito amplo, para indicar qualquer exigência, qualquer requisito intrínseco do ato – não um requisito exterior, não o ser lavrado por tabelião ou o ser lavrado por instrumento particular, mas um requisito interno, um requisito intrínseco do ato, por ex., o marido que der fiança sem a autorização de sua mulher, sem aquilo que se chama a outorga-uxória, pratica um ato do qual falta uma solenidade fundamental. Quer dizer, um requisito intrínseco, um elemento sem o qual o ato não se pode formar. O mesmo se pode dizer de todos os outros atos jurídicos para a validade dos quais a lei cria requisitos que devem ser observados na sua prática. Portanto: solenidade vai, aqui, como sinônimo de elementos, de exigências feitas pela lei ou, se o quiser-se, exprimindo-se de um modo mais rigoroso, como forma intrínseca” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977).



lógica deve orientar a interpretação e os efeitos jurídicos do negócio praticado pela pessoa com deficiência, levando sempre em consideração o grau de discernimento no caso concreto.

A máxima no sentido de que a prescrição não corre contra quem não pode agir (*contra non valentem agere non currit praescriptio*) há de ser aplicada para resolver casos extremos como os exemplos propostos.

E não falta juridicidade para tal solução, pois a própria lei contempla essa necessária ponderação. Basta notar que o artigo 180 do Código Civil prevê que o menor entre 16 e 18 anos não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se no ato de obrigar-se declarou-se maior. A lei claramente traz uma exceção para a regra do artigo 171, I, e o faz exatamente para evitar o benefício do menor malicioso. Para isso ingressa na esfera de valoração da tutela de interesses e no grau de discernimento, ainda que se trate de menor considerado relativamente incapaz.

Transportando essa lógica para o sistema de prescrição e também para os menores absolutamente incapazes, não há razão para, em determinadas hipóteses, não se perquirir o grau de discernimento para aferir a solução mais adequada e proteger o melhor interesse a ser tutelado, aplicando ou não as regras de invalidade, bem assim considerando ou não a fluência do prazo prescricional.

Se é certo que a taxatividade do artigo 198, I (que prevê a não fluência de prescrição para o absolutamente incapaz), impõe um obstáculo quase intransponível para fazer incidir a prescrição em qualquer hipótese – ainda que a solução não seja a melhor no caso concreto –, o mesmo não se pode dizer *a contrario sensu* em relação aos relativamente incapazes ou às pessoas portadoras de deficiência.

Como visto, tanto relativamente incapazes como portadores de deficiência podem ter um comprometimento tal que os impeça na prática de agir, devendo-lhes então ser garantida a preservação do direito até que tenham tal condição, ou seja, deve ser admitida a suspensão da prescrição até que o óbice seja superado.

E mesmo antes da alteração do artigo 3º pelo EPD já era necessário aferir o grau de discernimento para uma correta aplicação do artigo 198, I, do Código Civil. Isso porque a ausência de discernimento nem sempre estava atestada por uma sentença de interdição. Nesse caso, obviamente não seria razoável que, havendo duas pessoas com igual comprometimento

de discernimento, tivessem situações distintas quanto à fluência da prescrição, tão somente porque uma estava formalmente interdita e a outra não<sup>93</sup>.

Há de se observar que não era a interdição que determinava a incapacidade, mas, ao contrário, a incapacidade dava azo à interdição. *Mutatis mutandis*, se a razão da não fluência protetiva do prazo prescricional está na impossibilidade prática de ação, na “incapacidade natural” da pessoa, evidente que, se a deficiência for a causa de tal impedimento, o prazo não correrá em tal hipótese.

---

<sup>93</sup> Nesse sentido já sustentava Maria Helena Diniz ser “possível invalidar o ato negocial praticado, *antes da sua interdição*, desde que no processo de jurisdição voluntária, a que se submeteu, se comprove a existência de sua insanidade, por ocasião da efetivação daquele ato. Hipótese em que a sentença de interdição terá efeito *ex tunc*” (*Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Teoria geral do direito civil. p. 210-211).

## CONCLUSÃO

Os avanços da sociedade, que nem sempre são acompanhados tempestivamente pelo legislador, impõem a admissibilidade de novas formas de tutela de situações jurídicas existenciais, a fim de alçar as pessoas com deficiência a um novo estágio, em que lhes é assegurada ao menos a possibilidade de autodeterminação, respeitando-se ao máximo sua autonomia.

Trata-se de compatibilizar – reinterpretando e até reestruturando – os institutos jurídicos clássicos com a realidade social do presente. Todos os esforços devem ser feitos com vistas a recepcionar inovações irreversíveis, eis que decorrentes da evolução da própria humanidade. Mais do que nunca, vale aqui a vedação ao retrocesso.

Não se ignora que esse novo modelo social de deficiência implica riscos, que, porém, são inerentes à inserção pretendida pelo legislador, cabendo ao aplicador do direito, revisando conceitos e por meio de institutos presentes no próprio sistema jurídico, equilibrar as relações negociais para coibir excessos e ao mesmo tempo conservar ou invalidar o ato. Nesse propósito, sopesando os limites da deficiência e sua influência no negócio jurídico, poder-se-á servir, *v.g.*, da boa-fé, da função social do contrato, dos vícios de consentimento e sobretudo dos princípios constitucionais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana para dar solução adequada a eventuais incongruências.

O que não mais se admite são regras que, a pretexto de proteger as pessoas com deficiência, afrontem sua dignidade e as excluam por completo da sociedade.

Quem interpreta a lei não pode se limitar a repeti-la. Ao contrário, deve se valer dos métodos próprios para revelar o real sentido da norma, sem se prender à literalidade do texto normativo.

Destarte, havendo nova sistematização decorrente de uma necessária atualização normativa relacionada à pessoa com deficiência, impõe-se que antigos institutos sofram os impactos do avanço obtido. É tempo de construir uma nova ordem jurídica voltada para a pessoa com deficiência, que não promova uma proteção desmedida e exclusiva, mas sim proporcional à vulnerabilidade de cada indivíduo.

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, normas de matriz constitucional, motivam o intérprete a fazer uma releitura funcional de toda a teoria geral do direito civil, repleta de incertezas escondidas em dogmas e institutos obsoletos que há tempos são admitidos sob o pretexto de uma suposta segurança, mas que muitas vezes não se sustentam diante da evolução da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIRRE, Carlos Martínez de. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2014.

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). *Bundesministerium de Justiz und für Verbraucherschutz*, [s. d.]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>. Acesso em: 5 abr. 2019.

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. Uma vez mais sobre a forma humana no direito romano. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 35, jul./dez. 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. Tomada de decisão apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; 7. ed. 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/235>. Acesso em: 30 maio 2022

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Comentários ao artigo 3. In: FERREIRA, Laíssa da Costa (coord.). *Novos comentários à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014. p. 41-45.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 86/2014, p. 165-181, jan./mar. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar 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. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2002.

AZEVEDO, Rafael Vieira de. *A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro: reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <http://memoriaeinformacao.casaruibarbosa.gov.br/index.php/fcrb/article/view/20/20>. Acesso em: 15 maio 2022.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

BELEZA, Maria dos Prazeres. Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação (Lei n. 49/2018, de 14 de agosto). In: *O novo regime jurídico do maior acompanhado*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, fev. 2019. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v. III. p. 32-40.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.

BEZERRA, Gabrielle Sales; SARLET, Ingo Wolfgang. A igualdade na Constituição Federal de 1988: um ensaio acerca do sistema normativo brasileiro face à Convenção Internacional e à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 197-224.

