

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC – SP**

Viviane Cristina de Souza Limongi

**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**

Mestrado em Direito

**São Paulo
2017**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC – SP**

Viviane Cristina de Souza Limongi

**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**

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção
do título de MESTRE em Direito Civil,
sob a orientação do Prof. Dr. Giovanni
Ettore Nanni.**

**São Paulo
2017**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data: São Paulo, 22 de dezembro de 2.016

E-mail: vivianelimongi@limongi.adv.br

Viviane Cristina de Souza Limongi

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

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni.

Aprovado em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni – PUC-SP

Prof. Dr. Erik Frederico Gramstrup

Prof. Dr. Rafael Marinangelo

*A meus pais, Ana e Celso,
e a meu marido, Luis Otávio, meus alicerces.*

AGRADECIMENTOS

Embora a atividade de dissertar pareça um ato solitário, muitos são os que contribuíram e acompanharam tal jornada.

Agradeço, em primeiro lugar, a meu Orientador, Giovanni Ettore Nanni, pelo auxílio na escolha do tema, bem como pelos valiosos ensinamentos que me foram passados, em capítulos deste trabalho, especialmente os referentes à teoria geral do negócio jurídico e aspectos existenciais do ser humano.

Agradeço ao Professor Renan Lotufo, pelas inspirações humanistas, pelo exemplo de docência, generosidade e ensinamentos que me vem sendo passados desde o início da minha graduação, em 1994, até os dias atuais.

Agradeço aos Professores Willis Santiago Guerra Filho, Cláudio De Cicco, Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério José Ferraz Donnini, pelos ensinamentos nos créditos cursados.

Ao Professor Fernando Rodrigues Martins, agradeço igualmente pelo auxílio.

Agradeço a todos os colegas que se tornaram amigos, Letícia Caroline Méo, Lígia Carolina Costa Moreira, Alexandre Castro Sousa, Solange de Oliveira, Anna Claudia Svogoda, Isadora Urel, Adriano Elias de Oliveira, Ruy Rebello Pinho, Domício Whately Pacheco e Silva, Gilberto Azevedo de Moraes Costa e Victor Miranda, dentre todos os demais colegas que tive a honra e sorte de conhecer ao longo do mestrado.

Agradeço a meus irmãos, Cíntia e Eduardo, pelo apoio incondicional, assim como agradeço às amigas Laura da Cunha Varella e Paula Gianonni Lucchesi pelos valiosos debates acerca do tema.

Agradeço a minha mãe, Ana Limongi, por me mostrar, com leveza e franqueza, que as lutas valem a pena.

Agradeço a meu pai, Celso Limongi, meu primeiro orientador jurídico e espiritual, que iluminou meus caminhos, apontando a virtude da solidariedade e do humanismo.

E, por fim, na base desta seção, para ilustrar a importância de um seguro e amoroso alicerce para o desenvolvimento de uma atividade tão trabalhosa, agradeço a Luis Otávio Polachini, meu marido, pela compreensão, incentivo e apoio incondicional.

A meus amigos espirituais e a todos que colaboraram, de uma forma ou de outra com este trabalho, meus mais profundos agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre alguns reflexos patrimoniais projetados no ordenamento jurídico a partir da promulgação da Lei Federal n. 13.146, de 5 de julho de 2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Essa intervenção legislativa, originada do conteúdo principiológico obrigatório da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, veio confirmar os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, com vistas a sua emancipação e inclusão social. Contudo, conforme se verá, a revogação, em parte, dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, gerou profundas alterações na *ratio* da teoria das incapacidades, de modo que se faz premente a análise de alguns reflexos decorrentes desta alteração no espectro jurídico, especialmente no tocante à prática de negócio jurídico patrimonial.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the patrimonial reflexes projected in the legal system due to the promulgation of Federal Law n. 13,146, dated July 5, 2015, named the Brazilian Inclusion of Persons with Disabilities Act (Statute of the Person with Disabilities). This legislative intervention, originated from the mandatory content of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, has confirmed the fundamental rights of persons with disabilities, with the purpose of their emancipation and social inclusion. However, as will be seen further on, the partial repeal of Articles 3 and 4 of the Civil Code of 2002, has generated profound changes in the ratio of the disability theory, so that the present analysis of its reflexes in the legal spectrum is of substantial importance, especially regarding the practice of contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 – Capacidade civil

1. Introdução
2. Capacidade de direito
3. Capacidade de fato
4. Capacidade de fato como requisito de validade do negócio jurídico
5. Capacidade em situações existenciais

CAPÍTULO 2 - Teoria das incapacidades no Código Civil de 2002

1. Fundamento jurídico
2. Incapacidade relativa e absoluta no Código Civil de 2002
3. Da função protetiva da teoria das incapacidades: aspectos patrimoniais
4. Necessidade de gradação da teoria das incapacidades

CAPÍTULO 3 – O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015) e a nova teoria das incapacidades

1. Introdução
2. Estatuto da Pessoa com Deficiência: panorama geral / mudança de paradigma
3. A teoria das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

CAPÍTULO 4 – Reflexos patrimoniais na esfera da pessoa com deficiência

1. Conceituação
2. Reflexos decorrentes do negócio jurídico patrimonial firmado pela pessoa com deficiência
3. Da prescrição e decadência na nova teoria das incapacidades
4. Do casamento contraído pela pessoa com deficit funcional mental
5. Do contrato de doação: do novo ônus imposto à pessoa com deficiência

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Lei Federal n. 13.146, promulgada em 6 de julho de 2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), teve por objeto assegurar e promover, em condições de igualdade, o efetivo exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à inclusão social e cidadania.

Originado do conteúdo principiológico obrigatório da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil em 31 de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio confirmar os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, trazendo garantidas e salvaguardas necessárias com vistas à igualdade material, retirando a pessoa com deficiência.

Nesse intuito, além a Lei promoveu alterações substanciais à tradicional teoria das incapacidades, revogando, em parte, os dispositivos dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, com o objetivo precípua de outorgar à pessoa com deficiência ampla autonomia e capacidade para todos os atos da vida civil, tanto no âmbito patrimonial, como no existencial. Tais alterações geraram profundos reflexos no espectro jurídico, especialmente no tocante às antigas salvaguardas existentes para a prática de negócio jurídico patrimonial.

O presente estudo tem por objetivo promover a comparação entre a teoria das incapacidades constante do Código Civil de 2002 e a nova teoria das incapacidades, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, trazendo à balha os reflexos patrimoniais decorrentes do necessário levantamento desse véu protetivo. Desta forma, serão abordados, a título exemplificativo, alguns aspectos jurídicos do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência.

Reitere-se, desde já, que o presente trabalho não tem por escopo a análise da teoria das incapacidades à luz do novo Código de Processo Civil, ou, ainda, a pormenorização dos institutos da curatela, limitando-se à comparação da teoria das incapacidades, nesses dois momentos legislativos, com algumas consequências patrimoniais decorrentes da alteração promovida pela Lei.

CAPÍTULO 1 – CAPACIDADE CIVIL

1. Introdução

O tema sobre capacidade civil, insculpido no art. 1º do Código Civil¹, é tido na doutrina civilista como um de seus pilares fundamentais, dada sua amplitude constitucional e correlação com o valor da dignidade humana.

A capacidade referenciada no art. 1º do Código Civil diz respeito à qualidade extensiva dos poderes de ação contidos na personalidade², sendo a capacidade jurídica diferente da capacidade de fato, esta última o limite da personalidade. Trata-se aquela da emanção do *princípio da capacidade total de direito*, no plano de direito privado³ - conhecida como *capacità giuridica generale* na doutrina italiana⁴ - e sua extensão a todos os seres humanos, independente de questões filosóficas, políticas, religiosas ou *status*.

Norma de direito privado, antes incluído pelos romanos no *jus publicum*⁵, o instituto da capacidade jurídica pode ser definido como norma de ordem pública, pela força obrigatória nela contida, não se admitindo derrogação por parte dos particulares, nem renúncia aos direitos que nela se concretizam⁶. Trata-se do *privatorum conventio juri publico non derogat*, incidente ao conjunto de preceitos normativos que em sua essência contêm uma utilidade geral e social.

Nas palavras de Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, a importância do caráter inderrogável da norma sobre a capacidade jurídica se deu pelo interesse do próprio Estado em evitar que ela fosse coarctada ou suprimida pelo Estado ou, ao contrário, para *impedir*

¹ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

² LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 10. No mesmo sentido: BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. São Paulo: Ed. Livraria Francisco Alves, 1908, p. 82.

³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 247

⁴ TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 67.

⁵ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. 1, p. 82.

⁶ Parte da doutrina afirmava que essa categoria de direitos, que consistia no reconhecimento do ser humano, se referia ao ramo do direito privado e, conseqüentemente, as pessoas estavam sujeitas à proteção no âmbito do Direito Civil. Em posição oposta, estava a teoria que afirmava ser impossível uma visão privatística dos direitos da pessoa, porquanto essa noção primacial de dignidade do homem se revestia de natureza ampla. Cf.: SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 29.

*que determinados cidadãos ou empresas privadas dominassem economicamente aos outros cidadãos e aos próprios poderes políticos do Estado*⁷.

Afinal, se hoje a capacidade civil é outorgada a todas as pessoas, de forma igualitária e conforme o preceito constante do artigo 5º da Constituição Federal, a História mostra que a origem do nascimento, a cor da pele, o gênero, a religião, o *status*, a sanidade mental já foram condições para a diminuição ou perda da capacidade jurídica⁸, com a incidência, por exemplo, da morte civil⁹, especialmente para os condenados à morte, à prisão perpétua ou àqueles nascidos com deficiência¹⁰. Por outro lado, ela serviu aos interesses de poder, exercido por senhores feudais, monarquia, clero. A História mostra que o poder de autodeterminação do ser humano já foi coarctado em diversas hipóteses, mesmo sob a égide do direito positivo.

Não se concebe, nas legislações civis atuais, uma pessoa destituída de capacidade, afastada da vida civil, como antigamente já ocorreu com os escravos, quando os juristas romanos, ao elaborarem normas jurídicas relativas a *res*, a eles se referiam¹¹, tratando-os como objeto, e não sujeito de direitos. O mesmo ocorria com os estrangeiros e aos portadores de deficiência, a quem se negava personalidade¹², sob o fundamento de *contra formam humani generis, converso more procreantur*, como se uma mulher não parisse apenas seres humanos¹³. Às mulheres também era negada a capacidade civil, em decorrência da crença em uma inaptidão natural em razão do gênero

⁷ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Tomo I, p. 37.

⁸ Referência ao direito romano que previa três espécies de perda da capacidade jurídica: a perda do *status libertatis* acarretava a *capitis deminutio máxima*, pela perda da liberdade. A perda do *status civitatis* acarretava a *capitis deminutio media*, significando a perda de qualquer outro *status*. E a *capitis deminutio mínima* significava a alteração da situação familiar.

⁹ F. Genaudet, em 1854, relembra que a expressão “morte civil” se originou em Roma e era assim definida: *Elle consiste dans la privation des droits que font de l'homme un membre actif de la cité et de la famille. Elle est l'image de la mort naturelle, puisque de même que celle-ci retranche l'homme du sein de leur semblables, de même la mort civile rompt tous les liens qui l'unissaient à la société, pour ne laisser subsister en lui que l'état de nature et avec l'existence purement physique les moyens de la garantir et de la conserver*. Cf. GENAUDET, F. **Étude sur la mort civile et la nécessité de son abolition**. Paris : Imprimerie de Éd. Fleury et Ad. Chevergnny, 1854, p. 6.

¹⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 251.

¹¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1951, Vol. I, p. 68.

¹² MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1.

¹³ Sobre o alojamento de pessoas com deficiência, cite-se o caso do “Menino Selvagem”, encontrado nas florestas da França em 1797 e entregue ao médico Jean Marc Gaspard Itard para ser cuidado. Cf. ITARD, Jean Marc Gaspard. **Rapports et memoires sur le sauvage de L'Aveyron, l'idiotie et la surdi-mutité**. Ed. F. Alcan, Paris: 1891, p. 30.

feminino: *les femmes sont incapables par la seule raison du sexe, de plusieurs sortes d'engagements et de fonctions*, nas palavras de Jean Domat¹⁴.

Judith Martins-Costa indica que a atribuição da capacidade jurídica segundo seu *status* - este considerado como a posição social, esfera política, situação familiar, credo religioso ou estado de saúde – impedia o desabrochar do conceito unitário de sujeito. Judith Martins-Costa afirma que coube a Jean Domat elevar a capacidade da pessoa a uma categoria universal, concebendo as pessoas como sujeitos abstratos e iguais, na abstrata capacidade de produzir atos jurídicos, definindo-se, pois, capacidade para ser sujeito de direitos¹⁵.

A proteção da pessoa humana, dotada de personalidade e reconhecida pelo Estado, encontrou sua origem no liberalismo – descendente direto e imediato do ideário iluminista - desenvolvido na Inglaterra no séc. XVII¹⁶. Antes, ainda sem reconhecimento do Estado, na Idade Média, foi o pensamento cristão que deixara como legado as primeiras impressões sobre dignidade da pessoa humana. O *jus naturale stricto sensu* – que teve em Santo Tomás de Aquino o precursor das normas racionais inerentes à natureza humana – já concebia todos os seres humanos como iguais em dignidade e dotados da mesma racionalidade¹⁷.

O primeiro jurista moderno a usar o termo pessoa em modo técnico data do séc. XVI, na pessoa de Vultejus, que expressa: *Servus enim homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis, vocabulum*¹⁸. Na mesma época, Donello classifica os direitos da pessoa como *vita, incolumitas corporis, libertas, aestimatio*¹⁹.

Foi no pensamento liberal da Inglaterra, com John Locke, segundo o qual a vida em sociedade servia à conservação da vida do indivíduo, de sua liberdade e de seus bens²⁰,

¹⁴ DOMAT, Jean. **Oeuvres de J. Domat**. Paris: Éditeur E. Kleffer (L. Tenré), 1821-1825, Tome 1, p. 194.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 311.

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1993, p. 24.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.8.

¹⁸ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **II Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 7.

¹⁹ Ibid, mesma página.

²⁰ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 217.

que o sistema jurídico, pautado nos ideais de liberdade e igualdade, passou a colocar o ser humano no centro do ordenamento, outorgando a todas as pessoas o direito de autodeterminação, pelo livre exercício da autonomia. Afinal, como diz Franck: *mas para o quê me servirá a vida, se eu não tenho a faculdade de utilizá-la para o fim para o qual ela me foi dada; se ela não pertence a mim mas a terceiros; se não for para cumprir meu destino, meus deveres; se ela serve à satisfação da ganância ou orgulho dos meus semelhantes? A que me servirá a vida sem liberdade individual?*²¹

As sequentes Declarações de Direitos do século XVIII²² passaram a enunciar verdades evidentes, imutáveis, universais no tocante à natureza do homem, justificadas pela razão e, portanto, pela natureza. Também tiveram por finalidade a declaração de prerrogativas intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis que, por emanarem diretamente da razão humana, consistiriam na limitação natural do Estado²³.

Concebeu-se, enfim, uma definição de ser humano consciente e livre, como sujeito de direitos e obrigações, pela qualidade da pessoa humana, como exigência imposta pela ordem natural²⁴, apesar de àquele momento, as concepções de igualdade e dignidade humana ainda se pautarem no individualismo, e não na socialidade e solidariedade das constituições e legislações atuais.

Com uma visão extremamente formalista, contrária ao jusnaturalismo, Hans Kelsen afirmava que o conceito jurídico de pessoa ou de sujeito de direito servia apenas para exprimir uma pluralidade de normas que estabelecem esses deveres e direitos. Ele negava a existência de direito subjetivo mas reconhecia a pessoa física como expressão unitária das normas que regulam a conduta de um homem²⁵. Ou seja, o Estado seria o substituto da vontade das partes, na garantia da tutela jurídica.

²¹ FRANCK AD. **Philosophie Du Droit Civil**. Paris: Ancienne Librairie Germer Baillière et Félix Alcan, Éditeur, 1886, p. 15

Tradução livre de: *Mais à quoi me servirait la vie, si je n'ai pas la faculté de l'employer à la fin pour laquelle elle m'a été donnée, si elle appartient non pas à moi, mas à autrui, non pas à l'accomplissement de ma destinée, de mès devoirs, mas à la satisfaction de la cupidité ou de l'orgueil d'un ou de plusieurs de mès semblables? A quoi me servirait la vie sans la liberte individuelle?*

²² Declaração de Direitos adotada no Estado de Virgínia, nos Estados Unidos da América, datada de 12 de junho de 1776; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em plena Revolução Francesa, em 26 de agosto de 1789

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 111.

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113.

Contudo, à época já prevalecia o imperativo categórico de Kant, que trouxe à balha o postulado da dignidade sublime da pessoa humana, por meio da qual a pessoa existe como fim em si, e não como *meio*: *Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*²⁶. É o reconhecimento da dignidade humana, pelo homem a todos os homens, a regra ético-jurídica fundamental do ordenamento jurídico da época.

Para José de Oliveira Ascensão, é essa realidade pré-legal da pessoa, ou seja, anterior à intervenção do legislador, que impõe que a pessoa seja reconhecida como ponto de origem da ordem jurídica que a ela se integra, tornando-a centro de imputações.

O sujeito natural do direito passou a ser o homem, ou seja, a pessoa física, nas palavras de Roberto de Ruggiero, que resume o entendimento da doutrina pelo qual os sujeitos de direitos são todas as pessoas, sendo a capacidade de vontade o pressuposto da pessoa, reconhecida a todos e, por isso, identificando-a como o conceito de personalidade²⁷. Trata-se de transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, conforme menção de Karl Larenz²⁸.

Essa posição de Ruggiero, acerca da identificação entre os conceitos de personalidade e capacidade, marcou a posição da doutrina no séc. XIX e será tratada no item posterior.

Sobre o alcance da locução *pessoa natural*, Teixeira de Freitas²⁹ sugeria que se utilizasse a expressão *pessoa de existência visível*, orientação aceita, em princípio, no código civil argentino, pois, segundo ele, *pessoa natural* excluiria aquelas, igualmente naturais, mas abstratas, surgidas da ideia, da produção do espírito, as pessoas morais, também denominadas as jurídicas.

Para Clovis Bevilacqua, no entanto, é a expressão *pessoa natural* que assenta a ideia jusnaturalista de que, em primeiro lugar, o sujeito de direitos é o indivíduo que se move

²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 10/12/2016.

²⁷ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. V.1, p. 273.

²⁸ LARENZ, Karl. *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts (Teoria do direito civil)*, p. 119 e seguintes apud AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 216.

²⁹ FREITAS, Teixeira de. **Esboço**. Observações ao art. 17 apud BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 84.

na vida jurídica, tal como a natureza o criou, para, ao depois, reconhecer-se também as combinações ulteriores, formações sociais e abstratas, tais como as organizações jurídicas que também atuam na ordem privada, como sujeitos de direito³⁰. Estendeu-se, portanto, o conceito de capacidade civil às entidades jurídicas, morais, fictícias ou místicas³¹, porquanto se confundem com pessoas humanas e, como elas, são sujeitos de direito. A despeito dessa extensão, o fundamento da personalidade da pessoa física não decorre, por sua natureza, da pessoa coletiva. *A pessoa coletiva só é pessoa por analogia*, como afirma José de Oliveira Ascensão³², de modo que os direitos decorrentes do caráter axiológico de dignidade humana se referem à pessoa natural³³.

Ser capaz na ordem civil significa desenvolver, de forma autônoma, suas atividades em diversas perspectivas na sociedade, agindo como pessoa e protegido pela ordem jurídica³⁴.

Outorgar capacidade civil à pessoa significa elevá-la como ente principal no cenário do Direito, que nela reconhece – às pessoas naturais e aos entes personalizados – a aptidão para agir no relacionamento civil, praticando os atos e negócios de seu interesse³⁵.

Segundo entendimento de Agostinho Alvim, encampado por Renan Lotufo, o termo “civil” não deve ser entendido em sentido estrito, mas ampliado a todas as relações em que tem campo a autonomia privada³⁶, englobando, na atualidade, relações patrimoniais e existenciais, a despeito do caráter patrimonialista que sempre norteou as legislações civis.

Capacidade pressupõe medida, critério quantitativo das situações nas quais a pessoa é titular ou pode atuar na vida³⁷, ainda que essa medida se apresente de forma abstrata e sofra restrições, pois a larga capacidade não implica que se tenha efetivamente muitos direitos ou deveres na sua titularidade.

³⁰ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 85.

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 246.

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1.

³³ Este trabalho não pretende tratar sobre o exercício dos direitos de personalidade pelas pessoas jurídicas.

³⁴ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 84

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 90.

³⁶ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 11.

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 116.

Para Clovis Bevilacqua, ser capaz é ter a aptidão para exercer por si os atos da vida civil, o que os civilistas definem como capacidade de fato - diferente da capacidade de direito -, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem³⁸. O Autor resumia o entendimento doutrinário do séc. XIX e início do séc. XX, que igualava os conceitos de capacidade de direito e personalidade, deixando a capacidade (de exercício) em outro patamar.

Tais conceitos serão estudados nos capítulos posteriores, pois demandam o estudo do espaço de intersecção da capacidade com o conceito de personalidade, este no âmbito da teoria geral do direito privado, para a definição da capacidade jurídica.

2. Capacidade de direito

A capacidade de direito, também denominada capacidade jurídica, é inerente à pessoa, à medida que reconhece sua personalidade e aptidão para direitos e deveres. É extensiva a todos os seres humanos e às pessoas jurídicas – observados os comentários feitos no capítulo anterior –, sem hipótese de restrição, o que se dá em atenção ao princípio da igualdade estampado na Constituição Federal.

A legislação civilista brasileira atual manteve o dispositivo originário do Código Civil de 1916, substituindo, no entanto, o vocábulo “homem” pela palavra “pessoa”, como o sujeito de direito nas relações jurídicas³⁹, suscetível de direitos e deveres⁴⁰ nas relações de ordem privada. Corrigiu-se, portanto, o termo no ordenamento infraconstitucional, para atribuir à pessoa natural, entendida como ser humano, a capacidade jurídica⁴¹.

³⁸ BEVILACQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 82.

³⁹ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 9.

⁴⁰ A expressão “deveres” substituiu o termo “obrigações” porquanto este último se refere a dever passível de avaliação patrimonial.

⁴¹ Isso não significa dizer que às pessoas jurídicas não seja reconhecida a capacidade jurídica, conforme será dito posteriormente, mas que a extensão da capacidade, no tocante a atos existenciais e, por isso, decorrentes dos direitos gerais de personalidade, são exclusivos da pessoa natural, como defende Renan Lotufo e será mencionado posteriormente. Para Antônio Junqueira de Azevedo, definir pessoa como a aptidão para ser sujeito de direitos ou para ser sujeito de relação jurídica consiste em uma definição excessivamente ampla, porquanto há outras pessoas – que não as físicas – que são também sujeito de direito. Para ele, pessoa é o ente que pode praticar atos jurídicos, e não propriamente o sujeito de direito. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 43.

A capacidade jurídica surge, pois, com o nascimento e termina com a morte⁴², extremos da vida e marcadores da personalidade. Sobre este aspecto, a doutrina sempre exigiu, para outorga da capacidade pelo ordenamento, o nascimento da pessoa com vida⁴³. É o nascimento⁴⁴ o fato jurídico que irradia a eficácia da capacidade jurídica⁴⁵.

Segundo Renan Lotufo⁴⁶, Sílvio de Salvo Venosa⁴⁷ e Caio Mário da Silva Pereira⁴⁸, capacidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si, ou por outrem, os atos da vida civil, aqui compreendidos como aqueles em que tem campo a autonomia privada⁴⁹. Ainda segundo Renan Lotufo⁵⁰, a capacidade completa a personalidade, pois se a pessoa não tivesse condições de adquirir direitos, o sistema jurídico não teria razão para existir.

Caio Mário da Silva Pereira⁵¹, encampando os ensinamentos de Henri Capitant⁵², denomina essa capacidade de direito como capacidade de gozo ou aquisição, pela outorga do sistema legal para a pessoa natural tornar-se titular de direitos civis, sem possibilidade de recusa.

José de Oliveira Ascensão afirma ainda que a capacidade de direito – também denominada capacidade jurídica – mede a suscetibilidade de ser titular de situações jurídicas. Um “louco” não deixa de ter direitos sociais, embora não os possa exercer⁵³. Basta ser pessoa para ser sujeito de direito. A inserção e a atuação da pessoa na ordem jurídica, por sua vez, pressupõem a existência de personalidade e capacidade⁵⁴.

⁴² WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 121.

⁴³ RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, p. 437.

⁴⁴ Há, na doutrina, divergência sobre a qualidade de proteção outorgada pelo ordenamento jurídico ao nascituro: se se considera pessoa e, portanto, sujeito de direito, equiparando-o ao nascido ou se se considera apenas sujeito de expectativa de direito. Cf. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 13.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 245.

⁴⁶ LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, Vol. 1, p. 77.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Teoria Geral**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1987, Vol. 1, p. 112.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 161.

⁴⁹ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 11/ 15.

⁵⁰ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 15.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 161.

⁵² CAPITANT, Henri. **Introduction à l'Étude du Droit Civil**. Paris: A. Pedone, Editeur, 1929, p. 89 et. seq.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 91.

Pontes de Miranda afirma que o fato de ser pessoa pressupõe a existência de direitos. Todo ser humano é capaz. Se houve na História momentos em que seres humanos não tinham direitos, era porque o sistema jurídico da época não reconhecia esse ser humano como pessoa.⁵⁵ Aliás, em Roma, por exemplo, os escravos não eram considerados como pessoas. A lei não lhes atribuía capacidade de direito, assim como em certas épocas, os estrangeiros não foram reconhecidos como titulares do direito⁵⁶.

A capacidade de direito é genérica e inerente ao ser humano. Originada etimologicamente de *personare* (ressoar), ela passou a exprimir, na linguagem jurídica, o caráter com que se apresenta cada um na sociedade, ao longo da vida⁵⁷, podendo um mesmo homem *sustinere plures personas*.⁵⁸ Ela é a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade⁵⁹, pelo que se divisa que o conceito de capacidade sempre esteve ligado ao conceito de personalidade.

Segundo José de Oliveira Ascensão, o conteúdo da garantia à capacidade civil a todas as pessoas é uma decorrência da personalidade ontológica da pessoa física⁶⁰.

E não se trata da concepção formalista de sujeito de direito instituída pelo Código Civil de 1916, que, como a Constituição de 1891, não cuidava da problemática social, sendo o sujeito de direito um indivíduo “in abstrato”. Trata-se, ao contrário, da concepção social, observadas as condições éticas e socioeconômicas que circundam a pessoa⁶¹, fundada no personalismo ético de Kant, que já constava da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 1948, que dispôs, em seu art. 1º: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

⁵⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 245.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 105.

⁵⁷ Sobre o tema, cf. Sob esse aspecto, cf. MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63: na área do direito privado, reconhecem-se as seguintes espécies de capacidade: (a) para a prática de ato-fato jurídico; (b) para praticar ato jurídico *stricto sensu*; (c) capacidade negocial (= para realizar negócio jurídico); (d) capacidade de herdar (legitimação hereditária); (e) capacidade para ser empresário; (f) capacidade de praticar ato ilícito civil; e (g) capacidade para obrigar-se por fato jurídico indenizativo, que se desdobra em (g.a.) capacidade para obrigar-se por ato ilícito; e (g.b) capacidade para obrigar-se por ato-fato indenizativo.

⁵⁸ ESPINOLA, E. **Introdução ao Estudo do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 505.

⁵⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 171.

⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

⁶¹ REALE, Miguel. **A Constituição e o Código Civil**. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>. Acesso em 10/12/2016.

O tema da capacidade passou a guardar, portanto, relação intrínseca com a definição de personalidade, embora hoje não mais se confundam.

Personalidade vem a ser a aptidão para ser pessoa; ou seja, é o *quid* que faz com que algo seja pessoa⁶², posição compartilhada por Rosa de Andrade Nery e Nelson Nery Jr⁶³. Ela é a fonte de todos os direitos subjetivos⁶⁴. Daí o monismo conceitual entre personalidade e capacidade expresso no séc. XIX e início do séc. XX.

Segundo Walter Moraes, a definição acima era suficiente para satisfazer a prática do trato jurídico estrito. No entanto, por revelar demasiada simplicidade, o conceito de personalidade careceria de estudo específico para abranger as extensões do conceito. Socorrendo-se da psicologia, o tema da personalidade passou a ser definido como a individualidade do homem.

Foram os cristãos que dedicaram tempo à investigação da pessoa. A palavra *personalitas* é criação da escolástica - influenciada pela Filosofia platônica, com contingente metafísico do aristotelismo e novos padrões de realismo - ao tempo de Santo Tomás de Aquino e Alberto Magno. Foram os tomistas que apresentaram uma visão metafísica acerca da pessoa, mediante análise do trato psicológico e moral da pessoa e da personalidade⁶⁵.

Trata-se de um conceito de “personalidade total”, como direito subjetivo público em face do Estado (direito fundamental), com efeitos absolutos perante terceiros, em um campo ético de reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos⁶⁶, como ensinam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Jr., ao encamparem ensinamentos de Heinrich Hubmann⁶⁷.

⁶² MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, Vol. 2, p. 187 – 204, abr-jun/2000, p. 187.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. 1, p. 442.

⁶⁵ MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, Vol. 2, p. 187 – 204, abr-jun/2000, p. 187.

⁶⁶ Os Autores destacam que a ideia de “personalidade total” não se confunde com o capítulo dos Os Autores destacam que a ideia de “personalidade total” não se confunde com o capítulo dos direitos da personalidade como ramificação do direito privado. Cf.: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico)**: parte geral, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, item 1.2.

⁶⁷ HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Köln: Böhlau, 2. ed., 1967, p. 92 apud NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR, Nelson, op. cit., item 1.2.

A personalidade é definida por Heinrich Hubmann como uma fusão da dignidade humana (compreendida como a predominância do homem no universo); individualidade (única e irrepitível, que permite ao homem desempenhar a tarefa ética de realizar aquela imagem que lhe foi dada como ideal), e personalidade *stricto sensu*, compreendida como a qualidade de indivíduo humano se relacionando com outras pessoas, com o mundo exterior, consigo mesmo e com valores éticos, de forma individual e autônoma⁶⁸.

A norma jurídica passa a impor a todos um dever geral⁶⁹ de respeito, como, por exemplo, “respeita a vida de cada homem”, no sentido de se demonstrar o caráter absoluto, categórico e essencial desses direitos, os chamados direitos da personalidade. Nas palavras de Georg Hegel, o imperativo ético do direito passou a ser: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas⁷⁰, pois é a personalidade que contém a capacidade do direito e constitui o fundamento do direito abstrato, por conseguinte formal.

Ser capaz de direito significava exercer a personalidade, como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou procedência⁷¹, como ensina Caio Mário da Silva Pereira. Significava, pois, a possibilidade de exercer, com liberdade, suas potências essenciais, que refletem na *humanitas* de cada pessoa. A vontade, naturalmente capaz, por si e como causa de si, livre e inviolável.

Diz-se, por essa razão, que a capacidade jurídica é o limite da personalidade⁷². A capacidade está contida na personalidade, que é seu pressuposto⁷³, substância que lhe serve de suporte⁷⁴ e que significa o modo geral de ser das pessoas⁷⁵.

⁶⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico):** parte geral, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, item 1.2.

⁶⁹ Sobre dever jurídico, Hans Kelsen (A Teoria pura do Direito) afirma que ele está a serviço do direito objetivo. Toda proposição jurídica estabelece um dever jurídico, embora também seja possível estabelecer-se uma autorização. Cf. **Teoria pura do direito**. 9 ed. Traduzida por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 108.

⁷⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 40.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 153.

⁷² BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 82.

⁷³ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 82.

⁷⁴ SILVA, Gomes da. **Esboço**, p. 101 apud ASCENSÃO, José de Oliveira, 2010, p. 117.

⁷⁵ Registre aqui que o termo personalidade, fundado na Teoria Geral de Direito Privado não se confunde com os direitos de personalidade, decorrentes da Teoria Geral do Direito da Personalidade que apresentam as situações jurídicas que compõem a própria humanidade do ser. Sobre a diferenciação: NERY, Rosa Maria

A personalidade adquire, portanto, um viés qualitativo, ao passo que a capacidade contém a *medida* da suscetibilidade da pessoa ser titular de situações jurídicas⁷⁶, relevando seu viés quantitativo. A personalidade é, pois, conceito prévio à capacidade. Mas por decorrerem ambas do conceito de pessoa e envolverem uma suscetibilidade abstrata⁷⁷, a doutrina passou a diferenciá-las somente no séc. XX. Até então, havia um *monismo* conceitual, pela ausência de distinção entre personalidade jurídica e capacidade de direito⁷⁸.

A capacidade de direito introduzida na doutrina alemã por Thibaut⁷⁹ - a quem Guido Alpa atribuiu relevância no estudo do tema - fundou-se no reconhecimento de um sujeito naturalmente capaz de direito, pela posse de sua razão e vontade. Essa definição, segundo Alpa, não foi tida como satisfatória à época pois excluía os doentes de mente e os menores, pelo que foi posteriormente alterada para eliminar o sintagma *razão e vontade*⁸⁰. Divisa-se, nessa teoria inicial de Thibaut, a tendência da doutrina em classificar a capacidade de direito como capacidade de agir, dada a presença dos requisitos da razão, vontade e autonomia privada, condicionadores estes, porém, ausentes em pessoas doentes de mentes e menores.

K. L. Arndts elencava os conceitos de personalidade e capacidade jurídica como equivalentes, reconhecendo a capacidade a todos os nascidos, mas não a todos⁸¹, conforme exceção prevista no ordenamento jurídico. No mesmo sentido, Von Gierke

de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico)**: parte geral, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, Itens 1.1 e 1.2.

⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

⁷⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?** P. 121. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>. Acesso em 10/12/2016.

⁷⁹ THIBAUT, A.F.J. **System des Pandektenrecht**, 1803, §§ 188 e ss. (neste sentido, FRITZ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, 1963, p. 37 apud GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?** Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>

⁸⁰ ALPA, Guido. ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile Commentario diretto da Piero Schlesinger**. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 8.

⁸¹ ARNDTS, K.L. **Trattato dele Pandette**, Bologna: 1877, p. 49 apud ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996 p. 29.

assinala que personalidade equivale à capacidade de direito⁸². Diz Crome que *persönlichkeit und rechtsfähigkeit sind identisch*⁸³.

Na França, Robert Beudant e Paul Lerebours-Pigeonnière⁸⁴ corroboravam o entendimento acima, ao afirmar que a personalidade, aptidão de ser sujeito de direitos, começa com o nascimento do homem e perdura até sua morte, aplicando personalidade e capacidade como sinônimos perfeitos.

Na Itália, Roberto de Ruggiero definia capacidade jurídica como a idoneidade para ser sujeito de direito, e, portanto, coincidente com personalidade, ao passo que pertence a todos os homens⁸⁵. No mesmo sentido, Nicola Coviello define capacidade jurídica como a atitude de ser sujeito de direito e de deveres jurídicos, em que a capacidade jurídica é sinônimo de personalidade⁸⁶.

Em Portugal, José de Oliveira Ascensão destacava que os autores alemães não distinguem personalidade jurídica e capacidade de direito, pelo que o conceito *Rechtsfähigkeit* abrangia ambas as hipóteses⁸⁷, conforme entendimento de Helmut Köhler⁸⁸. Essa concepção, segundo Ascensão, originou uma aceitação acrítica por parte da doutrina portuguesa, traduzida, por exemplo, pelo teor do art. 1º do Código de Seabra, que tratou os conceitos como sinônimos.

No Brasil, Pontes de Miranda afirmava que personalidade e capacidade de direito continham o mesmo significado, porquanto se referiam à possibilidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções, bem como sujeito passivo de deveres, obrigações,

⁸² GIERKE, Von. **Deutsches Privatrecht**, I, cit, p. 265 apud GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?** P. 122. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>. Acesso em 10/12/2016.

⁸³ CROME, **System**, pag. 190 apud ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 340.

⁸⁴ BEUDANT, Robert; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul. **Cours de droit civil français**. Seconde édition. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1936, Tome II, p. 7.

⁸⁵ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. 1, p. 437.

⁸⁶ COVIELLO, Nicola. Edizione curata da L. Coviello del Manuale di diritto civile italiano. Parte generale. Milano, 1915, apud ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **II Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 29.

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

⁸⁸ KÖHLER, Helmut. Allgemeiner Teil, § 8 II apud ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

ações e exceções, mesma posição adotada por Eduardo Espínola⁸⁹. Eventual diferenciação entre os conceitos somente surgia se comparados à capacidade de ação, entendida como a capacidade negocial⁹⁰.

A partir do séc. XX a doutrina passou a reconhecer a diferenciação entre os conceitos de personalidade e capacidade, pelo que se extraiu o conceito específico de capacidade de direito, tema do capítulo posterior.

Sobre a identificação dos conceitos de personalidade e capacidade jurídica pela doutrina antiga, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior confirmam a ocorrência, ressaltando, porém, a sutil diferença entre os termos: a personalidade é definida como fenômeno de *investidura* experimentada pelos sujeitos, aqui tida como qualidade, enquanto que a capacidade é uma eficácia atributiva dessa investidura, medida da personalidade. Segundo os Autores, o homem nasce sujeito de direitos e obrigações, com capacidade de gozar direitos e de arcar com deveres, em virtude da capacidade de direito que, por sua vez, principia com o nascimento com vida e termina com o fim da personalidade, com a morte, o fim do sujeito de direito⁹¹.

Superado o monismo conceitual entre capacidade de direito e personalidade, passou-se a definir a capacidade de direito como um critério menos abstrato que no séc. XIX, porquanto voltadas aos valores identificados nos textos constitucionais, alargando-se seu significado⁹². Nesse sentido, Guido Alpa e Anna Ansaldo salientam que o conceito de capacidade jurídica, agora com abrangência constitucional, passou a não tolerar a distinção entre indivíduos ou pessoas sem capacidade legal. Ainda: mesmo que se considere a capacidade jurídica decorrente do direito natural, as declarações de direitos humanos e convenções internacionais estabeleceram um princípio geral uniforme e *supremo* segundo o qual o homem não pode ser privado da dignidade de ser sujeito. Por fim, a doutrina passou a confirmar a diferenciação entre capacidade de direito e de fato, decorrente dos diferentes modos de funcionamento, sem, contudo, deixar de reconhecê-

⁸⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 340.

⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 245.

⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico)**: parte geral, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, item 2.1.

⁹² ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè editore, 1996, p. 174.

las como expressões do mesmo princípio e derivação da mesma aptidão, unificando-se, portanto, os conceitos de capacidade e subjetividade⁹³.

Pietro Perlingieri afirma que hoje não há mais como confundir capacidade e personalidade. Isso porque a capacidade jurídica – isto é, subjetividade - é valor que se exprime somente no plano estrutural, ao passo que a personalidade é, por definição, a titularidade institucional de certas situações jurídicas subjetivas e está presente também onde a capacidade jurídica resta imperfeita⁹⁴. A capacidade jurídica não se confunde com a personalidade, porque personalidade está também onde falta a capacidade jurídica e porque a capacidade jurídica abrange pessoas jurídicas que não têm direito a certas formas de tutela da personalidade⁹⁵.

Ter personalidade de direito decorre da qualidade de ser pessoa e ter capacidade jurídica, ou seja, ser sujeito de direito decorre do conceito de situação jurídica simples (ou unissubjetivas). Isso significa que personalidade se refere a atribuição à pessoa de uma qualidade individual, mesmo que resulte de direito subjetivo, que sirva de suporte fático de normas jurídicas, segundo explanação de Marcos Bernardes de Mello⁹⁶.

Ainda segundo o Autor, ter personalidade de direito significa exercer uma situação jurídica individual, sem qualquer referência imediata a outra pessoa, do que se extrai a qualidade individual e exclusiva deferida pelo ordenamento jurídico⁹⁷. Por outro lado, ter capacidade jurídica, assim como as demais capacidades mencionadas pelo Autor⁹⁸, é

⁹³ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **II Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè editore, 1996, p. 174/175.

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 138.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 138.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9 – 34, p. 3.

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9 – 34, p. 4.

⁹⁸ O Autor referencia as espécies de capacidades específicas: (i) em direito privado material: (a) a capacidade de agir, de que são espécies: (a.a) a capacidade negocial, (a.b) a capacidade de praticar ato jurídico stricto sensu, (a.c) a capacidade de praticar ato-fato jurídico, (a.d) a capacidade de praticar ato ilícito civil (a.d.a) relativo e (a.d.b) absoluto, (ato ilícito stricto sensu) 3e (a.e) a capacidade para obrigar-se por ato ilícito; (b) a capacidade para comerciar; (ii) em direito público material, (a) a capacidade delitual (criminal), (b) a capacidade política, (c) a capacidade de ser parte, (d) a competência funcional; (iii) em direito formal, (a) a capacidade processual e (b) a capacidade postulacional. MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9 – 34, p. 2.

apenas pressuposto para adquirir ou exercer direitos ou praticar condutas idôneas que sirvam de suporte fático e gerem relações jurídicas⁹⁹.

Registre-se, portanto, que capacidade jurídica e personalidade são caracterizadas pela unissubjetividade, oponibilidade *erga omnes* e impositividade. A recusa à qualidade de pessoa ou de ter capacidade jurídica - ambas inatas - importa na violação a direito subjetivo, passível dos remédios jurídicos processuais pertinentes¹⁰⁰.

É por esse motivo que o ordenamento jurídico não define hipóteses de capacidade jurídica, limitando-se a estabelecer, em um rol exaustivo, as situações jurídicas de incapacidades de exercício dessa aptidão de participar diretamente da vida jurídica, isto é, deliberar, agir e obrigar-se só por si¹⁰¹. Em sentido genérico, o ordenamento não prevê restrições à capacidade, porquanto quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil também para gozá-los, por si ou por via de representação. Mesmo em relação aos apátridas, que não pertencem a Estado algum, mantêm eles a qualidade de sujeito de direitos, como consequência da natureza humana¹⁰².

Restringir a capacidade de direito significaria o aniquilamento no mundo jurídico, pois alijaria o ser humano da qualidade de pessoa e do livre exercício de sua personalidade, o que não ocorre em nosso Direito atual. Essa, aliás, é a posição adotada por Maria Helena Diniz: *a capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade*¹⁰³.

José Joaquim Gomes Canotilho, nesse sentido, afirma que o Estado Democrático de Direito não admite privações totais da capacidade civil, mas, tão somente, restrições em hipóteses tipificadas em lei, sendo, portanto, vedada a privação ou restrição da capacidade civil, a privação total (ou morte civil) e a *capitis diminutio* arbitrária¹⁰⁴.

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9 – 34, p. 4.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9 – 34, p. 4. p. 4.

¹⁰¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1951, Vol. I, p. 69.

¹⁰² MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 63.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, Vol.1, p. 169.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. VITAL MOREIRA. **Constituição da República portuguesa, anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 126.

Isso não significa, no entanto, que a capacidade de exercício não sofra alguma limitação, em razão do estado da pessoa no ordenamento. A lei, observando-se o *status* individual, estabelece critério etário ou de saúde para exercício pleno e efetivo desse direito que somente é outorgado à pessoa findo um processo psicológico bem-sucedido, por meio do qual a pessoa alcança condição para autodeterminar-se, gerir seus bens e integrar-se à convivência social, exercendo efetivamente sua liberdade, por meio da autonomia privada e sua capacidade¹⁰⁵.

Por esse motivo, em razão de processos evolutivos ainda não consumados - o sistema jurídico diferenciou a capacidade de direito – de gozo ou de aquisição – da capacidade de fato - de exercício ou de obrar – as pessoas põem sofrer limitações ao exercício direto da capacidade de direito, sem que isso signifique, reitere-se, alguma forma de supressão.