BITTAR, Eduardo C. B. Ética, cidadania e Constituição: o direito à dignidade e à condição humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 8, p. 125-155, jul./dez. 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

BORGARELLI, Bruno de Ávila. O “maior acompanhado”: uma novidade no direito português. *Conjur*. 8 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>. Acesso em: 5 jul. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf). Acesso em: 24 jan. 2022.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

CARMINATE, Raphael Furtado. *Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CASSETTARI, Cristiano. Os desafios impostos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em razão das modificações nas teorias das incapacidades e os seus reflexos na atividade de registradores e notários. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 806, p. 259-272, jan./jun. 2016.

CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídico: estructura, vícios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. Da situação jurídica do maior acompanhado: estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades de maiores. *Revista de Direito Civil*, Coimbra: Almedina, n. 3, 2018. p. 473-554.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Almedina, 2016. v. 4.

CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1968.

DANTAS, San Tiago, *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Teoria geral do direito civil.

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz\\_Fachin.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html). Acesso em: 18 abr. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 8, p. 187-193, 2015.

FERRANDO, Gilda. Il beneficiario. In: *Famiglia Quaderni diretti da Salvatore Patti: l'amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2005.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIGUEIREDO, Leila Adriana Vieira Seijo de. Aspectos polêmicos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Prodireito – Direito Civil: Programa de Atualização e Direito*, org. Diogo Leonardo Machado, Porto Alegre: Artmed Panamericana, ciclo 2, 2017. v. 1. p. 11-39.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: FIUZA, César (org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da (coord.); OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coord.). *Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 17-26.

FRANÇA. Code Civil. *Legifrance*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 2 maio 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. *Jus.com.br*. 30 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68666/a-invalidade-do-negocio-juridico-em-face-do-novo-conceito-de-capacidade-civil/2>. Acesso em: 3 mar. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil. *Jus.com.br*. 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 7 jul. 2019.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 127-138, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas*. Tradução Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. I, v. I.
- JUNG, Carl Gustav. *The collected works of C. G. Jung*. Translators Gerhard Adler and R. F. C. Hull. [S. l.]: Princeton University Press, April 1972. v. 7: Two essays on analytical psychology. *E-book*.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>. Acesso em: 5 jul. 2019.
- LARA, Mariana Alves. *Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general. Tratado de derecho civil alemán*. Tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LÔBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *Gen Jurídico*. 26 fev. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.



- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 809-826.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada e sua correlação com institutos afins. In: *Direito civil: estudos*. Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018. p. 83-102.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/15). *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 411-442, maio/ago. 2017. doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIZIARA, Daniel Souza Campos. Interdição judicial da pessoa com deficiência intelectual. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 35, p. 21-33, dez. 2007.
- MONTEIRO, António Pinto. *O maior acompanhado: Lei nº 49/2018, de 14 de agosto*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf). Acesso em: 2 mar. 2019.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NAPOLI, Emilio Vito. L'interdizione e l'inabilitazione. In: *Familia Quaderni diretti da Salvatore Patti: l'amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2005.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017.
- NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1545-1561, jul./2016.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Os direitos das pessoas com deficiência e sua transformação histórica. *Revista dos Tribunais*, v. 986, p. 167-188, dez. 2017.
- PALACIOS, Agostina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. I.
- PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização econômica: desafios e perspectivas para construção da cidadania no Brasil. In: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado: parte geral*. Atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado: parte geral*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. IV.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. V.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O direito à igualdade, à dignidade da pessoa humana com deficiência e à autonomia. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (org.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 25-40.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

ROMOLI, Tommaso. Le invalidità nell'amministrazione di sostegno. In: *Famiglia Quaderni diretti da Salvatore Patti: l'amministrazione di sostegno*. Milano: Giuffrè, 2005.

ROSEVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência qualificada pelo apoio e de seus apoiadores. *IBDFAM*. 26 mar. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1264/A+Responsabilidade+Civil+da+Pessoa+com+Defici%C3%A2ncia+qualificada+pelo+Apoio+e+de+seus+Apoiadores>. Acesso em: 25 maio 2018.

ROSEVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord). *Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2018.

ROSEVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 10, p. 11-20, jul./set. 2015.

ROSEVALD, Nelson. *O direito civil em movimento*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005. v. 1.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte: Fórum (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público), ano 3, n. 5, jan/abr. 2014. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4120745/mod\\_resource/content/0/Jan%20Peter%20Schmidt%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20a%20partir%20de%20uma%20perspectiva%20alema%20C%83.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4120745/mod_resource/content/0/Jan%20Peter%20Schmidt%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20a%20partir%20de%20uma%20perspectiva%20alema%20C%83.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*. 15. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Otto Marques da. *A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. São Paulo: CEDAS, 1986.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Conjur*. 6 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 7 jul. 2019.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição & decadência: início dos prazos*. 2. ed. Amazon: set. 2020. *E-book*.

SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz: busca pela interpretação do sistema*. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SOCZEK, Daniel. Vulnerabilidade social e novos direitos: reflexões e perspectivas. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 19-30, jan./jun. 2008.

SORGI ROSENTHAL, M. M. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial. *Revista Derechos en Acción*, nº 4, 28 sep. 2017. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3918>. Acesso em: 15 maio 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção do vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 343-386.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

TARTUCE, Flávio. Parecer sobre o Projeto do Senado Federal nº 757/15 que altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 16, jul./ago. 2016.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 291-314.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3, t. I, Livro III: Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico.

VIEIRA, Patrícia Ruy. A interdição civil no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 93, n. 826, p. 91-118, ago. 2004.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad: la experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*, v. 20, n. 3, p. 823-846, set./dez. 2015.

WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão: parte geral*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

## **ANEXOS**

**Anexo I** – STJ, Recurso Especial nº 1927423/SP, julgado em 27.04.2021

**Anexo II** – TJSP, Apelação nº 0006290-33.2013.8.26.0242, julgado em 02.06.2016

**Anexo III** – STJ, Recurso Especial nº 1.645.612-SP (2015/0264695-8), julgado em 16.10.2018

**Anexo I**

STJ, Recurso Especial nº 1927423/SP, julgado em 27.04.2021

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**  
**RECORRENTE** : J J DE J  
**ADVOGADO** : FABIO RICARDO DO NASCIMENTO - SP259702  
**RECORRIDO** : E B DE J A  
**ADVOGADO** : ROSANA SENHORINHO BORGES ARAUJO - SP337699

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.

2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil.

4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.

5. Recurso especial provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2021 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9)**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:**

Trata-se de recurso especial interposto por J. J. de J. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Denota-se dos autos que, em 20/11/2017, E. B. de J. A. ajuizou ação objetivando a interdição de seu genitor, J. J. de J., que, em decorrência de demência por doença de Alzheimer, encontra-se incapacitado para os atos da vida civil, devendo ser representado por terceiro.

Na sentença, o Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial para "decretar a curatela de J. J. de J., declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3º, II, do Código Civil/2002, em razão do que, na conformidade do quanto disposto no art. 1.775, § 1º, do mesmo diploma legal, nomeio em caráter definitivo o(a) requerente [E. B. de J.] para exercer o *munus* da curadoria" (e-STJ, fl. 213).

Interposta apelação pelo curador especial nomeado para o interditado, a Décima Câmara de Direito Privado da Corte de origem negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 447):

INTERDIÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE INTERDIÇÃO DO REQUERIDO. INCAPACIDADE ABSOLUTA. RECURSO DESPROVIDO. Interdição. Insurgência contra sentença que julgou procedente o pedido de interdição do recorrido, decretando a sua incapacidade absoluta. Apelo para que o interdito seja declarado relativamente incapaz. Arts. 3º e 4º do CC. Recorrente padece de demência - Doença de Alzheimer de início tardio. A declaração da incapacidade relativa do apelante resultaria em falta da proteção jurídica garantida pela legislação. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 271-279), interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, J. J. de J. aponta ofensa aos arts. 3º, *caput*, e 4º, III, do Código Civil.