Registre-se que a construção abstrata da capacidade de direitos, como menção de sujeito de direitos, era inevitável, o que suscitou críticas, ônus e bônus por parte dogmática. Por um lado, a sobreposição do termo *sujeito* à qualidade de *pessoa* suscitou a universalização do conceito de sujeito. Por outro lado, percebeu-se a fragmentação entre a noção positiva e a realidade ontológica e social da pessoa¹⁰⁶, restrita àquela época a uma função estritamente patrimonial, no tocante à capacidade de atuar no mundo jurídico, o que não necessariamente atendia ao princípio da desigualdade real entre as pessoas, como ensina Judith Martins-Costa.

De todo modo, a técnica jurídica adotou *elementos de especificação*¹⁰⁷ - consubstanciados no *status* individual - para distinguir o conceito geral abstrato de capacidade jurídica da capacidade de atuação na ordem jurídica, nos termos aduzidos no próximo item.

¹⁰⁵ CHIZZOTTI FILHO, Mário. **A capacidade jurídica segundo a teoria psicológica-evolutiva de Jean Piaget**. São Paulo: [s.n.], 2000, p. 166.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 314.

3. Capacidade de fato

Se, nos sécs. XIX e XX, a doutrina se ocupou em identificar e, ao depois, distinguir os conceitos sobre capacidade de direito e personalidade, o mesmo não ocorreu com a capacidade de exercício do direito. A doutrina jurídica sempre reconheceu a capacidade de agir como a possibilidade de exercer juridicamente seus direitos, manifestando sua personalidade¹⁰⁸.

Judith Martins-Costa salienta que o círculo da capacidade se situa pelo critério da identidade na medida da capacidade, isto é, todos os que se constituem como pessoa têm a mesma aptidão para serem titulares de direitos e deveres na ordem civil. O segundo círculo, menor, tem sua medida na *capacidade de exercício*, e o terceiro círculo, ainda mais restrito, se refere às pessoas que não se identificam com essa medida de capacidade e se apresentam como *incapazes* para a prática de atos na vida civil¹⁰⁹.

Orlando Gomes¹¹⁰ e Clovis Bevilacqua¹¹¹ refletem a posição pacífica da doutrina: a personalidade tem sua medida na capacidade, consubstanciada no segundo círculo apontado por Judith Martins-Costa. Tal limite se refere, portanto, à hipótese de capacidade de exercício, também denominada capacidade de exercício de direitos¹¹², expressa na negação pela ordem jurídica a alguns indivíduos de pessoalmente exercerem seus direitos¹¹³.

Registre-se, contudo, que eventual incapacidade de exercício não pode suprimir a capacidade de direito, como já salientado por Maria Helena Diniz. A capacidade de

¹⁰⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 340.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Leticia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 317.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 127.

¹¹¹ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 171.

¹¹² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 8.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Ed. atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 39.

direito, nesse caso, apenas será suprida pelo instituto da representação¹¹⁴, pois mesmo os incapazes detêm a capacidade de direito¹¹⁵, em razão do substrato ético já referido.

Trata-se, a capacidade de exercício da possibilidade da pessoa jurídica¹¹⁶, agir por si, em estado dinâmico, sendo sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica¹¹⁷, ao contrário da capacidade de direito que representa uma posição estática do sujeito¹¹⁸.

Há, pois, a capacidade para tornar-se sujeito de direitos, inerente a toda pessoa humana, o que se denomina *capacidade de direito*, e há a capacidade para exercício desses tais direitos, denominada *capacidade de exercício* ou *capacidade de fato*¹¹⁹.

Marcos Bernardes de Mello, adotando posição de Pontes de Miranda¹²⁰, afirma que a capacidade de agir se espraia no ordenamento, não se limitando à capacidade negocial, a despeito de ser esta a categoria de maior relevo jurídico, tanto qualitativa, como quantitativamente¹²¹. Segundo os Autores, a capacidade de obrar engloba também a capacidade de praticar ato-fato jurídico, atos jurídicos *stricto sensu* e cometer atos ilícitos.

Não há também que se confundir capacidade de exercício com o conceito de poder. Se a noção de capacidade de exercício diz respeito à pessoa nas relações com seu próprio patrimônio, gerindo-o conforme sua vontade, discernimento e autonomia privada, a noção de poder é conexa ao conceito de *posição*, como, por exemplo, nos atos de administração de patrimônio alheio¹²², e também conhecida como legitimidade.

¹¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 67.

¹¹⁵ SPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 341.

¹¹⁶ Pessoa jurídica, neste item, não detém relação com as pessoas corporativas, morais, mas o termo “jurídica” remete à ideia de pessoa, qualquer que seja, reconhecida pelo ordenamento jurídico.

¹¹⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. Parte geral dos direitos reais ou direitos sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1951, Vol. I, p. 69.

¹¹⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, Comum Y Foral, tomo primeiro, endecima edición, con adiciones di José Luis de Los Mozos, Madrid, Editorial Reus, 1971, p. 136 apud AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227.

¹¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1953, vol. 1, p. 222.

¹²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p.247.

¹²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000, p. 9-34, p. 8.

¹²² GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. Parte geral dos direitos reais ou direitos sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1951, Vol. I, p. 70.

Marcos Bernardes de Mello¹²³, encampando entendimento de Savigny¹²⁴, afirma ainda:

a função da capacidade de agir é a fixação, genérica, da aptidão de discernimento das pessoas para conhecer e avaliar as consequências práticas, materiais (não jurídicas) de seus atos, conforme a sua experiência de vida refletida pela idade, o estado de sanidade física ou mental e a condição cultural.

Miguel Maria Serpa Lopes adota definição de Teixeira de Freitas para distinguir a incapacidade de direito da incapacidade de fato¹²⁵ e afirma:

quando os atos são diretamente proibidos, as pessoas são incapazes de direito, quando não são diretamente proibidos, mas há impedimento de praticá-los, as pessoas são incapazes de fato. Os pais não podem dispor em testamento mais do que a metade de seus bens; eis uma incapacidade de direito havendo incapacidade de fato; os menores são proibidos de comprarem bens, mas eles o podem fazer por meio do tutor com autorização do juiz, eis uma incapacidade de fato, havendo capacidade de direito. Em ambos os casos, as disposições apresentam o caráter de leis proibitivas, mas com esta diferença. Nas incapacidades de direito, a proibição é direta, e determinada por motivos de utilidade pública, abstração feita da capacidade de fato. Nas incapacidades de fato, a proibição é indireta, só determinada pelas mesmas incapacidades, e uma consequência delas.

A capacidade de exercício, por ser regra geral, é definida pela lei, como se vê, mais em sentido negativo do que em sentido positivo¹²⁶. Ou seja, aquele que a lei não considerou como incapaz (absolutamente ou relativamente), será presumidamente capaz para o exercício dos atos da vida civil¹²⁷. Aquele que não estiver sob a proteção de seus representantes, encarregados de protegê-lo e de praticar por ele e em seu nome os atos necessários, será capaz para o exercício de seus direitos.

Reiterando o que foi dito no item anterior, Thibaut, em sua primeira definição de capacidade de direito, introduzindo o conceito no ordenamento jurídico alemão, trazia à tona o sintagma *razão* e *vontade* como pressupostos da capacidade (de agir). Vê-se, desde

¹²³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

¹²⁴ SAVIGNY. **Sistema del derecho romano actual**, v.2, p. 210 e § 106, apud MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

¹²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1953, vol. 1, p. 223.

¹²⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 10.

¹²⁷ Nesse aspecto, divisa-se que o limite legal da capacidade de agir se guie pelas hipóteses de incapacidade (que serão analisadas em capítulo posterior).

o início, que o limite para a capacidade de agir se fundou no alcance de um processo psicológico, intelectual e mental bem-sucedido para que a pessoa alcançasse condição para autodeterminar-se: querer, ter vontade, razão, discernimento e, conseqüentemente, liberdade.

A manifestação de vontade, compreendida como possibilidade de entendimento e de querer, é condição imprescindível à capacidade de fato¹²⁸. Ela pressupõe essa capacidade de querer, o que é medido pelo ordenamento segundo a posição jurídica da pessoa (*status*) na ordem pública. Ela demanda uma aptidão espiritual: aptidão para formar volições (capacidade volitiva)¹²⁹ a fim de conseqüências previstas na ordem jurídica. Mas *querer* não é suficiente.

Para Carvalho Santos, o exercício da capacidade importa, consoante tríade de Vico, *o compreender, o querer, o poder*, segundo o brocardo: *Homo autem conste ex animo et corpore; et es nosse, vele, et quidem posse tum animum, tum corpore, quia utroque constat*. Isto é, os fundamentos jurídicos para a outorga da capacidade abrangem: *o compreender*, entendido como discernimento; *o querer*, compreendido como a vontade e *o poder*, como autonomia privada¹³⁰.

E se o ato de vontade pressupõe, por conseqüência lógica, *o querer*, lícito seria inferir que a manifestação da personalidade resulta tão somente do querer e poder¹³¹: *vontade para deliberar; atividade submissa e contínua para cumprir*, na expressão de Giorgi, adotada por Carvalho Santos.

Nesse sentido, como observado por Roberto de Ruggiero¹³², o ordenamento reconhece que nem todas as pessoas apresentam condições para expressar essa capacidade efetiva *de vontade, de querer e poder*, o que decorre de estados naturais da pessoa, tais como menoridade e enfermidade mental¹³³. Afinal, a capacidade de exercício

¹²⁸ TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 71.

¹²⁹ VIANA, Marco Aurélio S. **Da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45.

¹³⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

¹³¹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

¹³² RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. 1, p. 437.

¹³³ A questão sobre ausência de capacidade aos condenados já está elucidada. A doutrina não reconhece falta de incapacidade aos condenados, mas, tão somente, restrição em sua liberdade de locomoção. Cf. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 1, p. 10.

exige amadurecimento da pessoa, conhecimento da vida, para a prática dos atos jurídicos, sem significar, contudo, que se trate de inteligência, mas à efetiva aptidão, nas palavras de Agostinho Alvim¹³⁴.

José de Oliveira Ascensão justifica essa necessidade de amadurecimento pela necessidade de realizar atos jurídicos no campo do direito privado, por si e livremente¹³⁵. Daí, ser a capacidade de agir também de capacidade negocial ou capacidade de obrar, quando referida à prática de atos negociais, que são a maioria dos atos com consequências jurídicas¹³⁶ patrimoniais. Registre-se, nesse aspecto, a posição de Antônio Junqueira de Azevedo, sobre a extensão da capacidade de agir também a atos não negociais¹³⁷.

Enquanto a capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito¹³⁸ – porquanto incidente a todos os seres humanos –, a capacidade de fato revela certo dinamismo, pois varia segundo o estado da pessoa no campo jurídico-social.

É esse estado da pessoa o ponto de análise pelo ordenamento jurídico para aferição da efetiva capacidade *volitiva* da pessoa. A capacidade de agir é, pois, determinada pelo estado da pessoa, sua posição jurídica ou situação relativamente à possibilidade de exercer direitos¹³⁹.

Marcel Planiol e Georges Ripert ensinam que a doutrina sempre limitou a capacidade de exercício pela aferição do estado da pessoa: *l'état des personnes*¹⁴⁰. Isto é: o ordenamento positivo partiu da análise do estado da pessoa – especialmente da análise de fatores como saúde e idade – para limitar a capacidade para a prática dos atos da vida

¹³⁴ ALVIM, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1968, p. 103.

¹³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1, p. 117.

¹³⁶ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93.

¹³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, Validade e Eficácia. São Paulo, 1974, p. 43.

¹³⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español**. Comum Y Foral, Endecima edición. Madrid: Editorial Reus, 1971, tomo primeiro, p. 136 apud AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227.

¹³⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

¹⁴⁰ PLANIOL, Marcel ; RIPERT, Georges. **Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. 11. ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, vol. I, p. 161.

civil, a fim de que estes atos sejam plenamente válidos¹⁴¹. Trata-se de presunção *juris et de jure* para aferição da capacidade.

A análise do estado da pessoa (*status* individual) mostra-se fundamental para compreender e conhecer quais efeitos jurídicos aquele ser humano irá produzir, em razão de suas qualidades pessoais, ou seja, conforme certa situação jurídica¹⁴². O estado é fator determinante da capacidade do sujeito para a prática de atos jurídicos, apresentando-se, portanto, como qualidade pessoal na constituição de uma específica relação jurídica¹⁴³, da qual decorrem direitos e deveres¹⁴⁴.

Trata-se da posição jurídica que a pessoa exerce no seio da coletividade¹⁴⁵, disciplinada por normas de ordem pública, de modo que se traduz como uma situação subjetiva absoluta (válida *erga omnes*)¹⁴⁶.

É o Estado quem reconhece o estado jurídico e protege o indivíduo. A ordem pública presume que, não importando qual o indivíduo, se alcançado aquele patamar etário (sem deficiência de saúde, por exemplo), alcança a pessoa a aptidão para realizar, pessoalmente, os atos da vida civil¹⁴⁷. *Contrario sensu*, fica o sujeito limitado – de forma absoluta ou relativa – de praticar atos civis.

Uma definição doutrinária inicial sobre *status* fundava-se na qualificação clássica e geral romana, pela qual o estado da pessoa se aferia em volta do tríplice *status*: (i) sob o ponto de vista político (estado da pessoa com relação ao Estado ou com relação à vida política); (ii) sob o ponto de vista da ordem privada, trazendo à balha o *status* na família; e (iii) sob a apreciação do estado físico da pessoa, também denominado estado pessoal¹⁴⁸.

¹⁴¹ AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101, p. 88.

¹⁴² PELUSO, Cezar (coord.) **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 9. Ed. Barueri: Manole, 2015. p. 19

¹⁴³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

¹⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 86.

¹⁴⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236.

¹⁴⁷ AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

¹⁴⁸ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. **Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. 11. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, vol. I, p. 161.

De modo que a noção de *status* não se estendia às demais posições jurídicas da pessoa, como as detidas em relações jurídicas concretas, como, por exemplo, sócio, credor, funcionário público, dentre outras¹⁴⁹.

Eduardo Espínola salienta que no direito civil do início do séc. XX, o estado jurídico da pessoa se fundamentava pelos seguintes critérios: (i) em relação ao seu caráter como parte da sociedade política; (ii) em suas relações de ordem privada, como parte da sociedade familiar; e (iii) em relação à própria pessoa¹⁵⁰, sendo este último item o estado da pessoa considerada em si mesma e o fundamental influente em sua capacidade jurídica, pois se refere à idade, sexo, saúde e consideração civil¹⁵¹. Guido Alpa denomina esse último *status* como *personalístico*¹⁵².

Posto isso, é possível concluir, com Guido Alpa, que a natureza jurídica do *status* implica no reconhecimento de instrumento de concessão da capacidade jurídica, outorgada por meio de um conceito jurídico – e não uma questão de fato – imposto pelo Estado, em conformidade com os princípios gerais do direito. Sua natureza apresenta função pública e social, pois objetiva a proteção do *fraco* na relação jurídico-social¹⁵³, com reconhecimento universal. Não pode existir em abstrato e pode ser modificado por lei¹⁵⁴.

Sobre a noção geral de *status*, Pietro Perlingieri reitera que a classificação acima não deve servir a assentir a enfoques neocorporativos, ou, ainda, a tecer conteúdo meramente normativo, em detrimento do conteúdo próprio, reduzindo-se a nomenclatura e linguagem¹⁵⁵. Segundo o Autor, o *status* deve ser orientado segundo o princípio da igualdade substancial, o que legitima a existência de “estados diversificados, libertadores

¹⁴⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236.

¹⁵⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 345.

¹⁵¹ ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 354.

¹⁵² ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **II Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 114.

¹⁵³ Guido Alpa e Anna Ansaldo destacam que a razão de ser do *status* é relacional: justifica-se pela posição da pessoa na sociedade, na relação jurídica e social com outros sujeitos. Cf. ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **II Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 115.

¹⁵⁴ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. Op. cit., p. 101.

¹⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 132 et seq.

para a pessoa e reequilibradores de justiça”¹⁵⁶. Ou seja, Perlingieri realça o *status* por sua natureza protetiva, e não de privilégio ou preconceito.

A função jurídica primordial do *status*, como instrumento para outorga da capacidade de direito, não deve limitar-se ao nível formal do direito, mas decorrer de um processo dialético jurídico-social contínuo, de modo a aferir a relação entre o indivíduo e o grupo; o grupo e a sociedade e entre as sociedades; para distingui-lo, com o intuito de integrá-lo¹⁵⁷, e não ofuscá-lo pelas distinções. Se a função do direito público é lidar com a relação entre o indivíduo e o Estado, no tocante a sua liberdade individual, ao direito privado cabe investigar os fatos que abarcam a pessoa e apresentar técnicas legislativas adequadas para protegê-la da agressão de outras pessoas, grupos, sociedade e do Estado¹⁵⁸.

Posto isso e conduzindo-se o tema de estado segundo o *status* pessoal, sob o aspecto de sua constituição orgânica, abrangendo sua idade e saúde¹⁵⁹, tem-se o estado como pressuposto fundamental para (a) determinação do nome e da natureza dos direitos e deveres da pessoa (como, por exemplo, na hipótese de cidadão, a pessoa tem direito a voto); e (b) conhecer a aptidão do sujeito para exercício, por si, desses direitos e cumprimento de suas obrigações¹⁶⁰.

O conhecimento dessa “aptidão”, ou “inaptidão”, ou “deficiência” é a medida da capacidade de agir e, portanto, é o pressuposto para valoração de cada ato e atividade realizados pelo sujeito¹⁶¹.

Os ensinamentos de Chioroni e Abelo, adotados por Eduardo Spínola, demonstram que a essência entre pessoa e estado é inseparável:

Fala-se de estado toda vez que se examina a condição da pessoa de referência a uma determinada relação jurídica, de onde a possibilidade de ter tantos estados quantas são as relações

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 134.

¹⁵⁷ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 116.

¹⁵⁸ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 116.

¹⁵⁹ Antigamente, o fator de gênero – masculino ou feminino – também importava à qualificação do estado individual, o que decaiu após o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁰ PLANIOL, Marcel ; RIPERT, Georges. **Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, Vol. I, p. 164.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 140.

consideradas (estados especiais); contudo, estado, em sua significação geral (estado geral da pessoa) é a medida da personalidade e de sua força de agir, deduzida do concurso dos elementos que o direito objetivo exige para que na pessoa se encontre a plenitude da actividade jurídica. A lei considera as razões, os factores principais dessa actividade que, por vários modos, se manifesta na cooperação humana; e em relação a eles considera a condição da pessoa, medindo a quantidade do poder jurídico que consente; ora, esta condição é a posição conferida à pessoa, como sujeito do direito, que pode querer e agir juridicamente; e capacidade (de agir) é a medida de tal poder, de acordo com aquela posição, com aquele estado.

*Quando concorrem todos os elementos, dos quais o direito objetivo faz brotar a inteireza da personalidade, como potência e ação, tem-se a capacidade de agir, nas afirmações de Chironi e Abello¹⁶². Contrario sensu, na falta deles, surge a figura oposta da incapacidade, decorrente das delimitações que modificam a possibilidade geral de querer com efeito jurídico¹⁶³, ou seja, o *compreender*, entendido como discernimento; o *querer*, compreendido como a vontade e o *poder*, como autonomia privada¹⁶⁴.*

O legislador, ao analisar os aspectos da pessoa e fundado em estudos e pesquisas, estabeleceu um momento na vida da pessoa em que a regra natural é de que se atinja um nível de desenvolvimento físico, intelectual e moral, decorrente de boa saúde e acúmulo de experiência de vida, que a torne apta ao exercício dos atos da vida civil, autodeterminando-se e exercendo sua autonomia privada¹⁶⁵.

Por isso, alguns estados biológicos (patológicos ou etários) são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, pois influenciam de forma diversa a atividade humana e servem de parâmetro para valorar o ato jurídico praticado pelo indivíduo – observando-se as hipóteses de incapacidade de agir -, ou, mesmo, para justificar provimentos gerais de administração de apoio, interdição, inabilitação (instituto não previsto na legislação brasileira), ou adoção¹⁶⁶.

¹⁶² CHIRONI e ABELLO, TRATTATO apud ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 342/343.

¹⁶³ CHIRONI e ABELLO, TRATTATO apud ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 342/343.

¹⁶⁴ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

¹⁶⁵ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 18/2006, p. 170-186, jul-dez/2006, p. 177.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 713.

É por esse motivo que o legislador, ao fixar os estados etário e biológico como parâmetro de capacidade de agir, acolheu a segurança jurídica como valor fundamental que devesse ser protegido¹⁶⁷ em prol do tráfego de bens, evitando-se que “loucos”, crianças e adolescentes, surdos-mudos, incapazes de assumir sua vontade, se responsabilizassem sob o ponto de vista patrimonial.

A evolução história da capacidade de agir mostra que o ordenamento jurídico apresenta, de modo contínuo, alterações substanciais nos limites dessa capacidade.

No Brasil, o tema acerca da capacidade civil já constava das Ordenações Filipinas e do Esboço, de Teixeira de Freitas, que em seu artigo enunciava que *Todos os entes que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, são pessoas de existência visível*. Por outro lado, o art. 21 previa o *grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos*.

Contudo, o tema ganhou relevo com as duas codificações civis brasileiras, os Códigos Civis de 1916 e 2002, sempre delimitando o exercício da autonomia privada, em função de incapacidades havidas da idade, do gênero¹⁶⁸ e do estado de saúde, como preconiza João Luiz Alves¹⁶⁹.

Entre essas duas codificações, o ordenamento pátrio, atendendo aos reclamos sociais, reconheceu, em 1962, com a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, a plena capacidade da mulher casada; em 1973, reconheceu os direitos civis dos índios, por meio da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973; em 1980, reconheceu os direitos dos estrangeiros, por meio da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que os limites à capacidade de agir se fundavam, até o Estatuto da Pessoa com Deficiência, exclusivamente pela análise do estado individual etário e biopsicológico.

4. Capacidade de fato como requisito de validade do negócio jurídico

¹⁶⁷ AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101, p. 89.

¹⁶⁸ A mulher casada era relativamente incapaz para os atos da vida civil. Esta situação foi contornada com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962).

¹⁶⁹ ALVES, João Luiz. **Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Vol. 1, p. 94.

O tema sobre capacidade de agir sempre se pautou em discussões patrimoniais, envolvendo interesses jurídicos diversos e contrapostos. Por um lado, o contrato e o poder de contratar livremente, pelo exercício da autonomia privada. De outro, a proteção daquele indivíduo que não se encontra apto a exercer esses atos jurídicos diretamente. E, por fim, a proteção jurídica do terceiro de boa-fé que eventualmente contratou com a pessoa incapaz. Todos esses, interesses individuais.

Acima desses interesses individuais, pairava o interesse geral em favor do tráfego negocial, a demandar um regime jurídico que assegurasse a contratação, proporcionando celeridade e interesse na conservação dos negócios¹⁷⁰. O tráfego jurídico-econômico não funcionaria com um mínimo de garantia de que as tomadas de posição dos operadores econômicos não perfizessem de modo arbitrário ou irracional, razão pela qual se fez necessária a inclusão da capacidade de agir como pressuposto de negócio jurídico válido.

A capacidade de agir sempre esteve atrelada ao aspecto negocial, de modo a facilitar a circulação de riquezas e o tráfego jurídico-econômico¹⁷¹, embora se reconhecesse também na capacidade de agir uma função precipuamente protetiva da pessoa incapaz. A despeito desse interesse patrimonial, registre-se que o Código Napoleônico concretizou o triunfo dos ideais iluministas de eliminação dos usos e costumes feudais, bem como efetuou o movimento de translação entre o direito natural aristotélico para um direito do homem e do cidadão, de origem estoica¹⁷².

A preocupação econômica encontra guarida no caráter patrimonialista das legislações civilistas que, desde 1804 (*Code de Napoléon*) tiveram por objetivo resguardar a propriedade e a liberdade. Essa era a opinião de Marcel Planiol, segundo a qual a capacidade de agir adquiriu especial importância no aspecto patrimonial, pela sua condição de pressuposto de validade do negócio jurídico¹⁷³.

¹⁷⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2., p. 12.

¹⁷¹ Este trabalho não pretende discorrer sobre o negócio jurídico como instrumento a serviço das classes dominantes, visto que a legislação francesa se limitara a instituir a ideia de igualdade formal, mas não substancial, o que gerou crítica pela doutrina no sentido de se reconhecer a desigualdade material, como instrumento de fortalecimento da autonomia privada das pessoas. Sobre o tema, cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 257f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 70.

¹⁷² CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

¹⁷³ PLANIOL, Marcel. **Droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. 2 ed. Paris: Librairie Cotillon F. Pichon, 1902, Vol. 2, p. 351.

O Código Civil de 1804 - criado após o desmoronamento do *Ancien Régime* e destinado a uma sociedade liberal, pela ascensão da burguesia, cuja principal preocupação era a propriedade e a segurança jurídica - era marcado por fortes traços individuais e patrimonialistas. É o que Gioele Solari denominou *Individualismo nel diritto privato*, conforme ensina Cláudio De Dicco¹⁷⁴. O legislador previa um sistema pelo qual o indivíduo, isolado do interesse social e considerado abstratamente, contratava livremente com outro, igualmente igual, com base na sua vontade¹⁷⁵. Apesar de consagrar os direitos do homem, o Código Napoleônico não prescreveu uma disciplina particular para os direitos da personalidade¹⁷⁶ e ateve-se às questões patrimoniais.

Segundo os juristas voluntaristas desse tempo, era a declaração de vontade o cerne dos atos e negócios jurídicos. Louis Josserand, por exemplo, afirmava que a vontade, no sistema francês, implicava na manifestação de um sentimento íntimo, real e subjetivo das partes, demandando inclusive um processo de investigação¹⁷⁷. Tratava-se da vontade em uma concepção individualista e exagerada, fora do contexto social. Por outro lado, o próprio autor francês já ressaltava a existência de um sistema mais formal, também construído pela doutrina alemã, que tomava a vontade como a expressão apresentada pelo declarante, conforme reconhecimento pelo ordenamento jurídico e social¹⁷⁸.

Aquela teoria voluntarista, muito criticada por excluir o contexto social e pautar-se exclusivamente na vontade do declarante, serviu de instrumento para, na França, garantir a todos a plena liberdade de contratar, com vistas à consecução da propriedade, valores originados da Revolução Francesa.

Essa concepção individualista e patrimonialista influenciou os ordenamentos jurídicos e no Brasil, o Código Civil de 1916 pautou-se nesses valores. Como afirma Diogo Leonardo Machado de Melo¹⁷⁹, no período que antecedeu a Constituição de 1988,

¹⁷⁴ CICCIO, Cláudio De. **Uma crítica idealista ao legalismo: a filosofia do direito de Gioele Solari**. São Paulo: Ed. Ícone, p. 68-69 apud CICCIO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

¹⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. **Revista de direito ambiental**. Vol. 49/2008, p. 228- 246, jan-mar 2008, p. 3.

¹⁷⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008, p. 28.

¹⁷⁷ JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 102.

¹⁷⁸ JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937, p. 102

¹⁷⁹ MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípio do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

grande parte das legislações em direito privado estavam imbuídas da filosofia patrimonialista e individualista. O direito de contratar estava sob a égide da *autonomia da vontade*, sem interferência do Estado. Da liberdade contratual, originava a ideia de que as pessoas eram completamente livres para, juízes de si mesmas, contratarem, estabelecendo seu conteúdo e responsabilidade pela palavra dada.

A autonomia da vontade levada ao exagero passou, contudo, a ser criticada pelo princípio da autonomia privada, segundo o qual a vontade particular deveria sofrer limitação, no âmbito público, pela competência normativa estatal.

A autonomia privada passou a significar, portanto, esse limite, ao passo que se identificava com o ato de expressão de vontade qualificada do declarante¹⁸⁰, intrínseco à teoria do negócio jurídico e destinado a produzir efeitos jurídicos correspondente à visão social¹⁸¹ nas relações patrimoniais. A autonomia¹⁸² - entendida como poder de regular, por si mesmas, as próprias ações e consequências jurídicas, determinando seu conteúdo e efeitos, com reconhecimento e sob a proteção do ordenamento jurídico¹⁸³ -, ao contrário da autonomia da vontade, sofre certa limitação pela ordem jurídica, pois, afinal, é função do direito, além de conservar imutável a distribuição dos valores econômicos e sociais, proteger essa distribuição, mediante a atribuição de direitos subjetivos, também para facilitar a circulação dos bens e utilização dos serviços¹⁸⁴.

À pessoa continuou a ser outorgada a liberdade individual para manifestar-se e mover-se no mundo, de acordo com as diretrizes particulares mais convenientes. Mas esse movimento individual passou a encontrar limites e condições fixados pela autonomia privada em razão de sua função de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre

¹⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 21.

¹⁸¹ A respeito do tema sobre as teorias da vontade e da declaração, cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

¹⁸² Pietro Perlingieri prefere a denominação “autonomia negocial” para se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Ele define autonomia negocial como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Ed. Renovar, 2008, p. 338.

¹⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 257f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 47.

¹⁸⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 95.

particulares, exercendo a autorregulamentação e regulamento direto, individual, concreto de determinados interesses pessoais¹⁸⁵.

O presente trabalho não pretende discorrer sobre as diferenças das duas teorias, mas salienta que o ordenamento jurídico nacional adota a teoria da livre vontade dos contratantes, desde que observadas as restrições impostas pelo ordenamento jurídico¹⁸⁶, para combater os exageros a que se pode chegar, segundo a teoria da vontade.

Posto isso, tem-se que o negócio jurídico é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses nas relações com os outros, consubstanciando ato decorrente de sua autonomia privada¹⁸⁷, observados seus requisitos de existência no próprio ato, sob pena de sanção¹⁸⁸ e, em larga escala, da inviabilidade do tráfego negocial. É afinal a declaração (negocial) o elemento central de formação do negócio jurídico¹⁸⁹.

Antes de se adentrar o tema da importância da capacidade de fato para a validade do negócio jurídico, mister se faz registrar que a relevância da capacidade do agente não se dá, em tese, no campo do ato jurídico. Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁰, no ato jurídico *stricto sensu* há manifestação volitiva do agente, mas os efeitos jurídicos são gerados de forma independente e autônoma da vontade do declarante. Ou seja, seus efeitos jurídicos não decorrem diretamente da declaração de vontade e nascem da própria lei. Não há, nessa hipótese, uma vontade qualificada a pretender efeitos jurídicos. Os efeitos se produzem *ex lege*, e não *ex voluntate*¹⁹¹, diferentemente do que ocorre no negócio jurídico, pelo qual a vontade há de ser qualificada: *destinação voluntária polarizada pelo sentido de uma finalidade*, como ensina Judith Martins-Costa, ao discorrer sobre o caráter finalista da ação subjacente ao negócio jurídico¹⁹².

No conceito de negócio jurídico, o agente persegue o efeito jurídico pretendido. É a vontade, de acordo com a ordem legal, seu fundamento¹⁹³.

¹⁸⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 99.

¹⁸⁶ MELO, Diogo Leonardo Machado. Ob. cit., p. 84.

¹⁸⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 107.

¹⁸⁸ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 229.

¹⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, Tomo I, p. 539.

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 303.

¹⁹¹ CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 306.

Contudo e a despeito da distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos não negociais, registre-se a disposição contida no artigo 185 do Código Civil, segundo a qual se aplicam aos atos jurídicos lícitos, no que couber, as disposições concernentes ao negócio jurídico. Com base nessa disposição, Marcos Bernardes de Mello¹⁹⁴ explica que as normas sobre a capacidade negocial são aplicadas à capacidade de atos jurídicos *stricto sensu* porque nas duas espécies se leva em conta a *vontade consciente* do agente, como elemento nuclear do suporte fático¹⁹⁵.

Saliente-se, ainda, a existência de divergência no tocante à capacidade de agir em negócios jurídicos e atos jurídicos não negociais. Parte da doutrina considera atos comuns da pessoa, como por exemplo, uma compra de uma bala por uma criança de cinco anos, ato jurídico não negocial. E, por isso, não haveria necessidade de se estender o requisito da capacidade de exercício a atos jurídicos dessa qualidade. Por outro lado, considerando-se que parte da doutrina considera como negócio jurídico a compra e venda dessa bala, por uma criança de cinco anos, a crítica doutrinária repousa no *excesso de protecionismo* da teoria das incapacidades porquanto, a estes atos, tão simples e concernentes à administração corrente, o ordenamento não deveria impor a sanção de nulidade.

Afinal, se a função da teoria das incapacidades é a proteção, patente que estes atos, por sua natureza e em tese, dela prescindem.

Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁹⁶ afirma que o Código Civil deveria apresentar um regramento de incapacidade específico e intermediário para negócios jurídicos do cotidiano, como o faz o Código Civil português. Assim, considerando-se que todos esses atos – ordinários ou que excedem a administração corrente – são negócios jurídicos, a ressalva sugerida por Claudio Luiz Bueno de Godoy funcionaria como uma exceção à teoria das incapacidades, e, conseqüentemente, à rígida sanção de invalidade dos negócios jurídicos do cotidiano. Se a teoria visa à proteção do incapaz e o negócio praticado não suscita prejuízo – em razão da simplicidade do negócio e do valor envolvido - o

¹⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da eficácia. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

¹⁹⁵ Sobre ato jurídico em sentido estrito, CARVALHO ensina que são atos que se aproximam dos negócios jurídicos porquanto contêm exteriorização de um acontecimento subjetivo ou pensamento, ou seja, vontade e representação. O efeito se dá pela lei – e não em face da vontade propriamente dita. CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 37.

¹⁹⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Teoria geral do negócio jurídico**. Aula Magna proferida na Associação Paulista dos Magistrados em 07.08.2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PCd77MMUzhk> Acesso em 10.12.2016.

ordenamento deveria apresentar uma opção válida em prol da validade desse ato, desde que, reitere-se, o negócio estivesse inserido nos padrões de administração ordinária.

Considerada a definição da autonomia privada e retornando à questão da capacidade de fato como requisito de validade do negócio jurídico, ressalvadas as posições e críticas acima sobre ato jurídico, mister salientar a definição de negócio jurídico por Antônio Junqueira de Azevedo como

Todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide¹⁹⁷.

O negócio jurídico deve revestir-se de seus elementos essenciais, denominados *essentialia negotii*, requisitos¹⁹⁸ inderrogáveis sem os quais o negócio não prevalece, também chamados de condições gerais de validade de qualquer negócio: capacidade das partes, declaração de vontade sem anomalias e idoneidade do objeto¹⁹⁹. Esses são os pressupostos de validade do negócio, também denominados por Emílio Betti de circunstâncias integrativas que devem estar presentes no momento em que o negócio se efetua²⁰⁰, para que ele atinja seus efeitos pretendidos.

A essencialidade desses requisitos se justifica pela importância do conteúdo da declaração ou do comportamento da parte²⁰¹. Afinal, o que o indivíduo declara é sempre uma regulamentação dos próprios interesses nas relações com os outros sujeitos e produz imediatamente efeitos jurídicos correspondentes a sua função econômico-social, operando uma força constitutiva de direito²⁰².

Afora os essenciais, há os elementos naturais (efeitos negociais derivados de disposições legais supletivas) e os acidentais, não determinados pela lei, mas introduzidos pelas partes – faculdade outorgada pelo princípio da autonomia privada –, denominados

¹⁹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 20.

¹⁹⁸ Alberto Gosson Jorge Junior encampa ensinamento de Carneluti e afirma que requisito significa a condição necessária para o alcance de uma determinada finalidade. Cf. JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato apud LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 185.

¹⁹⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 383.

²⁰⁰ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo II, p. 8.

²⁰¹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 300.

²⁰² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 301.

de cláusulas acessórias dos negócios jurídicos²⁰³, como por exemplo, cláusula de juros, cláusula condicional, dentre outras.

As formalidades, impostas pela lei, para que o negócio jurídico produza efeitos no mundo jurídico com formação inteiramente regular, perfazem os requisitos de validade.

Validade é, pois, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico²⁰⁴. O Autor salienta que há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: no primeiro plano, o negócio existe e os elementos são; no segundo, o negócio é válido e os requisitos são *as qualidades que os elementos devem ter*²⁰⁵. Por essa razão que as circunstâncias de validade, previstas no artigo 104 do Código Civil, preveem *qualidade* no agente, objeto e forma, ao elencar a manifestação de vontade por agente capaz; objeto lícito; forma não prescrita em lei; e que o negócio não atente contra a ordem jurídica²⁰⁶.

O ato jurídico (*stricto sensu*) é perfeito quando seus elementos nucleares não apresentam deficiência invalidante e não há falta de elemento complementar. A validade é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico²⁰⁷; e para sua declaração o ato precisa ser realizado com plena consciência do seu alcance jurídico, o que decorre da existência de elemento intelectual e de elemento volitivo do negócio²⁰⁸. *Contrario sensu*, se algum de seus elementos nucleares é deficiente (por vontade manifestada diretamente pelo absolutamente incapaz ou pelo relativamente incapaz sem o assentimento do assistente, ou está eivada de vício, invalidade, ou seu objeto é lícito imoral) ou lhe falta algum elemento complementar

²⁰³ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 384.

²⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 52

²⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 52.

²⁰⁶ A despeito disso, conforme ensina Hamid Charaf Bdine Júnior, as invalidades não se resumem às hipóteses acima, que, combinadas com as hipóteses do artigo 166 do Código Civil, acarretam a nulidade do negócio: elas estão presentes também nas hipóteses de anulabilidades previstas no artigo 171 do Código Civil. Neste último aspecto MELLO afirma que o ato jurídico é permeado pelas cláusulas gerais de boa-fé e princípio social do contrato, e, assim, a violação aos princípios também ensejaria a invalidade do negócio. Importa mencionar, neste momento, que a distinção entre anulabilidade e nulidade será tratada em capítulo posterior. Neste momento, limita-se o tema a discorrer sobre a capacidade de fato como requisito de validade (sob pena de nulidade ou anulabilidade) do negócio jurídico.

²⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

²⁰⁸ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo II, p. 26.

(forma prescrita em lei etc.), o sistema jurídico o tem como ilícito, impondo-lhe como sanção a invalidade²⁰⁹.

A invalidade constitui, pois, sanção para impedir que aqueles que praticaram o ato possam obter resultados jurídicos e práticos vantajosos que o ato válido possibilitaria.

Inválidos são os negócios que não produzem os efeitos desejados pelas partes. A depender da gravidade do defeito, o negócio será nulo ou anulável, como assim deseja o ordenamento jurídico, segundo a valoração social²¹⁰.

A qualidade na manifestação de vontade - agente capaz -, um dos requisitos para negócio jurídico válido, é, segundo Renan Lotufo, elemento geral e extrínseco (também denominado antecedente) do negócio jurídico²¹¹. É condição subjetiva do negócio jurídico, mas elemento essencial. Lotufo afirma que a declaração de vontade requer a força do conhecimento (*vis cognoscitiva: Nihil volitum nisi praecognitum*) e a *vis apetitiva*, consubstanciada no desejo, ou seja, a consciência do sujeito²¹².

Afinal, o sujeito que assume compromissos no âmbito patrimonial, e também no extrapatrimonial, abrangido pelo negócio jurídico - deve estar em plenas condições de avaliar as suas conveniências, de modo razoavelmente correto, sem a interveniência de elementos que perturbem ou alterem gravemente o procedimento de exteriorização de sua declaração negocial e o de concluir o negócio com determinado conteúdo. Esse é o pensamento de Enzo Roppo no tocante à imprescindibilidade da aptidão para gerir convenientemente a seus próprios interesses - capacidade para agir juridicamente - como requisito para contratar²¹³.

No mesmo sentido, Emílio Betti afirma que essa aptidão para avaliar as conveniências do negócio é fundamental para aferição da validade da vontade, pois a declaração deve decorrer da liberdade e *brotar da vontade perfeita*. É ela a fonte geradora dos negócios jurídicos, consubstanciada no exercício da vontade privada. É a vontade

²⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 42.

²¹⁰ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 26.

²¹¹ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 281.

²¹² LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

²¹³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 226.

privada que, além do plano jurídico, delimita o ato jurídico. A autonomia privada é fonte reveladora de que a capacidade é alicerce da ação válida²¹⁴.

Antônio Junqueira de Azevedo conclui que toda declaração de vontade deve ser resultante de um processo volitivo; querida com plena consciência da realidade; escolhida com liberdade; e deliberada sem má fé²¹⁵. Rosa Nery e Nelson Nery Jr. destacam, como requisitos lógicos de validade do negócio jurídico, a capacidade de compreender (esfera intelectual) e de querer (esfera volitiva), pois sem a vontade livremente declarada não se realiza o suporte necessário como exigência dessa institucionalização, sob o epíteto “agente capaz”, constante do art. 104 do Código Civil²¹⁶.

A exigência de vontade manifestada por agente capaz se justifica pelo princípio da *perfeição do querer*²¹⁷, que não gira somente em torno da formação da declaração negocial, mas requer *igualdade real* entre declarante e declaratário. Isto é, o ordenamento requer que eles estejam em pé de igualdade²¹⁸ e não em posição de inferioridade, um em relação ao outro. A *ratio legis* é a de evitar situações de vantagem para uma das partes, decorrente da falta absoluta de vontade de declarar. A falta de vontade de declarar acarreta a falta da vontade de conteúdo, e não o inverso.

A vontade de declarar, para existir, exige dois subelementos: vontade de conduta externa (dita também vontade de ação, *handlungswille*) e consciência da juridicidade da declaração (*erklärungsbewusstsein*)²¹⁹. Antônio Junqueira de Azevedo pondera que hipóteses de hipnose, intoxicação, transtorno mental (transitório ou não), loucura etc. são situações de falta total de consciência ou razão natural, que implica na falta de conduta externa de declarar, assim como ocorre, por exemplo, em hipóteses de coação absoluta. Mas há também as hipóteses de falta de conteúdo da declaração, quando ocorrem, por exemplo, alguns defeitos do negócio jurídico²²⁰, apesar de ter havido declaração pelo agente.

²¹⁴ CARVALHO, Luiz Gonzaga. Ob. cit., p. 43. (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Revista de Direito e Estudos Sociais, t. 1, 1969, p. 80)

²¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 53.

²¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Capítulo II, item 94.

²¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 137.

²¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 138.

²¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 137.

²²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 162.

Por esse motivo, a lei toma em consideração o processo de formação de vontade do sujeito no momento da conclusão do contrato. Ela busca indagar se a declaração de vontade foi escoreita e não viciada: se o sujeito não se encontra em condições físico-psíquicas que excluem sua normal capacidade de entender e de querer – incidindo a hipótese de invalidade por agente incapaz por *vício social*²²¹ -, ou se o sujeito pode ser desviado nas suas avaliações de conveniência do contrato, por erro, dolo, coação, lesão ou qualquer outra hipótese de anulabilidade²²², incidindo, pois, em hipótese de *defeito do negócio jurídico por vício de consentimento*, em razão de suas avaliações se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade declarada²²³.

Em todas essas hipóteses, o ordenamento acima de inválida a declaração e o negócio jurídico subjacente.

Marcos Bernardes de Mello, no entanto, afirma que a inconsciência do agente não se confunde com deficiência da manifestação de vontade. Segundo o Autor, a inconsciência implica na inexistência do negócio jurídico, ou seja, em nível anterior à análise da validade do negócio jurídico. Isso porque a inconsciência implica em insuficiência do suporte fático pela ausência de manifestação volitiva, e não somente desconhecimento do conteúdo, ou seja, não há uma vontade de praticar aquele ato²²⁴. Sem suporte fático, a problemática incide no campo da existência, ao passo que a deficiência atua no plano da validade ou da eficácia.