Sustenta, em síntese, que "não há como subsistir a sentença da forma

# *Superior Tribunal de Justiça*

como lançada e mantida pelo Tribunal pois, inexistem atualmente no ordenamento jurídico o fundamento legal (artigo 3º, II do CC) e jurídico (absolutamente incapaz) haja vista a parte recorrente ter ultrapassado a idade núbil dos 16 anos e mesmo sendo permanente a causa da incapacidade a lei determinou a declaração como relativa" (e-STJ, fl. 277).

Busca, assim, "a anulação/reforma da decisão para ser declarada a parte recorrente como relativamente incapaz com fundamento no artigo 4º, inciso III do CC" (e-STJ, fl. 278).

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público de São Paulo, nas quais opina pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 287-290).

Inadmitido o apelo especial na origem, o insurgente interpôs agravo, que foi provido por esta relatoria, determinando a sua conversão em recurso especial (e-STJ, fls. 323-324).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fls. 317-321):

Civil. Capacidade civil. Incapacidade relativa. Pessoa com deficiência. Limites da curatela. Parecer pelo provimento do agravo e parcial provimento do recurso especial.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.927.423 - SP (2020/0232882-9)**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):**

Enfatiza-se, de início, que o recurso especial foi interposto contra decisão publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sendo analisados os pressupostos de admissibilidade recursais à luz do regramento nele previsto (Enunciado Administrativo n. 3/STJ).

A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, quanto ao regime das incapacidades, reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, por causa permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.

Depreende-se dos autos que E. B. de J. A. ajuizou ação objetivando a interdição de seu genitor, que, por demência decorrente de doença de Alzheimer, se encontra incapacitado para a vida civil.

A ação foi julgada procedente para “decretar a curatela de J. J. de J., declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma do art. 3º, II, do Código Civil/2002, em razão do que, na conformidade do quanto disposto no art. 1.775, § 1º, do mesmo diploma legal, nomeio em caráter definitivo o(a) requerente [E. B. de J.] para exercer o *munus* da curadoria” (e-STJ, fl. 213).

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

No presente recurso, o patrono do interditado alega que "não há como subsistir a sentença da forma como lançada e mantida pelo Tribunal pois, inexistem atualmente no ordenamento jurídico o fundamento legal (artigo 3º, II do CC) e jurídico (absolutamente incapaz) haja vista a parte recorrente ter ultrapassado a idade núbil dos 16 anos e mesmo sendo permanente a causa da incapacidade a lei determinou a declaração como relativa" (e-STJ, fl. 277).

Busca, assim, "a anulação/reforma da decisão para ser declarada a parte recorrente como relativamente incapaz com fundamento no artigo 4º, inciso III do CC"

(e-STJ, fl. 278).

Feito esse breve resumo, passo ao exame das razões recursais.

Com efeito, a Lei n. 13.146/2015, que entrou em vigor em 3/1/2016 e instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nos termos do art. 2º da mencionada norma, a pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

A referida lei prevê, ainda, em seu art. 6º, que a pessoa com deficiência não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, uma vez que a deficiência não afeta a plena capacidade civil.

Diante dessa nova temática, apresentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, os arts. 3º e 4º do Código Civil passaram a vigorar nos seguintes termos:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I a III - (Revogados pela Lei n. 13.146/2015)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - os pródigos

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Como visto, a nova legislação trouxe alterações significativas na estrutura prevista no Código Civil no tocante à capacidade das pessoas naturais, entre elas a revogação dos incisos II e III do art. 3º do Código Civil, segundo o quais eram absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo por causa transitória.

No tocante ao art. 4º, que prevê as hipóteses de incapacidade relativa,

constata-se que foi excluída a referência à deficiência mental, passando a tratar, apenas, das pessoas que "por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" (as quais, anteriormente, eram consideradas absolutamente incapazes).

Dessa forma, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, somente são consideradas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Em face disso, não é mais possível, portanto, inserir as pessoas com enfermidade ou deficiência mental no rol dos absolutamente incapazes.

Nesse sentido, asseveram José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo que "a nova redação do art. 3º restringe a incapacidade absoluta para as pessoas menores de 16 anos com eliminação das demais hipóteses anteriormente previstas" (*Código Civil comentado: Com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 39).

Outrossim, afirma Flávio Tartuce que:

"não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, afirmação esta que tem sido seguida por vários julgados prolatados sob a vigência do EPD. Por todos, do Tribunal Paulista: 'Reforma legislativa, decorrente da Lei n. 13.146/2015 (EPD), que restringe a incapacidade absoluta aos menores impúberes. Reconhecimento de que o interdito é relativamente incapaz, abrangendo a curatela os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Artigo 4º, inciso III, do Código Civil, e artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Sentença reformada em parte. Apelo parcialmente provido' (TJSP, Apelação Cível com Voto 36.737, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Dese. Donegá Morandini, j. 16.12.2016)" (*Direito Civil: lei de introdução e parte geral*, v. 1, 15ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 142)

Para Pablo Stolze, "o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil" (Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em março de 2021).

Por conseguinte, ao excluir os deficientes do rol de pessoas absolutamente incapazes, o Estatuto lhes assegurou o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela da pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Outrossim, o art. 85 dispõe que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não abrangendo todos os atos da vida civil, tais como “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Portanto, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é possível que pessoas com enfermidade ou deficiência mental, que são “plenamente capazes”, sejam excepcionalmente sujeitas à curatela.

Quanto ao tema, assevera Maurício Requião que se legisla assim “a obrigatoriedade da aplicação de *tailored measures*, que levem em conta as circunstâncias de cada caso concreto, afastando a tão comum saída, utilizada até então de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito. A isto, aliás, conecta-se também a necessidade da exposição de motivos pelo magistrado, que agora terá, ainda mais, que justificar as razões pelas quais limita a capacidade do sujeito para a prática de certos atos” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em março de 2021).

Na hipótese, o laudo pericial psiquiátrico foi contundente ao diagnosticar a impossibilidade do interditando em gerir sua pessoa e administrar seus bens e interesses, por ser portadora de CID 10-F00.1 e concluiu que: “o periciando apresenta comprometimento do raciocínio lógico, não conseguindo exprimir desejos ou necessidades, o que impossibilita de imprimir diretrizes de vida. Há restrição total para atos de vida negociai e patrimonial, como fazer empréstimos, conciliar, dar quitação,

# Superior Tribunal de Justiça

alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, praticar atos que não sejam de mera administração. O quadro descrito é irreversível" (e-STJ, fl. 212).

Extrai-se da leitura da sentença que o caso foi analisado pelo Magistrado com base na Lei n. 13.146/2015, conforme se verifica dos seguintes trechos (e-STJ, fls. 211-212):

[...]

Além disso, "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade" passaram a ser considerados relativamente incapazes (artigo 4º, III, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.146/2015).

Não obstante tais modificações legislativas, o artigo 84, §1º e §2º da Lei nº 13.146/2015 prevê a possibilidade excepcional da pessoa com deficiência ser submetida à curatela, facultada a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. O §3º do mesmo dispositivo prescreve que "a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível".

Prevê, portanto, que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ainda, o artigo 85, caput e §1º e §2º da Lei nº 13.146/2015 dispõe:

[...]

Portanto, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é possível que pessoas com enfermidade ou deficiência mental, que são "plenamente capazes", sejam excepcionalmente sujeitas à curatela.

[...]

Nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o requerido é plenamente capaz. Entretanto, diante das conclusões do perito, no sentido de que o requerido não tem condições de administrar sozinho, seus bens, afigura-se necessário submetê-lo à curatela, para tutela de seus próprios interesses.

A curatela, porém, está restrita aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, nos termos da lei. Ademais, diante do estado específico do requerido, é mais adequado que o curador o represente na prática dos referidos atos, e não apenas a assista.

Em face de tais constatações e da ausência de qualquer impugnação, impõe-se a decretação da interdição requerida e a nomeação do(a) autor(a) como curador(a) definitivo do interditando, dado o vínculo de parentesco(filha/genitor) que os une, suficientemente evidenciado nos autos (CC/2002, art. 1.775, § 1º).

[...]

Não obstante a sentença tenha sido fundamentada com base na nova legislação, o Juízo de primeiro grau, na parte dispositiva, declarou o ora recorrente absolutamente incapaz, nos termos do então revogado art. 3º, II, do Código Civil/2002,

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo com base

nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 262-265):

[...] O fito do Estatuto da Pessoa com Deficiência é garantir àqueles portadores de alguma incapacidade mental ou intelectual o direito à gestão de sua pessoa e bens em igualdade de condições com as demais, daí a exclusão do rol dos absolutamente incapazes.

Porém, tal alteração, de todo louvável quanto aos nobres objetivos, é passível de crítica, vez que deixa desamparadas pessoas necessitadas de proteção legal.[...]

Constam do ordenamento jurídico pátrio diversos dispositivos protetores dos “absolutamente incapazes”.

A título de exemplo, são citados os artigos 198, inciso I; 208 e 1.244, todos do Código Civil, que proíbem a fluência de prazos prescricional e de decadência contra os absolutamente incapazes.

É de todo descabida a presunção que, diante da alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nos artigos 3º e 4º do Código Civil, tais dispositivos protetivos seriam aplicáveis apenas aos menores de dezesseis anos.

Portanto, tendo em vista o sistema jurídico protetivo ao qual o apelante faz jus, perfeitamente admissível seja declarado absolutamente incapaz, de acordo com a prova dos autos, pois o interditando não tem mínima condição intelectual de gerir sua vida, eventuais bens, tampouco de praticar os atos da vida civil sem a indispensável representação, necessitando de curador incumbido de tal gestão. No laudo pericial de fls. 186/197, a experta assinalou, após exame do apelante: “Baseado nos dados obtidos e apresentados o periciando apresenta comprometimento de funções mentais globais e específicas que repercutem na execução de tarefas (restrição na atividade) em todos os domínios: sensorial; comunicação; mobilidade; cuidados pessoais; vida doméstica; educação, trabalho e vida econômica; socialização e vida comunitária. Em se considerando que o grau de comprometimento poderá variar de gravíssima limitação / grave limitação / moderada limitação / leve limitação / inexistência de limitação, é possível inferir que, no contexto da presente avaliação o periciando, apresenta grave limitação. Informo que o periciando necessita de supervisão e cuidados de terceiros no desempenho das atividades de vida diária.”

O diagnóstico foi de demência na Doença de Alzheimer de início tardio, diagnose : CID-10 F00.1. (fls. 193/194;196) A Dra. Maria Flávia Hares Fongaro conclui: “O periciando apresenta comprometimento do raciocínio lógico, não conseguindo exprimir desejos ou necessidade, o que o impossibilita de imprimir diretrizes de vida. Há restrição total para atos de vida comercial e patrimonial, como fazer empréstimos, conciliar, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, praticar atos que não sejam de mera administração.” (fl. 127)

Diante desse quadro, declarar o interditando relativamente incapaz é deixá-lo sem a proteção legal assegurada pelo ordenamento jurídico.

Assim sendo, diante do novo sistema de incapacidades promovido pela Lei n. 13.146/2015, de rigor a modificação do acórdão recorrido, a fim de declarar a



# *Superior Tribunal de Justiça*

incapacidade relativa de J. J. de J., conforme os ditames do art. 4º, III, do Código Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a incapacidade relativa de J. J. de J., mantendo, no mais, a mesma curadora e a extensão da curatela fixadas na origem.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2020/0232882-9      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.927.423 / SP**

Números Origem: 1001971-64.2017.8.26.0177 10019716420178260177

PAUTA: 27/04/2021

JULGADO: 27/04/2021  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO PIMENTEL ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : J J DE J  
ADVOGADO : FABIO RICARDO DO NASCIMENTO - SP259702  
RECORRIDO : E B DE J A  
ADVOGADO : ROSANA SENHORINHO BORGES ARAUJO - SP337699

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Tutela e Curatela

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

**Anexo II**

TJSP, Apelação nº 0006290-33.2013.8.26.0242, julgado em 02.06.2016



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2016.0000370584**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006290-33.2013.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que é apelante JOANA D ARC LEMS REQUI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ANTONIO CASEMIRO LEMOS e MARIA SERERINA LEMOS.

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente) e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 2 de junho de 2016.

**Eduardo Sá Pinto Sandeville**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 21.779  
 APEL.Nº: 0006290-33.2013.8.26.0242  
 COMARCA: IGARAPAVA  
 JUIZ : CLÓVIS HUMBERTO LOURENÇO JUNIOR  
 APTE. : JOANA D´ARC LEMES REQUE  
 APDO. : ANTONIO CASEMIRO LEMOS E OUTRO

*Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida – Recurso improvido.*

Ação de interdição julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 60/62, de relatório adotado, para decretar a interdição de Antonio Casemiro Lemos, com a nomeação da autora, sua filha, como curadora. A pretensão em relação a Maria Severina Lemos não foi acolhida.

Recorre a autora, forte na alegação de que sua mãe tem 93 anos, com problemas de locomoção, e já sofreu AVC com hemiplegia. Aduz que ela permanece em repouso o dia todo, além de fazer uso de fraldas geriátricas. Sustenta que o Ministério Público opinou pela interdição.

Recurso isento de preparo, regularmente processado.

Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso.

É o relatório, em acréscimo ao da sentença.

Cuida-se de ação por meio da qual a autora pretende a curatela de seus genitores, Antônio Casemiro Lemos e Maria Severina Lemos.



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deferida a curatela provisória, foi determinada a realização de perícia com os requeridos, laudo apresentado às fls. 49/54.

A sentença, então, julgou parcialmente procedente a ação, para decretar a interdição de Antônio, mas afastar a pretensão em relação a Maria.

E não comporta reparos.

A Lei nº 13.146/2015, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe importantes e profundas alterações na matéria relativa a curatela.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que, por tratarem de direitos de personalidade relativos ao estado da pessoa, as alterações trazidas pelo Estatuto têm aplicação imediata (Curso de Direito Civi, Famílias, V. 6, 8ª edição, 2016, Salvador: Editora JusPodivm, pág. 925).

Nesta esteira, certo é que a norma invocada tanto pela apelante, quanto pelo i. Procurador de Justiça para fundamentar a interdição de Maria, qual seja, art. 1.780 do CC, foi revogada, não mais existindo no ordenamento jurídico a hipótese de curatela do portador de deficiência física sem que ele esteja impedido, temporária ou permanentemente, de exprimir sua vontade.

Como ensinam os já citados autores, *“as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garanta plena acessibilidade, como, aliás, bem previsto na legislação específica. [...] exclusivamente se não puder externar os seus desejos, a pessoa com deficiência pode ser considerada incapaz relativamente”* (op.cit, pág. 910).

Deste modo, no modelo atual civil-constitucional, a curatela exige a impossibilidade de manifestação da vontade, por motivo transitório ou não, tornando a limitação dos direitos da pessoa sobre sua própria gestão medida ainda mais excepcional.

No caso, quanto a Maria, o laudo pericial constatou que *“A despeito da debilidade física, a requerida expressa a sua vontade, e a condição médica apresentada não é geradora de incapacidade para os atos da vida civil no momento do exame pericial”* (fls. 51).