De todo modo, a vontade de declarar deve defluir de uma vontade jurídica livre, pela qual o indivíduo, capaz de autodeterminar-se, medita, discerne e, de forma livre, assume aquela obrigação perante terceiro, sob pena de invalidade do negócio jurídico.

É essa liberdade, iniciativa consciente do indivíduo, o ato humano que atribui ao negócio jurídico a qualidade de constituir deveres. É a liberdade²²⁵ de criar um regulamento de interesses próprios, nas relações com os outros, com conteúdo socialmente apreciável, que gera, após a consumação do ato, a autorresponsabilidade, ou

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 324.

²²² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 226.

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 325.

²²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 123.

²²⁵ Diogo Leonardo Machado de Melo salienta a existência da liberdade sob tríplice aspecto: liberdade de contratar propriamente dita; liberdade de estipular o contrato; liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Confira-se: MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípio do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

seja, a necessidade desse indivíduo de suportar as consequências depois de realizado o ato vinculativo²²⁶. Pois, consumado o ato vinculativo, o indivíduo já não é livre de se subtrair às consequências, más ou boas, do seu funcionamento. Segundo Emílio Betti, o negócio jurídico se concentra nessa antinomia entre liberdade – que vem primeiro – e autorresponsabilidade, que vem após o negócio realizado²²⁷.

Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, Orlando Gomes já afirmava que a incapacidade natural do sujeito afetava a validade do negócio jurídico – não por falta de um de seus pressupostos, mas por causa da identidade com a *ratio legis* da incapacidade dos interditos. *In verbis*:

A incapacidade natural afeta a validade do negócio jurídico, não porque falte um de seus pressupostos. O aspecto mais interessante sob que se apresenta o problema é o da celebração de contrato por insano mental não interditado. Tem capacidade jurídica mas lhe falta capacidade natural. Nesse caso há que admitir a nulidade do contrato, já que existe a mesma *ratio juris* determinante da incapacidade dos interditos. Não pode valer contrato que se estipule com pessoa que não está no uso da razão, mas, como o contrato é negócio jurídico bilateral, a invalidade só se justifica se o outro contratante sabia que contratava com doente mental²²⁸.

Capacidade de agir é, pois, pressuposto de validade de negócio jurídico válido, pois um sujeito sem discernimento talvez nem queira declarar (falta de vontade de ação/condução externa) e não almeja os fins daquele negócio jurídico que já estão predeterminados pela ordem jurídica e social. Um sujeito sem discernimento não é livre para autodeterminar-se e, via de consequência, dele não pode ser exigida a autorresponsabilidade pelos efeitos do ato consumado, razão pela qual a ordem jurídica impõe a invalidade do ato.

Na mesma linha, Luiz Gonzaga de Carvalho, adotando ensinamentos de Giacomo Delitalla, afirma que a capacidade para a prática do negócio e ato jurídico válidos requer a presença da vontade provida de seus elementos: o querer e a consciência da ação; inexistindo o primeiro, não há ação; do juízo de valor sobre o segundo depende a formação da vontade negocial²²⁹.

²²⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 315.

²²⁷ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo I, p. 317.

²²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.

²²⁹ DELITALLA, Giacomo. Il fatto nella Teoria Generale del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 44 apud CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 44.

As legislações brasileira, italiana, francesa, suíça, espanhola, portuguesa sempre impuseram a nulidade do ato jurídico produzido por um interdito, porque a vontade está desprovida de capacidade natural para o querer ou para o discernimento²³⁰, e, portanto, não admitem a convalidação do ato: os efeitos do reconhecimento da nulidade retroagem à data de assinatura, visto que a sentença detém caráter meramente declaratório. Trata-se da hipótese de nulidade absoluta.

Por outro lado, o contrato firmado com relativamente incapaz pode vir a ser convalidado, sendo apenas *relativamente* nulo, com eficácia *ex nunc*, contrariamente do que ocorre na hipótese anterior²³¹.

Ao contrário do que acontece no Brasil, algumas legislações, indo ao encontro à posição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, preveem uma graduação da capacidade entre atos de administração voluntária e atos que excedem a administração corrente, ou seja, que afetam mais diretamente o padrão patrimonial do sujeito.

Sobre essa questão Emílio Betti afirma que um critério descritivo de capacidade se refere ao estabelecimento de discriminações na massa dos atos jurídicos, de acordo com o alcance patrimonial. Isto é: um sujeito é considerado apto para realizar negócios jurídicos simples e correntes, mas inapto a praticar atos cuja deliberação é complexa ou apresente repercussões mais sensíveis em sua esfera patrimonial. Trata-se, assim, da análise da capacidade de fato à luz dos atos de administração voluntária e dos atos que excedem a administração corrente²³², mas inserida no contexto de negócio jurídico.

Segundo o Autor, essa graduação é relevante, não para atribuir ou negar capacidade, mas para estabelecer meios como deve ser integrada a capacidade deficiente. Sobre esse entendimento, registre-se que não há na legislação brasileira previsão normativa expressa sobre atos ordinários de administração e os que excedem a administração corrente, de modo que essa lacuna poderia ser preenchida pelo legislador, para prover certa mobilidade negocial à pessoa com deficiência.

A sanção da nulidade a todos os negócios jurídicos firmados pela pessoa absolutamente incapaz, desde os mais simples aos mais complexos, pode mostrar-se drástica, desnecessária e incompatível com a efetividade dos direitos de personalidade, à

²³⁰ CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 48.

²³¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 111.

²³² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 131.

luz da primazia da dignidade da pessoa, pedra fundamental no Estado Democrático de Direito.

5. Capacidade em situações existenciais

Como já delineado, a legislação tradicional referente ao instituto da capacidade sempre se relacionou às questões patrimoniais e não aos valores jurídicos da pessoa²³³. Os interesses existenciais sempre se sujeitaram a uma forma de tutela indireta, se comparados à tutela direta dos interesses economicamente patrimoniais. Pietro Perlingieri justifica essa posição da legislação pelo fato de que o direito privado se originou com o direito das relações patrimoniais²³⁴, relegando a segundo plano a tutela dos interesses existenciais da pessoa humana²³⁵.

Exemplo desse caráter patrimonialista na lei civil está assinalado na já mencionada posição filosófica de Hegel, segundo a qual, *Só na propriedade a pessoa é como razão*, já referenciado neste trabalho.

A partir da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana passou ao centro do ordenamento jurídico, que lhe atribuiu unidade axiológica e, conseqüentemente os direitos da personalidade, contidos no princípio da dignidade humana, tiveram seu conteúdo jurídico expandido²³⁶.

Assim, se na primeira metade do século XX, os direitos da personalidade se referiam essencialmente à vida, à liberdade, após as conquistas jurídico-políticas daquele

²³³ O termo “valores jurídicos” substitui o comumente utilizado bem jurídico. Trata-se de um movimento relacionado à evolução dos direitos da personalidade e necessidade de “despatrimonialização” do direito civil (repersonalização do código civil). Cf. NANNI, Giovanni Ettore. **As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano**. Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem.

²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 770.

²³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 769.

²³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Conexões entre direitos da personalidade e bioética**. In: IN: GOZZO, Débora Gozzo e LIGIEIRA, Wilson Ricardo Ligiera (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

século, os direitos passaram a representar todas as expressões da pessoa humana, em situações jurídicas existenciais diversas e ilimitadas, não patrimoniais²³⁷.

Após a segunda metade do séc. XX, a doutrina civilista, inspirada pelos valores inerentes à pessoa humana, estendeu o âmbito de proteção às situações existenciais concernentes à integridade física e psíquica da pessoa²³⁸. Enxergou-se a pessoa e suas questões internas, protegendo-se também a integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, à honra, à imagem, à identidade, dentre outros²³⁹, todos valores ínsitos à personalidade²⁴⁰.

Os princípios da democracia, liberdade e da solidariedade passaram a tomar o lugar das normas jurídicas quando estas se mostravam arbitrárias ou injustas, a fim de que os ordenamentos jurídicos contemporâneos exprimissem os valores reais em que se fundam na atualidade: os decorrentes da dignidade da pessoa humana²⁴¹, não mais no âmbito individual mas inseridos no contexto social e solidário.

A doutrina moderna, desenvolvida em torno da teoria do direito geral de personalidade, passou a reconhecer um âmbito de proteção do indivíduo não mais somente contra o Estado, mas também nas relações entre particulares, condição fundamental para a consecução de uma sociedade livre²⁴², adquirindo, portanto, as legislações civis, o primeiro âmbito de proteção da personalidade humana.

No Brasil, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana na Carta Magna de 1988 projetou-a em todo sistema jurídico, político e social, passando-se, por consequência, a demandar do Direito Civil – tradicionalmente ocupado com situações patrimoniais – o movimento de *despatrimonialização* do Código Civil²⁴³ e a

²³⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 56 et seq.

²³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 773.

²³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit., p. 153.

²⁴⁰ PERLINGIERI sustenta que a personalidade não é um direito, mas o valor fundamental do ordenamento, pelo que se faz necessária a tutela aberta de situações existenciais. (ob. cit., p. 764)

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. Vol. 779/2000, p. 47-63, set/2000, p. 4

²⁴² SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 57.

²⁴³ Cf. NANNI, Giovanni Ettore. **As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano**. Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo

repersonalização da legislação, no sentido de repor a pessoa humana como centro do ordenamento, relegando o patrimônio ao papel de coadjuvante²⁴⁴. O caráter axiológico constitucional passou a exigir do ordenamento legislativo civilista regras a serviço da pessoa, incidindo nas relações entre os particulares valores constitucionais²⁴⁵ e também em prol da preservação dos direitos de personalidade²⁴⁶.

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas não mais respondia aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente, como afirma Pietro Perlingieri²⁴⁷, de modo que, entre as denominadas situações existenciais, abriu-se o campo para o desenvolvimento dos direitos subjetivos da personalidade, tradicionalmente afetos ao campo do direito público e, em especial, ao direito penal²⁴⁸.

Desenvolvida na Alemanha, a teoria do direito geral de personalidade pronunciou-se a favor da existência de um único e genérico direito de personalidade, consistente na proteção jurídica do conjunto de características do próprio indivíduo, dos “bens” pertencentes à pessoa, tais como vida, liberdade, honra, entre outros valores²⁴⁹.

Rosa Maria de Andrade Nery, encampando ensinamentos de Hubmann, ensina que a ampla expressão do direito de personalidade passou a reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos, outorgando-lhe direito ao livre desenvolvimento da personalidade (este compreendido como o extenso rol de fenômenos que sinalizam a existência de interrelações, tais como direito à liberdade de ação, liberdade corporal de movimentação, atividade de força de trabalho, atividade vocacional e cultural, liberdade de expressão, atividade religiosa e ética, dentre outros); direito sobre a personalidade (compreendido como a *equipagem do indivíduo como ser humano*, significando a existência, a vida, o espírito, a vontade enquanto força anímica que habita o homem, a vida sentimental,

Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem.

²⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 7.

²⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. vol. I, 1991, p. 7. PUC/RJ. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>.

²⁴⁶ LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, vol. 42/2010, p. 30-70, abr-jun/2010, p. 10

²⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760.

²⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 761.

²⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 29 et seq.

relações pessoais de afeto); e direito sobre a individualidade (entendido como a *esfera individual* do indivíduo, que engloba nome, honra, imagem, sua esfera privada e secreta)²⁵⁰.

Embora qualificadas autonomamente pelo sistema jurídico, as expressões supramencionadas não exaurem o conceito das situações subjetivas existenciais tuteladas, pois é o conceito de *personalidade*, reconhecido como o valor fundamental do ordenamento, que demanda uma elasticidade na tutela jurídica, como instrumento de proteção de formas também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento da vida²⁵¹.

No Brasil, a inserção normativa dos direitos da personalidade na parte geral do Código Civil, em 2002, suscitou o reflexo desse renovado humanismo em todo ordenamento. E é nesse contexto de valorização da natureza pessoal e existencial, em consonância com o princípio geral de tutela da pessoa humana, que a autonomia privada – ou negocial, como prefere definir Pietro Perlingieri – passou a relacionar-se diretamente com os valores constitucionais, quando a negociação atinge situações jurídicas não patrimoniais²⁵².

O ordenamento jurídico passou a reconhecer uma outra unidade axiológica para a autonomia negocial do indivíduo. Não por outro motivo as legislações passaram a reconhecer *status* de pessoas vulneráveis, como fórmula de proteção na nova dinâmica econômica e social do indivíduo²⁵³. Já era uma demanda social e política a tutela com prioridade de grupos vulneráveis, tais como crianças, dos adolescentes, idosos, portadores de deficiências físicas e mentais, consumidores, contratantes em situações de inferioridade²⁵⁴, dentre outros aspectos existenciais.

²⁵⁰ NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade” uma disciplina própria.** Doutrinas essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, p. 473-478, ago/2015, p. 4 et seq.

²⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 765.

²⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 349.

²⁵³ Sobre o tema, cf. ALPA, Guido. ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile Commentario.** Le persone fisiche. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 116.

²⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75 apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 7.

Foi assim que no tocante ao instituto da capacidade civil, a doutrina, ressentindo-se de um ramo paralelo ao da capacidade negocial, foi desenvolvendo um regime de capacidade com finalidade distinta da patrimonial, agora fundado no princípio da dignidade humana e autonomia privada nas relações extrapatrimoniais²⁵⁵: a *capacidade para consentir*, originada no âmbito do biodireito humano e consubstanciada em novo *instrumento conceitual* adaptado às descobertas dogmáticas atinentes à proteção da personalidade humana²⁵⁶: vida, genoma humano, reprodução assistida, liberdade, direito à informação, proteção da saúde, reprodução, dentre outras²⁵⁷.

O desenvolvimento dessa terceira espécie de capacidade funda-se, portanto, pela necessidade de dar maior atenção à complexidade da subjetividade e psiquismo humanos, considerada a importância dos direitos da personalidade, no âmbito global proposto por Hubmann, e com fundamento constitucional no primado da dignidade da pessoa humana.

Era chegada a hora de despender aos direitos extrapatrimoniais exame teórico distinto da teoria do negócio jurídico, usualmente utilizada para a maioria das hipóteses patrimoniais²⁵⁸, pois a observância ao princípio da igualdade não deve limitar-se à outorga, a todos os seres humanos, da capacidade de direito e capacidade de agir, mas, efetivamente, deve servir a melhor realização da personalidade, como ensina Pietro Perlingieri²⁵⁹.

Não que, em tema de situações existenciais e valores pessoais, o reconhecimento da capacidade negocial não tenha nenhuma relevância. Ao contrário: o reconhecimento de capacidade negocial, ainda que em situação existencial, sugere um *indício* de

²⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 202.

²⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 305.

²⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos da personalidade e bioética. In: IN: GOZZO, Débora Gozzo e LIGIEIRA, Wilson Ricardo. (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

²⁵⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **A capacidade para consentir**: uma nova espécie de capacidade negocial. São Paulo: Letrado, Instituto dos Advogados de São Paulo, set-out/2011, informativo 96.

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 141.

capacidade para consentir²⁶⁰, servindo apenas como ponto de partida. Mas o direito-dever referente à capacidade civil – adquirida após os 18 (dezoito) anos – é insuficiente para dispor sobre questões existenciais²⁶¹, principalmente após a extensão doutrinária dada à tutela dos direitos da personalidade, com base em princípios constitucionais.

A insuficiência do tradicional instituto da capacidade se justifica pela dificuldade em se estudar uma categoria ampla como os direitos da personalidade. E, por causa dessa dificuldade, negava-se a aptidão à realização de um valor da pessoa humana, simplesmente porque a situação subjetiva não se baseia no “ter”, mas no “ser”. Pietro Perlingieri salienta que é função do ordenamento superar a concepção tradicional codicista e ampliar o instituto das capacidades para que seja examinado à luz da liberdade constitucional, norma de ordem pública²⁶².

A deficiência do instituto tradicional sobre capacidade também se mostra quando, mesmo inexistente hipótese legal para incapacidade de agir, há a necessidade de proteção e promoção à capacidade de consentir²⁶³ em situações existenciais. Isso porque os temas possuem um espaço de intersecção diminuto, o que deve ser objeto de estudo pela dogmática. Apenas a título de observação, registre-se que o Código Civil da Suíça é expresso ao prever que relativamente incapazes exerçam os direitos inerentes a sua personalidade, sem consentimento de seu representante, a demonstrar independência entre a capacidade legal de exercício e a capacidade de consentir.

Depreende-se, portanto, que a ouvida da manifestação volitiva daquele indivíduo - tido por incapaz para os atos da vida civil - é necessária para fixação da capacidade para consentir, independentemente das regras tradicionais sobre incapacidade absoluta ou relativa²⁶⁴. É esse o espírito desse novo ramo da capacidade, em consonância com o

²⁶⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 222.

²⁶¹ AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101, p. 96.

²⁶² PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 142.

²⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 790.

²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

direito geral de personalidade e princípios constitucionais da igualdade e liberdade, pelos motivos já delineados.

Nesse aspecto, Lydia Neves Bastos Telles Nunes destaca os ensinamentos de Blanca Sánchez Calero Arribas, pelos quais, em decisões que se referirem a direitos da personalidade, toma-se a palavra dos legalmente incapazes, ainda que menores ou interditos:

Podemos concluir que, respecto a los actos relativos a los derechos de la personalidad, se exceptúan de la representación legal de los padres, los actos que el hijo pueda realizar por sí de acuerdo com sus condiciones de madurez, las cuales se valorarán atendendo al sujeto y al acto que se dé em cada caso concreto, a no ser que las leyes establezcan una rebulación especial al respecto²⁶⁵.

O contrário também é verdadeiro: quanto à pessoa capaz para agir, também é exigido procedimento especial para validação de seu consentimento. Em suma, mesmo com relação a pessoa legalmente capaz ou pessoa legalmente incapaz, instaura-se um procedimento especial de validação de consentimento, ocasião em que a autoridade médica decidirá se a o paciente tem ou não discernimento para o ato especificamente em causa²⁶⁶.

Pontes de Miranda, em obra atualizada por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva, afirma que essa capacidade, relativa a situação existencial, é tida como uma terceira esfera do instituto tradicional das capacidades, distinta da de direito e da de obrar, porquanto voltada ao exercício da autodeterminação referente à saúde humana, que se encontra, segundo ele, na *zona cinzenta* entre a capacidade e incapacidade²⁶⁷.

Segundo Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva, a capacidade para consentir advém do direito médico de diferentes países e tem seu objeto específico na tomada de decisões sobre cuidados para com a saúde, abrangendo não

²⁶⁵ CALERO ARRIBAS, Blanca Sánchez. La actuación de los representantes legales em la esfera personal de menores e incapacitados. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 63 apud NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 18/2006, p. 170-186, jul-dez/2006, p. 16.

²⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 251

²⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 251

apenas hipóteses de pesquisa, mas qualquer ato lícito de disposição do próprio corpo. O fulcro dessa terceira esfera da capacidade não mais se atém à carência ou redução de discernimento para os negócios jurídicos, mas reside na disposição dos valores jurídicos da personalidade e a *autodeterminação pessoal*, sem atingir, em regra, *a esfera jurídica de terceiros*²⁶⁸.

E por demandar o reconhecimento da capacidade em situações destinadas aos direitos da personalidade, totalmente distintas das regras tradicionais sobre capacidade de agir, é que o tema adquire relevância também no tocante às hipóteses de paraincapacidades ou capacidades intermediárias das pessoas portadoras de alguma deficiência que não se enquadram na tradicional definição de capacidade para agir, tema do próximo capítulo.

Essa é a relevância do tema para este trabalho: a capacidade para consentir, fundada exclusivamente no consentimento do indivíduo – seja ele legalmente capaz ou não – serve de parâmetro para a aferição dos diversos níveis de incapacidade legal em pessoas com algum tipo de *deficit* mental no tocante a atos existenciais.

Roxana Borges afirma que no biodireito²⁶⁹ – em que o valor a ser protegido decorre da tutela geral da personalidade - leva-se em consideração a pessoa, sua dignidade, sua capacidade de autodeterminação diante de fatos que impactam sua vida, independentemente de seu estado jurídico legal, de modo que mesmo no tocante a crianças e adolescentes²⁷⁰, faz-se necessário reconhecer sua autonomia privada, a despeito da maior parte da doutrina assentir ser suficiente a decisão do titular do poder familiar ou do responsável pela representação²⁷¹.

Nos Estados Unidos, já em 1914, a doutrina médica determinava que os indivíduos, mesmos portadores de doença mental grave, retardo de desenvolvimento ou condições

²⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 251

²⁶⁹ Miguel Reale Jr. define biodireito como um regramento esparso de questões trazidas pela bioética, esta entendida como disciplina sem objeto determinado mas relacionada à fixação de limites morais e critérios para solução de casos práticos médicos corriqueiros e relacionados à pesquisas. Cf. REALE JR., Miguel. Consentimento – Ortotanásia e adequação social. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 121/2016, p. 207-222, jul-ago/2006, p. 4.

²⁷⁰ No mesmo sentido: HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5ª ed., Porto Alegre: Arned, 2012, p. 1413

²⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Conexões entre direitos da personalidade e bioética. In: IN: GOZZO, Débora Gozzo e LIGIEIRA, Wilson Ricardo. (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180.

orgânicas, fossem ouvidos para tomada de decisões, porquanto a simples existência de deficiência ou doença mental não tornava o indivíduo incapaz em qualquer área de funcionamento²⁷².

Miguel Reale Jr. sustenta que o ser humano passou a ser reconhecido não mais apenas como sujeito de direito, dotado de capacidade jurídica, mas como senhor de seu próprio destino pela autonomia privada, corolário da dignidade humana, o que impõe o respeito às suas decisões no tocante, atendido o direito de ser corretamente informado sobre sua saúde e atos médicos²⁷³.

É por isso que a capacidade para consentir, no consentimento informado, adquire especial relevância. Se o consentimento livre e informado é a modalidade central para a tomada de decisão em assuntos relacionados à saúde, a capacidade para expressar esse consentimento é o instrumento necessário para expressão da dignidade individual; de seus valores individuais; da autonomia privada, consubstanciada na satisfação de decidir livremente a seguir a decisão *correta* imposta por outras pessoas²⁷⁴, de modo a realizar livremente a personalidade daquele ser humano.

O consentimento livre e informado passou a ser considerado como instrumento central para qualquer tomada de decisão e tem sua importância moral em razão das próprias dificuldades conceituais (ou seja, a incapacidade da razão em se estabelecer apenas um modo rígido, imutável e concreto sobre o que é vida boa) e dos problemas históricos (moralidade judaico-cristã), que levaram, em uma sociedade pluralista, à dificuldade de se decidir, de comum acordo, qual medida tomar²⁷⁵ de acordo com os valores individuais daquela pessoa.

Se no passado, os médicos atuavam seguindo exclusivamente o princípio de “não causar mal”, hoje a autonomia do paciente é respeitada, não só por aspectos da dignidade humana, como também como aliada ao pleno desenvolvimento terapêutico, tão essencial

²⁷² SCHLOENDORFF VS. SOCIETY OF NEW YORK HOSPITAL, 1914 Apud HALES, Robert E., YUDOFKY, Stuart C., GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5ª ed., Porto Alegre: Armed, 2012, p. 1611.

²⁷³ REALE JR., Miguel. Consentimento – Ortotanásia e adequação social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 121/2016, p. 207-222, jul-ago/2006, p. 4.

²⁷⁴ ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 362.

²⁷⁵ ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 347.

ao tratamento. Demais disso, a doutrina médica afirma que atingir a autonomia do paciente é o objetivo da maioria dos tratamentos psiquiátricos²⁷⁶.

Trata-se, o consentimento informado, de respeito à liberdade dos indivíduos, pelo objetivo de atender a seus melhores interesses, em observância ao *princípio da beneficência*, outro princípio de caráter teleológico da bioética que norteia as atividades em medicina. Compreende obter a permissão dos indivíduos ou dos responsáveis por eles, em hipótese de incapacidade de consentir por eles mesmos²⁷⁷.

A autonomia do indivíduo, segundo Miguel Reale Jr., impõe o dever de respeitar a vontade, os valores e as crenças de cada pessoa, do que se deduz que o profissional deve respeitar a vontade do paciente (ou de seu representante), considerando-o capaz de fazer suas opções.

A questão que surge é: qual o critério para aferição da capacidade para consentir? Qual a melhor solução a ser tomada quando se afere a incapacidade natural do indivíduo para consentir livremente sobre si?

André Gonçalo Dias Pereira afirma que a capacidade para consentir se revela em categoria jurídica autônoma, com fundamento jurídico próprio, estrutura material particularizada, a exigir regime jurídico específico²⁷⁸. Esse critério proposto pelo Autor assemelha-se à doutrina médica do “consentimento informado”, pelo qual o indivíduo toma decisão livre e consciente quanto a aceitar ou não um tratamento. Sua base filosófica, como doutrina médico-jurídica, encontra-se situada no respeito social e cultural dos indivíduos, relevando sua autonomia privada e autodeterminação²⁷⁹.

Trata-se da capacidade para decisão racional sobre seus próprios bens jurídicos, avaliando-se riscos, benefícios e sacrifícios²⁸⁰.

²⁷⁶ HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Armed, 2012, p. 1606.

²⁷⁷ ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 362.

²⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 204.

²⁷⁹ HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Armed, 2012, p. 1606.

²⁸⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 209.

Para o Autor, que se utiliza dos critérios esposados por Amelung²⁸¹, a capacidade para consentir apresenta quatro momentos constitutivos: (a) capacidade para decidir sobre valores; (b) capacidade para compreender os fatos; (c) capacidade para compreender as alternativas; e (d) capacidade para autodeterminar-se com base na informação obtida.

Decidir sobre valores, segundo Amelung, implica aceitar a escala de valores do próprio *consentente* que, após análise dos riscos e benefícios do tratamento, escolherá o caminho a ser adotado. Utilizar o consentimento do *consentente*, e não do médico, decorre da própria natureza do consentimento, como instrumento de autodeterminação inserida em um Estado Democrático de Direito que impede qualquer imposição de tratamento, seja por concepção ideológica ou valorativa do médico, ou, aprioristicamente, de seus representantes legais. A problemática na utilização singular desse requisito reside na hipótese de *sistema de valores distorcido do sujeito*, decorrente de algum problema psíquico ou da falta de maturidade de um menor *consentente*²⁸².

A compreensão sobre os fatos e processos causais envolvidos, principalmente os futuros, é também de fundamental importância. O indivíduo deve ter aptidão para fazer prognósticos e previsões, do que se extrai que essa capacidade para compreender pode faltar ou inexistir em situações de deficiência mental ou de doenças senis, por exemplo²⁸³.

O terceiro elemento constitutivo da capacidade para consentir inclui a possibilidade de decidir sobre alternativas, principalmente as referentes às intervenções médico-cirúrgicas²⁸⁴.

A capacidade para consentir se aperfeiçoa mediante a concatenação dos valores, fatos e prognósticos, exigindo uma capacidade *volitiva* para autodeterminação, com base nas informações prestadas. *Contrario sensu*, a falta da capacidade para consentir decorre

²⁸¹ Sobre a doutrina de Amelung, cf: KOPETZKI. *Unterbringungsrecht*, II, pp. 818-824 apud PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 212.

²⁸² PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 210/211.

²⁸³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 210/211.

²⁸⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 212.

da inaptidão para decidir sobre (i) valores ou grau dos interesses atingidos; (ii) quais fatos se está a decidir; (iii) consequências e riscos daquela decisão; e (iv) quais os outros meios, se existentes, para alcançar os mesmos objetivos. Uma pessoa com certa deficiência mental, doença psiquiátrica ou jovem adolescente pode ser incapaz de consentir²⁸⁵, o que não significa, no entanto, que a ela não lhe seja outorgada a possibilidade de realização desse processo que a ela deve ser estendido, independentemente das normas sobre capacidade legal.

Segundo as normas éticas da medicina, o consentimento informado envolve três elementos distintos e correlacionados: informação, capacidade de tomada de decisões e voluntariedade²⁸⁶, e a capacidade de tomada de decisões é definida com base no grau de *competência* do paciente²⁸⁷.

A competência, segundo os Autores, é específica de cada situação, ou seja, mesmo se o indivíduo já apresentara, no passado, alguns transtorno, ele deve ser ouvido no caso concreto, visto que a incompetência (incapacidade, em termos jurídicos) não se presume²⁸⁸.

Indo ao encontro da linha adotada por André Gonçalo Dias Pereira, Robert Hales, Stuart Yudofsky e Glen Gabbard afirmam que a questão da competência se fundamenta pelos seguintes requisitos, em ordem crescente: (i) comunicação da escolha; (ii) compreensão de informações relevantes fornecidas; (iii) entendimento de opções disponíveis e consequências; e (iv) tomada de decisão racional²⁸⁹.

Um consentimento verdadeiramente informado, decorrente da capacidade para consentir – aqui compreendida nos termos já definidos – requer a aplicação da tomada de decisão racional à luz dos riscos e benefícios das opções oferecidas. E para isso, toma-se em conta a análise da percepção, da memória de curto e longo prazo, do discernimento,

²⁸⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 213.

²⁸⁶ HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Arned, 2012, p. 1607.

²⁸⁷ Do ponto de vista clínico, a incompetência é tida como uma intervenção do tribunal, o que poderia ser considerada a interdição. A incapacidade, por sua vez, é uma inabilidade funcional clínica. HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. op. cit., p. 1606.

²⁸⁸ HALES, Robert E.; YUDOFKY, Stuart C.; GABBARD, Glen O. Op. cit., p. 1611.

²⁸⁹ HALES, Robert E., YUDOFKY, Stuart C., GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Arned, 2012, p. 1606.

da compreensão da linguagem, fluência verbal e a orientação para a realidade, como funções mentais a serem analisadas para aferição da capacidade (competência, no sentido médico) do indivíduo frente àquela tomada de decisão.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina²⁹⁰ dispõe que o paciente legalmente incapaz deve assentir, de forma livre e esclarecida, para que em conjunto com seu representante legal possa anuir aos procedimentos médicos ou deles discordar. A disposição se aplica, portanto, a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência física ou mental.

A escolha do paciente com deficiência mental será considerada na medida de sua capacidade de decisão individual e com base no domínio de diversas habilidades, tais como envolvimento com o assunto, compreensão de alternativas e comunicação de suas preferências.

Contudo, e a despeito de todo esforço para tomada da decisão pelo paciente, não se pode olvidar que há casos em que a tomada de decisão se torna, de fato, impossível. Nessas ocasiões, toma-se a ouvida dos *guardiões*²⁹¹, juridicamente denominados tutores.

Ocorre que utilização de tutores/guardiões para tomada de decisões que digam respeito a valores personalíssimos é controvertida. Eles funcionam como uma extensão da liberdade individual de outra pessoa, exercendo o papel de seu substituto. Essa substituição pode impelir o tutor a tentar reconstruir a posição que aquele indivíduo tomaria, ou simplesmente ater-se à tomada da decisão mais racional que uma pessoa prudente e racional, inserida em uma sociedade particular, tomaria²⁹².

Afinal, quem é um bom juiz a respeito dos melhores interesses de outras pessoas, principalmente no tocante aos valores da personalidade que, por definição, envolvem aspectos íntimos e, por vezes, secretos?

É por isso e por conta dessas controvérsias que nos Estados Unidos, por exemplo, sugere-se o uso de diretrizes avançadas para o cuidado com a saúde, como, por exemplo,

²⁹⁰ Recomendação CFM n. 1/2016. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf Acesso em: 11/12/2016.

²⁹¹ Termo utilizado Hugo Tristram Engelhardt Jr. (ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 361 et seq.)

²⁹² ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1986, p. 363.

procuração, testamento em vida, dentre outras medidas²⁹³. No Brasil, as diretivas antecipadas de vontade²⁹⁴ e o testamento vital são objeto de estudo doutrinário.

Em suma, divisa-se que, em atenção à *prioridade* do princípio do consentimento, à luz do primado da dignidade humana e à importância dos valores da personalidade, faz-se necessário que, mesmo em relação a indivíduos ou muito jovens, ou severamente senis, ou delirantes, ou embriagados, ou psicóticos – considerados relativamente ou absolutamente incapazes em termos legais – haja a necessidade de sua ouvida, porquanto existe uma grande importância em recusar a intervenção de terceiros em valores tão fundamentais e pessoais²⁹⁵.

Ao contrário do consentimento outorgado nas declarações negociais, no domínio dos negócios patrimoniais que implicam em responsabilidade perante o destinatário, o consentimento decorrente da capacidade para consentir pode ser livremente revogado, em razão da própria natureza personalíssima do valor atingido: o do próprio consentente.

Essa é a posição de Pietro Perlingieri²⁹⁶, compartilhada por Massimo Bianca²⁹⁷, segundo a qual a doutrina hoje não mais admite a aplicação da incapacidade de agir em situações existenciais.

Nesse sentido, registre o Enunciado 138 do CJF, aprovado na III Jornada (Brasília, dezembro/2004) que dispõe, *in verbis*:

A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto²⁹⁸.

No entanto, após a realização do procedimento para consentir, em atenção à *prioridade* do consentimento da pessoa, e aferida a falta de discernimento, a doutrina

²⁹³ Cf. Patient Self-Determination Act, de 1o de dezembro de 1991.

²⁹⁴ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.995/2012. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 11/12/16.

²⁹⁵ ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1986, p. 372.

²⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino: Jovene editore, 1972, p. 141

²⁹⁷ BIANCA, Massimo. **Interesse fondamentali dela persona e nuove relazioni di mercato**. Roma: DIKE Giuridica Editrice, 2012, p. 89 et. seq.

²⁹⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>

indica a coleta do consentimento de terceiro, e, na falta deste, a aplicação do princípio da beneficência.

Por fim, e a título exemplificativo, saliente-se que, em hipótese de avaliação casuística da incapacidade transitória, decorrente de internação hospitalar, para fins de aferição de validade de quitação aposta em contrato extrajudicial, o Superior Tribunal de Justiça²⁹⁹ considerou válida a quitação outorgada pelo paciente, a despeito de sua internação.

Denota-se, portanto, que, mesmo para fins patrimoniais, essa terceira esfera da capacidade - a *capacidade para consentir*, em situações de *paraincapacidade* - se mostra relevante. Dentre os desafios a serem enfrentados no tema, destaque-se *quantum* necessário à comprovação da incapacidade da pessoa em estado de *paraincapacidae*: Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva³⁰⁰ alertam que, no tocante às situações de paraincapacidade e capacidade para consentir, inexistem um *quantum* de eficácia da vontade do incapaz, de modo que caberá à doutrina a construção dogmática sobre o tema.

Saliente-se, desde já, que, a despeito da outorga de capacidade total às situações de *paraincapacidades* em razão da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o presente trabalho se filia à posição doutrinária supramencionada que busca a aferição do *discernimento* no caso concreto para situações existenciais, em caráter *prioritário* do paciente, para, ao depois, coletar apoio de terceiros. O procedimento encontrado pela doutrina médica compatibiliza a essencialidade dos direitos da personalidade, mas não se olvida das situações de absoluta falta de discernimento do paciente que, por sua natureza, demandam a intervenção de terceiros em prol de seu benefício e proteção.

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 809565/RJ, 3ª Turma, j. 22.03.2011, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

³⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 251.

CAPÍTULO 2 – TEORIA DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1. Fundamento jurídico

Conforme visto nos capítulos anteriores, a capacidade de exercício – definida pelo negativo - refere-se à qualificação do sujeito para a prática, *per se*, dos atos da vida civil, principalmente no tocante às questões patrimoniais; ela é o limite da personalidade. As capacidades no âmbito dos direitos existenciais são, contudo, objeto de uma recente vertente do direito que *não toma a presunção legal de capacidade – juris et de jure* - como critério fixo e imutável para a disposição sobre os valores inerentes à personalidade, denominada *capacidade para consentir*, mas considera, caso a caso, a hipótese de competência do indivíduo, ainda que, em termos legais, seja ele considerado incapaz para os atos da vida civil.

É capaz para os atos da vida civil, aqui entendidos como os que envolvem questões patrimoniais, a pessoa que, por seu estado, é elencada pela ordem jurídica como não incapaz.

Embora o Estado Democrático de Direito preveja que todas as pessoas sejam igualmente sujeito de direito e deveres na ordem civil, o exercício pessoal dos direitos sempre foi outorgado às pessoas capazes, conforme limitações e condições do *status* individual da pessoa, nos termos já dispostos. *Status*, no entanto, deve ser entendido sob um viés social, para integração do indivíduo à sociedade, como afirmou Guido Alpa em em seção anterior.

A regra do ordenamento jurídico é a capacidade. Exceção é a incapacidade que somente é determinada por norma cogente, de ordem pública. E nem poderia ser diferente: se o ordenamento reconhece todas as pessoas como sujeito de direitos – e da generalidade da lei deflui, pois, a igualdade -, as hipóteses de incapacidade somente podem ser admitidas por texto escrito³⁰¹. Isso se dá em homenagem aos princípios gerais do direito, e, principalmente, ao primado da dignidade humana e direitos de personalidade.

³⁰¹ PLANIOL, Marcel. **Droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. 2. ed., Paris: Librairie Cotillon F. Pichon, Successeur, Éditeur, 1902, vol. II, p. 351.

A incapacidade para agir, reitere-se, não envolve a revogação da incapacidade de gozo de direitos. Eventual restrição negaria a personalidade ou a subjetividade jurídica³⁰², o que não se pode admitir no Estado Democrático de Direito. Assim já dispunham, no séc. XIX, Charles Aubry, Charles Rau, Charles Falcimaigne Maurice Gault e Étienne Bartins, ao afirmarem que hipóteses de incapacidade, tais como deformidades físicas ou intelectuais, não deveriam obstar o reconhecimento da personalidade, atributo de todo ser humano³⁰³.

Tem-se, assim, que o impedimento é pessoal, pois os incapazes, quando representados (ou assistidos), podem adquirir direitos e deveres³⁰⁴. A restrição imposta pelo ordenamento jurídico se funda no reconhecimento, pelo ordenamento, do *status* individual da pessoa ou *elementos de especificação*³⁰⁵, conforme definição adotada por Judith Martins-Costa.

A incapacidade, pois, decorre de uma inaptidão natural que deriva de deficiência fisiopsíquica do sujeito, e que o afasta da *consciência* do alcance de suas ações, determinando-se a elas de maneira irrefletida³⁰⁶.

Observa-se o *status* individual daquele ser humano - entendido como suas *aptidões* - sua relação com a sociedade, com o Estado, e infere-se um parâmetro de *normalidade*, que será o limite para o exercício pleno e por si da autonomia privada.

A restrição imposta pelo ordenamento jurídico à capacidade civil deve, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, deve estar tipificada em lei (e, portanto, não ficar à disposição das autoridades públicas), ser pertinente e relevante sob o ponto de vista da capacidade da pessoa e não servir de pena ou efeito de pena³⁰⁷. A restrição não deveria ser discriminatória ou estática, mas integrativa e dinâmica, à luz das hipóteses concretas.

³⁰² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 9.

³⁰³ AUBRY, Charles. RAU, Charles-Frédéric. FALCIMAIGNE, Charles. GAULT, Maurice. BARTIN, Étienne. **Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae**. Tome I, p. 263.

³⁰⁴ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 16.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 314

³⁰⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 13.

³⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; VITAL MOREIRA. **Constituição da República portuguesa, anotada**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 126.

A incapacidade para agir – presunção *ex lege* – integra um grupo das incapacidades denominadas pela doutrina francesa como *incapacités de protection*, porquanto visam à proteção dos interesses do incapaz³⁰⁸. Essa é a *ratio legis*: a proteção do incapaz, um paternalismo do sistema jurídico em favor dos interesses do vulnerável, a despeito do caráter eminentemente patrimonialista no qual está inserido o instituto das incapacidades.

O sentido protetivo da teoria das incapacidades é enfatizado por Silvio Rodrigues³⁰⁹ que encampa ensinamento de Georges Ripert e afirma que o legislador submeteu todos os incapazes a um regime legal privilegiado, com a finalidade de preservar seus interesses³¹⁰. É o *estado permanente de fraqueza intelectual* a razão para a fixação de uma regra fixa e cogente de incapacidade jurídica³¹¹.

Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que a incapacidade de exercício se funda pela falta de experiência mediana, anomalia mental ou defeito de caráter que impeçam a pessoa de determinar com normal esclarecimento ou liberdade interior os seus interesses³¹². Charles Aubry, Charles Rau, Charles Falcimaigne Maurice Gault e Étienne Bartin também confirmam o caráter protetivo da teoria das incapacidades, ao discorrerem sobre os meios de proteção - previstos no ordenamento jurídico - aos interesses das pessoas incapazes de se governar ou gerir seus bens³¹³. O caráter protetivo também é enfatizado por Robert Beudant, que se mostra preocupado com eventual desqualificação do sujeito que é considerado pela lei como incapaz³¹⁴.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que a teoria das incapacidades tem em seu bojo o intuito de proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico

³⁰⁸ HOUIN. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1947, p. 387 e 395 apud MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 9.

³⁰⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte geral. Vol. 1, 29ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 42.

³¹⁰ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 105.

³¹¹ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 105.

³¹² MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 194.

³¹³ AUBRY, Charles. RAU, Charles-Frédéric. FALCIMAIGNE, Charles. GAULT, Maurice. BARTIN, Étienne. **Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae**. Tome I, p. 582.

³¹⁴ BEUDANT, Robert; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul. **Cours de droit civil français**. Seconde édition. Tome II. L'état et la capacité des personnes. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1936, p. 121.

procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequências das condições peculiares dos mentalmente deficitários³¹⁵.

O direito observa essas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aquele que se mostra inapto, seja em razão de distúrbio de mente ou total falta de experiência; e, de outro lado, os que são mais *adequados à vida civil*, portadores de um deficit psíquico menos pronunciado ou já mais esclarecido por uma experiência relativamente ponderável³¹⁶.

Sobre a proteção das pessoas portadoras de deficiência mental, António Menezes Cordeiro³¹⁷ salienta que desde o livro Deuteronomio, Moisés já previa a proteção de deficientes, em atenção a um princípio de *tutela dos débeis* ou *venia debilium*.

Registre-se que a natureza da capacidade de proteção se contrapõe à figura das *incapacités de défiance* ou de *defêense sociale*, denominadas na ordem jurídica francesa como tutela de terceiros^{318, 319}.

Caio Mário da Silva Pereira corrobora o entendimento majoritário da doutrina de que a teoria das incapacidades tem por finalidade a proteção da pessoa portadora da deficiência pelo risco que ela mesma traz a si. O Autor não entrevê, ao contrário, a finalidade de proteção de terceiros, mas ao próprio incapaz:

A lei não instituiu o regime com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que dela padecem, mas, ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam pacientes, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários³²⁰.

³¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 272.

³¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 271.

³¹⁷ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007, Tomo III, p. 457.

³¹⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 194.

³¹⁹ A doutrina francesa, assim como a antiga doutrina brasileira, previa a incapacidade de defesa social em razão da falta de reconhecimento de capacidade aos encarcerados. No entanto, a doutrina reconheceu que não se trata de hipótese de incapacidade, mas apenas de limitação da liberdade (LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 26).

³²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 168.

A proteção do ordenamento jurídico visa o próprio incapaz e, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a ideia fundamental do legislador é que esse princípio protetor se espraie na vida civil, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou do aproveitamento e ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes³²¹.

A teoria das incapacidades, ao limitar a atividade do sujeito e estabelecer formas específicas para sua atividade econômico-jurídica – por meio da representação ou assistência, no Brasil –, não tem a intenção de prejudicá-lo, mas defendê-lo, de modo preventivo, para que não fique à mercê de intrigas e manobras de terceiros mal intencionados³²².