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E mesmo a declaração médica apresentada não atesta a inabilidade na manifestação da vontade da paciente, embora deles conste tratar-se de pessoa idosa e com seqüela de AVC (fls. 32).

Nesse quadro, a hipótese não é de incapacidade relativa, não se autorizando estabelecimento de curatela sobre Maria, por se tratar de medida excepcional de limitação de direitos de personalidade.

Para os fins pretendidos pela autora, na intenção de facilitar a gestão da vida e negócios de sua genitora, existem outros meios jurídicos mais adequados, como a outorga de mandato, ou, se o caso, a tomada de decisão apoiada agora prevista no art. 1.783-A, do CC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE  
RELATOR

**Anexo III**

STJ, Recurso Especial nº 1.645.612-SP (2015/0264695-8), julgado em 16.10.2018



# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.612 - SP (2015/0264695-8)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

## EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. AJUIZAMENTO PELO CURADOR PROVISÓRIO. AÇÃO DE NATUREZA PERSONALÍSSIMA. EXCEPCIONALIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE ALEGADAMENTE INCAPAZ PELO CURADOR. PRETENSÃO QUE NÃO SE REVESTE DE URGÊNCIA QUE JUSTIFIQUE O AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO QUE PRETENDE ROMPER, EM DEFINITIVO, O VÍNCULO CONJUGAL. POTENCIAL IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO COM BASE EM REPRESENTAÇÃO PROVISÓRIA.

1- Ação distribuída em 26/03/2012. Recurso especial interposto em 22/11/2013 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.

2- O propósito recursal consiste em definir se a ação de divórcio pode ser ajuizada pelo curador provisório, em representação ao cônjuge, antes mesmo da decretação de sua interdição por sentença.

3- Em regra, a ação de dissolução de vínculo conjugal tem natureza personalíssima, de modo que o legitimado ativo para o seu ajuizamento é, por excelência, o próprio cônjuge, ressalvada a excepcional possibilidade de ajuizamento da referida ação por terceiros representando o cônjuge – curador, ascendente ou irmão – na hipótese de sua incapacidade civil.

4- Justamente por ser excepcional o ajuizamento da ação de dissolução de vínculo conjugal por terceiro em representação do cônjuge, deve ser restritiva a interpretação da norma jurídica que indica os representantes processuais habilitados a fazê-lo, não se admitindo, em regra, o ajuizamento da referida ação por quem possui apenas a curatela provisória, cuja nomeação, que deve delimitar os atos que poderão ser praticados, melhor se amolda à hipótese de concessão de uma espécie de tutela provisória e que tem por finalidade específica permitir que alguém – o curador provisório – exerça atos de gestão e de administração patrimonial de bens e direitos do interditando e que deve possuir, em sua essência e como regra, a ampla e irrestrita possibilidade de reversão dos atos praticados.

5- O ajuizamento de ação de dissolução de vínculo conjugal por curador

# *Superior Tribunal de Justiça*

provisório é admissível, em situações ainda mais excepcionais, quando houver prévia autorização judicial e oitiva do Ministério Público.

6- É irrelevante o fato de ter havido a produção de prova pericial na ação de interdição que concluiu que a cômjuge possui doença de Alzheimer, uma vez que não se examinou a possibilidade de adoção do procedimento de tomada de decisão apoiada, preferível em relação à interdição e que depende da apuração do estágio e da evolução da doença e da capacidade de discernimento e de livre manifestação da vontade pelo cômjuge acerca do desejo de romper ou não o vínculo conjugal.

7- Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino,, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (voto-vista), Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.612 - SP (2015/0264695-8)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por O DA C F, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra o acórdão do TJ/SP que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, mantendo-se a sentença de procedência da ação de divórcio ajuizada por E DO C S F, representada por sua curadora S E S F.

Recurso especial interposto em: 21/11/2013.

Atribuído ao gabinete em: 25/08/2016.

Ação: de divórcio.

Sentença: julgou procedente o pedido, afastando-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido deduzida pelo recorrente em contestação (fls. 50/53, e-STJ).

Acórdão: por unanimidade, negou-se ao recurso de apelação, nos termos da seguinte ementa:

Ação de divórcio – Parte interditanda – Legitimidade ativa de curadora provisória para o pedido – Exegese do art. 1.582 do Código Civil, que não fez distinção sobre a espécie de curatela – Casal separado há mais de ano – Aplicação da EC nº 66/2010 – Sentença incensurável – Recurso desprovido. (fls.

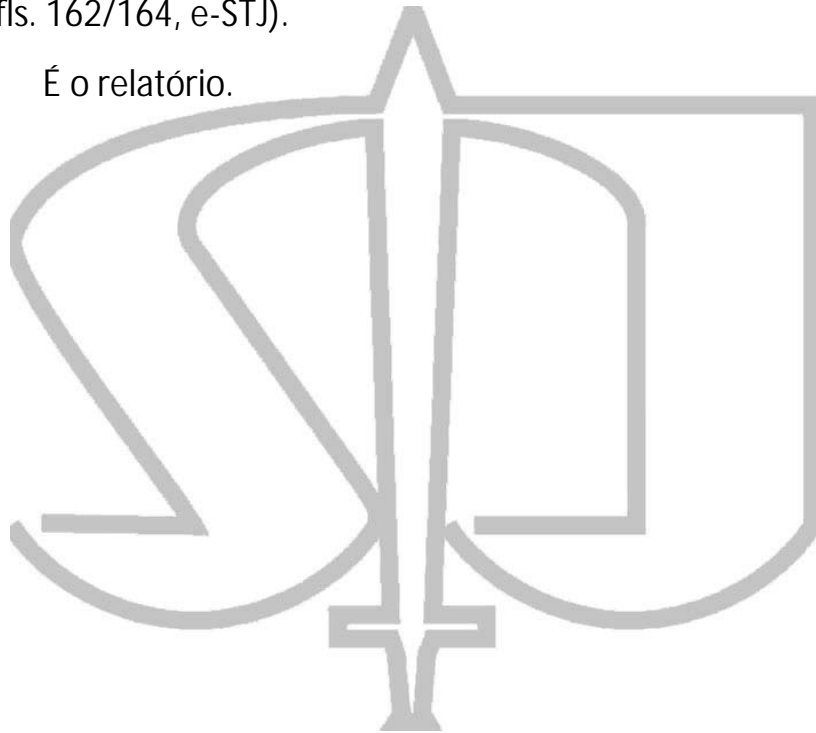
# *Superior Tribunal de Justiça*

106/110, e-STJ).

Recurso especial: alega-se violação ao art. 1.582 do CC/2002, ao fundamento de que descabe ao curador provisório propor a ação de divórcio em representação ao cônjuge antes de decretada a sua interdição por sentença (fls. 114/118, e-STJ).

Ministério Público Federal: opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 162/164, e-STJ).

É o relatório.



# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.612 - SP (2015/0264695-8)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

## EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. AJUIZAMENTO PELO CURADOR PROVISÓRIO. AÇÃO DE NATUREZA PERSONALÍSSIMA. EXCEPCIONALIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE ALEGADAMENTE INCAPAZ PELO CURADOR. PRETENSÃO QUE NÃO SE REVESTE DE URGÊNCIA QUE JUSTIFIQUE O AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO QUE PRETENDE ROMPER, EM DEFINITIVO, O VÍNCULO CONJUGAL. POTENCIAL IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO COM BASE EM REPRESENTAÇÃO PROVISÓRIA.

1- Ação distribuída em 26/03/2012. Recurso especial interposto em 22/11/2013 e atribuído à Relatora em 25/08/2016.

2- O propósito recursal consiste em definir se a ação de divórcio pode ser ajuizada pelo curador provisório, em representação ao cônjuge, antes mesmo da decretação de sua interdição por sentença.

3- Em regra, a ação de dissolução de vínculo conjugal tem natureza personalíssima, de modo que o legitimado ativo para o seu ajuizamento é, por excelência, o próprio cônjuge, ressalvada a excepcional possibilidade de ajuizamento da referida ação por terceiros representando o cônjuge – curador, ascendente ou irmão – na hipótese de sua incapacidade civil.

4- Justamente por ser excepcional o ajuizamento da ação de dissolução de vínculo conjugal por terceiro em representação do cônjuge, deve ser restritiva a interpretação da norma jurídica que indica os representantes processuais habilitados a fazê-lo, não se admitindo, em regra, o ajuizamento da referida ação por quem possui apenas a curatela provisória, cuja nomeação, que deve delimitar os atos que poderão ser praticados, melhor se amolda à hipótese de concessão de uma espécie de tutela provisória e que tem por finalidade específica permitir que alguém – o curador provisório – exerça atos de gestão e de administração patrimonial de bens e direitos do interditando e que deve possuir, em sua essência e como regra, a ampla e irrestrita possibilidade de reversão dos atos praticados.

5- O ajuizamento de ação de dissolução de vínculo conjugal por curador provisório é admissível, em situações ainda mais excepcionais, quando

houver prévia autorização judicial e oitiva do Ministério Público.

6- É irrelevante o fato de ter havido a produção de prova pericial na ação de interdição que concluiu que a cônjuge possui doença de Alzheimer, uma vez que não se examinou a possibilidade de adoção do procedimento de tomada de decisão apoiada, preferível em relação à interdição e que depende da apuração do estágio e da evolução da doença e da capacidade de discernimento e de livre manifestação da vontade pelo cônjuge acerca do desejo de romper ou não o vínculo conjugal.

7- Recurso especial conhecido e provido.



# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.612 - SP (2015/0264695-8)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal consiste em definir se a ação de divórcio pode ser ajuizada pelo curador provisório, em representação ao cônjuge, antes mesmo da decretação de sua interdição por sentença.

1. IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE DIVÓRCIO PELO CURADOR PROVISÓRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.582, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/2002.

Inicialmente, não se pode olvidar que as ações em que se pleiteia a dissolução do vínculo conjugal, seja pela separação, seja pelo divórcio, têm natureza personalíssima, de modo que os legitimados para as ajuizar são, em regra, somente os cônjuges, nos termos das regras contidas nos arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582, *caput*, do CC/2002, tendo o legislador previsto, todavia, hipóteses em que se permite a representação processual dos cônjuges nas ações judiciais de dissolução do vínculo:

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

(...)

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

Esse entendimento é compartilhado pela doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

A separação e o divórcio são medidas jurídicas de natureza personalíssima, competindo aos próprios cônjuges. Não admitem, por conseguinte, substituição processual (quando alguém, excepcionalmente autorizado por lei, poderá pleitear em nome próprio direito alheio), nem mesmo em razão da morte de uma das partes – aliás, não se olvide que a morte, por si só, já causa dissolutória do casamento.

Sublinhe-se, oportunamente, que o caráter personalíssimo somente diz respeito aos efeitos pessoais. No que tange aos efeitos patrimoniais, haverá transmissão de direitos, em face da morte de uma das partes, podendo os sucessores promoverem a defesa dos seus interesses.

De qualquer maneira, quando um dos cônjuges for incapaz, por qualquer dos motivos previstos em lei (CC, arts. 3º e 4º, admite o ordenamento jurídico (CC, art. 1.576, Parágrafo Único) que esteja representado ou assistido pelo seu curador, ascendente ou irmão, em ordem preferencial. Por evidente, se o curador (nomeado pelo juiz na ação de interdição) for o próprio consorte, a representação processual ficará a cargo do ascendente ou irmão, respectivamente. Não é despiciendo observar que se trata de mera representação processual e não, insista-se, de substituição processual. É que aqui o representante atua, processualmente, em nome do representado e na defesa de seus interesses. Já na substituição processual, alguém pleiteia, em nome próprio, um direito alheio, porque está autorizado por lei (o exemplo da ação de investigação de paternidade promovida pelo Ministério Público) – que não é, a toda evidência, o caso aqui tratado (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 328).

Na hipótese, a ação de divórcio foi ajuizada pelo curador provisório, em representação do cônjuge alegadamente incapaz, tendo a sentença e o acórdão recorrido afastado a preliminar suscitada pelo recorrente ao fundamento



de que a lei não faz distinção entre a espécie de curatela exigível para o ajuizamento da ação – se provisória ou se definitiva – bem como ao fundamento de que as partes já estavam separadas de fato ao tempo do ajuizamento da ação de divórcio e que na ação de interdição já há laudo pericial no sentido de que a recorrida E DO C S F é portadora de doença de Alzheimer.

Em primeiro lugar, há que se destacar que não havia a figura do curador provisório no CC/1916, como também não há no CC/2002, tratando-se, na realidade, de uma ficção doutrinária e jurisprudencial inspirada na figura do administrador provisório (Decreto-Lei 24.559/1934) por meio da qual se buscou, mantendo-se a ideia de excepcionalidade do decreto de interdição, permitir a adequada gestão da vida, dos bens e dos direitos daquele que, provavelmente, viria a ser reconhecido como civilmente capaz em futuro próximo. A esse respeito, preceitua o art. 27, §2º, do referido Decreto-Lei:

Art. 27. A proteção do doente mental é assegurada pelos cuidados de pessoa da família, do responsável legal ou do médico diretor do estabelecimento em que estiver internado.

§1º O psicopata recolhido a qualquer estabelecimento, até o 90º dia de internação, nenhum ato de administração ou disposição de bens poderá praticar senão por intermédio das pessoas referidas no art. 454 do Código Civil, com a prévia autorização judicial, quando fôr necessária.

§2º Findo o referido prazo, se persistir a doença mental e o psicopata tiver bens rendas ou pensões de qualquer natureza, ser-lhe-á nomeado, pelo tempo não excedente de dois anos, um administrador provisório, salvo se ficar provada a conveniência da interdição imediata com a conseqüente curatela.

A inexistência da figura do curador provisório no ordenamento jurídico brasileiro é confirmada, aliás, pelo fato de ter existido um projeto de lei especificamente destinado a criá-la (PLC 71/2005), sob a justificativa de que se precisava *“proteger, de imediato, aquele que apresente o que a lei denomina*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*anomalia psíquica, mediante tutela jurisdicional rápida, com nomeação, desde logo, pelo juiz, de curador provisório, que possa representar o doente, praticando todos os atos necessários à vida civil, com a ressalva de não poder alienar imóveis ou onerar bens”.*

O referido projeto de lei, em 2011, foi apensado ao PLS 166/2010 (posteriormente renumerado como PLC 8046/2010) e que deu origem, após a aprovação e sanção, na Lei 13.105/2015 – o novo Código de Processo Civil.

A ausência de distinção entre curatela provisória e a definitiva nos arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582, *caput*, do CC/2002, portanto, não se trata de hipótese que se possa classificar como de silêncio eloquente do legislador, que não tratou desse tema simplesmente porque a figura do curador provisório não existia ao tempo da confecção da lei.

Além disso, a nomeação do curador provisório pode ser enquadrada como uma específica hipótese de tutela provisória, por meio da qual se concede a alguém o poder de gerir e de administrar os bens e os direitos daquele alegadamente incapaz enquanto não proferida uma provável sentença de procedência da ação de interdição, tratando-se, pois, de nítida hipótese de antecipação de parcela dos efeitos da tutela de mérito que apenas seria entregue com a sentença.

Assim, é correto afirmar que o legislador também não tratou da matéria no CC/2002 por se tratar de instituto de natureza eminentemente processual. Não por acaso, aliás, dispõem o art. 749, parágrafo único, do CPC/15 e o art. 87 da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência:

CPC/15

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

# Superior Tribunal de Justiça

incapacidade se revelou.