Enzo Roppo reconhece que a limitação legal perante a atividade econômico-jurídica não tem por intuito prejudicar o incapaz, mas defendê-lo, de modo preventivo, contra a possibilidade de se prejudicarem, por suas próprias mãos³²³. Demais disso, indo ao encontro da finalidade da *defêense sociale*, defende que a teoria das incapacidades se reveste *também* do caráter de prevenção a interesses de terceiros eventualmente prejudicados pelo ato da pessoa incapaz³²⁴, de modo a favorecer o tráfego jurídico-econômico-social. O tráfego negocial é, para o autor italiano, premissa da teoria das incapacidades, porquanto *o mercado não poderia funcionar eficazmente sem um mínimo de garantia de que as tomadas de posição dos operadores económicos não são tomadas de modo arbitrário ou irracional*³²⁵.

José de Oliveira Ascensão pondera sobre essas duas hipóteses e afirma que a teoria não deixa de ser eficaz à proteção de terceiros e à sociedade³²⁶, embora ela tenha por finalidade precípua a proteção do interesse do incapaz.

O entendimento majoritário da doutrina dispõe que o tráfego jurídico e a proteção dos terceiros de boa-fé são proteções secundárias e apenas subsidiárias à função protetiva da teoria, devendo prevalecer, em caso de conflito, o princípio da preponderância da tutela do incapaz.

³²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 168.

³²² CAPITANT, Henri. **Introduction à l'Étude du Droit Civil**. Paris: A. Pedone, Editeur, 1929, p. 178.

³²³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 227 et seq.

³²⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 227 et seq.

³²⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 226.

³²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria geral**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 140.

E é em razão da finalidade protetiva do incapaz que, em caso de conflito entre o interesse do incapaz e o tráfego jurídico, prepondera a tutela do incapaz, como ensina Pontes de Miranda:

A respeito da incapacidade, é primacial o princípio da preponderância da tutela do incapaz; se alguma regra jurídica o limita, é excepcional. Não há, portanto, pensar-se em princípio da preponderância da tutela do tráfico jurídico, ou, sequer, em princípio de equilíbrio de tutelas do incapaz e do tráfico jurídico – tais princípios foram apenas sugestões políticas. O direito procura proteger os fracos, até onde lhe pareça que não se hão de considerar atos ilícitos absolutos os atos que eles pratiquem³²⁷.

Reconhecer a finalidade da teoria das incapacidades encontra relevância nas hipóteses de conflito com os demais valores do ordenamento jurídico, mas não há como se olvidar que até metade do séc. XX as normas protetivas dos incapazes tinham aplicação a todo e qualquer ato jurídico em sentido amplo. Isso porque o sistema anterior preocupava-se basicamente com a circulação do patrimônio pertencente à pessoa que *tinha* algum patrimônio³²⁸. Questões existenciais de pessoas sem patrimônio não apresentavam relevância para o ordenamento jurídico.

Aliás, a suposta colisão entre a proteção do incapaz em face da boa-fé foi tema do acórdão paradigma perante o Superior Tribunal de Justiça³²⁹, com julgamento favorável à preponderância da proteção do incapaz, ainda que em confronto com a boa-fé de terceiro adquirente de imóvel. A interpretação nesse julgado foi no sentido de reconhecer a tutela protetiva do incapaz, sob pena de subverter a intenção protetiva do ordenamento.

Evidente, pois, a prevalência da tutela do incapaz perante outros valores na vida civil, conforme posição da doutrina e da jurisprudência brasileira, a despeito de divergências.

³²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 190.

³²⁸ ALBUQUERQUE, Luciano Campo. A capacidade da pessoa física no direito civil. **Revista de Direito Privado**. Vol. 18/2004, p. 84-104, abr-jun/2004, p. 5

³²⁹ STJ. REsp n. 38.353/RJ, Min. Rel. Ari Pargendler, j. 1º.03.2001. CIVIL. NEGÓCIO JURÍDICO. INCAPACIDADE MENTAL DO VENDEDOR. NULIDADE. Nulidade de compra e venda em face da “insanidade mental” de uma das partes (CC, art. 5º, II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o *status quo ante* só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. Recurso especial conhecido e provido.

Conforme visto anteriormente, as causas limitadoras de capacidade fundam-se na análise do estado da pessoa, hoje, sob critérios objetivos de idade e saúde³³⁰, embora nem sempre tenha sido assim.

O princípio constitucional da igualdade, em sua face substantiva, implicaria na análise, no caso concreto, da capacidade natural e do *status* da pessoa, observados os critérios de idade e saúde. Mas, no passado, como a tarefa se tornaria inexecutável e a custos intoleráveis, a lei optou por um sistema de definição preventiva e típica das hipóteses de incapacidade³³¹, como dispõe Enzo Roppo. Veja-se, portanto, que o conceito de incapacidade jurídica, adotado pelo legislador, é conceito jurídico³³².

O ordenamento jurídico, ao analisar o grau de deficiências do discernimento para o exercício dos atos da vida civil, graduou a extensão das incapacidades. Para deficiências profundas, que alcançassem a totalidade de discernimento, decorrentes, por exemplo, de um distúrbio da mente, ou, da total inexperiência da vida, o legislador elencou hipóteses de incapacidade absoluta³³³. Deficiências mais superficiais, que aproximam seu portador da plena normalidade psíquica – como, por exemplo, em hipóteses de deficit psíquico menos pronunciado, ou acometendo pessoas mais esclarecidas sobre a vida, o que se pode deduzir por experiências cotidianas³³⁴, como emancipação ou casamento –, foram objeto de incapacidades relativas³³⁵, pois nessas hipóteses a lei presumiu certo nível de desenvolvimento³³⁶ e aptidão. Tanto é assim que negócio jurídico firmado por pessoa relativamente capaz é passível de ratificação pelo representante, a demonstrar que o ordenamento jurídico reconhece nessa pessoa uma *quase aptidão* para os atos da vida civil.

³³⁰ No critério sobre ausência de “saúde”, encontram-se as hipóteses de transtorno mental; impossibilidade de manifestação da vontade por causa transitória ou permanente; dependência química por ebriedade ou toxicomania; e a prodigalidade.

³³¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 227 et seq.

³³² NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 18/2006, p. 170-186, jul-dez/2006, p. 175.

³³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 168.

³³⁴ Outras presunções de atingimento da capacidade civil, no nosso sistema: casamento (art. 5º, parágrafo único, III do Código de 2002); colação de grau em curso de nível superior (art. 5º, parágrafo único, IV), estabelecimento negocial (artigo 5º, V), emprego, resultando em caracterização de economia própria, desde que com o mínimo de 16 (dezesesseis) anos completos (art. 5º, parágrafo único, V).

³³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 168.

³³⁶ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 18/2006, p. 170-186, jul-dez/2006, p. 177.

São essas as hipóteses de incapacidades relativas e absolutas, decorrentes de presunção *ex lege* da incapacidade civil, sempre com o intuito de proteção.

Nos casos de incapacidade legal não é possível invocar a capacidade real do sujeito³³⁷, isto é, um negócio jurídico firmado por uma pessoa menor de 16 (dezesesseis) anos é presumidamente tido por nulo, nos termos do artigo 166 do Código Civil, assim como também o era o casamento da pessoa portadora de deficiência mental grave, tal como esquizofrenia, que a impedisse de consentir.

Nos exemplos acima, é irrelevante que o sujeito tenha querido praticar aquele fato jurídico, pois quando a lei delimita a capacidade de agir do sujeito, não há pesquisa a respeito dos elementos componentes da vontade: querer e conhecer³³⁸. A falta de cognoscibilidade do sujeito é pressuposta e o negócio é nulo porquanto firmado com pessoa absolutamente incapaz. Essa presunção do ordenamento jurídico, no tocante à incapacidade absoluta, é estanque e imutável em consonância com o sentido protetivo da teoria das incapacidades.

Não se pode, porém, afirmar o contrário: que um contrato firmado por uma pessoa portadora de deficiência mental que não tenha sido interditada não padeça de hipótese de invalidade. Ou que uma pessoa sã de mente tenha firmado contrato quando se encontrava em condição de falta total ou parcial de capacidade de entender e querer (embriaguez, depressão etc.). Essas seriam hipóteses de incapacidade acidental³³⁹, também denominada de incapacidade natural^{340 341}, fato que deve ser provado e não se presume³⁴².

³³⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 229.

³³⁸ CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 44.

³³⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 231.

³⁴⁰ Sobre incapacidade natural, MELLO encampa entendimento de GOMES e afirma que se trata da incapacidade por motivo de saúde antes de decretada a interdição. Segundo ele, o conceito não tem significado jurídico porque a incapacidade por motivo de insanidade mental se apura no momento da concretização do ato jurídico, com efeitos *ex tunc*, do que se depreende que decretada a interdição, todos os atos praticados antes da decretação serão nulos. (ver MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 65).

³⁴¹ Ainda sobre incapacidade natural, DIAS PEREIRA afirma que, no Direito Português, se refere a atos cuja decisão não resulte de uma capacidade de inteligência ou ato governo, traduzindo-se de atos de pequena importância. (ver PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 207).

³⁴² CARVALHO, Luiz Gonzaga. Op. cit., p. 44.

No tocante às situações existenciais, as regras da (in)capacidade de agir elencadas no Código Civil podem até deter conteúdo jurídico válido, mas não servem de critério para aferição de incapacidade. Ou seja, nessas hipóteses, o deficit psíquico, por si só, não implica – ou, pelo menos, não deveria implicar - em limitações, proibições e exclusões e, por isso, em incapacidade para autodeterminar-se, conforme motivos já esposados em capítulo anterior.

2. Incapacidade absoluta e incapacidade relativa no Código Civil de 2002

Como visto, há graus de incapacidade que variam de acordo com a maior ou menor inaptidão para os atos da vida civil, na gestão de seus interesses e na atuação com fins de atos jurídicos.

De forma geral, a incapacidade se justifica pela alteração, mais ou menos pronunciada, das faculdades psicológicas e mentais do indivíduo³⁴³, consubstanciando-se, pois, as hipóteses de incapacidade absoluta – mais ampla - e de incapacidade relativa, circunscrita no menor espaço de hipótese de incapacidade descrita pela técnica jurídica³⁴⁴.

Como registrado anteriormente, não há regras ou princípios aprioristicamente colocados para a concessão de capacidade – sob pena de restrição da capacidade de direito -, cabendo ao legislador, com base em dados da experiência ou apurados na Ciência, utilizar-se do critério de *status* ou *elementos de especificação*, para aferição do grau de discernimento das pessoas, em conhecer as consequências de seus atos³⁴⁵, principalmente os tocantes ao aspecto patrimonial.

Os critérios legais para aferição de capacidade da pessoa sempre se deram no campo do *status* da pessoa, conforme mencionado anteriormente. Eram a idade e a (falta de) saúde os limites para a presunção *ex lege* da capacidade e incapacidade (absoluta ou relativa) de exercício. A pessoa em estado *mórbido* – aqui entendido em termos de saúde - precisaria, a bem de seus próprios interesses, que o direito estabelecesse restrições à sua

³⁴³ DENIS, Dominique. **Le droit des incapacités**. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979, p. 89.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 315.

³⁴⁵ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

capacidade, com vista à gravidade de sua moléstia, colocando-o fora do círculo de violação de seus próprios direitos³⁴⁶.

Mister reiterar também a posição majoritária da doutrina, adotada por Pontes de Miranda³⁴⁷ e encampada por Marcos Bernardes de Mello³⁴⁸, pela qual o ordenamento se funda pelo princípio da preponderância da tutela do incapaz, a qualquer custo, sempre à luz do sentido protetivo da teoria das incapacidades.

Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), as hipóteses de incapacidade absoluta previstas no Código Civil³⁴⁹ se referiam a: (I) menores de dezesseis anos; (II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; (III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Nessas hipóteses, a capacidade de agir é suprida por meio da representação, pessoa autorizada a agir em nome e no interesse do incapaz³⁵⁰ (representante legal ou curador, este último na hipótese de maior de idade com enfermidade ou deficiência mental).

As relativas, previstas no art. 4º, por sua vez, se restringiam às hipóteses de: (I) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (II) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (III) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (IV) os pródigos. Nessas hipóteses, a capacidade de agir era suprida por meio da assistência, hipótese admitida pela lei para intervir ao lado do relativamente incapaz, e não por substituição, como no caso da representação³⁵¹.

Os níveis de proteção do ordenamento jurídico sempre se mostraram diferentes, conforme a gradação da falta de aptidão do sujeito: o sistema prevê a *atenuação da*

³⁴⁶ MELLO, Antônio Ferreira. **Modificações da capacidade**. São Paulo, 1890, p. 309.

³⁴⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 190.

³⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

³⁴⁹ Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

³⁵⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 216.

³⁵¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 216.

incapacidade quando a regra jurídica aparece como uma proteção *exagerada* ao incapaz³⁵².

Para as hipóteses de incapacidade absoluta o ordenamento civil brasileiro sempre se mostrou estanque e generalista – sem possibilidade, por exemplo, de ratificação do negócio firmado pelo absolutamente incapaz, acoimando-o de nulo. A lei simplesmente *despreza* a vontade do absolutamente incapaz por considerá-lo inapto para alcançar um mínimo de desenvolvimento necessário para compreensão de seus atos na vida jurídica, seja por questão etária, seja por uma obstrução causada por uma moléstia mental ou por um defeito de ordem instrumental³⁵³, hipótese do antigo inciso III.

Na incapacidade relativa, o sentido de proteção existe, mas é flexível e elástico, graças à presunção *ex lege* de maior discernimento e experiência do relativamente incapaz. Protege-se o discernimento suficiente para o exercício pleno da capacidade de realizar atos ou vivenciar certas situações concretas da vida civil³⁵⁴, garantindo certa liberdade ao titular de direitos e perante terceiros (como no caso, por exemplo, do ato ser confirmado por seu assistente ou curador, conforme o caso³⁵⁵). Segundo o ordenamento, o relativamente incapaz encontra-se *quase apto* aos atos da vida civil.

Elemento comum das duas hipóteses de incapacidade do Código Civil de 2002 – absoluta e relativa – está no *discernimento necessário* à prática dos atos civis, expressão incluída nesse Código para abranger, de uma forma mais generalista, as hipóteses do Código Civil de 1916, sem a inserção de expressões discriminatórias e separatistas.

A inserção do termo sobre *discernimento* veio corrigir o equívoco do suporte fático das hipóteses de incapacidade constante do Código Civil de 1916 que relacionava *surdo-mudez* à deficiência, bem como associava qualquer deficit mental à hipótese de *loucos de todo gênero*. Afinal, se o ordenamento jurídico atribui a todas as pessoas a capacidade de agir - sendo as hipóteses de incapacidade meras exceções -, não se poderia conceber, em um Estado Democrático de Direito, a manutenção de expressões *loucos de todo gênero* e

³⁵² RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 106.

³⁵³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 29. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, Vol. 1, p. 51.

³⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216..

³⁵⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 3.

surdo-mudez, porquanto geravam na sociedade uma verdadeira discriminação – decorrente do próprio ordenamento –, que se difundia em larga escala.

No tocante aos surdos-mudos, o Código Civil de 2002 veio corrigir a expressão *surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade* contida no Código Civil de 1916. No Código de 2002, os surdos-mudos só poderiam ser enquadrados no inciso III do art. 4º (incapacidade absoluta) se, por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade³⁵⁶. Para Agostinho Alvim, a posição do legislador no Código Civil de 1916 era de destacar a situação de *enfermidade* dos surdos-mudos, não se tratando, pois, de mera impossibilidade de exprimir a vontade³⁵⁷, mas um feixe de luz à *enfermidade*, o que se admitia acontecer sob o manto da proteção das incapacidades. Renan Lotufo afirma, no entanto, que com o avanço dos tempos e dos meios que propiciaram aos surdos-mudos a sociabilização, não havia mais como enquadrá-los na hipótese de incapacidade absoluta, restando o inciso III do art. 3º aos que não pudessem expressar sua vontade. Para o Autor, é importante que a vontade seja comunicada, por sinais, fala, escrita, de modo que o receptor a compreenda³⁵⁸.

Nessa situação, como nas situações das pessoas portadoras de alguma deficiência mental, a legislação de 2002 passou a considerar o avanço da medicina e as políticas sociais, e excluiu expressamente os surdos-mudos da hipótese de incapacidade absoluta, elegendo o *discernimento* como limitação entre as incapacidades.

No tocante à expressão *loucos de todo gênero*, alvo de estudo deste trabalho, foi ela, desde o início, objeto de críticas, tanto pela doutrina, como pela sociedade. Além de discriminatória, a expressão, por ser critério fixo, acabava por englobar qualquer mínima deficiência psíquica, colocando lado a lado as pessoas com leve deficit, outras portadoras de esquizofrenia e pessoas que, por alguma doença ou alguma debilidade, fossem impedidas completamente de consentir, tornando-as inaptas a cuidar de seus próprios interesses.

Isso significa dizer que, ao invés de interpretar a causa de incapacidade absoluta (deficiência mental) de forma restritiva - pois é essa a *ratio legis* da incapacidade -, o ordenamento, ao incluir a expressão *loucos de todo gênero*, sem se importar com a

³⁵⁶ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 19.

³⁵⁷ ALVIM, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1968.

³⁵⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 20.

gradação das espécies de deficiência, fomentava, na realidade, uma distinção e discriminação generalizada na própria sociedade em relação a toda e qualquer pessoa que apresentasse o mínimo de deficit mental e se mostrasse, por isso, *diferente*.

A impropriedade da expressão já era objeto de críticas desde o projeto do Código Civil de 1916. Àquela época, Nina Rodrigues já advertia:

a deficiência mental para o exercício dos direitos civis se pode distribuir, em ordem gradativa, numa escala que vai da completa inconsciência das loucuras gerais às ligeiras falhas mentais dos senís, ao desequilíbrio psíquico dos degenerados, nas suas incursões intermitentes nos domínios da loucura. (...) Essa doutrina jurídica não consulta os interesses pessoais, ou os direitos civis dos alienados: atenta contra êles. Assim o demonstra o ensino da psiquiatria moderna, assim o atesta a tendência dos códigos a mitigar os rigores da interdição³⁵⁹.

Consequência desse critério generalista e estanque para a pessoa com alguma deficiência era sua inclusão no grupo mais restrito de incapacidades – incapacidade absoluta – que, conseqüentemente, tornava passível de procedimento judicial de interdição, cuja sentença detém efeito declaratório maior e, por isso, atinge o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todos os deveres, com efeito *ex tunc*. Pois a interdição somente declara algo que já existe: essa pessoa, em razão de estar no rol das absolutamente incapazes, já estava pré-excluída da capacidade de agir e, conseqüentemente, impossibilitada de efetuar quaisquer atos jurídicos, excluindo-se até os *lucida intervala* que pudessem dar margem à validade desse atos³⁶⁰.

O processo de interdição, fundado exclusivamente em *perícia médica* e *interrogatório* com o juiz da causa, era visto como verdadeira morte civil, *capitus diminutio maxima*, pois o estado de *loucura* era o único diagnóstico previsto em lei e feria a todos com a arma da incapacidade, abrangendo os mais simples atos civis, como os mais complexos³⁶¹. Ou seja, qualquer hipótese de inaptidão seria fundamento à

³⁵⁹ NINA RODRIGUES. O alienado no Direito Civil Brasileiro, cap. 1, n. 1, apud FERREIRA COELHO, Cod. Civ., Comparado, Coment. E Analisado, vol. IV, p. 215 apud CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Tomo I, p. 243.

³⁶⁰ MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 69.

³⁶¹ AZEVEDO, Noé de. **Da interdição**. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões, vol. 4, p. 1305-1308, ago/2011, p. 3.

incapacidade absoluta e, pois, suprida por meio de representação, após sentença de interdição.

Estados intermediários de inconsciência eram, naquela época, objeto da medida mais drástica possível - interdição total -, o que somente veio a ser minimizado nos anos 30, quando o legislador levou a cabo longa intervenção assistencialista, decorrente de movimentos sociais intensificados após a eclosão da Primeira Grande Guerra³⁶².

Foi assim que, em 1934, a incapacidade de *loucos de todo gênero* sofreu alteração por meio do Decreto n. 24.559/34. Institui-se a *interdição parcial* da pessoa com deficiência, ficando ela incluída no rol dos relativamente incapazes, conforme o nível de seriedade de sua perturbação psíquica, que seria aferido após conclusão da perícia médica. Após a perícia, o juiz determinaria os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando a incapacidade relativa ou absoluta do doente mental.

De todo modo, todas as pessoas com um mínimo de deficiência mental ou psíquica permaneciam pré-excluídas do ordenamento jurídico - que não lhes outorgava capacidade jurídica plena para praticar ato jurídico válido - sob a qualificação de “loucas”. E, conseqüentemente, eram objeto de medidas interventivas drásticas por parte do Estado, que, em processo de interdição, as afastava totalmente dos atos da vida civil, a despeito da possibilidade legal de haver interdição parcial desde 1934.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, em obra datada de 1957, observava que a alusão a *loucos*, como hipótese geral de incapacidade absoluta, excluía níveis mais suaves de insanidade mental, tais como os *fracos de espírito, psicopatas* ou de situações transitórias de perturbação mental ou inconsciência, tais como *embriaguez, delírio febril*, dentre outras³⁶³. Isso porque a generalização - que trazia em seu bojo a discriminação - não acolhia estados de incapacidade derivados de *simples psicopatias, da degeneração psíquica, dos estados de intermitência no discernimento*, sendo impossível a gradação de deficiência mental, tal como ocorre em países que optam pela interdição relativa ou inabilitação³⁶⁴.

³⁶² TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 5

³⁶³ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Tomo I, p. 250.

³⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 319.

Tobias Barreto afirmava que a expressão - simples, larga e fecunda em sua simplicidade - não era suficiente para abranger a totalidade não só dos que padecem de deficiência na consciência, como os que deixam de atingir, por vício orgânico, o amadurecimento das funções ditas espirituais³⁶⁵. Isto é, o *status* individual apontado pela lei – loucos de todo gênero –, ao invés de incluir e integrar, excluía toda e qualquer pessoa com o mínimo de deficiência mental, sem análise das mediações diversas entre capacidade de exercício e incapacidades, hipóteses a que Pontes de Miranda denomina *paraincapacidades*, ou *capacidades intermédias*³⁶⁶.

Para Pontes de Miranda, a ordem jurídica brasileira deveria reconhecer – como ocorre em outros países, mediante o instituto da inabilitação – a existência de estados intermédios ou intermitentes no discernimento, sendo necessária a intervenção heterônoma apenas para certos atos ou situações, não para a totalidade deles³⁶⁷. Em Portugal, por exemplo, a hipótese de anomalia psíquica sem tornar a pessoa inapta à prática dos negócios jurídicos implicava não na interdição, mas na inabilitação³⁶⁸, instituto inexistente no ordenamento brasileiro.

Para sanar esses problemas discriminatórios que contrariavam a noção jurídica de pluralismo da sociedade e manter a proteção legislativa em prol daquele que se mostrasse inapto para gerir-se, é que o Código Civil de 2002 alterou o suporte fático das espécies de incapacidade em torno do *discernimento* como hipótese de todas as hipóteses de incapacidade relacionadas ao estado de saúde.

Até então, pessoas com Síndrome de Down, por exemplo, eram tomadas como hipótese de incapacidade absoluta, passíveis de ação de interdição³⁶⁹, com fulcro no artigo

³⁶⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884, p. 104 e 125 apud VELOSO, Zenó. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 25.

³⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 252.

³⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 252.

³⁶⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991, p. 221.

³⁶⁹ TJSP - Ap 14.581-4/2 - 4.ª Câmara - j. 14/11/1996 - julgado por Barbosa Pereira - Área do Direito: Família e Sucessões. INTERDIÇÃO - Menor com 16 anos de idade portadora da síndrome de Down - Requerimento feito por seu genitor - Admissibilidade do pedido. Ementa Oficial: Ementa da Redação: É perfeitamente admissível o pedido de interdição de menor, contando com 16 anos de idade, portadora da síndrome de Down, pois a curatela de incapazes é admitida em qualquer idade, devendo nortear o seu cabimento um critério de utilidade.

1767 do Código Civil, uma vez reconhecidas na hipótese de *excepcional sem completo desenvolvimento mental*.

O direito tem a necessidade de apresentar à sociedade, de forma clara e específica, as situações naturais de saúde e aptidão, bem como aquelas provenientes de deficiência cerebral, bem como aquelas em que o indivíduo não deve gerir seus bens³⁷⁰, como afirma Antônio Ferreira de Mello.

A falta de *discernimento* para fins de incapacidade passou a abranger, na prática, todas essas situações: da pessoa dotada de alguma enfermidade ou doença mental que indique falta e impossibilidade de vontade de agir; da pessoa que, por causa transitória, não consiga exprimir sua vontade; dos ébrios; dos viciados em tóxico; do deficiente mental, com *discernimento* reduzido; da pessoa *excepcional*, sem desenvolvimento mental completo; da pessoa senil, abatida por alguma doença na mente; todas essas, hipóteses de falta de plenitude de sua razão, falta de verdadeira liberdade e vontade³⁷¹ e, por isso, abrangidas pelo conceito de *discernimento*.

O discernimento, no Código Civil de 2002, tornou-se, pois, novo *eixo das formas intermédias de capacidade*, nos dizeres de Judith Martins-Costa. Segundo a autora, após longo trabalho da doutrina e jurisprudência para preenchimento da antiga expressão *loucos de todo gênero*, passou-se a centrar a teoria das incapacidades na noção de *discernimento*, aplicável a partir de um raciocínio concreto ou específico, e não apenas geral-abstrato – como a extensão da antiga expressão autorizava³⁷².

O ordenamento inseriu um elemento de *concreção*, a saber, *a ausência ou redução de discernimento*, para aferição da capacidade, de modo que o intérprete deve operar um raciocínio *atento às singularidades da pessoa*, diverso do desenvolvido pela doutrina anterior, quando a capacidade era definida em vista de uma categoria genérica³⁷³ (vide, por exemplo, as diversas espécies de diminuição da capacidade em razão do *status*, no

³⁷⁰ MELLO, Antônio Ferreira. **Modificações da capacidade**. São Paulo, 1890, p. 310.

³⁷¹ MELLO, Antônio Ferreira. **Modificações da capacidade**. São Paulo, 1890, p. 310

³⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319.

³⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326.

direito romano antigo, ou, mesmo no direito brasileiro, quando o Código Civil de 1916 instituiu a categoria genérica de *loucos de todo gênero* ou mesmo dos *silvícolas*).

Inserir pessoas em categorias estanques e generalistas, da forma que a legislação civil havia feito, ia de encontro à nova ordem civil-constitucional, segundo a qual matérias relacionadas à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais, de natureza civil, passaram a ser integradas na Constituição Federal, sendo suscetíveis de aplicação imediata³⁷⁴.

Assim, no Código Civil de 2002 não se definia mais a capacidade em torno de definições genéricas e por vezes preconceituosas, mas em consonância com o *status* individual e específico daquela pessoa de carne e osso, *em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio*³⁷⁵.

No tocante às hipóteses de incapacidade absoluta, cabe salientar que a *ratio legis* é proteção do sujeito com alto comprometimento, com ausência de compreensão que o inabilita a entender o ato que está praticando ou pretendia praticar, muito comuns em hipóteses de deficiência mental grave³⁷⁶. Registre-se, no entanto, que a ordem legal excluiu a expressão *loucos de todo gênero* e passou a enunciar o nível de gravidade da enfermidade ou deficiência mental segundo o *necessário discernimento* para a prática desses atos. Ou seja, qualquer que fosse a causa da perturbação psíquica, congênita ou adquirida, que o impedisse de *compreender e formular uma vontade*, passou a acarretar a sanção da nulidade absoluta e, conseqüentemente, interdição do paciente e nomeação de curador para os atos da vida civil³⁷⁷, medida drástica mas necessária à proteção da pessoa.

No Código Civil de 2002, estavam inseridos nesse rol de incapacidade absoluta as pessoas com debilidade mental, desde que essa debilidade lhes coarctasse o *discernimento* e *entendimento* dos atos. Veja-se que essa hipótese se refere à impossibilidade de

³⁷⁴ DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 24..

³⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326.

³⁷⁶ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Das pessoas naturais**. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2008, p. 227.

³⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 68.

compreender e querer, segundo definição de capacidade de exercício de Vico, adotada por Carvalho Santos³⁷⁸ e já mencionada neste trabalho.

Antonio Ferreira de Mello admite a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental pela ausência de razão e liberdade, qualidades do homem que o tornam apto aos atos da vida civil. Assim, sem razão e liberdade, não há como exigir responsabilidade pessoal pelos seus atos³⁷⁹.

O direito passou a operar com padrões de discernimento, o que não significa que o direito tenha deixado de reconhecer positivamente as hipóteses de ausência de discernimento como fato natural de deficiência mental, independentemente de reconhecimento estatal, atribuindo eficácia aos seus graus – dos mais graves aos mais sutis –, que por sua vez estarão vinculados às várias hipóteses de incapacidade, incluindo as paraincapacidades. Reitere-se, nesse exemplo, a hipótese do julgado do Superior Tribunal de Justiça, citado no início do Capítulo II.

Orlando Gomes, em obra atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, afirma que o ordenamento passou a reconhecer a *incapacidade natural*, entendida como aquela situação em que o sujeito não detém capacidade de entender e querer, não está interditado³⁸⁰ mas reclama intervenção estatal. Sobre eventual distinção entre *incapacidade natural e legal*, Caio Mário da Silva Pereira afirma que no direito brasileiro não há lugar para essa distinção, pois toda incapacidade é legal: se a lei, norma de ordem pública, afirma que a incapacidade decorre da situação de fato em que se encontra o indivíduo, toda incapacidade resulta da coincidência dessa situação de fato com a hipótese jurídica da *capitis deminutio*, definida em lei³⁸¹.

Para o sistema das incapacidades, a única indispensabilidade é apurar se o ato incriminado foi praticado em momento de eclipse da consciência, sendo a apuração prévia da incapacidade importante à sistemática de provas, visto que uma sentença de interdição – parcial ou total – já proclama o estado de incapacidade e dispensa pesquisa de

³⁷⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

³⁷⁹ MELLO, Antônio Ferreira. **Modificações da capacidade**. São Paulo, 1890, p. 311.

³⁸⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 131.

³⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 271.

discernimento, ao passo que ausência de sentença requer do interessado prova da deficiência psíquica grave no momento da prática do ato³⁸².

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma que, reconhecida a incapacidade natural, é nulo qualquer ato praticado pela pessoa com deficiência mental. A declaração da interdição presume a nulidade do ato mas é possível tornar nulo o ato mesmo antes da sentença judicial de interdição, desde que haja prova de sua deficiência³⁸³, pois não é a sentença declaratória que cria a incapacidade, mas o estado da pessoa³⁸⁴.

A Autora aduz que o Código Civil de 2002 andou bem ao fundamentar-se no *necessário discernimento* para as práticas do ato da vida civil e excluir as inúmeras formas de alienação mental, variantes de manifestações psicopáticas³⁸⁵. Contudo, ao Direito caberia o oferecimento de um critério prático para a proteção dos incapazes. *In verbis*:

a simples afirmação de um estado de enfermidade ou deficiência mental, que reclame intervenção protetora, visto que a pessoa tornou-se absolutamente incapaz de prover aos próprios interesses, de dirigir sua vida, de exercer seus direitos, com discernimento, por ser doente ou por sofrer qualquer perturbação das faculdades mentais.

Da intervenção estatal protetora em casos graves de enfermidade, o direito não poderia escusar-se, segundo a Autora.

Enzo Roppo³⁸⁶ afirma que a pré-existência de situações passíveis de incapacidade absoluta tinha a desvantagem de tornar possível uma imperfeita aderência da situação legal à situação real – como, por exemplo, declarar a incapacidade em hipóteses de *paraincapacidades* – mas a *vantagem superior* da norma, segundo o autor italiano, está na simplificação e segurança dos juízos: *sabe-se, desde o início, com segurança e de modo objetivo, quem é capaz de agir e quem o não é.*

³⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 272.

³⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1, p. 176.

³⁸⁴ A despeito desse entendimento, a zona é cinzenta: os processualistas entendem que quanto ao momento da eficácia da sentença de interdição, ela é constitutiva, com efeitos a partir de sua prolação. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1, p. 177.

³⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1, p.175.

³⁸⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 230.

No mesmo sentido, Antonio Lago Júnior e Amanda Souza Barbosa³⁸⁷ ressaltam a necessidade de constar do ordenamento jurídico o grupo de pessoas que podem ser afetadas por discernimento reduzido por deficiência mental: como a aferição é tomada, *a posteriori*, no caso concreto, o ordenamento jurídico deveria antever hipóteses de absoluta e relativa falta de discernimento.

Contudo, como se verá mais adiante, a visão positiva e apriorística para limitação de capacidade em razão de deficit mental também era objeto de crítica e suscitou a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O rol das pessoas absolutamente incapazes ainda previa a proteção total às pessoas não afetadas pela compreensão mas que, por motivo transitório ou permanente, estivessem impedidas de expressar sua vontade de forma absolutamente fiel e correspondente ao seu desejo³⁸⁸. Nessa hipótese, trata-se da aptidão para *expressar* sua deliberação: falta conduta externa para declarar, conforme já exposto por Antonio Junqueira de Azevedo³⁸⁹. Pode haver vontade, mas não há meios de transmiti-la³⁹⁰.

A vontade manifestada segue, de modo geral, as regras da declaração negocial do negócio jurídico, ou seja, pode ser feita por meio da palavra escrita ou falada, por meio de sinais ou comportamento concludente. Irrefutável é a presença do elemento volitivo³⁹¹ no momento em que ela deve ser expressada, não importando, pois, a possibilidade futura de reversão da situação que causou a incapacitação. *Contrario sensu*, se há possibilidade de transmissão da vontade, seja por qual meio for, não há hipótese de incapacidade, como ocorre, por exemplo, com os surdos-mudos na atual realidade.

No rol de situações de inaptidão para expressão da vontade, independentemente da causa orgânica, encontram-se as situações de embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, coma, transe mediúnico, efeito de drogas. Nesses caso a incapacidade é absoluta, embora

³⁸⁷ LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 49-89, jul-set/2016, p. 10.

³⁸⁸ MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 68.

³⁸⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 162.

³⁹⁰ MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 68.

³⁹¹ MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 68.

temporária, de modo que nulos serão os atos praticados naqueles estados³⁹². Por serem temporárias, Caio Mário da Silva Ferreira afirma que, no tocante a essas hipóteses, se requer bom senso e cautela do Poder Judiciário para aplicação do efeito máximo protetivo da lei, seja para garantir a segurança nas relações jurídicas, seja para decretar a interdição. A cautela e o bom senso para impor o decreto de nulidade em hipótese de incapacidade temporária, mas absoluta, também são destacados por Zeno Veloso³⁹³.

Assim, a interdição – uma das maiores intervenções do Estado em relação à pessoa, talvez, só menor que a privação da liberdade – deve resultar de uma situação de deficit mental permanente. Isso resulta do caráter axiológico outorgado à definição de personalidade e capacidade, já mencionados. E, por outro lado, a decretação de nulidade de atos cometidos pelo indivíduo em estados de total inaptidão para manifestação da vontade também deve ser tomada com cautela, em prol da segurança jurídica.

Registre-se, por fim, que senilidade, por si, não é causa de incapacidade; a incapacidade decorre de fraqueza mental senil que impede o discernimento³⁹⁴ para gerir-se. Demais disso, no tocante à idade avançada, registre-se que envelhecimento não inibe o indivíduo de praticar atos da vida civil. Pelo contrário: eventual restrição consubstanciaria em medida discriminatória e inconstitucional, porquanto violadora de direitos humanos e fundamentais³⁹⁵.

Veja-se que, no tocante às hipóteses de incapacidade relativa, o uso do *discernimento* também encontra guarida no Código de 2002, estando as pessoas nela inseridas em um *termo médio* entre a incapacidade e o livre exercício dos direitos: não se reconhece a plenitude das atividades civis, mas não há privação de interferir nos atos jurídicos.

Ao contrário da incapacidade absoluta, que impõe a representação e a substituição completa da vontade do incapaz, na incapacidade relativa os atos jurídicos se perfazem

³⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 281.

³⁹³ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 67.

³⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1, p. 174.

³⁹⁵ WAQUIM, Bruna Barbieri. CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2015. v. 90, p.161-187.

com a *presença* da pessoa, que será apenas assistida (em razão do parentesco, relação de ordem civil ou designação judicial)³⁹⁶.

Tanto é assim que, na hipótese de pressuposto de negócio jurídico, a incapacidade relativa gera apenas anulabilidade, tema de estudo de outro capítulo, pois a lei considera a existência de *vontade qualificada*, ainda que mínima, para aquele ato.

A incapacidade relativa por critério etário se funda pela interseção entre a total falta de experiência (de uma criança, por exemplo) e certo grau de malícia e *discernimento* do ato (de um jovem de dezesseis anos, por exemplo), para participar de atos de seu interesse. A ordem jurídica reconhece a essa pessoa *certa aptidão* para o exercício dos atos na vida civil, mas limita-lhe o exercício autônomo e pleno, sendo necessária a assistência de seu pai ou mãe, ou de tutor, caso esteja em regime tutelar³⁹⁷. A presunção é legal e decorre do arbítrio do legislador, o que é objeto de críticas por parte da doutrina: afinal, se a um indivíduo com 16 (dezesseis) anos é franqueado o exercício do voto, por que lhe restringir a capacidade civil plena?³⁹⁸

A idade de 16 (dezesseis) anos é presumidamente limite entre a incapacidade absoluta e relativa. Isso não significa que menores de dezesseis anos não firmem, no dia a dia, contratos de pequena monta e que tais não sejam acoimados de nulidade. Tais atos, embora não sejam expressos no direito brasileiro, traduzem-se em verdadeiro *jus non scriptum*, ou seja, costume jurídico, conforme ensina Zeno Veloso³⁹⁹.

No tocante às demais hipóteses de incapacidade relativa, tem-se os ébrios habituais e viciados em tóxicos; deficientes mentais e excepcionais; e os pródigos. O presente trabalho se restringe à análise das hipóteses que envolvem os deficientes mentais e excepcionais, embora, desde já, se reafirme que, na situação de ébrios habituais e viciados em tóxicos, o que se observa é a falta de discernimento que origina a fraqueza mental decorrente da habitualidade no uso de álcool e drogas.

³⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 282.

³⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 283.

³⁹⁸ AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101.

³⁹⁹ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 45.

A toxicomania, segundo Caio Mário Pereira da Silva, há de ser crônica, geradora de estado permanente de ausência ou deficiência de discernimento e a Justiça deve agir com a máxima cautela a fim de evitar distorções e resguardar a incolumidade das relações jurídicas⁴⁰⁰. A toxicomania, no entanto, pode variar de acordo com a incapacidade de maior ou menor extensão, pois o uso de substâncias entorpecentes pode levar os viciados à ruína econômica pela alteração de sua saúde mental⁴⁰¹.

No tocante aos deficientes mentais e excepcionais, Caio Mário afirma que a intenção da lei foi a de inserir uma regra geral que englobasse atenuações, cabendo à ciência médica definir e distinguir em que consiste a deficiência mental e o desenvolvimento incompleto, e extremar estes estados em relação aos excepcionais. Somente em tal subsídio, o portador da deficiência mental ou incompletamente desenvolvido é incapaz relativamente aos atos que pratique ou ao modo de exercê-los⁴⁰².

Zeno Veloso mostra que o Código Civil de 2002 passou a admitir a *gradação* do discernimento, por meio do reconhecimento de enfermidades que não levam à demência, alienação, à perda completa do juízo e discernimento, mas apenas à sua diminuição⁴⁰³. Esses estados intermediários de discernimento eram os *fronteiriços*, denominados nas primeiras versões do Projeto como *fracos de espírito* ou *fracos de mente*, expressão que constava do BGB, art. 6º, já revogado⁴⁰⁴.

Já no tocante aos *excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, a lei não previa hipótese de enfermidade ou deficiência mental, mas de nível de inteligência muito abaixo do normal, *com deficiência sensorial expressiva, o que limita a sua compreensão e inibe ou restringe o seu relacionamento com o mundo exterior*, tais como os portadores da Síndrome de Down⁴⁰⁵, antes inseridos em hipóteses de incapacidade absoluta, como visto alhures.

⁴⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 284.

⁴⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, Vol. 1, p. 192.

⁴⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 285.

⁴⁰³ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 60.

⁴⁰⁴ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 60.

⁴⁰⁵ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 61.

A excepcionalidade encontra definição pela conjugação de certas áreas que refletem os valores culturais presentes na sociedade⁴⁰⁶. Pode ser aferida, em primeiro lugar, segundo o desvio intelectual e o grau de quociente intelectual. A segunda área de desvio se refere aos excepcionais sensoriais: audição difícil e os surdos, os de visão parcial e os cegos. Embora sejam considerados excepcionais, não ocasionam problemas sociais e não são tipicamente considerados na discussão sobre excepcionalidade. A terceira área considera o aspecto motor, incluindo-se, neste rol, os aleijados, deficientes ortopédicos ou os que apresentam defeitos na fala. A quarta área é a categoria genérica comportamental e da ⁴⁰⁷personalidade: uma área difícil de delimitar-se pois abrange pequenos desajustamentos da personalidade, dentre as quais as neuroses e as psicoses. A quinta área refere-se ao desvio social, onde estão incluídos os delinquentes juvenis e criminosos adultos. E a sexta área refere-se aos problemas da velhice, problemas que incidem às pessoas dessa faixa etária, como doenças degenerativas cerebrais⁴⁰⁸.

Havia uma tendência em considerar a *excepcionalidade* como uma ampla síndrome de traços comportamentais característicos de certos indivíduos⁴⁰⁹, como, por exemplo, a Síndrome de Down. No entanto, o conceito de *excepcionalidade* vai além desses estereótipos sociais, prescinde de rótulos e se funda essencialmente nas diferenças de grau e extensão biopsicológicos supradefinidos, visto que, na substância, problemas concernentes a comportamento e personalidade podem incidir em qualquer pessoa.

Vê-se, portanto, que em razão da variável extensão do nível de *excepcionalidade* do indivíduo, principalmente se aferida segundo desvios comportamentais ou de personalidade, as hipóteses de incapacidade relativa demandam alto grau de perícia. Maria Helena Diniz exemplifica algumas hipóteses de *excepcionalidade* como os fracos de mente, surdos-mudos sem educação apropriada, portadores de anomalia psíquica genética ou congênita que apresentem sinais de desenvolvimento mental incompleto⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ TELFORD, Charles W. SAWREY, James M. **O indivíduo excepcional**. 5. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S/A, 1988, p. 28.

⁴⁰⁷ TELFORD, Charles W. SAWREY, James M. **O indivíduo excepcional**. 5. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S/A, 1988, p. 40.

⁴⁰⁸ TELFORD, Charles W. SAWREY, James M. **O indivíduo excepcional**. 5. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S/A, 1988, p. 28/30.

⁴⁰⁹ TELFORD, Charles W. SAWREY, James M. **O indivíduo excepcional**. 5. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S/A, 1988, p. 36.

⁴¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, Vol. 1, p. 193.

No direito alemão, a debilidade mental, prodigalidade e embriaguez são causa de inabilitação, próxima da incapacidade dos menores de 7 anos, tendo por efeito uma limitação da capacidade de agir⁴¹¹.

A proteção jurídica dos absolutamente ou relativamente incapazes tinha como limite o término das condições de limitação, além de outros critérios previstos no art. 5º do Código Civil que, por si, presumiam o alcance da plena capacidade para os atos da vida civil, quais sejam: (a) emancipação; (b) casamento; (c) exercício de cargo público efetivo; (d) colação de grau científico em curso de ensino superior; e (e) condição de empresário ou relação de emprego em razão do que o menor tenha economia própria.

Colocadas as descrições sobre os critérios de incapacidades absoluta e relativas, que se fundavam no discernimento da pessoa, críticas não cessaram ao Código Civil de 2002.

Glauber Salomão Leite afirma que, no tocante ao Código Civil de 2002, embora pautado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, pouco se avançou em relação à capacidade civil e, por consequência, à interdição e à curatela, apresentando-se como diploma ultrapassado⁴¹².

Nelson Rosenvald afirma que o Código Civil de 2002, em nome da segurança jurídica – e não da preponderância da tutela do incapaz – aprisionou uma multiplicidade de quadros de desenvolvimento intelectual em uma categorização reducionista *a priori* de falta de capacidade, fundada no *tudo ou nada*. Para ele, o *status personae* da pessoa com deficiência deveria ser preservado e não reduzido a duas hipóteses legais de capacidade⁴¹³.

Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares⁴¹⁴ afirmam que o Código Civil de 2002, promulgado quase um século da codificação de 1916, reproduziu o mesmo regime

⁴¹¹ ENNECCERUS, KIPP E WOLFF. **Tratado**, I; §86 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 271.

⁴¹² LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Manual dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, ed. digital.

⁴¹³ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o> 24.08.2015. Acesso em: 27.07.2016.

⁴¹⁴ SCHREIBER, Anderson. NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. **O direito civil. Entre o sujeito e a pessoa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42.

unitário que reúne todas as incapacidades sob um mesmo rótulo, tratando-as com pouquíssimas alterações e sob a lógica do *tudo ou nada*, pois ser incapaz para *os atos da vida civil* abrange desde a doação de um imóvel à compra de um refrigerante. Ou seja, segundo os Autores, a legislação de 2002 mutilava a autonomia e a dignidade das pessoas, sendo necessária a *personalização* do regime de incapacidades⁴¹⁵.

Todas essas críticas, consubstanciadas em uma espécie de generalização da pessoa e limitação da autonomia, foram, como se verá, objeto da grande transformação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime das incapacidades.

3. Da função protetiva da teoria das incapacidades: aspectos patrimoniais

A despeito das críticas, registre-se que a função protetiva das incapacidades se situa no reconhecimento das hipóteses de incapacidade absoluta e relativas. Trata-se de um escudo conferido pelo ordenamento à pessoa incapaz, utilizado principalmente nas *relações patrimoniais*. Protege-se a pessoa incapaz dela mesma, no sentido de evitar que ela se responsabilize perante terceiros por negócios jurídicos firmados sem sua compreensão, discernimento e falta de vontade válida.

Não há como, nem por que negar o viés patrimonial da teoria das incapacidades. É nesse aspecto, nas relações jurídicas obrigacionais ou de direitos reais com terceiros, que reside a maior preocupação do legislador.

Renan Lotufo explica que *para o mundo negocial é que temos que ver se há capacidade plena ou não*⁴¹⁶. A prática negocial requer aptidão, malícia, sob pena, por exemplo, de uma pessoa com síndrome de Down suportar prejuízos decorrentes da ausência de malícia diante de uma situação de *dolus bonus* que não implica em invalidade do negócio jurídico⁴¹⁷, por exemplo.

⁴¹⁵ SCHREIBER, Anderson. NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. **O direito civil. Entre o sujeito e a pessoa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

⁴¹⁶ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 66.

⁴¹⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 66.

E mesmo Maurício Requião, ferrenho crítico à teoria das incapacidades constante do Código Civil de 2002, reconhece que, em um contexto capitalista, a proteção do patrimônio do incapaz é um fator extremamente relevante para a realização do ser⁴¹⁸.

É por essa razão, e como resultado do princípio da preponderância da tutela do incapaz, que se projetam no ordenamento jurídico efeitos protetivos, tanto para proteger o patrimônio do incapaz, garantindo-lhe a capacidade de direito por meio de suprimento, como, em segundo momento, para facilitar o tráfego negocial.

A lei protege o incapaz menor por meio do poder familiar, quando vivos os pais, ou por meio da tutela, se estão mortos ou o poder familiar foi extinto. A curatela, por outro lado, consiste na proteção da lei destinada ao incapaz maior de idade, mas que por questões de saúde, apresente necessidade de intervenção – mais ou menos invasiva. Incidem na curatela, pois, os maiores de idade que, por ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não apresentem aptidão para gerir sua pessoa ou administrar seus bens⁴¹⁹ e o curador detém o *munus* de zelar pelos interesses da pessoa com deficiência, sendo o responsável por suprir a deficiência ou impossibilidade de exteriorização da vontade do curatelado⁴²⁰.

Diferentemente da tutela que contém seu suporte fático em hipótese da lei, a curatela é sempre deferida em processo judicial que culmina em sentença declaratória de saúde da pessoa, e deve ser permanente e contínua⁴²¹.

Veja-se que Caio Mário da Silva Pereira reafirma o caráter declaratório – e não constitutivo – da sentença de interdição⁴²² que define os limites da curatela. No mesmo sentido, Pontes de Miranda salienta que, no tocante à incapacidade absoluta, a sentença de interdição detém alta carga de declaratividade. Segundo ele, *não* há interdição que crie incapacidade; apenas *declara* existir a incapacidade para atos jurídicos e constitui a

⁴¹⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 156.

⁴¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 479

⁴²⁰ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164.

⁴²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 480.

⁴²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 480.

situação para as medidas pertinentes e o respectivo tratamento jurídico⁴²³, de modo que a decretação da interdição alcança todo o tempo que se declara ter sido de incapacidade: eficácia *ex tunc*⁴²⁴.

O procedimento referente à curatela adquire relevância para a questão da autonomia da pessoa com deficiência que a ela estará submetido e sujeito à exteriorização de vontade pelo curador. Uma das críticas ao Código Civil de 2002 foi a ausência de proposição mais incisiva ao uso de restrições à capacidade, de acordo e nos limites das necessidades do interdito^{425 426}.

O presente trabalho não tem por objetivo o aprofundamento sobre os institutos da tutela ou curatela, mas é mister destacar que, para efeitos de curatela, se observa o rol apresentado no art. 1.767 do Código Civil que, encampando as hipóteses dos arts. 3º e 4º do Código Civil, enuncia a falta de *discernimento* como seu fundamento. Norma cogente no tocante à proteção patrimonial dos interesses dos absolutamente incapazes⁴²⁷, o art. 1767 prevê a interdição para representação dos absolutamente incapazes.

Antes do Estatuto, estavam sujeitos à curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.

A legitimidade ativa para a ação de interdição está elencada no art. 1768 e os limites da curatela (art. 1.772) irão variar conforme o nível de discernimento de cada pessoa, pelo que a pessoa não pode ser submetida a regime único de interdição, permitindo a lei que o juiz estabeleça restrição para certos atos da vida civil, liberando-a para outros⁴²⁸. Nesse

⁴²³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 323.

⁴²⁴MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 324.

⁴²⁵REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165.

⁴²⁶FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil – fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44.

⁴²⁷MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 3.

⁴²⁸RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 418.

aspecto, reitere-se o Decreto n. 24.559/34, pelo qual se passou a outorgar ao juiz a possibilidade de interdição parcial, fundada no grau de incapacidade do interdito (absoluta ou relativa), mesma solução dada pelo art. 30, §5º, do Decreto-lei n. 891/38, às hipóteses de toxicomania.

Demais disso, a curatela, se observada à luz da função protetiva da teoria das incapacidades, é relevante à análise da validade do negócio jurídico, como será analisado a seguir. Sob esse aspecto, a função protetiva do incapaz se espraia no ordenamento jurídico para reconhecer (i) nulidade de negócio jurídico celebrado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação (art. 166); (ii) anulabilidade do negócio jurídico celebrado pela pessoa relativamente capaz sem a devida assistência (art. 171); (iii) ausência do curso de prescrição⁴²⁹ ou decadência em face dos interesses dos absolutamente incapazes (arts. 198, I e 208, do Código Civil); (iv) vedação de alienação ou gravame com ônus real de bens de raiz pelos pais (arts. 1.691); (v) partilha judicial na abertura de sucessão (art. 2015); (vi) possibilidade de restituição de valor pago a título de dívida de jogo (art. 814); (vii) impossibilidade de reclamar o que, por obrigação anulada, uma pessoa pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181); (viii) dispensa de aceite do donatário incapaz, em hipótese de doação pura (art. 543); (ix) anulação do casamento do incapaz de consentir, ou manifestar de modo inequívoco, o consentimento (art. 1.550)⁴³⁰; (x) impossibilidade de testar (art. 1.860)⁴³¹.

Conforme já exposto, a origem da legislação civil remonta à proteção no âmbito patrimonial, o que não significa que a vedação acima não encontrasse reflexos indiretos existenciais, como por exemplo, pela impossibilidade de firmar contrato de trabalho, administrar verbas de administração ordinária, do dia-a-dia (que parte da doutrina

⁴²⁹ Nem mesmo a prescrição aquisitiva da propriedade, conforme a jurisprudência:

TJMG. Processo n. 104310300847990011 MG 1.0431.03.008479-9/001. Relator: Lucas Pereira. Data do julgamento: 24 de Abril de 2008; TJRN. Processo n. AC 64177 RN 2010.006417-7. Relator: Expedito Ferreira. 1ª Câmara Cível. Data do julgamento: 12 de abril de 2011; TJRN. Processo n. ED 108815000100 RN 2009.010881-5/0001.00. Relator: Juíza Maria Zeneide Bezerra (Convocada). 2ª Câmara Cível. Data do julgamento: 11 de Maio de 2010; TJRS. Processo n. AC 70051118594 RS. Relator: Rubem Duarte. Vigésima Câmara Cível. Data do julgamento: 19 de Dezembro de 2012; TJRJ. Processo n. APL 0054054-50.1996.8.19.0001. Relator: Valeria Dacheux Nascimento. 13ª Câmara Cível. Data do julgamento: 22 de Janeiro de 2014; TJSP. Processo n. 0025090-18.2003.8.26.0224. Relator: Mendes Pereira. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 3 de Outubro de 2012.

⁴³⁰ Embora o casamento se reflita no âmbito pessoal do sujeito, é certo que o artigo supracitado envolva aspectos patrimoniais, à medida que o casamento.

⁴³¹ Estas duas últimas hipóteses, casamento e testamento, são objeto de capacidade especial e não se limitam à teoria geral das incapacidades prevista nos arts. 3º e 4º do Código Civil.

denomina de ato jurídico, e não negócio jurídico), impossibilidade de se casar e constituir família, situações que originaram ferrenhas críticas ao caráter estático e limitante da teoria das incapacidades.

Neste momento do trabalho, analisar-se-á a *ratio* do ordenamento no tocante ao negócio jurídico firmado pelo incapaz, pois é o negócio jurídico o instrumento de maior relevância no âmbito patrimonial. Os reflexos protetivos de outras hipóteses de proteção serão apresentados ao final do trabalho, em um quadro comparativo à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A importância do patrimônio do incapaz sempre se mostrou a finalidade precípua da teoria das incapacidades, relegando a segundo plano a segurança jurídica e o tráfego negocial.

Destarte, a capacidade de fato, como requisito de validade do negócio jurídico, encontra guarida pela necessária higidez da vontade declarada, que deve defluir da *liberdade, consciência e vontade do indivíduo*, como condição para, ao depois, responsabilizar-se pelo negócio realizado. Um sujeito sem discernimento não é livre para autodeterminar-se, razão pela qual a ordem jurídica impõe a invalidade do ato.

Mas a invalidade do negócio jurídico deve sofrer variação: violação grave ao interesse social é acoimada com a sanção de nulidade; violação decorrente da imperfeição da vontade na realização do negócio inquina de anulável o ato.

Hamid Charaf Bdine Júnior⁴³² ensina que a sanção da nulidade tem a função de disciplinar, de modo geral, a sociedade, de modo a evitar negócios jurídicos indesejados e prejudiciais ao desenvolvimento de uma sociedade equilibrada e solidária. Somente a sanção da nulidade tem o condão de manter o resultado último pretendido pelo ordenamento jurídico, de caráter social⁴³³.

A falta de um elemento constitutivo do negócio impõe a sanção de nulidade. É por isso que, conforme Zeno Veloso, a ineficácia do negócio jurídico nulo é originária, determinada por um vício, desvio, ilegalidade verificada na formação, no momento do nascimento do contrato⁴³⁴. Assim, quando a ordem jurídica, em concordância com a

⁴³² BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁴³³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁴³⁴ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 25.

consciência social, é levada a considerar o ato de autonomia afetado por uma deficiência intrínseca, a sanção será a de nulidade⁴³⁵.

É a violação à regra jurídica cogente proibitiva, e conseqüentemente, a violação aos valores do ordenamento jurídico, que impõem a nulidade do negócio jurídico desde o nascimento, o que gera efeitos em relação aos contratantes e a terceiros, de modo que qualquer interessado pode arguir a nulidade⁴³⁶.

A sanção de nulidade encontra previsão no artigo 166 do Código Civil, sendo a incapacidade das partes hipótese prevista no inciso I. É o representante do incapaz que deve querer, no lugar do absolutamente incapaz, sendo irrelevante que o representado haja querido ou não, se o representante quis⁴³⁷.

Salvo se assinado pelo representante, todo negócio jurídico é nulo, pela incapacidade absoluta da parte. A carga axiológica dessa sanção legal encontra guarida na proteção dos absolutamente incapazes, mas também está na prevenção, como afirmado anteriormente por Hamid Charaf Bdine Júnior: coerção imposta a terceiros para que não se aproveitem das *limitações e debilidades dos incapazes, tirando lucro e proveito de sua inexperiência, imaturidade, falta de discernimento ou impossibilidade de emitirem, validamente a sua vontade*⁴³⁸. Zeno Veloso cita o espírito da nulidade, contida no Código Civil francês, pelo que: *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit*⁴³⁹.

A nulidade não pode ser sanada pela confirmação do negócio, visto que ele já nasceu sem seus elementos essenciais. Se o autor do negócio quer manter aquele arranjo de interesses, deve celebrá-lo *ex novo*, porquanto o conteúdo do negócio nulo não tem um valor preceptivo vinculante⁴⁴⁰, como ensina Emílio Betti. Zeno Veloso afirma que a hipótese se refere à *repetição* do negócio, agora escoimado dos defeitos, sem o motivo que determinava a nulidade. A repetição implica em *novo negócio*, de modo que opera *ex*

⁴³⁵ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 26.

⁴³⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁴³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 226.

⁴³⁸ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 40.

⁴³⁹ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 40.

⁴⁴⁰ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 32.

nunc, não tem efeito retro-operante, não faz renascer o negócio anterior e vale dali para frente, a partir da data de sua conclusão⁴⁴¹.

Assim: ratificação do negócio jurídico nulo é impossível⁴⁴².

Pontes de Miranda afirma que a *insanabilidadade voluntária do nulo é um dos axiomas da teoria das nulidades*⁴⁴³.

Para o Autor, negócio nulo é nulo para sempre, desde o começo. A doutrina clássica das nulidades assenta o princípio geral de que ato nulo não produz efeitos: *quod nullum est, nullum producit effectum*⁴⁴⁴. Nem a pessoa incapaz pode *querer e validar* negócio jurídico nulo, nem o tempo pode ter aqui efeito convalescente. Martinho Garcez⁴⁴⁵ afirma que o tempo não é um meio de estabelecer ou extinguir de pleno direito uma obrigação, de modo que a ele não se pode atribuir a virtude de dar valor a um ato nulo por sua natureza⁴⁴⁶. E é nesse sentido a disposição constante do art. 169 do Código Civil, posto que o negócio jurídico nulo não tem cura.

A nulidade é pronunciada pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição, quando conhecer do negócio ou dos seus efeitos e a encontrar provada, ainda que se trate, no caso, de interesses patrimoniais particulares⁴⁴⁷. A possibilidade de ser arguida a qualquer tempo decorre da *perpetuidade* da nulidade. *Por mais longo que seja o tempo que passe, não convalida o negócio nulo*, afirma Zeno Veloso ao encampar sentença de Paulo: *quod initio vitiosum est, non potest tractus temporis convalescere*⁴⁴⁸.

E é por essa razão que o direito de arguir a nulidade não se sujeita a prazo extintivo decadencial⁴⁴⁹, como pondera Zeno Veloso⁴⁵⁰. Registre-se, contudo, que embora a ação

⁴⁴¹ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 40.

⁴⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 228.

⁴⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 180.

⁴⁴⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 368

⁴⁴⁵ GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 51.

⁴⁴⁶ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 161.

⁴⁴⁷ Art. 168 do Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴⁴⁸ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 166.

⁴⁴⁹ O autor afirma que a hipótese seria de decadência, não de prescrição. O que prescreve é a pretensão do titular para defender o direito violado (art. 189) e, na hipótese de nulidade, o interessado tem o direito potestativo de alega-la, o que seria hipótese de decadência, não sujeita a prazo prescricional. Cf.: VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 166.

⁴⁵⁰ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167.

de nulidade não se extinga pelo decurso do tempo⁴⁵¹, a situação criada pelo negócio jurídico nulo pode convalidar-se pelo tempo decorrido. Ou seja, se a ação declaratória de nulidade é cumulada com pretensões condenatórias, como ocorre na maioria das hipóteses em que a parte deseja retornar ao *statuo quo ante*, admite-se a prescrição no tocante à *pretensão condenatória*⁴⁵².

Essa espécie de nulidade se opera *ipso iure*, o que significa que pode ser alegada por qualquer interessado prejudicado pelo contrato nulo e pelo Ministério Público (art. 168 do Código Civil). Esse é um preceito que se encontra na generalidade dos Códigos: italiano, art. 1.421, argentino, 1.047; chileno, art. 1.683; peruano, art. 220; de Québec, art. 1.418; português, art. 286; paraguaio, art. 359⁴⁵³.

Outrossim, para vícios decorrentes da formação da vontade, o ordenamento impõe sanção mais atenuada: anulabilidade, prevista nas hipóteses dos artigos 138 a 159 do Código Civil, quais sejam, erro substancial (art. 138); dolo (art. 145); coação (art. 151); estado de perito e lesão (arts. 156 e 157); fraude contra credores (art. 158); contratos do devedor insolvente (art. 159), hipóteses que, combinadas com o art. 171, I (incapacidade relativa do agente), *podem* acarretar a anulação do negócio jurídico.

No tocante à incapacidade relativa, objeto deste trabalho, verifica-se que negócio jurídico praticado pelo relativamente incapaz, sem assistência determinada pela lei ou pela sentença de interdição, é anulável⁴⁵⁴. É a falta de *assentimento assistencial*⁴⁵⁵ que implica na sanção de anulabilidade. Marcos Bernardes de Mello afirma que não é objetivamente a *incapacidade relativa do agente* que torna anulável o ato negocial, mas a falta do *assentimento assistencial* - daquele que a lei determinou que o fizesse,

⁴⁵¹ Presume-se que o debate acerca da imprescritibilidade do negócio jurídico tenha sido sanada com o advento do art. 169 do Código Civil, conforme comentário de Renan Lotufo: *Doravante, portanto, não cabe mais a divagação doutrinária perante os termos peremptórios da nova lei*. Cf. LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1, p. 470.

⁴⁵² VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 178.

⁴⁵³ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 155.

⁴⁵⁴ Registre-se, outrossim, que o ordenamento jurídico prevê hipóteses de prática de atos da vida civil sem que isso implique em invalidade: art. 228, I, CC/2002; art. 666 do CC/2002 e art. 1860, § único, do CC/2002).

⁴⁵⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

justamente para lhe proporcionar proteção – e a prática pessoal pelo indivíduo relativamente incapaz, não pelo assistente⁴⁵⁶.

Essa invalidade, por não ter caráter absoluto, pode ser sanada. Dá-se, então, uma *convalescença* do negócio jurídico invalido, como afirma Betti⁴⁵⁷. Pontes de Miranda afirma que a anulabilidade é o nulo *eventual*, e não *inicial*, dada a possibilidade de se sanar esse defeito⁴⁵⁸.

A anulabilidade se extingue pela atuação do tempo ou pela ratificação⁴⁵⁹. Isso significa dizer que, enquanto não se escoar o prazo de prescrição, pode o pai, tutor ou curador, *pedir* que se decrete a anulação do negócio jurídico ou, que se renuncie à ação de anulação⁴⁶⁰.

Depois de celebrado o negócio anulável, há modificação na relação jurídica entre as partes, ainda que essa modificação se verifique de forma precária, em razão da incapacidade relativa, por exemplo. Essa modificação pode ser eliminada ou confirmada, por iniciativa do interessado⁴⁶¹.

A atenuação da sanção está, pois, na oportunidade de confiar na *apreciação do interessado*. Será o interessado que decidirá se a carência virtual do negócio se converterá em carência atual de efeitos ou se o negócio estabelecido, não obstante o vício, deve reputar-se vinculante entre as partes⁴⁶².

Bdine Júnior⁴⁶³ encampa ensinamentos de Massimo Bianca⁴⁶⁴ e afirma que a anulabilidade acarreta a ineficácia do negócio por decretação judicial, mas produz efeitos até a prolação da sentença. Ou seja, ela produz efeitos, ainda que provisórios. Por isso, a

⁴⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191.

⁴⁵⁷ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 53.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 322 et seq.

⁴⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 341.

⁴⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 341.

⁴⁶¹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 28.

⁴⁶² BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 28.

⁴⁶³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁴⁶⁴ BIANCA, Massimo Cesare. **Diritto civile**, v. 3, p. 642.

anulabilidade tem de ser construída (efeito constitutivo negativo), porque se situa em uma zona cinzenta, entre nulo e válido.

Com a convalidação, os efeitos do negócio são os mesmos como se o negócio nunca tivesse estado viciado e os efeitos que foram produzidos até a convalidação não correm mais o risco de serem removidos *ex tunc*, pelo que Emílio Betti afirma que a convalidação tem efeito retroativo, atribuindo uma interpretação autêntica e válida àquele negócio inicialmente inválido⁴⁶⁵.

As diferenças de regime entre nulidade e anulabilidade são consequências naturais que derivam da diferença de índole das duas formas de invalidade. Assim, é natural que a nulidade, ao contrário da anulabilidade, não prescreva e não se sane, em regra, por confirmação ou ratificação posterior⁴⁶⁶.

Reitere-se que, em se tratando de negócio jurídico realizado pela pessoa com incapacidade mental, o reconhecimento da sanção de nulidade ou anulabilidade adquire vital importância à proteção, maior ou menor, outorgada pelo ordenamento jurídico.

O reconhecimento da nulidade é matéria de ordem pública, não estando sujeito à prescrição, decadência ou preclusão. Ela pode ser reconhecida a qualquer tempo, *ex officio*, independentemente de provocação da parte, do interessado ou do Ministério Público. Pronunciada a nulidade, as partes retornam ao *statuo quo ante* como se não tivesse sido celebrado o negócio nulo⁴⁶⁷. A anulabilidade, por outro lado, está no âmbito do direito entre particulares; gera efeitos até sua constituição. O negócio anulável pode ser ratificado ou confirmado pelas partes, e seus efeitos convalidam-se pelo tempo, incidindo, portanto, a prescrição e decadência⁴⁶⁸.

Na prática, a grande questão que sempre se colocou à discussão se refere à validade do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental: situa-se o suporte fático na hipótese de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico? Privilegia-se o incapaz ou a proteção sofre ponderação à luz da boa-fé do outro contratante?

⁴⁶⁵ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 57.

⁴⁶⁶ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, Tomo III, p. 27.

⁴⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 375.

⁴⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 382.

Em tese, a sanção de nulidade ou anulabilidade variaria conforme o grau de incapacidade da pessoa com deficiência: ausência de discernimento ou diminuição⁴⁶⁹.

No ordenamento pátrio, a doutrina sempre caminhou no sentido de que é nulo o ato praticado pela pessoa com deficiência mental, independentemente de ter sido ou não decretada sua interdição⁴⁷⁰ ou ser ela notória. Essa é a posição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo a qual, a sentença de interdição influi apenas na sistemática da prova, mas não no direito substancial no tocante à incapacidade. Segundo ele, os atos são nulos pela falta de aptidão volitiva natural da pessoa e não porque o ato foi praticado antes ou após a interdição⁴⁷¹. Assim, o decreto de nulidade produz efeitos *ex tunc* e alcançam a declaração de vontade no momento da emissão.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda diz que é errada a decisão judicial que, perante o ordenamento jurídico brasileiro, entende como *apenas anulável* o ato do absolutamente incapaz antes da interdição⁴⁷², ainda que notória sua incapacidade absoluta. Para o Autor, correta é a posição de que, *interdito, ou não, o incapaz, nulos são os seus atos, uma vez provada a existência da moléstia ao tempo de sua prática*⁴⁷³.

Hamid Charaf Bdine Júnior, no entanto, destaca a divergência da doutrina na hipótese de colisão entre a incapacidade natural - ainda não reconhecida pela sentença de interdição - e a boa-fé do outro contratante⁴⁷⁴.

Sobre a questão, Carlos Alberto da Mota Pinto destaca, principalmente, três cenários para se perquirir sobre o nível de invalidade do negócio firmado pela pessoa com deficiência mental.

A primeira situação refere-se a negócio jurídico firmado pelo interdito após sentença registrada e publicada nos órgãos oficiais. Segundo ele, a pacífica doutrina mundial entende pela desnecessidade de qualquer outra indagação ou prova para declarar-

⁴⁶⁹ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 47.

⁴⁷⁰ CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 90.

⁴⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 272.

⁴⁷² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 229.

⁴⁷³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo IV, p. 229.

⁴⁷⁴ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 35.

se a invalidade desse ato jurídico⁴⁷⁵. Segundo ele, não há necessidade de invocar a *existência de notoriedade da incapacidade, conhecimento pela outra parte, remissão no estado demencial ou prejudicialidade do ato*⁴⁷⁶. Todos os posteriores à sentença são nulos de pleno direito. No mesmo sentido, o art. 502 do Código de Napoleão e §103 do BGB, que reiteram o caráter de *nulidade absoluta* dos negócios realizados pelo interdito.

A segunda está no momento posterior à publicação da ação de interdição, mas antes da sentença. Nessa hipótese, Carlos Alberto Mota Pinto destaca a diminuição da proteção dispensada ao demente, sendo necessária a prova de que o ato tenha lhe causado prejuízo no momento da celebração do negócio (excluídos os prejuízos por causa superveniente)⁴⁷⁷.

Trata-se, pois, de hipótese de *anulabilidade* do ato jurídico fundada pela seguinte razão: a *ratio juris* reside na necessidade de se aplicar um regime que garanta ao interdicendo realizar negócio jurídico válido e não relegá-lo ao *vácuo*, uma espécie de *quarentena* até que o Poder Judiciário decida sobre o estado dessa pessoa. É justamente pela presunção de capacidade que se presume que o negócio possa ser validado.

Cabe destacar, no entanto, que eventual anulação do ato fica condicionada à prova de prejuízo ao interdicendo. Esse prejuízo necessário deve ser verificado no momento da celebração do negócio oneroso e analisado segundo as regras de boa-fé e prudência de um gestor de bens⁴⁷⁸.

É na terceira hipótese apresentada por Carlos Alberto Mota Pinto que reside a controvérsia principal: regime dos atos praticados pelo incapaz antes da propositura da ação em que veio a ser ulteriormente interdito⁴⁷⁹.

Diferentemente da legislação brasileira, o ordenamento jurídico português prevê regra específica no sentido de proteção dos declaratórios de boa-fé. Essa é a *ratio* do

⁴⁷⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 13

⁴⁷⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p.9

⁴⁷⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 18-19.

⁴⁷⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 23.

⁴⁷⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 24.

sistema português, de modo que a anulação dos atos praticados pela pessoa com deficiência deve ficar condicionada à presença dos seguintes requisitos: (i) existir a *demência* no período em que foi praticado o acto; e (ii) ser a demência notória (evidente ou geralmente conhecida) ou conhecida da outra parte⁴⁸⁰. *Contrario sensu*, a simples existência de *incapacidade natural* não é suficiente para suscitar a anulação dos atos jurídicos, como ocorre, em tese, na legislação pátria.

A necessidade de *notoriedade* é prevista expressamente também nas legislações francesa, italiana e argentina, sendo o requisito *notoriedade* é previsto expressamente⁴⁸¹. Nessas legislações, o ato jurídico *stricto sensu* realizado pelo interdito antes da decretação da interdição é inquinado com a sanção da anulabilidade, e não nulidade.

Na Alemanha, contudo, o BGB acoima de nulidade o ato firmado pelo incapaz, passível de reconhecimento mesmo antes do decreto de interdição. No direito alemão, como no direito brasileiro, a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado, sem prazo de caducidade, e insuscetível de confirmação⁴⁸².

Zeno Veloso destaca que no ordenamento pátrio, na falta de dispositivo expresso, a doutrina majoritária e jurisprudência dominante entendem que nulo é o negócio praticado pelo *alienado* anteriormente à interdição, se ficar demonstrado que a doença mental que determinou a capacidade já existia à época da celebração⁴⁸³. Basta a comprovação da *incapacidade natural*, entendida como a falta de discernimento, para anulação do negócio jurídico.

Contudo, a despeito desse entendimento, parte da doutrina afirma que, em nome da boa-fé do contratante, se possa admitir a validade do negócio jurídico, inquinando o negócio jurídico apenas com a hipótese de anulabilidade.

Nesse sentido, Zeno Veloso encampa posição de Carvalho Santos⁴⁸⁴ e sugere que o ordenamento brasileiro siga orientação estrangeira, no sentido de, reconhecida a boa-fé

⁴⁸⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 33.

⁴⁸¹ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 49.

⁴⁸² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2, p. 15.

⁴⁸³ VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 48.

⁴⁸⁴ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, Vol. I, p. 263.

do outro contratante, não seja ela colocada à margem, de modo que a decisão sobre a sanção seja tomada com base no requisito da *notoriedade* da incapacidade, a ser aferida no momento da celebração⁴⁸⁵. Essa posição de Carvalho Santos, mais direcionada ao tráfego negocial, afirma que o *ato será válido se ele realmente ignorava aquela incapacidade*⁴⁸⁶, o que, na opinião da doutrina majoritária, significa a *marginalização da teoria das incapacidades*.

Sílvio Rodrigues também manifesta sua discordância quanto à tese de *nulidade*. Para o autor, nessa hipótese, a anulação pode revelar-se extremamente injusta com aquele que contratou com o interditando, além de trazer em seu bojo um regime de insegurança nocivo ao tráfego negocial⁴⁸⁷, razão pela qual, em caso de desconhecimento do *estado* da incapacidade, privilegia-se a boa-fé do terceiro contratante a despeito do interesse do incapaz. A solução estaria, portanto, na decretação da nulidade sob as seguintes condições: apenas se a alienação mental era notória; se o outro contratante dela tinha conhecimento, ou se poderia, com diligência ordinária, apurar a deficiência da outra parte, hipóteses em que a boa-fé já não se manifesta⁴⁸⁸.

No mesmo sentido, Maria Alice Lotufo afirma que no ato praticado antes da interdição, em hipótese de incapacidade não notória, deve ser prestigiado o terceiro de boa-fé⁴⁸⁹.

Demais disso, a doutrina e jurisprudência dominantes confirmam a preponderância da tutela do incapaz, sendo qualquer limitação excepcional, pelo menos até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Luiz Gonzaga de Carvalho afirma que a existência de anormalidade mental não pode sofrer mudança devido à boa-fé do contratante. Aceitar essa possibilidade, alusiva à necessidade de *notoriedade* do quadro patológico a terceiros, implica na subversão do

⁴⁸⁵ VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**. 2. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 49.

⁴⁸⁶ CARVALHO, SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, v. I, p. 263P. 116.

⁴⁸⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, Vol. 6, p. 422.

⁴⁸⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, Vol. 6, p. 422.

⁴⁸⁹ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2008, p. 227.

mundo do ser: *afinal, o que é, é*. Se há incapacidade, a boa-fé não poderá ser vista como prova *jure et de jure*, acima da verdade real⁴⁹⁰.

Segundo o Autor, quando a lei pretende abrir exceção à regra, ela o faz taxativamente, tal como já ocorre no §1º do art. 814 do CC, de modo que não há como presumir-se que a suposta falta de lei específica para essa hipótese implique em reconhecimento da boa-fé. Isso seria, segundo o autor, colocar a boa-fé acima do próprio Direito posto, o que não se admite, em homenagem aos Princípios Gerais do Direito e pela própria norma⁴⁹¹.

Não há, ainda, revogação de lei por boa-fé. Ela não tem a força de revogar lei, transformar negócio nulo em anulável ou, tampouco, dar validade ao que é inválido. Assim o fosse, seria inócuo o laudo pericial que atesta a incapacidade do sujeito e a prova produzida nos autos⁴⁹².

Bdine Júnior afirma que, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não considere possível o reconhecimento de validade de negócios realizados por absolutamente incapazes com terceiros de boa-fé, há possibilidade de se prestigiar a boa-fé daquele que contrata⁴⁹³, como por exemplo, nas hipóteses em que *o proveito do negócio reverteu em benefício do incapaz, sem empobrecê-lo, ou em que tenha sido por ele utilizado para salvar-lhe a vida ou a de alguém de sua família*⁴⁹⁴.

Todas as hipóteses elencadas refletem, sobremaneira, no patrimônio da pessoa com deficiência mental, de modo que o tema adquiriu ainda mais destaque após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme será demonstrado no capítulo final deste trabalho.

De todo modo, a grande crítica à teoria das incapacidades no tocante à nulidade dos negócios jurídicos firmados pela pessoa com deficiência tocante aos atos negociais pode ser resumida por Georges Ripert. *In verbis*:

⁴⁹⁰ CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 116.

⁴⁹¹ CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 117.

⁴⁹² CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 118.

⁴⁹³ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 195.

⁴⁹⁴ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 195.

(...) a regra abstrata da incapacidade é umas vezes insuficiente, outras demasiado rigorosa. É sobretudo quando ela vai além do seu fim, que é curioso observar os meios empregados para refrear a sua aplicação. Há hipóteses em que a regra legal de proteção destinada a socorrer a fraqueza de uma das partes se revela inútil, em virtude de ter o incapaz sabido, por sorte, enriquecer o seu património. Há outras hipóteses em que a regra se revela má, por ter o incapaz manifestado no contrato uma força ativa e delituosa levando a outra parte, por manobras dolorosas, a tratar com ele. (...) Esta força nociva não poderá ficar sem repressão. A vítima deixa, então, de ser o incapaz para ser o contraente que foi induzido por meio das suas manobras a contratar com ele. Não se permitindo ao incapaz atacar o contrato, cairá ele na sua própria armadilha para castigo da sua fraude⁴⁹⁵. Tais considerações morais não têm, aliás, em matéria de incapacidade, senão um papel de segundo plano, porque aqui a organização técnica da instituição ocupa o primeiro. É necessário, em benefício do crédito público, fixar o estatuto do incapaz ligado à vida econômica, e é igualmente necessário prevenir os terceiros deste estatuto, assegurando-os com a publicidade das incapacidades. Ora, todas as vezes que se cede a considerações econômicas de crédito, sacrifica-se, pelo menos parcialmente, as considerações morais⁴⁹⁶.

Isto é, segundo os dizeres acima, somados às palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁴⁹⁷, Sílvio Rodrigues⁴⁹⁸, Zeno Veloso⁴⁹⁹ e Maria Alice Lotufo⁵⁰⁰, a sanção da nulidade ao negócio jurídico praticado pela pessoa absolutamente incapaz pode mostrar-se demasiadamente exagerada, seja pela simplicidade do ato praticado (atos correntes de administração) que sugere a dispensa da proteção; seja pela necessidade de preservar os interesses do terceiro de boa-fé que contrata com o incapaz; ou seja ainda em razão da má-fé do incapaz que, por manobras escusas, induz o terceiro a contratar com ele.

Maurício Requião, ainda sobre a rigidez da sanção de nulidade aos negócios jurídicos, afirma que a teoria não considera os atos praticados durante intervalos lúcidos, independentemente se terem sido benéficos ou não à pessoa com deficiência, o que tolhe

⁴⁹⁵ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 109.

⁴⁹⁶ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Tradução Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 109.

⁴⁹⁷ Ver nota 197.

⁴⁹⁸ Ver nota 489.

⁴⁹⁹ Ver nota 486.

⁵⁰⁰ Ver nota 490.

a autonomia da pessoa e viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁵⁰¹.

Todas essas questões, combinadas com a literalidade dos arts. 3º e 4º do Código Civil e o estigma da interdição, foram objeto de inúmeras críticas à teoria geral das incapacidades, tema da próxima seção.

4. Necessidade de gradação da teoria das incapacidades

A origem da proteção das pessoas incapazes remonta à Lei das XII Tábuas, que trazem os princípios primitivos da tutela e curatela: *Si furiosus esse incipit, acuatorum gentilique in eo pecuniaque ejus potestas esto.*⁵⁰² Em Esparta, o Estado autorizava a morte das pessoas com deficiência física ou mental⁵⁰³.

Antonio Montarcé Lastra, em 1929, dizia que a questão sobre a pessoa portadora de deficiência mental devia ser analisada à luz do aspecto social, e não apenas jurídico. Os sentidos jurídico e social deveriam caminhar lado a lado e caberia à ordem jurídica intervir em favor do incapaz que, ao longo da história, suportou a exclusão.

Segundo o autor, no primeiro momento em que se perceberam as enfermidades mentais, a pessoa com deficiência era tratada como um pobre e vivia de beneficência, principalmente da igreja católica. O segundo momento caracterizou-se por considerá-lo um enfermo e, partindo-se do princípio da incurabilidade, afirmava-se que era dever da comunidade assegurar-lhe tratamento humano⁵⁰⁴. A internação constituía *medida econômica e social necessária* àquele indivíduo incapacitado *para o trabalho e da impossibilidade de integrar-se no grupo*, conforme registros de Michel Foucault⁵⁰⁵, no livro *História da loucura na Idade Clássica*. Nessa obra o Autor descreve também o

⁵⁰¹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 77.

⁵⁰² LASTRA, Antonio Montarcé. **La incapacidad civil de los alienados**. Buenos Aires: Libreria y Editorial “La Facultad” Juan Roldan y cia, 1929, p. 14.

⁵⁰³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª ed., Brasília: CORDE, 2011, p. 26. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf

⁵⁰⁴ LASTRA, Antonio Montarcé. **La incapacidad civil de los alienados**. Buenos Aires: Libreria y Editorial “La Facultad” Juan Roldan y cia, 1929, p. 260.

⁵⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 78.

tratamento degradante a que eram submetidos as pessoas com deficiência mental e a completa desagregação da pessoa com deficiência, discriminada como *incapaz*.

Nessa época, saía a deficiência mental do território da magia e religião para inserir-se, gradativamente, no campo da ciência.

Na segunda metade do séc. XVIII, época influenciada pelo jusnaturalismo, passou-se a conceber o homem como sendo naturalmente bom. Os ideias de Jonh Locke e Condillac influenciaram Jean Itard, médico do Instituto Imperial dos Surdos-Mudos que, em plena Revolução Francesa, iniciou um projeto educacional com Victor de Aveyron, denominado *menino selvagem*, capturado em 1797, na floresta de La Cauve, na França.

Em princípio, o médico Phillippe Pinel outorgou a Victor de Aveyron o diagnóstico de *imbecilidade*, sem que o paciente tivesse tido possibilidade de trabalho reeducativo⁵⁰⁶. Esse diagnóstico inicial foi feito com base em critérios puramente organicistas. Tanto é assim que Phillippe Pinel foi o responsável pelo estudo e classificação de doenças de desordens mentais⁵⁰⁷.

Nessa época, as pessoas com deficiência mental eram repelidas pela população, de modo geral. Mas sob a proteção dos médicos psiquiatras, foram feitas pesquisas que serviram, longo tempo depois, para a criação de uma política de saúde mental mais humana e próxima da população⁵⁰⁸. A contribuição de Phillippe Pinel, por meio de seus princípios humanistas de tratamento, suscitou mudança no comportamento da sociedade da época que deixou de requerer a utilização de métodos brutais e aprisionamento das pessoas com deficiência e passou a considerá-las como portadoras de doenças, prementes de medicamentos adequados⁵⁰⁹. Tanto é assim que em 1872, na França, as internações de pessoas com deficiência deixaram de ser compulsórias.

De todo modo, prevalecia à época a concepção eminentemente orgânica, no trato da deficiência mental. Nesse sentido, em 1870, Henry Ey definiu doença mental como

... comme une des faces, un des aspects particuliers de la maladie de la totalité de la personne... Dans cette perspective dynamiste et

⁵⁰⁶ ASSUMPÇÃO JUNIOR, Francisco Batista. **Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Memmon, 2000, p. 6

⁵⁰⁷ GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés**: le regard interrogé. Toulouse: Érès, 1991, p. 18.

⁵⁰⁸ GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés**: le regard interrogé. Toulouse: Érès, 1991, p. 18.

⁵⁰⁹ GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés**: le regard interrogé. Toulouse: Érès, 1991, p. 19.

globaliste de l'être qui assure et contient son développement, la vie psychique apparaît comme un progrès, la maladie mentale comme une régression. La maladie mentale se révèle à la fois comme un déficit de l'organisation progressive de l'être et comme un mode régressif d'existence⁵¹⁰.

Essa concepção organicista da *loucura*, presente até dias atuais em algumas teorias, foi cedendo espaço para uma classificação que envolvia aspectos biológicos, carências alimentares, aberrações genéticas, desequilíbrio fisiológicos, disfunções hormonais, stress, dentre outras hipóteses que implicavam no desenvolvimento da psiquiatria neurobiológica e psiquiatria psicossocial⁵¹¹.

O trabalho executado pelo médico Jean Itard em favor de Victor de Aveyron, que com o passar do tempo apresentou uma série de progressos, não foi desprezado, de modo que a deficiência mental passou a ser vista também à luz de uma visão pedagógica, e não somente restrita à avaliação do retardo mental como uma questão orgânica.

O terceiro momento no tratamento das pessoas com deficiência mental, segundo o Autor argentino, decorre das internações dessas pessoas em instituições psiquiátricas e se consubstancia pelo reconhecimento da possibilidade de cura da pessoa com deficiência mental, desde que fosse tratada de forma racional e em estabelecimentos adequados. Assim, seguindo o valor atribuído pela sociedade, a lei passou a estabelecer regulamentação adequada em juízo de *insanidade*, assegurando à pessoa com deficiência mental direitos e interesses civis⁵¹².

Segundo Flávia Piovesan, a história das pessoas portadoras de deficiência compreende quatro fases: a) a primeira, com a intolerância com relação às pessoas com deficiência; b) a segunda, marcada pela invisibilidade dessas pessoas; c) a terceira, orientada sob uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica de que a deficiência era uma “doença a ser curada” e d) quarta, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, com ênfase à inclusão social da pessoa com deficiência no meio em

⁵¹⁰ GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés: le regard interrogé**. Toulouse: Érès, 1991, p. 20.

⁵¹¹ GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés: le regard interrogé**. Toulouse: Érès, 1991, p. 21.

⁵¹² LASTRA, Antonio Montarcé. **La incapacidad civil de los alienados**. Buenos Aires: Libreria y Editorial “La Facultad” Juan Roldan y cia, 1929, p. 260.

que ela se insere, com vistas a eliminar barreiras culturais, físicas ou sociais⁵¹³, momento vivido do final do séc. XX até os dias atuais.

No Brasil, antes das codificações, as Ordenações Filipinas já traziam disposições relativas aos loucos e pródigos. Naquela época, anterior à Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, os termos utilizados, em consonância com as codificações do exterior, apresentavam termos como louco, mentecapto, furioso, dentre outros.