Parágrafo único. Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.

(...)

Lei 13.146/2015

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

Ao comentar o art. 749, parágrafo único, do CPC/15, afirma a doutrina que *“deverá o juiz estar convencido, ainda que em juízo sumário e conforme provas pré-constituídas trazidas aos autos (certidões comprobatórias de parentesco, declaração de afinidade, relatórios médicos extrajudiciais, etc.), tanto da aparente incapacidade do agente quanto da capacidade daquele que será nomeado como curador provisório, para assistir provisoriamente o incapaz nos atos de gestão negocial e patrimonial”* (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016. p. 1299).

Examinando-se a justificativa que deu origem ao PLC 71/2005 (proteger o interditando com a nomeação de curador provisório para a prática de atos de vida civil, exceto alienação ou oneração de bens), a natureza jurídica da nomeação de curador provisório (tutela provisória antecipada) e a exigência legal de que a nomeação judicial especifique quais atos poderão ser praticados pelo curador (especialmente atos de gestão negocial e patrimonial), conclui-se não ser possível equiparar o curador provisório e o curador definitivo, como fizeram a sentença e o acórdão recorrido, de modo que a melhor interpretação aos

arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582, *caput*, do CC/2002, é no sentido de, em regra, limitar a sua incidência exclusivamente ao curador definitivo, especialmente diante da potencial irreversibilidade dos efeitos concretamente produzidos com a eventual procedência da ação de dissolução de vínculo conjugal ajuizada pelo curador provisório, inclusive no que diz respeito a terceiros.

Diante desse cenário, é possível concluir, em síntese, que: (i) a ação em que se pleiteia a dissolução do vínculo conjugal, por possuir natureza personalíssima, deve ser ajuizada, em regra, pelo próprio cônjuge; (ii) excepcionalmente, admite-se a representação processual do cônjuge por curador, ascendente ou irmão; (iii) justamente em virtude de se tratar de representação de natureza absolutamente excepcional, a regra que autoriza terceiros a ajuizarem a ação de dissolução de vínculo conjugal deverá ser interpretada restritivamente, limitando-se a sua incidência apenas à hipótese de curatela definitiva; (iv) em situações ainda mais excepcionais, poderá o curador provisório ajuizar a ação de dissolução do vínculo conjugal em representação do cônjuge potencialmente incapaz, desde que expressa e previamente autorizado pelo juiz após a oitiva do Ministério Público, como orientam os arts. 749, parágrafo único, do CPC/15, e 87 da Lei 13.146/2015.

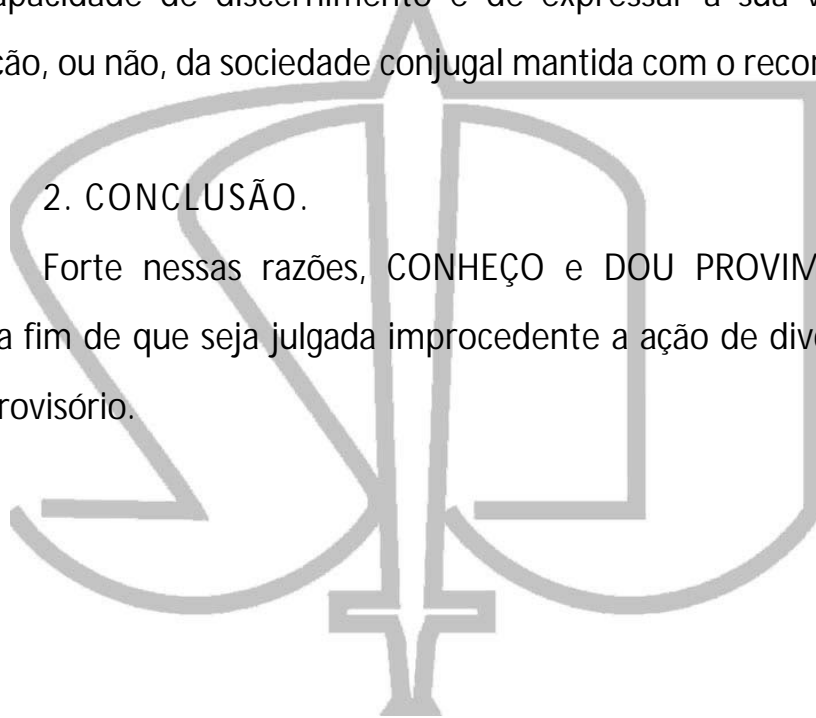
Acrescente-se, ainda, que o fato de as partes já estarem separadas de fato ao tempo do ajuizamento da ação de divórcio e de que já havia, na ação de interdição, laudo pericial conclusivo no sentido de que a recorrida E D O C S F é portadora de doença de Alzheimer, não justificam a flexibilização da mais adequada interpretação dos arts. 1.576, parágrafo único, e 1.582, *caput*, do CC/2002.

A esse respeito, anote-se que a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – expressamente reconheceu a marca de profunda

excepcionalidade que deve nortear o eventual decreto de interdição da pessoa portadora de deficiência, tornando preferível que se adote o procedimento de tomada de decisão apoiada (art. 1783-A do CC/2002), que, com muito mais razão, deve ser aplicado à hipótese em exame, seja por envolver o rompimento do vínculo conjugal entre recorrente e recorrida, seja porque não se tem ciência do estágio e evolução da doença que acomete a recorrida, bem como acerca da sua efetiva capacidade de discernimento e de expressar a sua vontade acerca da manutenção, ou não, da sociedade conjugal mantida com o recorrente.

## 2. CONCLUSÃO.

Forte nessas razões, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de que seja julgada improcedente a ação de divórcio ajuizada pelo curador provisório.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2015/0264695-8      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.645.612 / SP**

Números Origem: 00063429620128260037 09033374120128260037 63429620128260037 7232012

PAUTA: 25/09/2018

JULGADO: 25/09/2018  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, dando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente).

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.645.612 - SP (2015/0264695-8)**

**RELATORA** : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
**RECORRENTE** : O DA C F  
**ADVOGADO** : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
**RECORRIDO** : E DO C S F  
**REPR. POR** : S E S F - CURADOR  
**ADVOGADO** : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
**RECORRIDO** : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
**ADVOGADOS** : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:**

Eminentes Colegas. Pedi vista dos autos em face da relevância da discussão, pois ligada a estado de pessoa e, ainda, a impossibilidade de o principal interessado no ajuizamento da ação de divórcio, de cunho personalíssimo, manifestar higidamente a sua vontade, pois acometido de enfermidade (doença de Alzheimer), razão da curatela e da ação de interdição.

Impressionou-me, ainda, o fato de a filha da, ainda provisoriamente, curatelada ter ajuizado ação de divórcio em nome da mãe e o marido voltar-se contra a pretensão de desfazimento do vínculo conjugal.

Antecipo que estou em convergir à conclusão exposta no voto da e. Min. Nancy Andrichi.

Esta Corte é chamada a interpretar o disposto nos arts. 1.576 e 1.582 do CCB, statuindo acerca da legitimidade extraordinária do curador provisório para ajuizar, em nome do cônjuge incapaz, a ação de separação ou divórcio.

Apesar de não haver menção expressa na lei acerca da qualidade do curador apto a representar a vontade do curatelado, se provisório ou definitivo, tenho que a importância das ações de estado, de cunho inegavelmente personalíssimo, a sua natureza constitutiva e o impacto mesmo da ação de divórcio no patrimônio do casal exigem que se interprete a legislação

disciplinante de modo restritivo.