Todos esses termos decorrem das definições anteriores do direito romano, tais como *furiosus*, *insanus*, *demens* e *mente capitus*, que acabaram por constituir um modelo de conceitos que apareceriam nas codificações subsequentes, como explica António Menezes Cordeiro⁵¹⁴. O BGB, por exemplo, se reportava à doença de espírito, fraqueza de espírito, prodigalidade e toxicomania.

No Brasil, as impropriedades do Código Civil de 1916, já delineadas em capítulo anterior, já eram objeto de crítica desde seu projeto. Além da impropriedade técnica da expressão *loucos de todo gênero*, que não abrangia estados intermediários de incapacidade, a interdição judicial – parcial ou absoluta – era realizada exclusivamente segundo os padrões médicos, cognitivos, pouco importando o nível de dificuldade que essa pessoa apresentasse em seu meio. A expressão, discriminatória e desagregadora, serviu de mote para, a partir da metade do séc. XX, iniciar-se um movimento liderado pelas famílias na tentativa de melhorar o tratamento jurídico-social às pessoas com deficiência mental, integrando-o aos direitos humanos, com escopo de proteção, promoção e inclusão de conhecimento e conteúdo, como discorre Fernando Rodrigues Martins⁵¹⁵.

O Autor salienta que, nessa época, foram firmados documentos não vinculativos de ordem internacional, mas ainda insuficientes à resolução da questão sobre a incapacidade das pessoas com deficiência.

⁵¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283.

⁵¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**. I Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2007, Tomo II, p. 460.

⁵¹⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 104/2016, p. 203-255, mar-abr/2016, p. 6.

Se comparado ao Código Civil de 1916 - promulgado em uma era que não se preocupava com a problemática social⁵¹⁶ - o Código Civil de 2002, fundado também no princípio da socialidade⁵¹⁷, trouxe alterações expressivas, mas ainda insuficientes às necessidades das pessoas com alguma deficiência.

Em 2002, a sociedade já clamava que a situação de exclusão fosse solvida. Afinal, àquela época, o já editado Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, dispunha sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, com o intuito de promover a integração da pessoa com deficiência no contexto socioeconômico e cultural, estabelecendo instrumentos e mecanismos legais para efetividade de seus direitos fundamentais, em igualdade de oportunidades, *sem privilégios ou paternalismos*⁵¹⁸.

No entanto, como já visto, o Código Civil manteve o desdobramento da incapacidade segundo critérios etários e de saúde, aferindo-se o *discernimento* em cada situação: maturidade, transtorno mental, impossibilidade de manifestação da vontade; dependência química; e prodigalidade, o que foi objeto de inúmeras críticas pelos doutrinadores, visto que a visão apriorística de hipóteses de falta de discernimento, fundada em situações de saúde mental, culminava em uma espécie de discriminação com relação a essas pessoas e violava o primado da dignidade da pessoa humana.

Posto isso, e a despeito da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, é possível afirmar a existência de algumas circunstâncias fáticas que culminaram para a revisão da teoria das incapacidades, especialmente no tocante à pessoa com deficiência mental.

A primeira decorre da impropriedade técnica da expressão *enfermidade ou deficiência mental*, contida no inciso II do art. 3º do Código Civil, e, conseqüentemente, da análise puramente cognitiva/médica para aferição desse deficit.

Embora o legislador tenha excluído a expressão *loucos de todo gênero*, a manutenção de *enfermidade ou deficiência mental* ainda não atendeu aos diversos níveis

⁵¹⁶ REALE, Miguel. **A constituição e o Código Civil**. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>. Acesso em 14/12/2016.

⁵¹⁷ LOTUFO, Renan. Teoria geral dos contratos. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 12.

⁵¹⁸ BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm.

de deficits previstos entre a capacidade e a incapacidade. A lei deixou de considerar os inúmeros e diferentes estados patológicos, já classificados pela medicina, que decorrem de doenças, alienação mental, esquizofrenia em níveis variados, doenças funcionais ou orgânicas, restando o termo legal *deficiência mental* inapropriado para designar todas essas hipóteses.

Saliente-se que deficiência mental é uma situação, e não doença: na deficiência mental há rebaixamento quantitativo das funções psíquicas, enquanto a doença mental apresenta rebaixamento global e qualitativo das funções psíquicas⁵¹⁹.

Ademais, tratar de enfermidade mental e deficiência no mesmo inciso sugere que ambos são passíveis de um processo puramente cognitivo para sua aferição, de acordo com o quociente intelectual (QI), praxe muito utilizada até a década de 1990⁵²⁰.

Deficiência mental, como definida pela AAMR (Associação Americana de Deficiência Mental) e DSM-IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais), deve ser entendida como estado de redução notável do funcionamento intelectual inferior à média, associado a limitações, pelo menos em dois aspectos, do funcionamento adaptativo: comunicação, cuidados pessoais, competências domésticas, habilidades sociais, utilização dos recursos comunitários, autonomia, saúde e segurança, aptidões escolares, lazer e trabalho⁵²¹. Isto é, o diagnóstico da deficiência mental deveria tomar em conta o aspecto psicológico – e não apenas cognitivo, de modo que seria recomendável que fosse realizado com equipe multidisciplinar⁵²².

Além disso, se antes o critério para avaliação de anormalidade da pessoa com deficiência era exclusivamente o grau de inteligência em relação a pessoas da mesma idade, sob um aspecto cognitivo, fundado no quociente intelectual, a medicina passou a requerer que a perícia buscasse reconhecer uma *visão social da pessoa*, valorizando suas potencialidades e o desenvolvimento de sua interação com o mundo.

⁵¹⁹ RAIÇA, Darcy; PRIOSTE, Cláudia; MACHADO, Maria Luiza Gomes. **Dez Questões Sobre A Educação Inclusiva Da Pessoa Com Deficiência Mental**. São Paulo: Avercamp, 2006, p. 29.

⁵²⁰ RAIÇA, Darcy; PRIOSTE, Cláudia; MACHADO, Maria Luiza Gomes. **Dez Questões Sobre A Educação Inclusiva Da Pessoa Com Deficiência Mental**. São Paulo: Avercamp, 2006, p. 21.

⁵²¹ Definição de deficiência mental segundo a Associação Americana de Deficiência Mental (AAMR) e Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV). Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/deficiencia-mental.htm>

⁵²² RAIÇA, Darcy; PRIOSTE, Cláudia; MACHADO, Maria Luiza Gomes. **Des questões sobre a educação inclusiva da pessoa com deficiência mental**. São Paulo: Avercamp, 2006, p. 23.

Apesar de a inteligência estar intimamente ligada à capacidade de adaptação social, um indivíduo portador de importante defasagem cognitiva pode estar bem adaptado do ponto de vista social, se precocemente trabalhado⁵²³. Ou seja, há indivíduos com alto déficit cognitivo mas com maturidade nas habilitações adaptativas. *Contrario sensu*, há pessoas com bom potencial cognitivo que não conseguem ser independentes em habilidades sociais, razão pela qual a análise da deficiência mental deveria ser feita com base na escala social de Vineland, que tem por objetivo avaliar o amadurecimento da responsabilidade social do indivíduo, à medida que ele domina seu meio familiar e social⁵²⁴.

Vê-se, nessas hipóteses, a importância da *acessibilidade* das pessoas com deficiência à educação inclusiva.

E é por essa razão que Eugênia Augusta Gonzaga reconhece que não se deve confundir incapacidade com deficiência. Para a Autora, incapacidade é consequência da deficiência que, por sua vez, é apenas um fator de impedimento causado pelas maiores ou menores barreiras para a acessibilidade⁵²⁵. Citando a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Autora afirma que a *deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas em igualdade de oportunidades*⁵²⁶, não se confundindo, pois, deficiência com incapacidade.

Debora Diniz ilustra essa preocupação trazendo à tona o fundamento político da UPIAS – Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação, no Reino Unido, por meio do qual se apresentava uma resistência política e intelectual ao modelo médico de compreensão da deficiência⁵²⁷. Um dos objetivos da associação era assumir a deficiência

⁵²³ EVANGELISTA, Leila Maria da Cruz. **As novas abordagens do diagnóstico psicológico da deficiência mental**. 1. Ed., São Paulo: Vetor, 2002, p. 73.

⁵²⁴ EVANGELISTA, Leila Maria da Cruz. **As novas abordagens do diagnóstico psicológico da deficiência mental**. 1. Ed., São Paulo: Vetor, 2002, p. 74.

⁵²⁵ GONZAGA, Eugênia Augusta. **Direitos das pessoas com deficiência**. Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2012, p. 22.

⁵²⁶ GONZAGA, Eugênia Augusta. **Direitos das pessoas com deficiência**. Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2012, p. 22.

⁵²⁷ DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 15.

como uma questão sociológica, que deveria ser objeto de ações políticas e intervenções do Estado, e não limitar-se ao controle biomédico⁵²⁸.

Ocorre que, no Código Civil de 2002, e até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a interdição do absolutamente incapaz e os limites da curatela se fundavam exclusivamente em critérios médicos, cognitivos⁵²⁹, a despeito de haver entrevista com o magistrado que deveria utilizar o critério de *atividade de tais pessoas perante a vida*, em atenção à noção de *discernimento* presente nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002⁵³⁰. O aspecto principal da maioria das avaliações neuropsicológicas era o exame do funcionamento cognitivo, usado para avaliar a cognição por escalas de inteligência⁵³¹, o que, segundo as razões já esposadas, não deveria servir de elemento para uma medida tão drástica quanto a interdição.

Sobre o problema, Humberto Maturana e Francisco Varela⁵³² afirmam que a teoria do conhecimento não deve evadir-se dos processos cognitivos. Isso significaria alterar a

⁵²⁸ DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 18.

⁵²⁹ Interdição. Admissibilidade. Relatório médico apontou que o paciente é portador de retardo mental CID F790 e síndrome de Down Q909, dependendo dos cuidados de terceiro de maneira integral, tanto para gerir sua própria vida, bem como os atos da vida civil. Desnecessidade de análise pormenorizada sobre a graduação da interdição, ante o constatado no relatório médico. Devido processo legal observado. Cerceamento de defesa não caracterizado. Pretensão de perícia por psiquiatra não se mostra imprescindível, sobretudo porque não foi desconstituído o atestado médico referido. Sentença válida e eficaz, pois se apresenta clara e precisa, além de devidamente fundamentada. Apelo desprovido. (Relator(a): Natan Zelinschi de Arruda; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/10/2016; Data de registro: 27/10/2016).

Apelação. Pedido de levantamento de interdição julgado improcedente. Apelante que alega ter o interditado, seu filho, readquirido a capacidade de praticar os atos da vida civil. Perícia realizada nos autos, todavia, que indica que "o examinado, por sua doença, é incapaz total e permanentemente de se gerir e administrar a seus bens e para todos os atos da vida civil". Pareceres do Ministério Público pelo desprovido do recurso. Recurso desprovido. Sentença confirmada. (Relator(a): Cesar Ciampolini; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/06/2014; Data de registro: 03/06/2014)

Interdição. Doença psiquiátrica. Esquizofrenia paranóide e transtorno afetivo bipolar. Laudos médicos a atestar a incapacidade total e permanente para os atos da vida civil. Procedência mantida. Apelação não provida. (Relator(a): José Roberto Bedran; Comarca: Urânia; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/11/2009; Data de registro: 01/12/2009; Outros números: 5468934000)

⁵³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 320.

⁵³¹ HALES, Robert E., YUDOFKY, Stuart C., GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Arned, 2012, p. 108.

⁵³² MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995. P. 259.

natureza do cérebro, linguagem, ou seja, a natureza da natureza, pois é o círculo cognitivo que caracteriza o ser e o processo de realização de sua autonomia⁵³³.

No entanto, segundo os Autores, a ciência não deve ignorar as tradições culturais, experiências sociais que acabam gerando a experiência individual do conhecimento em relação àquela pessoa⁵³⁴. Não há verdades absolutas e ao homem cabe o dever de vigilância da tentação de ver o mundo sob uma única perspectiva: *a ética emerge da consciência biológica e social dos seres humanos, que brota da reflexão e a coloca no centro como fenômeno social constitutivo*⁵³⁵. Isso significa que o homem deve expandir seus horizontes, ampliando o domínio cognitivo reflexo, com o objetivo humanista de propiciar o encontro com o outro, proporcionando a convivência⁵³⁶.

Posto isso, tem-se que o *critério de atividade das pessoas perante a vida* seria muito mais eficaz pela utilização do aspecto cognitivo associado à visão social da pessoa, mediante o auxílio de equipe multidisciplinar em favor do indivíduo. Pelo menos, é esse o critério mais atual que já vinha sendo preconizado pela Organização das Nações Unidas, em homenagem à dignidade da pessoa com deficiência e seu desenvolvimento.

Uma segunda razão que poderia justificar a gradação da teoria das incapacidades, principalmente no tocante à pessoa com deficiência mental, diz respeito à discriminação da pessoa com deficiência⁵³⁷ e ao estigma da interdição, causados pelo excesso de paternalismo.

A pessoa com deficiência reflete o modo pelo qual sua família o concebe como pessoa. O comportamento da família pode ordenar-se da extrema rejeição a graus superlativos de proteção que, na opinião de Maria Teresa Egler Mantoan, são as duas faces de uma mesma moeda⁵³⁸. Há família excessivamente conscientes, como aquelas que

⁵³³ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995. P. 259.

⁵³⁴ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995. P. 258.

⁵³⁵ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995. P. 262.

⁵³⁶ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995. P. 262.

⁵³⁷ MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Compreendendo A Deficiência Mental**. Novos caminhos educacionais. Editora Scipione: São Paulo, 1989, p. 120.

⁵³⁸ MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Compreendendo A Deficiência Mental**. Novos caminhos educacionais. Editora Scipione: São Paulo, 1989, p. 120.

parecem desconhecer a questão da deficiência, do que se extrai um comportamento ambíguo de rejeição-cuidado extremo⁵³⁹.

Há famílias que sucumbem ao luto pela perda da criança saudável que esperavam e suportam sentimentos de desvalia por terem sido escolhidas para viver essa experiência dolorosa⁵⁴⁰, transferindo ao deficiente suas frustrações perante a sociedade, pela *falha* decorrente da impossibilidade de dar à sociedade uma pessoa economicamente produtiva⁵⁴¹.

A família sofre preconceitos relacionados às características da personalidade do indivíduo⁵⁴².

Luciene Maria da Silva e Jaciete Barbosa dos Santos observam a reprodução de mecanismos de exclusão social reforçados pelas *representações de incapacidade que subtraem ou impedem a experiência e participação da pessoa com deficiência na sociedade*⁵⁴³. Tais mecanismos de exclusão podem ser verificados não só no âmbito das interações sociais, mas também do legislativo, seja pela falta de acessibilidade, seja pela inxequibilidade de políticas públicas etc., o que inevitavelmente potencializa as já existentes barreiras sociais, desigualdade e discriminação⁵⁴⁴.

Esses preconceitos suportados pela família, fundados no não cumprimento de estereótipos e ideologias que a sociedade impõe, levam a uma estigmatização profunda das pessoas com deficiência (por parte da sociedade e, em alguns casos, também por parte da família), ferindo-lhes valores pessoais e violando, por completo, a dignidade da pessoa humana.

⁵³⁹ ASSUMPCÃO JUNIOR, Francisco Baptista. **Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 2000, p. 93.

⁵⁴⁰ KRYNSKI, S. **Deficiência mental**. Rio de Janeiro, Atheneu, 1969 apud ASSUMPCÃO JUNIOR, Francisco Baptista. **Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 2000, p. 121.

⁵⁴¹ O autor salienta o preconceito da sociedade em relação à pessoa com deficiência. Segundo ele, nossa sociedade ocidental, competitiva por definição, requer que a família crie indivíduos que sigam as regras do social. Sobre o tema, cf. ASSUMPCÃO JUNIOR, Francisco Baptista. **Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 2000, p. 82.

⁵⁴² SILVA, Luciene Maria da. SANTOS, Jaciete Barbosa dos. (org.). **Estudos sobre preconceito e inclusão educacional**. Salvador: EDUFBA, 2014, p. 24.

⁵⁴³ SILVA, Luciene Maria da. SANTOS, Jaciete Barbosa dos. (org.). **Estudos sobre preconceito e inclusão educacional**. Salvador: EDUFBA, 2014, p. 29.

⁵⁴⁴ SILVA, Luciene Maria da. SANTOS, Jaciete Barbosa dos. (org.). **Estudos sobre preconceito e inclusão educacional**. Salvador: EDUFBA, 2014, p. 29.

Por outro lado, exsurge a figura do paternalismo exagerado. Há famílias extremamente conscientes da deficiência, mas por crerem na impossibilidade de seus filhos se desenvolverem socialmente, e com base nessas crenças, não reconhecem a pessoa como capaz⁵⁴⁵. Assim, dificultam o desenvolvimento da pessoa com deficiência em diferentes áreas sociais, o que, em segunda instância, acaba também por coarctar-lhe o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, violando sua dignidade. Maria Helena S. Sprovieri compartilha dessa posição ao dizer que os cuidados excessivos e a relação de *não-confiança* entre os pais e a criança dificultam seu crescimento e o processo de socialização⁵⁴⁶.

O excesso de paternalismo, apresentado pelo controle excessivo por parte da família, leva o indivíduo com deficiência à subalternidade e à passividade, e, conseqüentemente, a um processo de infantilização e afastamento social, como ensina Maurício Requião⁵⁴⁷, ao citar pesquisa de Erika Barreto Magalhães.

Há ainda famílias que - premidas pelo preconceito da sociedade, pela falta de políticas públicas e acessibilidade à pessoa com deficiência – preferem o afastamento da pessoa com deficiência dos atos da vida civil, o que se faz também sob o manto protetivo das incapacidades. Prova disso está na ausência de recursos à instância superior contra decisões de primeiro grau que, reconhecendo a incapacidade absoluta, interditam o deficiente para todos os atos da vida civil⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Compreendendo A Deficiência Mental**. Novos caminhos educacionais. Editora Scipione: São Paulo, 1989, p. 121.

⁵⁴⁶ SPROVIERI, Maria Helena S. **A integração da pessoa deficiente**. In: MANTOAN, Maria Teresa Egler (Org.) **A integração de pessoas com deficiência**. São Paulo: Memnon Edições Científicas, 1997, p. 106.

⁵⁴⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 132.

⁵⁴⁸ Processo n. 1075023-38.2014.8.26.0100. 12ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo. Magistrado Ricardo Pereira Junior. Data de Disponibilização: 30/03/2016; Processo n. 1025803-74.2014.8.26.0002. 2ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II - Santo Amaro da Comarca de São Paulo. Magistrado: Flávia Beatriz Gonçalves da Silva. Data de Disponibilização: 23/09/2015; Processo n. 0033279-25.2010.8.26.0002. 5ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II - Santo Amaro da Comarca de São Paulo. Magistrado: Paula Regina Saraiva. Data de Disponibilização: 24/07/2015; Processo n. 4002483-75.2013.8.26.0002. 2ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional II - Santo Amaro da Comarca de São Paulo. Magistrado: Flávia Beatriz Gonçalves da Silva. Data de Disponibilização: 24/03/2015; Processo n. 0604994-38.2008.8.26.0100. 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo. Magistrado: Alexandre Coelho. Data de Disponibilização: 27/11/2014; Processo n. 0027722-20.2011.8.26.0100. 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca da Capital. Magistrado: Homero Maion. Data de Disponibilização: 05/11/2014.

Em suma, o paternalismo se impõe na atuação institucional disponibilizada aos deficientes, tanto no âmbito particular⁵⁴⁹, como no público, o que gera, sem dúvida, um sistema inflexível e ineficaz ao pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência.

Surge a questão à pessoa com deficiência: *como liberar-se do assistencialismo que a sociedade lhe oferece e que suas famílias aceitam?*⁵⁵⁰

Luiz Alberto David Araújo esclarece que a resposta a essa pergunta está na Constituição Federal: integração social, com políticas inclusivas e ações afirmativas⁵⁵¹.

A despeito da tentativa de que não houvesse mais *paternalismos* em torno das pessoas com deficiência, o Código Civil de 2002 não atendeu à demanda social que clamava por igualdade de exercícios de direitos, sem paternalismo ou proteção, e manteve a criticada correlação direta entre enfermidade e eficiência mental, incapacidade definida segundo critérios cognitivos e decisões fundadas no paternalismo.

Um terceiro motivo refere-se à necessidade de disposição, pela pessoa com deficiência, de valores decorrentes do direito geral de personalidade, consubstanciados nos aspectos existenciais da pessoa. Ana Luiza Maia Naves e Anderson Schreiber destacam o fato de que, na prática da vida, o regime da incapacidade jurídica do Código Civil de 2002, desenhado de modo geral e abstrato, acaba por mutilar sua autonomia e dignidade, inclusive nas relações existenciais mais simples da vida⁵⁵².

Conforme já dito anteriormente, a teoria das incapacidades constante dos arts. 3º e 4º do Código Civil se refere, eminentemente, às questões patrimoniais, tendo por finalidade precípua a proteção da pessoa incapaz nos atos jurídicos. A despeito da definição já esposada sobre capacidade para consentir, registre-se que, em razão de

⁵⁴⁹ MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Compreendendo A Deficiência Mental**. Novos caminhos educacionais. Editora Scipione: São Paulo, 1989, p. 121.

⁵⁵⁰ SPROVIERI, Maria Helena S. A integração da pessoa deficiente. In: MANTOAN, Maria Teresa Egler (Org.) **A integração de pessoas com deficiência**. São Paulo: Memnon Edições Científicas, 1997, p. 107.

⁵⁵¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. Ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997, p. 52.

⁵⁵² NAVES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

decisões judiciais generalistas⁵⁵³, à pessoa com deficiência era coarctado o direito ao trabalho, à educação inclusiva, à vida familiar, dentre outras questões inerentes à natureza de ser humano.

Este tópico relativo à expansão da capacidade da pessoa com deficiência para atos existenciais, será abrangido pormenorizadamente no Capítulo III, que tratará do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Posto isso, diante das adversidades apontadas e considerando-se a posição de Paulo Mota Pinto⁵⁵⁴, segundo a qual cabe ao direito privado fixar normas que não se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, mas concretizar seus valores fundamentais, divisa-se a obrigação do legislador em atuar de forma positiva no sentido de ampliar o desenvolvimento socioafetivo da pessoa com deficiência, em um contexto de realização dos princípios da *liberdade geral da pessoa*⁵⁵⁵, dignidade da pessoa humana e igualdade.

Se pluralidade e intolerância não são questões novas no mundo, o Direito, em sua concepção tridimensional - fato, valor e norma⁵⁵⁶ -, deve estabelecer uma forma harmônica de convivência, levando-se em conta o aspecto pluridimensional do fato social⁵⁵⁷, como afirma Miguel Reale.

Por todas essas questões, que, em conjunto, sempre dificultaram a inclusão da pessoa com alguma deficiência mental, fazia-se necessário ao ordenamento jurídico brasileiro uma tomada de decisão a favor de reconhecer e efetivar as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em consonância com a capacidade de

⁵⁵³ Ação de interdição Laudo pericial – Incapacidade da interditanda para reger sua pessoa e interesses e para todos os atos da vida civil - Decretada a interdição total Insurgência. Autorização para que a interditada trabalhe Recurso provido em parte. (TJSP. Relator(a): Fortes Barbosa; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/07/2012; Data de registro: 16/07/2012).

Apelação cível. Interdição e curatela com pedido de antecipação de tutela. Genitor pleiteia a interdição do filho com retardo mental. Perícia médica que concluiu incapacidade parcial. Sentença de primeiro grau que decretou a interdição para todos os atos da vida civil. Apelante pleiteia a interdição parcial. Possibilidade. Recurso provido. (TJSP. Relator(a): Marcia Tessitore; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/08/2014; Data de registro: 26/08/2014).

⁵⁵⁴ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 316.

⁵⁵⁵ MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 327.

⁵⁵⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva: 1946.

⁵⁵⁷ SÉGUIN, Elida. **Mínorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39.

direito, em tese, reconhecida a todos os homens. A teoria das incapacidades tradicional também passou a demandar um pronunciamento legislativo acerca de valores.

A teoria das incapacidades demandava gradação que somente foi alcançada pela promulgação da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Resta saber se a gradação da teoria das incapacidades e a diminuição do *paternalismo* em prol da inclusão continuam a promover o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência mental ou se eventual excesso pode suscitar prejuízos patrimoniais e, por isso, violação ao primado da dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade.

CAPÍTULO 3 – O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015) E A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, desde seu preâmbulo, previu a construção de um Estado Democrático de Direito *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*⁵⁵⁸.

No entender de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana⁵⁵⁹.

Isso significa dizer, nas palavras de Flávia Piovesan, que o texto constitucional passou a consagrar três dimensões fundamentais desse Estado Democrático, quais sejam, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais, dos quais se destacam a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III)⁵⁶⁰.

Ao longo do tempo e principalmente no pós-guerra, desenvolveram-se mecanismos para controle das ingerências cometidas, evitando nova fragilização dos direitos fundamentais. Pouco antes, por conta da tradição fortemente ligada à *postura reverencial em relação ao legislador*, e não aos valores relacionados à dignidade humana, os direitos fundamentais comumente tinham sua eficácia esvaziada, pela atuação e ingerência erosiva dos poderes constituídos⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

⁵⁵⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Vol. 4., p. 166.

⁵⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

⁵⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 404.

Após a Segunda Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, proclamou-se o princípio da não-discriminação, garantindo-se a igualdade de tratamento a todos. Iniciou-se, em nome do clamor internacional pelos direitos humanos, um movimento pela proteção às minorias *by force* que almejavam, além da não-discriminação, ser adaptadas e integrar a maioria, como explica Elida Séguin⁵⁶².

Os tratados internacionais passaram a visar à proteção das minorias, tentando interferir no arbítrio dos Estados, para que esses grupos vulneráveis passassem a ser reconhecidos e protegidos *no triplo caráter de homem, cidadão e minoritário*⁵⁶³, como sugere John Rawls, citado por Elida Séguin. A autora firma que, na metade do séc. XX, a sociedade iniciou um tímido processo de conscientização da necessidade dos direitos difusos e coletivos, adotando comportamentos de ações afirmativas em prol dos grupos vulneráveis e minorias⁵⁶⁴.

No Brasil, a doutrina desde o início se associou à diretriz da proteção prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, ao depois, ao tema específico, pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada no âmbito das Nações Unidas em 1975, como ensinam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. No âmbito infraconstitucional, foi promulgada a Lei 7.853/89, que instituiu a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência em prol da tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência.

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a Constituição Federal passou a consagrar, de forma inédita, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional⁵⁶⁵. Assim, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, passou a integrar o

⁵⁶² SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupo vulneráveis**. Uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

⁵⁶³ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXXVI apud SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupo vulneráveis**. Uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.

⁵⁶⁴ SÉGUIN, Elida. Op. Cit., p. 25.

⁵⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet se posiciona contra a doutrina que consagra a recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dispensando ato formal complementar para que sejam aplicados pelos Tribunais internos. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 122

ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009⁵⁶⁶, quando o Brasil efetuou o depósito do instrumento de ratificação, vinculando-se ao conteúdo desse tratado e internacionalizando seu conteúdo principiológico.

A importância da internacionalização dos tratados internacionais reside na salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos em temas centrais aos direitos humanos, em consonância com a ética mundial contemporânea⁵⁶⁷.

Não bastasse seu reconhecimento material de norma constitucional, com eficácia direta – pelo fato de que os tratados de direitos humanos possuem superioridade hierárquica, formando um universo de princípios que apresentam força obrigatória e estão em absoluta consonância com a dignidade humana, valor fundante do sistema constitucional⁵⁶⁸ -, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reforçou a necessidade de realização de igualdade substancial, como ideário de justiça social, por meio do reconhecimento e inclusão desse grupo vulnerável, reafirmando a universalidade, indivisibilidade, interdependência e a interrelação de todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais⁵⁶⁹.

A Convenção destacou ainda a importância de, no aspecto prático, resgatar-se a autonomia e a independência individuais das pessoas com deficiência, por meio da superação das barreiras ambientais que impedem a plena e efetiva participação social, em igualdade de condições com os demais. E é nesse sentido que a Convenção abandona a compreensão da deficiência como um deficit pessoal para conceituá-la à luz das barreiras impostas pela sociedade.

Houve, assim, a proclamação dos princípios norteadores para a proteção da pessoa com deficiência: a dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição Brasileira, e a isonomia, consubstanciada pela necessidade de se promover a igualdade

⁵⁶⁶ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

⁵⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 14.

⁵⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128

⁵⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 10.

substancial, dispostas genericamente no art. 1º, III e no art. 5º, *caput*, e pormenorizadas nos arts. 227, §2º e 244, todos da Constituição Federal, com a *consagração do direito à acessibilidade*, como ensinam Luiz Alberto David Araújo e Adolfo Mamoru Nishiyama⁵⁷⁰.

Em razão da qualidade de tratado internacional de direitos humanos, referida Convenção adquiriu cunho principiológico, como espécie de mandado de otimização, estabelecendo aos Estados-Partes a tarefa de promover medidas de maior eficácia possível aos direitos fundamentais declarados, posição compartilhada por Flávia Piovesan⁵⁷¹, J. Canotilho e Ingo Sarlet.⁵⁷²

Tornou-se papel do Estado-Parte realizar, portanto, um programa de ações afirmativas em prol da pessoa com deficiência, mediante edição de norma legislativa ordinária, sujeita a controle de convencionalidade, para garantir a compatibilização da lei aos compromissos assumidos pelo Estado, sob pena de invalidade⁵⁷³. A promoção de mecanismos de apoio e salvaguardas também é a finalidade da Convenção, de modo que os interesses das pessoas com deficiência não sejam prejudicados por eventuais abusos, excessos ou ilegalidades⁵⁷⁴.

As ações afirmativas eram fundamentais: às pessoas com deficiência, não bastava o reconhecimento genérico e abstrato de que eram sujeitos de direito. Como estavam relegadas à insignificância social, como bem salienta Marcelo Neves⁵⁷⁵, ao referenciar Axel Honneth⁵⁷⁶, as ações afirmativas assumiram papel importante para eliminar as causas da discriminação⁵⁷⁷. Afinal, a falta de reconhecimento desse grupo *impedia a*

⁵⁷⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 105/2016, p. 103-121, mai-jun/2016, p. 4.

⁵⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112 et seq.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 270.

⁵⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. Vol. 10/2015, p. 1499 – 1543, ago/2015, p. 9.

⁵⁷⁴ Art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York, 2006).

⁵⁷⁵ NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.) **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

⁵⁷⁶ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 12.

⁵⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 10.

*construção e o desenvolvimento de uma esfera pública “universalista”, indispensável à concretização e à realização da Constituição do Estado democrático de direito, e à concretização dos direitos humanos em contextos diversos da sociedade mundial*⁵⁷⁸.

E assim como já vinha ocorrendo em outros setores da sociedade, fazia-se necessária a evolução do direito privado também em prol da preocupação humanista para proteção das pessoas com deficiência. Afinal, como discorre Joyceane Bezerra de Menezes, algumas das barreiras limitadoras à inclusão das pessoas com deficiência decorrem do próprio ordenamento jurídico, como é o caso da teoria das incapacidades e de alguns aspectos da curatela⁵⁷⁹, como já explicado.

Essa foi uma das orientações dispostas pela Convenção, em seu artigo 12⁵⁸⁰, ao determinar que os Estados Partes reconhecessem que as pessoas com deficiência gozam, em igualdade de condições com as demais, de capacidade legal, em todos os aspectos da vida, mantendo-se as medidas de salvaguardas apropriadas às circunstâncias da pessoa. Orientou-se também a tomada de medidas protetivas em prol do direito de possuir ou herdar bens, controlar suas finanças e ter acesso a serviços bancários, evitando-se a espoliação de seus bens.

Apesar de seu *status* constitucional e eficácia imediata, a Convenção se mostrava ainda incipiente em efetividade judicial, inserindo, portanto, o Brasil em uma situação de potencial ilicitude perante a comunidade internacional por violação de direitos humanos⁵⁸¹. Luiz Alberto David Araújo, em artigo publicado em 2014, salienta a dificuldade da Administração Pública, como do Poder Judiciário, em encampar definitivamente o conteúdo do novo regramento constitucional da deficiência social. Para o Autor, o tratamento segregado despendido às pessoas com deficiência ainda era atual⁵⁸²,

⁵⁷⁸ NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.) **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

⁵⁷⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 4. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

⁵⁸⁰ Art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York, 2006).

⁵⁸¹ JAYME, Fernando In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 233.

⁵⁸² 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**. Vol. 86/2014, p. 165-181, jan-mar/2014, p. 12.

de modo que se fazia premente uma construção legislativa ordinária em prol da efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

No âmbito infraconstitucional, já à luz da *repersonalização do direito civil* e das *era dos estatutos* - o que Gustavo Tepedino⁵⁸³ denomina de técnica legislativa no âmbito do direito privado fundada no valor da dignidade humana, e não somente em questões negociais - mister se fazia a proclamação de uma legislação civil em prol do reconhecimento da vulnerabilidade pessoal e social das pessoas com deficiência, para incluí-las e estender os limites da autodeterminação e liberdade pessoal, que deveriam ser ponderados à luz da dignidade e integridade do deficiente⁵⁸⁴.

Isso porque a teoria das incapacidades - como disposta no Código Civil de 2002 e fundada na proteção da pessoa incapaz, por meio da curatela, em aspectos patrimoniais e consoante critérios fixos, médicos e generalistas - se mostrava insuficiente na expansão da autonomia privada da pessoa com deficiência, especialmente na nova era do direito civil, que tem a proteção da dignidade humana como cláusula geral de proteção dos vulneráveis⁵⁸⁵. Fazia-se necessária a *personalização* do regime de incapacidades para permitir a modulação de seus efeitos, seja no tocante a sua intensidade ou a sua amplitude⁵⁸⁶, para transmudar o conceito de sujeito de direito (abstrato, geral e formalmente isonômico) para o conceito de pessoa social.

Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão, em artigo publicado em 2012, já se manifestavam a favor de um regime jurídico de incapacidade humanizado em prol do acesso da pessoa com deficiência aos direitos fundamentais, como forma de proteção da personalidade. Segundo eles, o regime de curatela, fundado na completa substituição da vontade, gerava exclusão e estigma, impedindo seu acesso à cidadania⁵⁸⁷.

⁵⁸³ TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

⁵⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

⁵⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

⁵⁸⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42.

⁵⁸⁷ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil – fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

Maurício Requião corroborava o entendimento acima ao afirmar que a rigidez de uma sentença declaratória de interdição era evidente: bastava a prolação da sentença para o sujeito declarado incapaz sofrer a todo o tempo os efeitos dessa incapacidade, afastando-o da vida social, independentemente de intervalos comprovadamente lúcidos, acoimando de nulos todos os atos cometidos nesse ínterim⁵⁸⁸.

Deste modo, o legislador, atrelado ao conteúdo principiológico da Convenção ratificada e pela obrigação legal de internalizar essa matéria afeta aos direitos humanos, editou a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, para adequar o ordenamento interno à Convenção por meio de medidas inclusivas para efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiência, dentre as quais, se destaca neste trabalho, a nova teoria das incapacidades, instituída em prol da liberdade e autonomia privada desses indivíduos, tanto no âmbito patrimonial, como no existencial.

2. Estatuto da Pessoa com Deficiência: panorama geral / mudança de paradigma

Fundado no intuito de promover a pessoa com deficiência, nos termos do conteúdo de direitos humanos declarado pela Convenção referenciada, o Estatuto da Pessoa com Deficiência constitui uma evolução no trato jurídico-social, à medida que passou a proclamar o exercício dos direitos e liberdades fundamentais dessas pessoas, sem discriminação e em igualdade de condições, visando à inclusão social e cidadania, com dignidade⁵⁸⁹. *In verbis*:

Art. 2º. Considera-se 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. § 1.º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2.º

⁵⁸⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 77.

⁵⁸⁹ Art. 10 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York, 2006).

O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência⁵⁹⁰.

Tomando os princípios norteadores da dignidade humana e da isonomia, à luz da inclusão das pessoas com deficiência, a autonomia individual, consubstanciados na disposição sobre *liberdade de fazer as próprias escolhas*⁵⁹¹, de forma livre e independência, o Estatuto passou a ditar uma nova concepção de deficiência para, ao depois, alterar substancialmente a teoria das incapacidades.

Até o advento do Estatuto, o processo de interdição para aferição da capacidade do sujeito fundava-se exclusivamente em critério médico/cognitivo – a despeito do interrogatório judicial –, de modo que, para a maior parte dos deficientes, incidia uma espécie de *morte civil*: reconhecida, sob o aspecto cognitivo, o deficit funcional, ficava afastado da prática de atos negociais e existenciais. Essa concepção do *tudo ou nada*, em termos da aferição da capacidade, culminava em um regime de curatela que, ao invés de prestigiar o incapaz, por meio da valorização de sua vontade, concretizava justamente o inverso⁵⁹²: substituição completa de sua vontade e autonomia privada, mesmo em atos existenciais.

É por essa razão que a *ratio legis* do Estatuto seguiu em duas direções: *in dubio pro capacitas* e *intervenção mínima*⁵⁹³ (na esfera íntima do incapaz). Esse caráter bidimensional da norma, fundado justiça material e defendido por Nancy Fraser e citado por Maria Garcia, se dá pela garantia da concretização dos direitos da pessoa com deficiência⁵⁹⁴: reconhecimento da identidade e distribuição de recursos para possibilitar sua participação na sociedade, em igualdade de condições com os demais⁵⁹⁵. São a

⁵⁹⁰ BRASIL. Lei 13.146 de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm

⁵⁹¹ Art. 3º, “a”, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York, 2006).

⁵⁹² FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil – fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 46.

⁵⁹³ MENEZES, Joyceanne Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun/2015, p. 6. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Data de acesso: 01.12.2016.

⁵⁹⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 185.

⁵⁹⁵ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

igualdade, o desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana as pedras fundamentais do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A primeira direção do sentido da lei se situa no antigo pleito das pessoas com deficiência sobre a necessidade de separar o conceito de deficiência do de capacidade, como já foi dito em capítulo anterior, pois a deficiência funcional, em si, não deveria carregar o estigma da falta de capacidade. Reconhecido algum deficit funcional, seria ele colocado à luz das barreiras ambientais, para, ao depois, o ordenamento jurídico outorgar a limitação da capacidade, em uma medida justa e viável à consecução da dignidade humana, com o mínimo de intervenção.

A dissociação entre os conceitos de deficiência e capacidade também se justifica pela existência de transtornos especificados no *Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders*, (DSM 5), que não preenchem o requisito da falta de discernimento, e, por consequência, não deveriam ser hipóteses de perda de capacidade, como adverte Maurício Requião⁵⁹⁶, encampando ensinamentos de Débora Diniz já esposados neste trabalho⁵⁹⁷

Demais disso, havia o estigma da interdição que correlacionava as hipóteses de falta de discernimento a eventos generalistas, tais como *enfermidade, doença mental, deficiência mental e excepcionais sem desenvolvimento completo*, o que, sob um aspecto humanista, distanciava a pessoa deficiente da realização de seus direitos fundamentais.

Assim, para dissociar os conceitos deficiência e capacidade, a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, em seu artigo 2º, ratificou a letra do art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e passou a positivar a deficiência mental de acordo com o ambiente social e as barreiras por ele impostas à pessoa com deficiência, transpondo o olhar da ciência médica para a celebração da diversidade humana, como afirma Laís Figueirêdo Lopes⁵⁹⁸.

Isso significa que o conceito de deficiência passou a se situar na *contramão da saúde*, como afirma Claudia Grabois. A causa da deficiência está na sociedade que tem o dever, como eixo central de inclusão, de promover a educação em prol da formação de

⁵⁹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152.

⁵⁹⁷ Ver nota.

⁵⁹⁸ LOPES, Laís Figueirêdo. Artigo 1. . In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014, p. 27.

cidadãos efetivamente capazes de direito⁵⁹⁹ e diminuir as barreiras por elas impostas ao pleno desenvolvimento da pessoa com deficit funcional.

Maria Garcia explica que o novo paradigma de deficiência, agora à luz dos direitos humanos, passou a ser o de modelo social: é o ambiente que exerce influência direta na liberdade da pessoa, expandindo ou coarctando sua liberdade de agir⁶⁰⁰. Deficiência passou a englobar não só as limitações físicas, mentais ou sensoriais, mas a associação dessas limitações funcionais às variáveis ambientais, sociais, econômicas e culturais, combinando esses aspectos.

A nova concepção de deficiência vem ao encontro da noção do homem-social (*der sozialisierte Mensch*), segundo a qual a pessoa é definida conforme seu papel na sociedade (função/integração), *na realização de suas necessidades, na sua ação individual orientada e motivada por alguma posição-de-necessidade*⁶⁰¹. Por essa visão sociológica, o homem não é visto apenas como sujeito de direitos mas também segundo o exercício efetivo de seus papéis na interação da vida privada, como ensinam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, ao encampar ensinamentos de Talcott Parsons⁶⁰².

Laís de Figueirêdo Lopes afirma que a falta de obstáculo ou barreira social ao indivíduo implica na ausência de deficiência, segundo aplicação da equação *deficiência = limitação funcional X ambiente*. Isso não significa que a deficiência funcional desapareça mas que ela deixa de ser uma *questão problema*, recolocando-se apenas como um fator de diversidade humana⁶⁰³. *Contrario sensu*, se o ambiente onde o indivíduo está inserido apresenta barreiras, sua deficiência será potencializada pela severidade de sua

⁵⁹⁹ GRABOIS, Claudia. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014, p. 99.

⁶⁰⁰ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

⁶⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 118.

⁶⁰² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 118.

⁶⁰³ LOPES, Laís Figueirêdo. Artigo 1 In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014, p. 27.

limitação funcional⁶⁰⁴, o que se pode deduzir pelo exemplo: *deficiência 2 = limitação funcional 1 X ambiente 2*.

Percebe-se que a deficiência deixa o *status* individual para se situar em correlação às políticas públicas destinadas a promover a acessibilidade daquela pessoa. Se, a despeito de haver algum deficit funcional, a sociedade provê meios, por meio da acessibilidade, que possibilitam a essa pessoa exercer sua personalidade em igualdade de condições com os demais, não é possível falar em deficiência.

Ou seja, sem lesividade ao pleno exercício da capacidade por parte da pessoa com deficit funcional, não há deficiência. Nesse sentido, Nelson Rosenvald afirma que o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias ambientais que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender, sem que o ser humano seja reduzido ao âmbito clínico⁶⁰⁵.

E é por essa razão que a acessibilidade adquire especial relevância social. Entendida como a possibilidade de que os equipamentos urbanos, seu mobiliário, edificações, meios de transporte e comunicação sejam passíveis de utilização por todas as pessoas, a acessibilidade se torna o instrumento utilizado pelo ordenamento jurídico por meio do qual se assegurará às pessoas com deficit funcional, em igualdade de condições com as demais, o pleno desenvolvimento de suas oportunidades, como forma de preservação de seus direitos fundamentais e de vida⁶⁰⁶.

A acessibilidade revela-se princípio e regra, direito e garantia, como afirma Maria Garcia⁶⁰⁷. É ela a *espinha dorsal* para a inclusão das pessoas com deficiência, na medida em que perpassa e complementa todos os outros princípios e direitos, garantindo que

⁶⁰⁴ LOPES, Laís Figueirêdo. Artigo 1 In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014, p. 28.

⁶⁰⁵ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.08.2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 27.07.2016.

⁶⁰⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Meio ambiente urbano constitucional e o cumprimento das regras de acessibilidade. **Revista de direito ambiental**. Vol. 79/2015, p. 431-448, jul-set/2015, p. 6.

⁶⁰⁷ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

todos os cidadãos tenham acesso aos produtos e serviços em igualdade de condições⁶⁰⁸. Ela é o fundamento da outorga da real capacidade de agir à pessoa com deficiência.