Acerca da natureza personalíssima da ação de divórcio, por todos, registro a lição de Maria Berenice Dias (*in Divórcio Já*, Ed. RT, 1ª ed. em e-book, 2013, item 7.1.1):

*A demanda de divórcio é personalíssima, sendo exigida a presença dos cônjuges, quer na ação judicial, quer quando levado a efeito extrajudicialmente (CC 1.582). Ninguém mais do que eles tem capacidade para compreender o ato da separação.<sup>3</sup> Para demandarem o divórcio, as partes precisam ser capazes. A partir do implemento da maioridade, a capacidade é presumida (CC 5.º). O casamento também faz cessar a incapacidade dos menores de idade (CC 5.º parágrafo único II), não se podendo mais falar em representatividade dos ascendentes.*

A legislação processual, notadamente o art. 749 do CPC vigente, o mesmo ocorrendo em relação ao CPC de 1973, como sói ocorrer dentro dos limites de decisões com o tónus da provisoriedade, determina que o juízo, em relação a questões que exijam urgência, nomeie curador provisório para a prática de determinados atos. A propósito:

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

**Parágrafo único.** *Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.*

Em comentário ao art. 1.180 do CPC/73, **Marinoni e Mitidiero** já se manifestaram:

*É possível que o requerente postule antecipação da tutela, requerendo desde logo a outorga de curador provisório ao interditando. O atendimento ao pedido de antecipação de tutela no processo de interdição submete-se à constatação da verossimilhança das alegações fundada em prova inequívoca e à demonstração de perigo na demora da providência jurisdicional. (*in Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo*, Ed. RT, 1ª ed. em e-book, 2013)*

A curatela provisória é, pois, instituto pensado para os casos de urgência



e deverá, assim, restringir-se às hipóteses em que a pronta atuação do curador seja necessária para prevenir prejuízos ao curatelado.

Nessa fase, o interditando não é ainda interdito e, assim, não se poderá proceder à alteração no estado daquele que sequer ainda tivera tangenciado o seu poder de contrair obrigações e exercer direitos.

Ora, não vejo em que esteja fundamentada a urgência em se alterar o estado civil da interditanda ou, ainda, em partilhar-se o patrimônio comum, sendo que a eventual necessidade da prestação de alimentos sequer necessitaria da ação de divórcio para ser alcançada, pretensão que, aliás, não é formulada na espécie.

A propósito, **Fredie Didier Jr.** assevera:

*3. Tutela provisória no processo de interdição (art. 749, parágrafo único, CPC; art. 87 da Lei 13.146/2015). Permite-se a concessão de tutela provisória satisfativa (antecipada) no processo de interdição, para que se nomeie curador provisório para a prática de determinados atos. Não se trata de uma interdição provisória, mas, sim, de uma curatela provisória; o réu ainda permanece como interditando; ainda não é interdito. Embora o parágrafo único do art. 749 apenas mencione a urgência como pressuposto dessa tutela provisória satisfativa, é preciso que haja o mínimo de prova da incapacidade, ainda que documental, para a concessão dessa medida (art. 750, CPC). A previsão é importantíssima, sobretudo para casos de incapacidade total, como quando o interditando está em coma, por exemplo. A regra também consagra, expressamente, um caso de tutela provisória em ação constitutiva. A possibilidade de tutela provisória de urgência foi reafirmada no art. 87 da Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência: "Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil". (in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, ED. RT, 2ª ed. em e-book, 2016, comentário ao art. 749 do CPC)*

A ação de divórcio, dentre as suas eficácias principais, tem caráter constitutivo - gerando efeitos junto ao registro civil das pessoas envolvidas -

ação que, ainda, tem por escopo, na espécie, a disposição do patrimônio do casal, repartindo-se, entre os cônjuges, os bens por eles havidos, já que casados sob o regime da comunhão universal de bens.

Tenho que não se pode conciliar a provisoriedade própria da presente curatela à definitividade e importância mesma da ação de divórcio na vida das partes, no caso o réu e a interdita, representada por sua filha.

Não descuido do inegável apelo patrimonial do instituto da curatela, pois o curador irá gerir os bens do curatelado e, a depender da espécie de incapacidade, os demais atos da vida civil.

Como relembra a doutrina, a finalidade da curatela provisória, nas ações de declaração de ausência, cujas regras são intercambiáveis às hipóteses de tutela e curatela do direito de família na forma do art. 1781 do CCB, é *"a preservação e a administração dos bens deixados pelo ausente. Ela se traduz na tomada de medidas conservatórias dos bens do ausente, que são peculiares ao instituto da ausência (Washington de Barros Monteiro. Op. cit., vol. 2). Daí a curadoria dizer respeito aos bens do ausente, e não ao ausente. E se a curadoria provisória envolve os bens do ausente, a declaração de ausência, como regra, não afeta ou altera o estado, a capacidade ou a condição da pessoa do ausente."* (Artigo publicado na obra *Doutrinas Essenciais Direito Civil*, Ano 1, Vol. III, 2011, Moacir Adiers, item 4.2.1.2)

Aliás, dentro do **instituto da ausência**, a bem evidenciar a cautelaridade ínsita à curatela provisória, **Joel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo**, discorrendo acerca dos aspectos procedimentais, reconhecem a existência de:

*"(...) três fases bem delineadas (sobre as fases subsequentes, cf. comentário aos artigos que seguem). Na primeira, se perfaz a notícia do desaparecimento (Planiol, *Traité de Droit Civil*, t. I, p. 59), cf. art. 22. (...) Nessa primeira fase, nomeia-se o curador para realizar a*

*arrecadação dos bens e elabora-se o procedimento edital para convocar o ausente pelo período de um ou três anos, caso tenha deixado procurador (CC, art. 26). A nomeação do curador provisório (art. 24) ainda não determina o início da sucessão provisória, pois no período de um ano de sua nomeação, será grande a probabilidade de retorno do desaparecido, o que justifica esse prazo mínimo de espera." (in Código Civil Comentado, Ed. RT, 2ª ed. em e-book, 2018, comentário ao art. 26 do CCB)*

Não se indica, todavia, fundamento suficiente para que se proceda repartição do patrimônio sobre o qual existe a comunhão.

Na hipótese de uma eventual improcedência do pedido de interdição - seja ela pouco ou muito plausível, desimporta - ter-se-á alterado o estado civil da interditanda, rompido o vínculo conjugal de viés personalíssimo e, ainda, havido a repartição dos bens de modo que, quiçá, não espelhe a vontade da representada.

Por fim, tenho a sobrelevar que, na forma do art. 755 do CPC/15 e do art. 21 do Estatuto da Pessoa com Deficiência ("*Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência*"), a interpretação deverá vir em benefício daquele que possui alguma limitação na sua capacidade.

E, no caso dos autos, não se articula razão suficiente a evidenciar a necessidade de a interditanda restar divorciada a pedido de sua curadora provisória.

**Ante o exposto, acompanho os percucientes fundamentos da relatora no sentido de dar provimento ao recurso especial e julgar improcedente o pedido formulado na ação de divórcio.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2015/0264695-8      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.645.612 / SP**

Números Origem: 00063429620128260037 09033374120128260037 63429620128260037 7232012

PAUTA: 25/09/2018

JULGADO: 16/10/2018  
SEGREDO DE JUSTIÇA

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : O DA C F  
ADVOGADO : ALCEU DI NARDO E OUTRO(S) - SP009604  
RECORRIDO : E DO C S F  
REPR. POR : S E S F - CURADOR  
ADVOGADO : RUI RIBEIRO DE MAGALHÃES E OUTRO(S) - SP043062  
RECORRIDO : SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE  
ADVOGADOS : ALBERTO MARCIO DE CARVALHO - SP299332  
PAOLA FRANCO FERREIRA E OUTRO(S) - SP325538

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Casamento - Dissolução

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (voto-vista), Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.