O novo paradigma do modelo social da deficiência determina que ela não está na pessoa como um problema a ser curado, mas, sim, na sociedade que impõe barreiras a essas pessoas, agravando sua limitação funcional⁶⁰⁹.

Luiz Alberto David Araújo afirma que o Estatuto inovou ao trazer um *conceito aberto* de deficiência que, apesar de gerar maior dificuldades para o aplicador do direito, podendo chegar a *zonas de incerteza* – dada às inúmeras variáveis –, diminui as chances de que uma pessoa que precise de proteção seja dela excluída. *Beneficia-se a inclusão, valor constitucional consagrado, em detrimento da facilidade do operador do sistema jurídico*⁶¹⁰.

A mudança de paradigma faz com que se abandone a ideia de *naturalização da deficiência*, que passa a ser reconhecida pela *inacessibilidade* do deficiente que se vê oprimido pela sociedade, pelos obstáculos físicos, atitudinais, linguísticos, culturais e econômicos por ela erigidos⁶¹¹, como afirma Maria Garcia. Essa resposta à exclusão social abandona o viés paternalista e caritativo/assistencialista para assumir a posição de promoção dos direitos humanos, pela igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas⁶¹², o que se dará por meio da acessibilidade e eliminação dessas barreiras estruturais⁶¹³.

Consequência natural da mudança de paradigma da deficiência – transposição da análise médica do *status* individual à análise das barreiras sociais, políticas e econômicas – é a alteração do regime das incapacidades, tema principal deste trabalho.

⁶⁰⁸ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

⁶⁰⁹ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

⁶¹⁰ 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**. Vol. 86/2014, p. 165-181, jan-mar/2014, p.7.

⁶¹¹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capítulo II. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.67.

⁶¹² GARCIA, Maria. Op. Cit., p. 67.

⁶¹³ Ibid., p. 77.

Nesse sentido, o legislador ratificou o art. 12 da Convenção – que reconhece que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida - e em seu art. 6º declarou que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, de modo que se pode afirmar que o princípio *in dubio pro capacitas*, conjugado com a igualdade de oportunidades à pessoa com deficit funcional, norteia todos os dispositivos da Lei.

Aliás, o artigo não se limitou a declarar a igualdade em termos de capacidade, mas trouxe um rol exemplificativo de atos existenciais que podem ser praticados diretamente pela pessoa com deficit funcional, mesmo se reconhecida a deficiência, quais sejam: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre número de filhos e ter acesso a informações sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; além de exercer o direito a guarda, tutela, curatela e a adoção, em igualdade de oportunidades⁶¹⁴.

Dessa disposição que declara a plena capacidade da pessoa com deficiência, extrai-se, no tocante especificamente à capacidade de exercício, a revogação dos incisos I, II e III do antigo art. 3º, e dos incisos I e IV do art. 4º, ambos do Código Civil de 2002, nos termos do art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In verbis*:

Art. 114. A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).” (NR)

“Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

.....

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

Da leitura do dispositivo, divisa-se que, no tocante às antigas hipóteses de incapacidade absoluta, contidas no art. 3º do Código Civil de 2002, o Estatuto manteve

⁶¹⁴ Art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 6 de julho de 2015).

apenas o critério etário - menores de 16 (dezesseis) anos -, revogando todas as demais hipóteses de incapacidade decorrente de deficit mental. Isto significa dizer que o ordenamento não mais outorga proteção em razão das faculdades psicológicas ou mentais do indivíduo, mantendo-se apenas o critério etário para presunção de incapacidade, em razão da falta de maturidade e compreensão para os atos da vida civil.

No que concerne às anteriores hipóteses de incapacidade relativa, previstas no art. 3º do Código Civil, foram excluídas as expressões *deficiência mental e discernimento reduzido*, constantes do inciso II, bem como a alusão a *excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*. Foram excluídas completamente as expressões decorrentes da falta de saúde mental ou intelectual também para as situações de incapacidade relativa, restringindo eventual limitação da capacidade à falta de manifestação de vontade.

A plena capacidade de exercício dos atos e negócios jurídicos passa a ser o novo paradigma acerca da autonomia moral da pessoa com deficiência, como preconiza Maria Garcia⁶¹⁵.

O reconhecimento da pessoa capaz para o exercício de seus direitos – não obstante a presença de eventual deficit funcional – decorre do princípio da igualdade formal disposto no art. 12 da Convenção e implica na alteração na sistemática da teoria das incapacidades do Código Civil de 2002, o que será visto, de forma pormenorizada, em capítulo posterior.

A segunda direção da Lei encontra abrigo na intervenção mínima na esfera privada da pessoa com deficiência.

Trata-se de uma resposta ao regime do *tudo ou nada* do processo de interdição e ao estigma suportado ao longo do tempo pelas pessoas com deficiência. Afinal, antes do Estatuto e pelas razões já apontadas (inexistência de graduação dos níveis de deficit; exclusividade do conceito cognitivo; discriminação negativa; dentre outras), a vontade do incapaz para a prática de todos os atos civis era substituída integralmente pela de seu representante, situação apontada por Maurício Requião como inversão do regime

⁶¹⁵ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

protetivo das incapacidades, em prol da proteção patrimonial de terceiros, e não do incapaz⁶¹⁶.

O excesso de paternalismo familiar, culminado com a infantilização da pessoa com deficiência, também concorria na repercussão negativa na esfera da autonomia da pessoa com deficiência, pois era a própria família – também pautada nos aspectos médicos/cognitivos – que não reconhecia a capacidade. Além disso, a sistemática *patrimonialista* da incapacidade ia de encontro aos valores constitucionais e se revelava incompatível com a promoção da dignidade humana⁶¹⁷, pois excluía a possibilidade de a pessoa – apesar de seu deficit funcional – expressar sua vontade no tocante a aspectos existenciais e patrimoniais.

Por essa razão, o Estatuto instituiu, nos arts. 84 e 85, uma renovação nas bases da curatela, em prol de sua humanização, *in verbis*:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§3º 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.

§4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha

⁶¹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

⁶¹⁷ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil – fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51.

vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Do texto da Lei, extrai-se que a avaliação da deficiência para fins de curatela pode ser desnecessária, mantendo-se o conceito de que o impedimento à pessoa com deficiência deve ser de longo prazo. Isso significa que a avaliação da incapacidade, *se e quando necessária*, será realizada quando for relevante para definir o universo de beneficiários dos direitos garantidos⁶¹⁸. O procedimento somente deve ser deflagrado em razão da imprescindibilidade da proteção. Na dúvida, presume-se a capacidade da pessoa e desnecessidade de curatela.

Quando houver necessidade, a avaliação será feita por equipe multidisciplinar, dada a nova aceção de deficiência, à luz das barreiras sociais, econômicas e políticas, e não mais restrita ao aspecto médico/cognitivo.

Como resultado dessa nova natureza da curatela, medida extrema e eventual, à luz da manutenção do *status personae*⁶¹⁹ da pessoa com deficiência, reafirmou-se a necessidade de *limitação da curatela*, bem como de sua exata fundamentação.

A necessidade da curatela limitada tem fundamento na prática judiciária e não decorre de deficiência legislativa pois, reitera-se, desde 1934 havia previsão legal de interdição parcial. Mas, e, a despeito disso, veja-se que em pesquisa realizada em São Paulo, no ano de 2001, observou-se que de 1.183 registros de interdição, 99,3% apresentavam interdição total⁶²⁰, como destacaram Antonio Lago Júnior e Amanda Souza Barbosa⁶²¹.

É de se reconhecer, como explicam Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que a curatela passa a apresentar forte carga

⁶¹⁸ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

⁶¹⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 18. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

⁶²⁰ VIEIRA, Patrícia Ruy. **Estudo de prevalência dos transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo**. 2013, 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Paulista de Medicina, São Paulo, Unifesp, 2003. Disponível em: <http://repositorio.unifesp.br/handle/11600/18559>

⁶²¹ LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 49-89, jul-set/2016, p. 12.

argumentativa para justificar um projeto terapêutico individualizado: *cada curatelando tem o direito (de envergadura constitucional) de ter parametrizada a sua curatela de acordo com as suas particularidades, sem fórmulas genéricas e neutras*⁶²². O Estatuto veio consolidar a necessidade de que a curatela seja proporcional, afastando a saída comum de simples decretação absoluta, com limitação integral da capacidade do sujeito⁶²³.

Rodrigo da Cunha Pereira aduz que a nova roupagem do instituto da curatela se insere no contexto de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Ele concorda com o caráter residual da curatela, no sentido de que ela seja o último remédio a ser ministrado, pois o processo de interdição sempre significou a exclusão da capacidade civil e, conseqüentemente, exclusão social, além de revestir a pessoa com o estigma de ser interditada⁶²⁴. A vontade da pessoa com deficiência deve ser sempre privilegiada.

Demais disso, o novo procedimento da curatela se coaduna com o reconhecimento do *status personae* da pessoa com deficiência, como afirma Joyceane Bezerra de Menezes⁶²⁵. A Autora explica que a limitação da curatela tem seu alicerce no desenvolvimento da personalidade do curatelado e seu reconhecimento como pessoa, vez que o ordenamento jurídico passa a atribuir maior relevo a suas preferências, a suas circunstâncias personalíssimas, aos seus vínculos de afetividade e interesses fundamentais⁶²⁶.

E, por isso, o procedimento da curatela não implica em interdição, mas *viabilização de um cuidado especial*⁶²⁷. Aliás, a expressão *interdição*, por se mostrar estigmatizada, foi excluída do novo ordenamento.

⁶²² FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 241.

⁶²³ ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.82/143.

⁶²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em 01.12.2016.

⁶²⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 18. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

⁶²⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 18. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

⁶²⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 19. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

Registre-se, outrossim, que no tocante aos atos existenciais, a Lei foi taxativa ao dispor que *não haverá curatela*. Atos que envolvam o próprio corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto serão tomados exclusivamente pela pessoa com deficiência, sem incidência de curatela, sob nenhuma hipótese, nos termos do §1º do art. 85 do Estatuto.

Denota-se que o Estatuto outorgou explicitamente às pessoas com algum deficit mental ou intelectual plena capacidade para atos que envolvam sua esfera física ou moral, seus direitos de personalidade correspondentes ao modo de ser físico ou moral da pessoa, como ensina Adriano de Cupis⁶²⁸. Isto é, para atos praticados na esfera da *utilitas* privada, que por sua natureza correspondam às próprias necessidades mais elevadas e essenciais do indivíduo considerado em si mesmo⁶²⁹, o Estatuto declarou seu exercício pessoal e sua intransmissibilidade por curatela.

Dada a essencialidade desses direitos, que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular⁶³⁰, o legislador limitou a curatela às questões patrimoniais, resguardando-se, no entanto, a possibilidade de a pessoa com deficit mental ou intelectual requerer a tomada de decisão apoiada nessas hipóteses existenciais, sempre mediante requisição do próprio interessado, e não por disposição legal.

Essa nova opção paralela à curatela, *tomada de decisão apoiada*, foi instituída pelo Estatuto com o mesmo intuito da curatela: promoção da autonomia da pessoa com deficit funcional e intervenção mínima do Estado, embora a tomada de decisão apoiada dependa de um processo judicial e não meramente administrativo como ocorre na França.

Nesse instituto – tomada de decisão apoiada - existente em outros países, como Itália (*amministratozione de sostegno*), França (*sauvegard de justice*), na tomada de decisão apoiada, o apoiado, por iniciativa própria, elege duas pessoas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. Para isso, fornece-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade, nos termos do art. 116 do Estatuto.

⁶²⁸ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 36.

⁶²⁹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 34.

⁶³⁰ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 59.

Diferentemente de Áustria e Alemanha, que excluem a curatela na hipótese da tomada de decisão apoiada⁶³¹, no sistema brasileiro o regime da curatela parece conviver com o novo instituto. A diferença entre os dois regimes é colocada por Maurício Requião: a legitimidade ativa para a tomada de decisão apoiada cabe ao sujeito que dela fará uso, *o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental*, ou seja, o indivíduo, baseado em sua exclusiva vontade, poderá possuir apoiadores⁶³² escolhidos por ele – e não por ordem legal – para o auxiliar.

A tomada de decisão apoiada se apresenta como um reforço a *ratio legis* do Estatuto, no sentido de se privilegiar a autonomia e independência do titular de direitos, projetando no ordenamento jurídico o exercício ativo de seus direitos fundamentais. Aliás, nesse sentido, ele guarda alguma semelhança com o testamento vital – ou as diretivas antecipadas de vontade –, pois ambos privilegiam a escolha pessoal e íntima do apoiado e não decorrem de previsão legal, reforçando o exercício da autonomia por parte do apoiado.

Resta saber se a tomada de decisão apoiada implica em perda da capacidade ou não.

Em princípio, no direito brasileiro, Maurício Requião afirma que a tomada de decisão parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim serve de reforço à validade de negócios por ele realizada, pois não mais haverá lacunas para invalidação, por questões relativas à capacidade do sujeito (art. 1783-A, §4º).

No mesmo sentido, Nelson Rosenvald afirma que a tomada de decisão apoiada não veio para cercear a autonomia da pessoa com deficiência, mas apenas servir de auxílio. Para o Autor, o beneficiário conservará sua plena capacidade e apenas será privado da *legitimidade* para praticar alguns atos da vida civil. O novo instituto beneficiará as pessoas com impossibilidades física ou sensorial, bem como aquelas que não tenham impedido mas estão impossibilitadas de expressar sua vontade⁶³³.

O que é certo é que, em caso de divergência entre apoiador e apoiado, deve-se dar privilégio à autonomia do apoiado até porque, não se perca de vista, a tomada de decisão

⁶³¹ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 6/2016, p. 37-54, jan-mar/2006, p. 9.

⁶³² REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 184.

⁶³³ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.08.2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 27.07.2016.

apoiada só se constituiu a partir de interesse seu⁶³⁴. Requião reforça os aspectos da voluntariedade e da confiança que envolvem a tomada de decisão apoiada. Dá-se, no que toca à confiança como elemento basilar, configuração similar àquela encontrada, por exemplo, no mandato⁶³⁵.

Contudo, apesar das aparentes vantagens do instituto, Ana Luiza Nevares e Anderson Schreiber⁶³⁶ destacam que a tomada de decisão apoiada, parece não resolver o eixo do problema e pode tornar-se um instituto inócuo.

Segundo os Autores, a judicialização do procedimento traz significativo risco de desinteresse, em razão da sua falta de agilidade e excesso de burocratização⁶³⁷. Demais disso, a participação do Ministério Público não faz sentido porque, afinal, se trata de procedimento de pessoa capaz, como o próprio Estatuto salienta ao longo do texto legal⁶³⁸. E, por fim, a solicitação de contra-assinatura dos apoiadores ao contrato ou acordo – conforme disposição do §5º do art. 1.783-A do Código Civil – acaba por gerar nova *assistência disfarçada*, o que pode gerar a *preconceituosa suspeita daquele que contrata com o deficiente*, o que vai de encontro à própria legislação e coloca o deficiente, por via oblíqua, em novo estado de vulnerabilidade⁶³⁹.

Colocadas essas críticas, registre-se que a extensão do processo de interdição, da nova roupagem da curatela e aspectos ínsitos à tomada de decisão apoiada não são objeto deste trabalho, mas foram mencionados para demonstrar as mudanças procedimentais de

⁶³⁴ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 186.

⁶³⁵ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 186.

⁶³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 49.

⁶³⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

⁶³⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.54.

⁶³⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.

auxílio à pessoa deficiente que decorrem, na verdade, da alteração da teoria das incapacidades.

3. A teoria das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Conforme digressão efetuada em seções anteriores, divisa-se que a função histórica e precípua da teoria das incapacidades está na preponderância da tutela incapaz⁶⁴⁰, observadas as condições referentes ao *status* individual, especialmente no tocante à saúde e à idade.

A despeito da modificação trazida pelo Código Civil de 2002 que, segundo Judith Martins-Costa, colocou na *falta de discernimento necessário* a condição para aferição da incapacidade, mediante a análise dos estados biopsicológico e cronológico da pessoa no caso concreto⁶⁴¹, críticas não cessaram.

Como visto, Judith Martins-Costa⁶⁴² e Maria Helena Diniz⁶⁴³ compartilhavam a opinião no sentido de que era dever do ordenamento jurídico apresentar, *a priori*, um critério de possibilidade de existência de estados de enfermidade ou deficiência mental que reclamassem a intervenção protetora total do Estado. Contudo, mesmo após os movimentos sociais do séc. XX, com a consagração dos direitos humanos, a manutenção de uma teoria de incapacidades atrelada direta e aprioristicamente a enfermidades mentais, sem distinção de grau e ignorando o avanço médico, ia de encontro à dignidade da pessoa com deficiência mental.

O movimento internacional em prol da emancipação da pessoa com deficiência demandava uma técnica jurídica de *ultrapassagem da pessoa com deficiência estaticamente passiva (receptora de assistência) para a pessoa funcionalmente ativa (formadora de pensamento e inserida nos rumos sociais*, como afirma Fernando Rodrigues Martins⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 326.

⁶⁴² Ibid.

⁶⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1, p.175.

⁶⁴⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625.

E é por isso que o Estatuto, elaborado consoante conteúdo principiológico da Convenção, trouxe alterações legislativas no Código Civil e na legislação extravagante no sentido de objetivar a concreção da *dignidade-liberdade* das pessoas com deficiência – substituta da *dignidade-proteção* –, razão pela qual a maior parte dos doutrinadores lhe é favorável.

Mesmo entre os autores que questionam algumas modificações legislativas, principalmente no tocante às introduzidas nos arts. 3º e 4º do Código Civil, há, de forma geral, a constatação da importância do Estatuto em prol do reconhecimento das pessoas com deficiência, antes relegadas à insignificância social.

Nesse sentido, a despeito de críticas no tocante à eventual emancipação insuficiente das pessoas com deficiência, principalmente sob o aspecto patrimonial, Fernando Rodrigues Martins afirma que o Estatuto, com relação à emancipação das pessoas com deficit funcional, reposicionou a sociedade e o sistema jurídico conforme o objetivo primordial da Constituição Federal: sociedade livre, justa e solidária; redução das desigualdades; promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação⁶⁴⁵.

José Fernando Simão reconhece, em termos gerais, a importância do Estatuto como resultado de um movimento histórico em favor da diminuição das discriminações contra as pessoas com deficiência. Por outro lado, salienta que a *negação* do ordenamento às reais dificuldades biológicas de algumas pessoas pode gerar um *abandono jurídico*⁶⁴⁶.

Renan Lotufo, por sua vez, enfatiza que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por decorrer da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, entrou no direito positivo com a vocação de incluir direitos fundamentais da pessoa com deficiência e, por isso, apresenta princípios que devem orientar toda a interpretação e eficácia do Direito⁶⁴⁷. No mesmo sentido, Maria Garcia afirma que a Lei surge para que os atores sociais promovam uma profunda transformação em todas as camadas da sociedade, com o fito de combater estigmas e preconceitos⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 8.

⁶⁴⁶ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

⁶⁴⁷ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Vol. 1, p. 64.

⁶⁴⁸ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

E é por essa razão que Renan Lotufo afirma que o objeto da Lei não é uma questão de *capacidade genérica*, mas de dotar os deficientes de *status personae*⁶⁴⁹, ou seja, retirar as pessoas com deficiência do reconhecimento formal, genérico e abstrato de que eram sujeitos de direito, para reconhecê-las efetivamente não apenas como pessoa natural, mas como pessoa social, capaz de direitos e deveres na ordem civil.

O pensamento de Renan Lotufo vai ao encontro do primeiro fator fundante do direito privado constitucional pós-moderno: o da igualdade substancial, que, segundo Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁶⁵⁰, vem à frente, aliás, do fator liberdade.

Colocada essa questão e considerando-se que, de modo geral, o que a legislação quis foi reconhecer a pessoa com deficiência como *pessoa social*, tem-se que, de fato, foi alterada a natureza da teoria das incapacidades por meio das modificações legislativas já mencionadas, constantes dos arts. 6º, 84, 85 e 114, todos do Código Civil.

Confirme visto nos primeiros dois capítulos, dúvidas não há quanto à outorga da capacidade de direitos a todas as pessoas, seja por decorrência do jusnaturalismo⁶⁵¹, seja por decorrência do substrato ético surgido em Kant⁶⁵² e desenvolvido ao longo da História pela filosofia do direito. Qualquer restrição da capacidade de direito significaria o aniquilamento da pessoa do mundo jurídico, coarctando sua qualidade de pessoa e despindo-a dos atributos da personalidade, como explicou Maria Helena Diniz⁶⁵³.

Assim, a questão que envolve a teoria das incapacidades e o Estatuto tem seu campo de discussão no âmbito da limitação da capacidade de exercícios, tanto no âmbito patrimonial como no existencial.

No âmbito patrimonial, foi visto que a capacidade de exercício, por ser regra geral, sempre foi definida mais em sentido negativo do que positivo. Isto significa dizer que a pessoa, cujos elementos de especificação (*status*) não constavam do rol exaustivo de hipóteses de limitação, era *iure et de iure* presumidamente capaz para o exercício da vida

⁶⁴⁹ LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 66.

⁶⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 129.

⁶⁵¹ Ver nota 30.

⁶⁵² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 10/12/2016.

⁶⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, Vol.1, p. 169.

civil. Por outro lado, no âmbito existencial, o instituto tradicional das incapacidades se mostrava insuficiente, dada a natureza personalíssima dos valores envolvidos, pelo que foi desenvolvido um novo instrumento para aferição da capacidade, denominado *capacidade para consentir*, já definido em seção apropriada.

E qual a razão de o ordenamento prever um rol exaustivo para limitação do exercício de direitos no âmbito patrimonial? Porque se reconhece que nem todas as pessoas, em todo momento da vida, detêm autonomia para praticar ato jurídico e, por isso, não podem ser responsabilizadas por essa vinculação perante terceiros⁶⁵⁴.

No âmbito patrimonial, a limitação é mais restrita e rígida do que no âmbito existencial porque é dever do ordenamento jurídico oferecer proteção a essas pessoas, em primeiro lugar, para protegê-las e, como função secundária, oferecer segurança jurídica ao tráfego negocial. No âmbito existencial, por sua natureza personalíssima, a teoria tradicional das capacidades funcionava apenas como indício, sendo necessária, caso a caso, a aferição do discernimento necessário para o ato existencial, observados os processos específicos trazidos por Amelug e pelo biodireito.

Por esses motivos, o ordenamento sempre previu que, para exercício da capacidade de direito, no âmbito patrimonial – que gera sempre uma responsabilização posterior –, as pessoas devem estar dotadas da capacidade de *vontade, querer e poder*, conforme ensinamentos de Thibaut⁶⁵⁵ e de Vico, este último encampado por Carvalho Santos⁶⁵⁶, já referenciados. Discernimento (entendido como o *compreender*), vontade (entendida como o *querer*) e autonomia privada (entendida como *liberdade para poder*) são os fatores fundantes da capacidade plena de exercício.

É por isso, aliás, que a capacidade de exercício se mostra como requisito de validade do negócio jurídico, pois sem discernimento, vontade e liberdade para querer, o indivíduo não pode se responsabilizar por aquilo que fora contratado, dispondo de seus bens para isso⁶⁵⁷, como afirmou Emílio Betti.

⁶⁵⁴ Ver nota 226.

⁶⁵⁵ Ver nota 78.

⁶⁵⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

⁶⁵⁷ Ver notas 171 e seguintes.

Demonstrou-se também que a capacidade de fato sempre se correlacionou com a análise do estado da pessoa – *status* -, qualidade pessoal na constituição de uma relação jurídica da qual decorrem direitos e deveres. Essa correlação entre capacidade e *status* individual é compartilhada pela doutrina: Planiol e Ripert, Cezar Peluso, Eduardo Espínola, Chioroni e Abelo, Guido Alpa, Orlando Gomes, Francisco Amaral, Mônica Aguiar, João Luiz Alves, Judith Martins-Costa (que denomina *status* como elementos de especificação), dentre outros autores mencionados ao longo deste texto.

Guido Alpa, aliás, sustenta que o *status* apresenta uma função pública e social, com reconhecimento universal, com o objetivo de proteger o *fraco* na relação jurídico-social⁶⁵⁸. Tem-se, assim, que a análise do estado da pessoa, para fins de limitação da capacidade de exercício, tem por finalidade a proteção desse *fraco* na relação jurídica. Como afirmou Perlingieri, o *status* deve ser orientado segundo o princípio da igualdade substancial, o que legitima a existência de estados diversificados, libertadores e reequilibradores de justiça⁶⁵⁹. Aliás, esse pensamento vai ao encontro do que Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem denominam, no direito pós-moderno, da realização do direito a ser diferente e manter-se diferente, ser igual mesmo na diferença: novo paradigma do direito privado⁶⁶⁰.

Isso não significa que as normas de *status*, ao longo da História, não tenham servido a enfoques discriminatórios, ou para limitar ou rebaixar determinado grupo por conta dessas *diferenças*, mas sua natureza precípua está no fator de *igualdade*, enxergando a diferenciação do indivíduo e emancipando-o, para integrá-lo socialmente, como resultado da igualdade substancial, como salientou Guido Alpa. É o fator igualdade substancial, à luz da realização dos direitos humanos, o primordial no novo direito privado constitucionalizado, destacado por Cláudia Lima Marques⁶⁶¹.

E é nesta correlação entre *status*, para aferição da saúde e outorga da proteção estatal, que se situa a alteração promovida pelo Estatuto na teoria das incapacidades.

⁶⁵⁸ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 116.

⁶⁵⁹ Ver nota 158.

⁶⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 127.

⁶⁶¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 127.

A teoria das incapacidades no direito brasileiro, no séc. XX, fundou-se inicialmente na análise do *estado biológico e etário das pessoas*, para, ao depois, no Código Civil de 2002, adotar a análise dos *estados individuais biopsicológico e etário*, porquanto a falta de saúde e imaturidade ensejam ausência de *discernimento* e, por conseguinte, de autonomia para os atos jurídicos.

O discernimento, segundo elementos funcionais e conjunturais (biopsicológicos), era o padrão do Código Civil de 2002 para atar eficácia a seus diferentes graus que, por sua vez, estavam vinculados às variadas causas de incapacidade e nas diversas medições entre capacidades e incapacidades, como ensina Judith Martins-Costa⁶⁶².

Essa era a regra geral da teoria das incapacidades até o Estatuto: proteger o indivíduo que, por falta de discernimento, está em estado de vulnerabilidade, observando-se a idade ou estado de saúde (enfermidade ou deficiência mental, impossibilidade de expressar sua vontade, dependência química, excepcionalidade sem desenvolvimento completo ou prodigalidade). A falta de discernimento tolhe a autonomia e, por isso, não há como impor a responsabilização desses indivíduos perante terceiros.

Com o advento do Estatuto, aboliu-se a aferição do *discernimento* pela análise do *status* biopsicológico mental, que foi substituído pelo *status* volitivo, em todas as antigas hipóteses de falta de saúde.

Apenas como registro histórico, vale lembrar que no passado, a legislação civilista tomava como válida a análise de outro *status*, além da saúde e idade, para aferição da limitação de incapacidade: o gênero. Antes dos movimentos emancipatórios da mulher em meados do séc. XX, o Código Civil brasileiro, seguindo orientação do Código Civil francês, estabelecia uma série de restrições aos direitos da mulher casada⁶⁶³. Ao mesmo tempo que se reconhecia a mulher casada como relativamente capaz. O *status* de *mulher casada* (gênero) também era pressuposto legal para fins de limitação do exercício do direito⁶⁶⁴. A sociedade da época presumia que a administração da família cabia

⁶⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320.

⁶⁶³ CARVALHO, Francisco Ferreira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, P. 295

⁶⁶⁴ Sobre o tema, cf. CARVALHO, Francisco Ferreira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 292 e seguintes.

exclusivamente ao marido, pelo que o ordenamento, reconhecendo certa vulnerabilidade da mulher casada, a protegia, limitando sua capacidade de agir. O mesmo não acontecia com as mulheres divorciadas, mais aptas e desenvolvidas para se autodeterminarem. Com a emancipação da mulher, aboliu-se a aferição desse *status*.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a tradicional teoria das incapacidades e *aboliu* a análise do *status* correspondente à saúde mental: *a aferição da saúde mental, no caso concreto, para fins de discernimento e limitação de capacidade foi excluída do ordenamento jurídico*.

Todas as hipóteses de transtorno mental foram retiradas do rol da incapacidade absoluta que passou a contar apenas com o critério etário: menores de 16 (dezesesseis) anos. De acordo com a equação mencionada, uma disfunção mental simples que não cause impactos ambientais não pode ser tomada por deficiência, mas simples característica pessoal.

Como afirma Fernando Rodrigues Martins⁶⁶⁵, a estratégia do legislador foi excluir do rol de incapacidade absoluta todas as hipóteses correspondentes à deficiência mental e reorganizar o art. 4º para suprimir as situações de falta de formação mental completa – como no caso do surdo-mudo desprovido de educação adequada ou aqueles com anomalias congênitas, como por exemplo, a pessoa com síndrome de Down – reorientando o inciso III para a hipótese de falta de expressão da vontade por causa transitória ou permanente, mesclando com a antiga hipótese de incapacidade absoluta.

Esse *giro linguístico*, termo utilizado por Nelson Rosenvald, direciona qualquer impossibilidade de autogoverno por *deficiência ou enfermidade mental* para a hipótese de impossibilidade de *objetivamente* exprimir sua vontade, conduzindo a situação para a incapacidade relativa, passível de curatela com assistência. Segundo o Autor, o ordenamento jurídico providenciou uma solução que compõe o interesse econômico da pessoa e a segurança jurídica⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 10.

⁶⁶⁶ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.08.2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 27.07.2016.

É possível dizer, portanto, que o antigo *status* de discernimento, que englobava a aferição da saúde individual, nos mais diversos níveis médico-cognitivos, foi substituído pelo *status* correspondente à análise da *vontade manifestada pela pessoa*. É por isso que para Fernando Rodrigues Martins a curatela passa a se justificar *ao nível da vontade de que de cognição*⁶⁶⁷, para os atos patrimoniais. E uma pessoa com qualquer déficit mental não é mais automática e aprioristicamente inserida no rol das incapacidades, dada a dissociação entre saúde mental e incapacidade, e sim inserida no *generalista* rol do inciso III do art. 4º do Código Civil.

Não mais importa à teoria das incapacidades se o ato praticado pela pessoa com deficiência decorra do elemento intelectual, mas somente ela foi capaz de expressar sua vontade, como descrito anteriormente por Emílio Betti⁶⁶⁸. Aboliu-se um dos dois subelementos da declaração de vontade, elencados por Antônio Junqueira de Azevedo: a *consciência da juridicidade (erklärungsbewusstsein)*⁶⁶⁹, restando somente a vontade de conduta externa (dita também vontade de ação, *handlungswille*), ou, como preferem Nelson Nery e Rosa de Andrade Nery, a esfera volitiva⁶⁷⁰.

Assim, excluindo-se a consciência da juridicidade ou a força do conhecimento (*vis cognoscitiva: Nihil volitum nisi praecognitum*), conforme definição de Renan Lotufo⁶⁷¹, ao ordenamento não mais importa se o sujeito está dotado da aptidão para compreender, querer e ter liberdade para exercer sua capacidade de exercício, conforme ensinamentos de Thibaut⁶⁷² e de Vico, este último encampado por Carvalho Santos⁶⁷³, já referenciados.

A mudança do conceito de deficiência faz com que o ordenamento não mais perquirira se a pessoa se encontra em condições físico-psíquicas no momento de formação de vontade⁶⁷⁴, bastando a aferição se a vontade emanada não foi desviada por alguma influência exógena⁶⁷⁵, hipótese de defeito da declaração.

⁶⁶⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Ob. cit., p. 10.

⁶⁶⁸ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomo II, p. 26.

⁶⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 162.

⁶⁷⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JR, Nelson. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Capítulo II, item 94.

⁶⁷¹ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223.

⁶⁷² Ver nota 78.

⁶⁷³ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1, p. 231.

⁶⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 324.

⁶⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, V. 1, p. 325.

A alteração da teoria das incapacidades faz até algum sentido lógico pois, se a falta de condição físico-psíquica não perfaz mais hipótese de incapacidade, o ordenamento deveria desconsiderá-la para efeitos de incapacidade. No entanto, não se pode olvidar que, na prática, haverá situações de absoluta falta de conhecimento, não somente de aptidão para expressar a vontade, o que demandaria, por óbvio, uma intervenção mais drástica do ordenamento para proteção dessa pessoa e uma pena mais acentuada em caso de violação de seu direito.

O que se vê, da alteração promovida, é que, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, desde as Ordenações Filipinas, *a saúde mental deixou de ser fator para proteção pública, social e jurídica*. Pessoas com deficit mental deixaram de ser objeto de proteção para se tornarem apenas objeto do dever legal e social de se promover acessibilidade. A aferição do *status biopsicológico* e do *discernimento* não interessa mais à aptidão para os atos da vida civil e, por consequência, não perfaz hipótese de limitação da capacidade de exercício.

Essa inovação decorre do novo conceito de deficiência mental e visa à justiça distributiva, em prol da igualdade de condições com os demais, proporcionando uma real possibilidade de desenvolvimento da personalidade e o exercício de direitos fundamentais.

Demais disso, se o estado biopsicológico/cognitivo da pessoa com deficit funcional não implica em redução da capacidade, pode-se afirmar que o ordenamento deixou de reconhecer esse grupo de pessoas como vulneráveis.

O princípio da vulnerabilidade, fundado no princípio da igualdade, reconhece um certo *estado* de fragilidade, permanente provisória, individual ou coletiva, de modo que fragiliza ou enfraquece o sujeito de direitos e desequilibra uma relação⁶⁷⁶. Regimes jurídicos de proteção específicos ao consumidor, idosos, crianças e adolescentes e às pessoas com deficiência decorrem do fundamento da Constituição Cidadã que passou a

⁶⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno (Coord.) **Direito do Consumidor**. Princípios gerais e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 21-22.

introduzir um amplo espectro de direitos fundamentais individuais e coletivos⁶⁷⁷, principalmente no âmbito civil.

No caso das pessoas com deficit mental e intelectual, o sistema positivo brasileiro apresentava, de forma antecipada, um *status* de fragilidade, inserindo normas protetivas e reequilibradoras com fundamento na igualdade substancial e justiça equitativa⁶⁷⁸. Àquela época, fazia-se necessário, a bem de seus próprios interesses, que o direito estabelecesse restrições a sua capacidade, de acordo com a gravidade de sua deficiência, colocando-as fora do círculo de violação de seus próprios direitos, como afirmou Antônio Ferreira Mello⁶⁷⁹.

Contudo, em prol do fortalecimento da autonomia e independência da pessoa com deficiência e à luz dos princípios basilares da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência *rompeu com o conceito de vulnerabilidade*, por falta de discernimento, e a emancipou, projetando o reconhecimento de um novo *status* de *autossuficiência*, como afirmou Fernando Rodrigues Martins⁶⁸⁰.

A manifesta autossuficiência da pessoa com deficit mental, consubstanciada na manifestação de vontade, elide qualquer restrição do ordenamento baseada em *status* físico-psicológico, pela nova sistemática.

Este é o novo princípio instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, substitutivo do princípio da preponderância da tutela do incapaz, quando a incapacidade se relacionava à saúde mental e ao discernimento para os atos patrimoniais.

Disso decorre que, na atual circunstância, um estado de saúde mental mórbido não demanda, por si, proteção jurídica, e não suscita limitação total de capacidade de exercício, que só é reconhecida na hipótese etária. Pode-se afirmar que o resquício da aferição do *status* de saúde para limitação da capacidade se encontra nas situações de

⁶⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno (Coord.) **Direito do Consumidor. Princípios gerais e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 29.

⁶⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno (Coord.) **Direito do Consumidor. Princípios gerais e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 17.

⁶⁷⁹ Ver nota 336.

⁶⁸⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 11-12.

toxicomania, ebriedade habitual e prodigalidade. As demais hipóteses se enquadram na situação de emissão de vontade.

Toda essa mudança de paradigma na teoria tradicional das incapacidades – exclusão da aferição do *status* de saúde mental e discernimento para substituí-lo pelo *status* volitivo; dissociação entre falta de saúde mental e vulnerabilidade; e exclusão de todas as hipóteses de incapacidade absoluta por deficit funcional mental - tem ensejado debates no mundo jurídico, especialmente entre os civilistas, pois *a preponderância da tutela da pessoa com deficit funcional mental, antiga ratio da teoria das incapacidades, em tese, não existe mais.*

Sobre a necessidade de alteração da teoria das incapacidades, Nelson Rosenvald afirma que, em razão das infinitas hipóteses configuradoras de transtornos mentais ou deficits intelectuais, era insustentável a persistência de homogeneização dessas hipóteses no binômio incapacidade absoluta ou relativa, conforme aferição do discernimento. Desta forma, por mais grave que se mostrasse a patologia, era dever do direito privado do séc. XXI preservar as faculdades residuais da pessoa, sobremaneira as que dissessem respeito a suas crenças, valores e afetos, pois o *status personae* não se reduz à capacidade intelectual da pessoa⁶⁸¹.

O Autor não concorda com a afirmação de que a teoria das incapacidades foi implodida. Para ele, ao contrário, implodiu-se, e com razão, o processo de interdição até então utilizado para relegar as pessoas com deficit mental ao *cativeiro jurídico de morto civil*. Ele considera que a teoria das incapacidades foi mitigada, não suprimida, em prol da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana⁶⁸².

Para Waldir Macieira da Costa Filho, no tocante à exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta, o direito se adequará às necessidades reais e o operador poderá utilizar-se do diálogo das fontes, com as normas do direito civil e da Convenção, para

⁶⁸¹ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.ago.2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 20.11. 2016.

⁶⁸² ROSENVALD, Nelson. **Contagem regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/22/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15.11.2016.

concretude dos direitos das pessoas com deficiência, ressalvando que as hipóteses de curatela e tomada de decisão apoiada são extraordinárias⁶⁸³.

Pablo Stolze afirma que o impacto do Estatuto na teoria das incapacidades é *devastador*, não em sentido depreciativo mas por considerar uma reconstrução valorativa no sistema das incapacidades, em prol da dignidade humana. Para o Autor, considerar uma pessoa com deficiência como incapaz se torna *imprecisão técnica*, e que o desafio é a mudança de mentalidade, *na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro*⁶⁸⁴.

Mas a grande problemática da alteração da redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil refere-se à impossibilidade legislativa de se aferir o estado *psicobiológico/cognitivo* da pessoa e, por isso, não reconhecer hipóteses de incapacidade absoluta pelo estado mórbido de saúde mental, o que culmina com a inexistência de curador com poderes de representação, mas, tão somente, de assistência.

E é por isso que Atalá Correia afirma que, não obstante a elogiosa iniciativa legislativa, não se muda a *realidade biológica dos fatos*. Não há como ignorar a existência de centenas de pessoas, hoje declaradas como absolutamente incapazes por peritos judiciais: incapazes de compreender a realidade e manifestar vontade válida⁶⁸⁵ e que, por isso, demandam representação, e não mera assistência. A essas pessoas – incapazes de manifestar a vontade e agora apenas *assistidas* por um curador – a inovação legislativa acabou por coarctar completamente o exercício de direitos. E é por essa razão que Atalá Correia manifesta preocupação e sugere, por fim, uma *hibridização de institutos*, para que se admita a hipótese de incapacidade relativa com representação, e não somente com assistência⁶⁸⁶.

⁶⁸³ COSTA FILHO, Waldir Macieira. Capítulo II. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 369

⁶⁸⁴ STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 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 15.11.2015.

⁶⁸⁵ CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**. 3.ago.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-actual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas> Acesso em 01.08.2016.

⁶⁸⁶ CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**. 3.ago.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-actual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas> Acesso em 01.08.2016.

A mesma preocupação manifesta Maurício Requião. Ele afirma que a dissociação entre deficiência mental e capacidade é um passo importante em prol da promoção da igualdade⁶⁸⁷, mas a mudança da teoria *desafia a lógica*. A transferência do sujeito incapaz de exprimir sua vontade ainda que por causa transitória para o rol dos relativamente incapazes demandaria, segundo o Estatuto, assistência, o que implica em *convalidação do ato praticado originalmente pelo indivíduo*. Do que se pergunta: como se justifica a assistência se o curatelado está completamente impedido de exprimir sua vontade?

Tomando-se a definição esposada nas seções anteriores: como transformar a ausência de aptidão – por falta de impossibilidade de compreender e querer – em *quase aptidão*?

No mesmo sentido, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli valorizam o *paradigma da inclusão* dos deficientes apresentado pela nova legislação, mas afirmam peremptoriamente a existência de má técnica legislativa em detrimento dos direitos humanos, pois não cabe ao direito fechar os olhos para a falta de autodeterminação de alguns indivíduos, tratando-os em condições de igualdade formal⁶⁸⁸, quando a substancial não existe.

Segundo os Autores, o objetivo precípua da Convenção não demandava a alteração do regime das incapacidades, mas tão somente a *inclusão* das pessoas com deficiência por meio de ações afirmativas, mantidas as *salvaguardas*. Afinal era o art. 1º, n. 2, b, da Convenção que afirmava que a *declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, (esta) não constituirá discriminação*⁶⁸⁹. Percebe-se, de tal arte, segundo os Autores, que a Convenção não repudiava as legislações internas no tocante à teoria das incapacidades e, por isso, inverter sua lógica, retirando a proteção daquele que não pode governar sua própria conduta é, ao contrário, subverter a lógica dos próprios direitos humanos⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162.

⁶⁸⁸ KÜMPEL, Vitor Frederico. BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Revista Migalhas**. 12.08.2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 10.08.2016.

⁶⁸⁹ KÜMPEL, Vitor Frederico. BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Revista Migalhas**. 12.08.2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 10.08.2016.

⁶⁹⁰ Ibid.

Os Autores trazem a lume a experiência francesa que, em 1968, aboliu a interdição mas colocou o *maior protegido* ao instituto da *sauvegard*, de modo que seus atos não gozam de pronta validade, *como tudo leva a crer que ocorrerá com os atos dos deficientes mentais brasileiros*⁶⁹¹. Ainda: conferir aos antigos absolutamente incapazes medidas como a curatela limitada e tomada de decisão apoiada constituem remédios *insuficientes* à salvaguarda de seus direitos e servem somente para *forçar* uma igualdade formal, ignorando a realidade dos fatos⁶⁹².

No tocante à exclusão de todas as hipóteses de incapacidade absoluta, José Fernando Simão também partilha da preocupação no tocante à prejudicialidade da alteração, especialmente em relação àqueles que, por questões de saúde, demandam proteção legal. Segundo ele, pelo novo ordenamento, o enquadramento de uma pessoa em coma induzido, sem discernimento, no rol de incapacidade relativa, passível de curatela limitada para os atos patrimoniais, é, além de inútil, danoso ao indivíduo, visto que ele, em termos fáticos, se encontra *absolutamente inapto para todos os atos da vida civil*⁶⁹³ - inclusive existenciais. Nessa hipótese, a mera assistência, *contrario sensu*, acaba afastando-o da prática dos atos, pois não há medida hábil e suficiente para o suprimento de sua incapacidade.

José Fernando Simão, ao contrário de Atalá Correia e Maurício Requião⁶⁹⁴ que sugerem uma *hibridização de institutos* em hipóteses de impossibilidade de manifestação da vontade, é enfático ao afirmar que o Poder Judiciário deve ignorar a mudança legislativa, sob pena de inviabilização da subsistência da pessoa com enfermidade mental⁶⁹⁵.

Reitere-se: o suprimento que deveria existir na hipótese de absoluta falta de saúde mental - *a representação para todos os atos da vida civil* – foi excluído pelo Estatuto, de

⁶⁹¹ Ibid.

⁶⁹² Ibid.

⁶⁹³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

⁶⁹⁴ Maurício Requião afirma que, em curto prazo, o modelo híbrido entre assistência e representação seja adequado. Cf. REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 162

⁶⁹⁵ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015, p. 8. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

modo que, segundo interpretação restritiva da Lei, a pessoa com estado grave de saúde permanecerá alijada da capacidade de exercício de seus direitos.

Hugo Cremonez Sirena discorre sobre a insustentabilidade dessa nova teoria trazida pelo Estatuto que, alicerçado na promoção da dignidade da pessoa com deficiência, construiu um cenário desarmônico ao sistema jurídico. A insustentabilidade advém da *própria ausência de concretude ou de possibilidade de realização desse cenário que ora se apresenta*⁶⁹⁶, pois não há como negar a pessoas com deficit funcional grave a necessária e imprescindível proteção⁶⁹⁷.

Fernando Rodrigues Martins afirma que, a despeito da real necessidade de se promover a igualdade substancial, concedendo autonomia e independência à pessoa com deficiência para fins de retirá-la, sempre que possível, do paternalismo e assistencialismo⁶⁹⁸, as alterações promovidas pelo Estatuto esvaneceram *a sustentação essencial na promoção e preservação da pessoa com deficiência*⁶⁹⁹.

Segundo o autor, o simples *apagar* da incapacidade não conduz à real e efetiva emancipação da pessoa com deficiência. Ao contrário: a retirada da proteção normativa fixada pelo Código Civil, sem a preservação de seus efeitos protetivos que se projetavam no sistema, implica em uma emancipação deficiente e danosa, o que ameaça a própria eficácia do Estatuto que pode se tornar legislação meramente simbólica⁷⁰⁰.

Ainda segundo Fernando Martins, a simples menção à curatela, como única salvaguarda das pessoas com deficit em negócios patrimoniais, não é suficiente, pois não há fixação da ampla proteção que a pessoa com deficit mental grave pode demandar. Vê-

⁶⁹⁶SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**. Vol. 70/2016, p. 135-150, out/2016, p. 10.

⁶⁹⁷ SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**. Vol. 70/2016, p. 135-150, out/2016, p. 11.

⁶⁹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 12.

⁶⁹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 11.

⁷⁰⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 11.

se um exemplo dessa afirmação na ausência de menção à representação para todos os atos da vida civil, quando, no caso concreto, seria essa a melhor solução.

Como bem salientou Iara Antunes de Souza, é preciso ter cuidado para não retirar a discriminação da pessoa com deficiência⁷⁰¹ e colocá-la em total desamparo⁷⁰².

Sobre a ausência de representação para pessoas com estado de saúde mental grave, Nelson Rosenvald afirma que a retirada apriorística das hipóteses de incapacidade absoluta não implica na abolição do instituto da representação, mas somente indica que, em atenção ao princípio da dignidade humana, não há como manter no sistema jurídico uma categoria despersonalizada de absolutamente incapazes. A incapacidade absoluta, segundo ele, viola o princípio da proporcionalidade. Assim, o Autor corrobora a opção de *hibridização de institutos*, que será aplicada conforme a concretude do caso, podendo desdobrar-se em três possibilidades: (i) o curador será representante para todos os atos (sem dizer se se incluem também os existenciais); (ii) o curador será representante para alguns atos e assistente para outros; e (iii) o curador será sempre um assistente⁷⁰³.

Contudo e não obstante a elogiosa proposta para *hibridização de institutos*, a retirada apriorística das hipóteses de incapacidade absoluta pelo não reconhecimento da vulnerabilidade de pessoas com deficit funcional mental, contraria a lógica, implica na ausência de representação e atenta contra o conteúdo da própria Convenção.

Como afirmou Renan Lotufo⁷⁰⁴, o objetivo precípua da Convenção não se dava no campo da exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta, mas no reconhecimento do *status personae* da pessoa com deficiência. Em comentário ao art. 12 da Convenção, Eugênia Augusta Gonzaga afirma que a Organização das Nações Unidas, ciente que os ordenamentos jurídicos de muitos países não reconhecem sequer formalmente os direitos básicos à vida, saúde e educação às pessoas com deficiência, *fez questão de afirmar que elas têm esse direito de ser reconhecidas como pessoas, e como tal, tão titulares de direitos civis e outros como qualquer outra pessoa*⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ O termo deficiência é aqui utilizado no conceito antigo: deficit mental.

⁷⁰² SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, P. 283.

⁷⁰³ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.08.1015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 27.07.2016.

⁷⁰⁴ LOTUFO, Renan. Código Civil comentado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 66

⁷⁰⁵ GONZAGA, Eugênia Augusta. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das**

Ser pessoa e praticar pessoalmente seus direitos civis está longe, no entanto, de excluir as hipóteses de incapacidade absoluta por deficit funcional mental. Como diz a Autora, a intenção da Convenção era a promoção da interdição parcial como regra, mas não a exclusão da interdição total que ser tornaria apenas exceção necessária, em determinados casos concretos⁷⁰⁶.

No entanto, não foram positivadas as hipóteses de incapacidade absoluta – com exceção do critério etário –, de modo que se pode afirmar que, por exemplo, psicopatas não sejam mais enquadrados como absolutamente incapazes no sistema civil, demandando *grande esforço doutrinário e jurisprudencial para conseguir situá-los no inciso III do art. 4º do Código Civil, tratando-os como relativamente incapazes*, sob pena de, não o fazendo, serem *considerados plenamente capazes para o Direito Civil*, como preleciona Flávio Tartuce⁷⁰⁷.

Demais disso, ponto crucial à alteração promovida está na ausência de novas salvaguardas impostas pela Lei em prol do reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, o que reverbera em todo o ordenamento jurídico brasileiro, implicando em possíveis danos à pessoa com deficiência, como se verá no capítulo posterior.

Ainda no tocante à teoria das incapacidades, mas agora relativamente à esfera existencial, reitere-se a louvável posição humanista de que à pessoa com deficiência deve ser outorgada capacidade plena, pois o que está em causa é o *exercício de atos atinentes ao núcleo mais irredutível da existência humana*, como afirma Judith Martins-Costa⁷⁰⁸, de modo que cabe ao direito civil respeitar o livre desenvolvimento da personalidade.

Contudo filia-se aqui a corrente doutrinária referente à capacidade para consentir, já apresentada pormenorizadamente em capítulo anterior, principalmente quando *o ato de*

peçoas com deficiência. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 88.

⁷⁰⁶ GONZAGA, Eugênia Augusta. In: In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das peçoas com deficiência.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SINDP-SDH-PR, 2014, p. 88

⁷⁰⁷ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte I. 29.07.2015. **Revista Migalhas.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em 2.12.2016.

⁷⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 322.

disposição atingir o corpo, a vida e a saúde da pessoa com deficiência. Nessas hipóteses, há de se perquirir o consentimento informado, no caso concreto, conforme as regras de Amelung⁷⁰⁹, já apresentadas: (a) capacidade para decidir sobre valores; (b) capacidade para compreender os fatos; (c) capacidade para compreender as alternativas; e (d) capacidade para autodeterminar-se com base na informação obtida.

Trata-se, aliás, de exigência consagrada na Convenção Para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano, firmada em Oviedo, em 1997, pelos Estados membros do Conselho da Europa e outros Estados, como ensina Judith Martins-Costa. Assim, de acordo com a normativa e em consonância com o princípio da beneficência já mencionado⁷¹⁰, intervenções médicas em pessoas com deficit mental só podem ser realizadas se a finalidade for seu *benefício direto*, exigindo-se autorização de seu representante, autoridade ou de pessoa ou instância designada pela lei, devendo o paciente *na medida do possível, participar no processo de autorização*⁷¹¹. Outrossim, para tratamentos de enfermidades mentais em pessoa com deficit mental grave, a orientação é de que se exija seu consentimento *salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde*. E ainda, nas hipóteses de impossibilidade de manifestação de consentimento, a orientação dessa Convenção indica que seja realizada a intervenção *medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa*⁷¹².

Deste modo, considerando-se a relevância desses valores da personalidade e à luz do princípio da beneficência, divisa-se que o consentimento pleno e informado, realizado após um processo de discernimento, deve servir à realização dos atos existenciais em relação a atos que envolvam *o corpo, a vida e a saúde da pessoa com deficiência*

E o Direito não se pode olvidar de aferir, no caso concreto, a existência de capacidade para consentir por parte da pessoa com deficiência, não bastando, pois, a

⁷⁰⁹ Sobre a doutrina de Amelung, cf: KOPETZKI. *Unterbringungsrecht*, II, pp. 818-824 apud PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II, p. 212.

⁷¹⁰ Ver nota

⁷¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 329.

⁷¹² MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 330.

singela afirmação de que as pessoas com deficit mental possuem ampla capacidade para praticar atos nessas hipóteses. Pois, ao contrário, outorgar-se plena capacidade, sem aferição do discernimento no caso concreto, pode violar a dignidade da pessoa com deficiência e impedir a realização do livre desenvolvimento de sua personalidade, o que, por certo, não foi a intenção do legislador.

CAPÍTULO 4 - REFLEXOS PATRIMONIAIS NA ESFERA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1. Conceituação

Renan Lotufo afirma que a teoria das incapacidades tem por objetivo a proteção patrimonial dos incapazes. É sob o aspecto patrimonial que a *ratio* da proteção do incapaz se perfaz.

A alteração no regime das incapacidades, consubstanciada na outorga legal de capacidade a todas as pessoas com deficit mental e exclusão de todas as hipóteses de incapacidade absoluta, deixou de reconhecer nessa pessoa a *vulnerabilidade* na prática dos atos jurídicos.

É correto afirmar que, no direito privado, e à luz dos deveres de respeito à dignidade das pessoas com deficiência mental e na proteção de seus interesses, se fazia necessário um controle mais efetivo dos mecanismos judiciais de *avaliação das situações em que se autoriza a restrição à eficácia da declaração de vontade individual*, como afirmam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁷¹³, bem como uma emancipação real e efetiva da pessoa com deficit mental, a fim de que a ela fosse outorgado o *status personae* em igualdade de condições com os demais. Esse era o sentido da Convenção da Pessoa com Deficiência.

Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi além e, ao invés de apenas excluir as hipóteses apriorísticas de deficiência e enfermidade mental, dissociando-as de capacidade, e promover a curatela parcial, a Lei aboliu a aferição do discernimento, do *status* biopsicológico das pessoas e limitou-se a considerar o *status* volitivo para fins de limitação parcial da incapacidade. E mais: excluiu todas as hipóteses apriorísticas de incapacidade absoluta, exceto a etária.

Isso significa, conforme posição emanada de Fernando Rodrigues Martins, uma emancipação deficiente da pessoa com deficit mental, pois o Estatuto, a despeito do atrelamento obrigatório aos princípios da Convenção, deixou de oferecer salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos e assegurar a preservação de seu patrimônio.

⁷¹³ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 166.

O Autor afirma que a declaração de ausência de incapacidade, sem a *clara preservação dos efeitos dela espargidos – e que poderiam ser mantidos adequadamente na nova legislação -, esvaneceu a sustentação essencial na promoção e preservação da pessoa com deficiência*⁷¹⁴.

Obviamente que retirar da pessoa com deficiência o direito ao casamento, à sexualidade, ao convívio social é o mesmo que lhe aprisionar a alma, impedir o livre e necessário desenvolvimento de sua personalidade e coarctar a liberdade de escolher seu projeto de vida, o que não se deve admitir em uma estrutura básica e justa de sociedade, como ensina John Rawls⁷¹⁵. Afinal, uma sociedade bem-ordenada e justa confirma a autonomia das pessoas⁷¹⁶, oferecendo-lhes o direito a autodeterminarem-se e executarem um plano racional de vida, em condições mais ou menos favoráveis, com a confiança de realização de suas intenções⁷¹⁷. Esse caminho, segundo Rawls, é o da felicidade.

Contudo, o sistema jurídico positivo não pode ignorar que essas questões metafísicas abarcadas pelo Estatuto, dignas de aplausos, repercutem na esfera patrimonial da pessoa com deficiência, e, por sua vez, se não forem colocadas salvaguardas, podem implicar na mitigação do mínimo existencial, faceta do princípio da dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, pois uma vida sem alternativas não **corresponde** às exigências da dignidade humana⁷¹⁸. É dever do legislador assegurar as condições materiais indispensáveis a uma vida digna⁷¹⁹ e o mínimo existencial, como direito-garantia fundamental autônomo para uma vida saudável, sob o ponto de vista fisiológico e sociocultural.

⁷¹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 11.

⁷¹⁵ RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.

⁷¹⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 636.

⁷¹⁷ RAWLS, John. **Justiça como equidade**. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 676.

⁷¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 23.

⁷¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 23.

A pobreza, segundo Amartya Sem, deve ser encarada como uma espécie de privação das capacidades⁷²⁰, ou seja, privação da execução das liberdades substantivas para levar a vida de acordo com seus valores mais íntimos⁷²¹. O baixo nível de renda é visto como privação das liberdades mais básicas – como, por exemplo, de ser nutrido -, o que pode ser agravado se o indivíduo estiver em baixa renda e também apresentar características pessoais, como por exemplo, *enfermidades*, que dificultem a conversão dessa renda em possibilidades reais de liberdade⁷²².

Isso significa dizer que, sob o ponto de vista econômico, em famílias que apresentam um ente *incapacitado*, existe uma *desvantagem na pobreza*, causada muito mais pela dificuldade de converter a renda em novas possibilidades⁷²³ do que pela própria ausência de renda real, de modo que cabe ao Poder Público intervir em prol das pessoas com deficiência para prevenir, gerir e mitigar essas situações de inaptidão⁷²⁴.

Essa *desvantagem na pobreza* - decorrente da incapacidade e consubstanciada na dificuldade de converter a renda em possibilidades de vida – pode afastar as pessoas com deficiência do *pé de igualdade*⁷²⁵ necessário para uma manifestação de vontade hígida e perfeita quando da celebração de um negócio jurídico patrimonial, de modo que a vulnerabilidade econômica também demanda atenção pelo Direito.

Divisa-se, pois, que um olhar atento do Direito às questões patrimoniais da pessoa com deficiência é tão fundamental quanto a promulgação de seus direitos existenciais, pois, também sob o ponto de vista econômico, *as pessoas com deficiência se apresentam como vulneráveis pelas escassas possibilidades de converter a renda em escolhas reais de vida*. A desigualdade real entre a pessoa com deficiência e o declaratório – desigualdade esta decorrente da *desvantagem na pobreza* ou, mesmo, de eventual falta de vontade qualificada e consciência para o ato jurídico – pode implicar em situações de sujeição, cerceamento da autonomia privada e prevalência dos operadores econômicos.

⁷²⁰ O termo capacidade é utilizado sob o aspecto econômico e não jurídico, significando o potencial de liberdades substantivas.

⁷²¹ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 120.

⁷²² SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 121.

⁷²³ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 293.

⁷²⁴ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 294.

⁷²⁵ Ver nota 217. Antônio Junqueira de Azevedo.

É provável que o movimento inclusivo proposto pelo Estatuto gere, ao longo do tempo, uma possibilidade maior de conversão de renda pela pessoa com deficiência, pois a sociedade terá diminuído as barreiras que separam a pessoa com deficiência da consecução do trabalho, por exemplo. Nesse passo, a educação inclusiva e a acessibilidade adquirem especial relevância. Mas, neste momento, não há como negar à pessoa com deficiência as salvaguardas jurídicas necessárias à preservação de seu patrimônio, evitando-se a espoliação, seja pela vulnerabilidade econômica, seja pela vulnerabilidade decorrente da própria condição biopsicológica da pessoa com deficit mental.

E é esse o papel fundamental da ordem jurídica no momento atual: promover salvaguardas em prol da proteção dos vulneráveis, especialmente no tocante às relações de direito privado, consubstanciadas nas civis, empresariais ou de consumo⁷²⁶. A noção da *vulnerabilidade* no Direito não tem o condão de excluir o diferente, mas, como disse Guido Alpa, incluir a pessoa, com fundamento na proteção da pessoa humana⁷²⁷, à luz da valorização dos direitos humanos.

E foi esse o movimento realizado pelo direito privado brasileiro nas últimas décadas, acompanhando orientação estrangeira, no sentido de valorizar os direitos humanos, os novos papéis sociais e econômicos, tendo o indivíduo social – na função e papel que exerce na vida em sociedade (*humanitas*) – como seu fundamento⁷²⁸. O antigo paradigma individualista e voluntarista do direito privado, representado simbolicamente pela declaração de vontade individual dotada de eficácia jurídica, foi relativizado⁷²⁹.

No Código Civil havia a necessidade de se contornar o *embaraço* de se colocar no mesmo plano os interesses patrimoniais e existenciais, estritamente ligados à pessoa⁷³⁰, reconhecendo-se, nestes últimos, a atuação primordial dos princípios constitucionais. Esse movimento, denominado *despatrimonialização*, ensejou uma nova tendência normativa-cultural mediante a recolocação da pessoa no topo da regulamentação, e

⁷²⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 88.

⁷²⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 88.

⁷²⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

⁷²⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

⁷³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 32

modificou o cenário individualista e patrimonialista de outrora em prol da consagração do Estado Social⁷³¹, por meio da incidência direta de princípios constitucionais às relações privadas.

Deu-se início à *Era dos Estatutos*, denominada por Gustavo Tepedino como uma técnica legislativa no âmbito do direito privado - fundada no valor da dignidade humana, e não somente em questões negociais⁷³² - em prol do reconhecimento e inclusão de grupos vulneráveis.

É certo que o movimento de *repersonalização*⁷³³ do Direito Privado, sob influência da filosofia de Kant, foi construído sob o signo da igualdade, uma vez que a noção de sujeito de direitos é concebida com base no modelo de pessoa livre, autônoma e plenamente capaz, como ensinam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁷³⁴.

Giovanni Ettore Nanni elencou os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa e a justiça social como *elementos indeclináveis da atividade negocial, motivo por que são ferramentas de promoção de equilíbrio em qualquer relação jurídica*⁷³⁵. Tais princípios, de ordem constitucional, coadunam-se com os princípios fundantes do Código Civil – *eticidade, socialidade, operabilidade e atividade* – **os quais**, segundo Renan Lotufo⁷³⁶, passaram a integrar e caracterizar a normativa infraconstitucional para a consecução do que Norberto Bobbio denominou de “Era dos Direitos”.

Contudo, Giovanni Nanni⁷³⁷, ao encampar ensinamentos de Pietro Perlingieri⁷³⁸, adverte que, *a despeito do movimento de despatrimonialização do direito civil, não se deve promover a redução quantitativa do conteúdo patrimonial nas relações jurídicas*⁷³⁹. O legítimo movimento de superação do individualismo, em prol da tutela especial e

⁷³¹ ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145

⁷³² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

⁷³³ Sobre a constitucionalização do direito privado, cf. ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. *Op. Cit.*, p. 125 et seq.

⁷³⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

⁷³⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

⁷³⁶ LOTUFO, Renan. *Princípios e o novo Código Civil*. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. **Direito das obrigações**. São Paulo: Ed. Método, p. 435 et seq.

⁷³⁷ NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 143.

⁷³⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Org. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

⁷³⁹ NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 143.

privilegiada à pessoa humana, não pode promover a *expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e no civilístico em particular*, pois o momento econômico não é eliminável⁷⁴⁰. Demais disso, a tutela do homem não tem por objetivo *humilhar* a inspiração econômica, mas apenas atribuir-lhe justificação institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa⁷⁴¹.

É mister do ordenamento conservar a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado, interpretando-os à luz da dignidade humana.

A denominada *repersonalização* do Código Civil não deve afastar a tutela jurídica patrimonial, mas tão somente conciliá-la à nova ordem social. Ela indica que valores como dignidade humana, solidarismo constitucional e da livre iniciativa consubstanciam o novo paradigma jurídico para as relações jurídicas, *inclusive no âmbito patrimonial*, como ensina Carlyle Popp⁷⁴². Afinal, a dignidade humana também se perfaz no âmbito material.

Para demonstrar a importância das salvaguardas jurídicas em prol do patrimônio, Antônio Junqueira de Azevedo afirma que o respeito às condições mínimas de vida, no âmbito material, é a segunda consequência direta do princípio da dignidade humana⁷⁴³. No ordenamento, encontra-se projetado na impenhorabilidade do bem de família; impenhorabilidade das provisões; proibição de doar todos os bens; direito real de habitação⁷⁴⁴, dentre outras situações que consubstanciam a função protetiva do patrimônio em prol da dignidade humana.

Para realçar a associação entre propriedade privada e dignidade humana, Antônio Junqueira de Azevedo⁷⁴⁵ cita o discurso de Pio XII, *in verbis*:

(...) As normas jurídicas positivas reguladoras da propriedade privada podem modificar e conceder um uso mais ou menos limitado; mas se querem contribuir à pacificação da comunidade,

⁷⁴⁰ NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 143.

⁷⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Org. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

⁷⁴² POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 146.

⁷⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797/2002, p. 11-26, mar/2002, p. 8.

⁷⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797/2002, p. 11-26, mar/2002, p. 9.

⁷⁴⁵ PIO XII. "Con sempre" (Radiomensagem do Natal de 1942), versão em espanhol. Doctrina Pontificia II. Madri : BAC, 1958. Apud AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797/2002, p. 11-26, mar/2002P. 10.

deverão impedir que o trabalhador que é ou será pai de família se veja condenado a uma dependência e escravidão econômica inconciliável com seus direitos de pessoa. (...)

Vê-se, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, a preocupação no tocante às normas jurídicas positivas reguladoras da propriedade privada, como fundamento da dignidade da pessoa humana. E é por isso que, em termos contratuais, o autor assevera que cabe ao Poder Público conciliar os três níveis do contrato: econômico, jurídico e social⁷⁴⁶.

Não é saudável que o movimento da *repersonalização* do direito privado seja pendular, a ponto de extinguir a preocupação normativa acerca da tutela patrimonial, como parece acontecer com texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A exclusão de salvaguardas fundamentais - já existentes na legislação ordinária, em prol da proteção e conservação do patrimônio daquele que a lei enxerga como vulnerável – pode projetar efeitos nefastos àquela pessoa que, por questões de falta de saúde, se encontra impedida de avaliar as conveniências de um negócio e emitir uma declaração de vontade perfeita.

A inclusão da pessoa com deficiência, principalmente no tocante à promoção da autonomia nos valores existenciais, não pode afastar a preocupação patrimonial. Se é certo que outrora *desregrada preocupação patrimonial* acabou por *coisificar* o homem, como afirma Giovanni Ettore Nanni⁷⁴⁷, a preocupação existencial não se pode tornar excessiva a ponto de extinguir as salvaguardas patrimoniais, como se o núcleo patrimonial não integrasse a sistemática constitucional.

A salutar inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no direito civil, como primordial preceito a ser tutelado, modificou a tradicional visão patrimonialista, *afastando-se a decantada coisificação* do homem. *Mas o direito patrimonial e seus clássicos institutos não devem ficar marginalizados, como se fossem um sacrilégio*⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185-186.

⁷⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **As situações jurídicas exclusivas do ser humano**: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem, p. 22.

⁷⁴⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **As situações jurídicas exclusivas do ser humano**: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem, p. 27.

Aliás, como já mencionado anteriormente, é a própria Convenção das Pessoas com Deficiência que demandou aos Estados-Partes, no art. 12, a adoção de salvaguardas apropriadas para a prevenção de abusos, tanto no exercício da capacidade legal, como no tocante à preservação de bens, finanças, dentre outros aspectos patrimoniais. Tanto é assim que, para Eugênia Augusta Gonzaga⁷⁴⁹, o ordenamento jurídico não aboliria as hipóteses de incapacidade absoluta (que ensejam interdição total), mas apenas tomaria a interdição parcial como regra.

A Convenção não demandou a exclusão da tutela jurídica patrimonial. Ao contrário. A tutela patrimonial integra o conteúdo principiológico desse tratado internacional de direitos humanos.

Ocorre que, da forma como foi redigido o Estatuto - com a alteração da teoria das incapacidades pela retirada do véu protetivo da vulnerabilidade, em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado, sem as proteções compatíveis – houve a inversão da lógica jurídica. A ausência de salvaguardas no âmbito patrimonial vilipendia a própria natureza da Convenção das Pessoas com Deficiência, porquanto não há como deixar de reconhecer os perigos a que estarão expostas as pessoas com certo grau de deficiência mental, principalmente no tocante aos negócios jurídicos.

Afinal, são os negócios jurídicos válidos, principais fontes de circulação de riquezas, que irradiam efeitos, pretensões, ações ou exceções em torno do patrimônio da parte⁷⁵⁰, de modo que não há como negar a necessidade de se efetivarem salvaguardas em prol da pessoa com deficiência, com vista à prevenção de alterações lesivas em seu patrimônio.

2. Reflexos decorrentes do negócio jurídico patrimonial firmado pela pessoa com deficiência

O giro axiológico promovido pelo Estatuto - consubstanciado na emancipação da pessoa com deficiência por meio da alteração do conceito de *deficiência* - implicou na abolição das medidas protetivas em prol da pessoa absolutamente incapaz, pois o reconhecimento de que a incapacidade decorre também da falta de acessibilidade, e não somente da falta de discernimento do sujeito, prescinde de intervenção grave pelo

⁷⁴⁹ GONZAGA, Eugênia Augusta. **Direitos das pessoas com deficiência**. Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2012, p. 88.

⁷⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, Volume IV. Capítulo III, item 15.

ordenamento jurídico. Disso decorre que a antiga noção de vulnerabilidade da pessoa com deficit funcional mental cedeu espaço à igualdade (formal).

Como já exposto, a falta de capacidade de fato sempre esteve atrelada ao aspecto negocial, de modo a facilitar a circulação de riquezas e tráfego jurídico-econômico, a despeito de se reconhecer a função primordialmente protetiva da teoria das incapacidades.

Afinal, em termos de negócio jurídico, principal instrumento de circulação de riquezas, presume-se que uma pessoa que assume compromissos está em condições de avaliar suas *conveniências, de modo razoavelmente correto, sem que intervenham elementos que perturbem ou alterem gravemente o processo conducente à decisão de concluir o contrato e de o concluir com determinado conteúdo*, como preleciona Enzo Roppo⁷⁵¹. Segundo o autor, não seria justo, sequer oportuno, a manutenção de um vínculo contratual que não tenha sido decorrente de uma decisão sensata e racional⁷⁵².

A importância da capacidade se justificava pelo valor do conteúdo da declaração, devendo ser hígido e decorrer de uma vontade qualificada fundada na força do conhecimento e da consciência do sujeito, como afirmado por Renan Lotufo. Imprescindíveis, pois, a vontade de conduta externa (dita também vontade de ação, *handlungswille*) e consciência da juridicidade da declaração (*erklärungsbewusstsein*)⁷⁵³ para a validade do conteúdo da declaração, como preleciona Antônio Junqueira de Azevedo.

Se há falta de capacidade da parte no momento de celebração do negócio – decorrente de condições físico-psíquicas que excluem a possibilidade de entendimento e vontade - o ordenamento impõe sua invalidade que variará de acordo com o nível de atentado da norma jurídica, conforme descrito no Capítulo 2 deste trabalho. A grave violação à norma de interesse público impõe a sanção de nulidade pois é do interesse social⁷⁵⁴ que negócios jurídicos indesejados e prejudiciais ao desenvolvimento de uma sociedade equilibrada e solidária não sejam praticados⁷⁵⁵.

A preponderância da tutela do incapaz sempre foi indiscutível. *Tolittur quaestio*. Mesmo em caso de conflito com outros bens jurídicos, como por exemplo, boa-fé de um

⁷⁵¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 226.

⁷⁵² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 226.

⁷⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 162.

⁷⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 324.

⁷⁵⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33

terceiro adquirente de um imóvel alienado por uma pessoa com enfermidade mental, a doutrina e jurisprudência sempre se posicionaram a favor da superioridade da tutela do incapaz, retornando as partes contratantes ao *status quo ante*⁷⁵⁶, como reconhecimento da violação de norma cogente social.

Até o Código Civil de 2002, um negócio jurídico firmado por uma pessoa absolutamente incapaz – ou seja, sem discernimento causado por alguma causa físico-biológica – era apenado com a sanção de nulidade, pois desde seu nascedouro se observava a falta de um elemento orgânico e vital sem o qual o ato deveria ser considerado como não realizado, como não tendo tido vida⁷⁵⁷, como afirma Martinho Garcez. É a lei que declara a nulidade; é ela quem qualifica o ato como nulo, cabendo ao juiz a mera pronúncia e aplicação da pena⁷⁵⁸. O ato nulo não convalesce, nem mesmo pela decadência da ação de nulidade, ou por institutos de acomodação, como o caso da renúncia tácita ou da *supressio (Verwikung)*⁷⁵⁹.

Vê-se a importância da ordem pública, entendida como a positivação dos valores sociais de segurança, justiça e ética⁷⁶⁰, como instrumento de limitação da autonomia privada em prol da tutela do incapaz.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta – com exceção da hipótese etária -, o ordenamento jurídico passou a presumir que todos os negócios jurídicos feridos com alguma nulidade *podem curar-se ou podem morrer ao golpe da sentença do juiz*⁷⁶¹, ou seja, podem eventualmente *perecer mas podem reestabelecer-se ou ser curado*, como afirma Garcez.

Isto significa, por exemplo, que o negócio jurídico firmado por uma pessoa com deficit funcional mental produzirá todos os seus efeitos até que a justiça eventualmente pronuncie sua nulidade, caso uma das partes envolvidas assim o requeira. Caso contrário,

⁷⁵⁶ STJ. REsp n. 38.353/RJ, Min. Rel. Ari Pargendler, j. 1º.03.2001. CIVIL. NEGÓCIO JURÍDICO. INCAPACIDADE MENTAL DO VENDEDOR. NULIDADE. Nulidade de compra e venda em face da “insanidade mental” de uma das partes (CC, art. 5º, II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o *status quo ante* só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. Recurso especial conhecido e provido.

⁷⁵⁷ GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13.

⁷⁵⁸ GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47.

⁷⁵⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, Volume I, tomo II, item 66.5.

⁷⁶⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, Volume I, tomo II, item 66.6.

⁷⁶¹ GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 15.

o ato poderá alcançar o estado de saúde definitiva se as pessoas interessadas renunciarem à anulação por uma confirmação expressa – consubstanciada na confirmação do ato -, ou mesmo, tacitamente pela prescrição, deixando correr o prazo para a propositura da ação⁷⁶².

Mesmo no tocante à possibilidade de anulação, ela somente será pronunciada se observada alguma das hipóteses de defeito do negócio jurídico dispostas entre os arts. 138 e 165 do Código Civil, tais como erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Não se olvide, entretanto, que a não observância às cláusulas gerais pode demandar a anulação do ato, mas por vias reflexas e após um extenso trabalho hermenêutico do operador do direito.

A ordem pública não mais sanciona com a nulidade o negócio jurídico firmado pela pessoa com falta de discernimento. Em que pese a existência de legítimas e fundadas críticas no tocante à sanção *excessiva* de nulidade do negócio jurídico, já tecidas ao longo deste trabalho, a nulidade do negócio jurídico firmada por pessoa absolutamente incapaz se mostrava compatível com a *ratio* protetiva da teoria geral das incapacidades, principalmente se observadas a vulnerabilidade fática e econômica a que estão submetidas as pessoas com deficiência na atualidade.

Em razão da alteração da teoria das incapacidades, vale trazer à tona novamente os cenários apresentados por Carlos Alberto Mota Pinto⁷⁶³, no tocante às hipóteses de invalidade do negócio jurídico, para tentativa de aplicação da nova teoria.

O primeiro cenário - referente ao negócio jurídico firmado pelo “interdito” após a sentença registrada e publicada – irá adequar-se à nova hipótese legal, visto que inexistente interdição total mas, apenas, parcial. De todo modo, o ato praticado pelo curatelado que exceda os limites da curatela, apresentados em sentença, será declarado inválido, sem necessidade de se invocar a notoriedade da incapacidade, conhecimento da outra parte, remissão ao estado demencial ou prejudicialidade do ato.

Contudo, ainda neste primeiro cenário, a dúvida subsiste no tocante ao negócio jurídico praticado pelo curatelado que *também* está sob o instituto da tomada de decisão apoiada. Se o ato não exceder os limites da curatela mas ultrapassar os limites da tomada de decisão apoiada, e, tomando-se por base a posição majoritária da doutrina de que o

⁷⁶² GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 15.

⁷⁶³ Ver nota 480 e seguintes.

instituto da tomada de decisão apoiada não elide a capacidade do curatelado, pode-se deduzir que este ato, em tese, seria válido, o que poderá suscitar antinomias internas na Lei. Contudo, caso a interpretação da tomada de decisão apoiada infira que ela exclui a capacidade do curatelado, o ato será, portanto, inválido.

A segunda hipótese que havia sido elencada por Carlos Alberto Mota Pinto está na aferição da validade do ato praticado pela pessoa com deficiência mental grave após a distribuição da ação de curatela e antes da sentença. Como na doutrina estrangeira, tem-se que, na atual realidade do ordenamento brasileiro, o ato é apenas passível de *anulabilidade*, e não *nulidade*. Isso porque a anulabilidade passa a ser regra geral, porquanto a nova teoria das incapacidades outorga ao curatelado mais mobilidade no trato jurídico, deixando de sancionar com a nulidade os atos praticados até a sentença de curatela.

Trata-se, como na doutrina portuguesa, de hipótese de *anulabilidade* do ato jurídico fundada pela seguinte razão: a *ratio juris* reside na necessidade de se aplicar um regime que garanta ao interdico realizar negócio jurídico válido e não relegá-lo ao *vácuo*, uma espécie de *quarentena* até que o Poder Judiciário decida sobre o estado dessa pessoa. É justamente pela presunção de capacidade que se presume que o negócio possa ser validado.

A terceira hipótese elencada por Carlos Alberto Mota Pinto - atos praticados pelo incapaz antes da propositura da ação em que veio a ser posteriormente interdito – também sofreu modificações com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Se antes estes atos eram inquinados com a sanção da nulidade, decorrente do *estado biopsicológico* mórbido da pessoa com deficiência mental funcional, após o Estatuto, este ato poderá ser inquinado apenas com a sanção da anulabilidade, por meio de sentença constitutiva, sem efeitos retroativos.

Como se vê, o novo paradigma de incapacidade instituído pelo Estatuto prevê que a celebração de um negócio jurídico por uma pessoa sem discernimento constitui invalidade *menos grave*, porquanto é concedida à parte a faculdade de convalidá-lo ou não, sem interferências de terceiros ou do Ministério Público.

E essa inversão da teoria das incapacidades poderá, pouco a pouco, implicar na minimização do princípio da preponderância da tutela do incapaz, em prol da boa-fé de terceiros que com ele contrataram.

É certo que o sistema do Código Civil, ao instituir as cláusulas gerais da função social do contrato, da propriedade, da empresa e da boa-fé objetiva, por exemplo, outorga ao juiz a possibilidade de aplicá-las em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, podendo apenar de nulo um contrato, por exemplo, como afirmam Nelson Nery Jr. e Rosa Nery⁷⁶⁴. Isso porque no novo direito privado que *deixou de lado o individualismo extremado e a liberdade ilimitada de contratar, dá ênfase aos princípios contratuais da função social, igualdade material, boa-fé objetiva e equivalência contratual*, sem desprezar, no entanto, a liberdade, a autonomia privada e a livre-iniciativa que se colocam como elementos fundamentais do equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁷⁶⁵.

Mas a exclusão apriorística das hipóteses de nulidade do negócio jurídico, por falta de discernimento e saúde mental da parte, pode demandar do Poder Judiciário uma atividade hermenêutica ativa para suprir as falhas protetivas, em busca de extirpar essas insuficiências, como afirma Fernando Rodrigues Martins⁷⁶⁶.

Sobre a aplicação da disposição do art. 166, I, do Código Civil, por analogia, José Fernando Simão⁷⁶⁷ é enfático ao afirmar que:

a aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade do negócio jurídico é solução atécnica e contrária ao Direito. Se a regra é a validade do negócio jurídico, as invalidades são excepcionais, não se admitindo analogia.

Mas, até a eventual aplicação por analogia da disposição do art. 166, I, do Código Civil, os negócios jurídicos firmados por pessoas com absoluta falta de discernimento surtirão efeitos, culminando na desigualdade material e poderão impingir prejuízos.

⁷⁶⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, Volume III, Capítulo II, item 30.

⁷⁶⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, Volume III, Capítulo II, item 30.

⁷⁶⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. cit., p. 20.

⁷⁶⁷ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. Op. cit. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>.

Demais disso, eventual pedido de nulidade deverá ser promovido pela parte – e não por terceiro interessado ou pelo Ministério Público – de modo que acoimar apenas com a anulabilidade o contrato firmado por pessoa com deficit funcional mental poderá ser prejudicial aos interesses patrimoniais do deficiente.

Como se vê, a plena autonomia privada concedida à pessoa com deficiência mental pode mostrar-se falha, o que certamente não foi o intuito do legislador. Pois, assim como ocorre em outros grupos vulneráveis – como, por exemplo, com os consumidores – uma pessoa sem discernimento não detém liberdade de regular por si as próprias ações. Seja por uma causa (falta de discernimento por questões biopsicológicas) ou por outra (vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional do consumidor⁷⁶⁸), a autonomia privada, sem salvaguardas, pode impingir *vicissitudes jurídicas* e dessa situação de fato o Direito não se poderia escusar.

A autonomia contratual, nessas hipóteses, deve ser examinada a partir da função social do contrato. Como afirma Pietro Perlingieri, o objetivo social de se promover o desenvolvimento equilibrado das atividades econômicas e monetárias deve traduzir-se em uma normativa que incida sobre a autonomia contratual, não no sentido de limitá-la, mas de modulá-la em função dos princípios constitucionais⁷⁶⁹. Nesse sentido, assim como ocorre no direito do consumidor - que impõe certos deveres ao fornecedor, sob pena de nulidade da cláusula abusiva - no contrato firmado com a pessoa com deficit mental o ordenamento não poderia negar-lhe proteção, sob pena de suscitar um excessivo desequilíbrio das obrigações contraídas.

Registre-se: no caso concreto, o autorregulamento contratual por uma pessoa com deficiência mental grave pode não subsistir, seja pela falta de discernimento decorrente do *status* biopsicológico que o impede de compreender e querer; seja também pela vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. A problemática adquire maiores proporções quando se refere a contratos que excedem a administração voluntária.

Sobre a outorga de autonomia privada para negócios jurídicos, Fernando Rodrigues Martins afirma que a pressuposição de cognoscibilidade para negócios ou contratações diárias, sem as salvaguardas normativas impostas pela Convenção, denota uma *desídia*

⁷⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 154.

⁷⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 350.

legislativa com relação às pessoas com deficit funcional de natureza mental ou psíquica⁷⁷⁰. Segundo o autor, caberia ao legislador buscar a sincronia com o a Convenção para emancipar as pessoas com deficiência *mediante a preservação dos efeitos tutelares adequados e que não importassem no rebaixamento (ou contradição) à capacidade conquistada*⁷⁷¹.

Nesse sentido, Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli afirmam que a emancipação da pessoa com deficiência, *fechando os olhos à falta de autodeterminação de alguns indivíduos*, tratando-os como se tivessem plena capacidade de agir, em condições de igualdade com os demais, aniquila a proteção aos incapazes e rompe com a lógica dos direitos humanos⁷⁷², pois as tais salvaguardas conferidas pelo Estatuto são ainda incipientes

A simples limitação concernente à presença da *curatela a questões patrimoniais*, sem a fixação da ampla proteção que certas pessoas com deficiência merecem, não se reveste de salvaguarda, e, ao contrário, provoca um aprofundamento da vulnerabilidade, a *hipervulnerabilidade*⁷⁷³ definida normativamente no art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, como as condições humanas e sociais que ensejam desníveis acentuados de autonomia, tais como a linguagem, a idade, o território, a saúde, o medo e o dolo de aproveitamento⁷⁷⁴.

A curatela limitada a certos atos da vida civil, em hipótese de completa falta de aptidão para a administração, pode não ser suficiente. Veja-se, por exemplo, a hipótese de um negócio firmado por uma pessoa em completo estado de deficiência mental, sem capacidade para compreender e querer. Segundo o Estatuto, esse ato jurídico é inquinado

⁷⁷⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 11.

⁷⁷¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 13.

⁷⁷² KÜMPEL, Vitor Frederico. BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Revista Migalhas**. 12.08.2015. p. 5. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 10.08.2016.

⁷⁷³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 13.

⁷⁷⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 14.

apenas com a sanção da anulabilidade. Mas, como questiona Atalá Correia⁷⁷⁵, quem haverá de manifestar vontade, antes do prazo decadencial, para impedir a convalidação do ato anulável? A resposta a essa pergunta: nem o Ministério Público; nem terceiros interessados, visto que o tema não mais gravita em torno das matérias de ordem pública, mas em torno dos interesses particulares.

Divisa-se, pois, que a simples menção à existência limitada de curatela pode não ser suficiente, no caso concreto, à preservação patrimonial das pessoas com deficiência.

Nos negócios jurídicos, Fernando Rodrigues Martins afirma que a capacidade plena outorgada pelo Estatuto, sem conferir maior proteção ao vulnerável – como ocorre, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor – suscita um campo fértil para desequilíbrios nas posições jurídicas, porquanto a vulnerabilidade mencionada na Lei é apenas eventual⁷⁷⁶. Sendo assim, o Estatuto deveria apresentar parâmetros para observação das relações contratuais, de acordo com o caso concreto, positivando, por exemplo, modalidades de consentimento esclarecido; maior obrigatoriedade no dever informacional; e, ainda, incremento das funções do Ministério Público para fiscalização promocional da pessoa com deficiência⁷⁷⁷.

Ainda no tocante às salvaguardas que poderiam ser instituídas pelo Estatuto, Luciano Lopes Passarelli⁷⁷⁸ sugere que, para maior segurança dos atos de natureza patrimonial envolvendo pessoas com deficiência, a Lei poderia prever a obrigatoriedade de serem feitos por escritura pública, vedada a utilização de instrumentos particulares, pois as Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo também prescrevem ao notário a função de assessoramento jurídico para minimizar as desigualdades materiais, protegendo os hipossuficientes e vulneráveis. A sugestão proposta adquire maior relevância se se pensar na *desjudicialização* de certas matérias, como por exemplo nos procedimentos de execução extrajudicial no âmbito das alienações fiduciárias de bens imóveis; procedimento de usucapião administrativo; retificação de registro, dentre outros.

⁷⁷⁵ CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**. 3.ago.2015. P. 3. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atal-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas> Acesso em 01.08.2016.

⁷⁷⁶ Fernando Rodrigues Martins afirma que a única hipótese de vulnerabilidade abarcada pelo Estatuto se refere à situação de risco, emergência ou calamidade pública, nos termos de seu art. 10.

⁷⁷⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 16.

⁷⁷⁸ PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da pessoa com deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. **Revista de direito imobiliário**, vol. 80/2016, p. 345-385, jan-jun/2016, p. 20.

Além das salvaguardas mencionadas, e considerando a necessidade de outorgar à pessoa com deficiência maleabilidade no tráfego negocial, poder-se-ia delimitar a atuação da pessoa com deficit mental aos atos de administração corrente, vetando-se, por exemplo, a alienação de bens de raiz, ou, ainda, investimentos patrimoniais de alto risco.

Reitere-se, este trabalho não tem a intenção de excluir a pessoa com deficiência do tráfego negocial mas apresentar as salvaguardas necessárias para que, de fato, ela seja inserida no âmbito dos negócios jurídicos. Trata-se de medida de necessidade, em razão da evidente vulnerabilidade decorrente da falta de saúde mental de algumas pessoas, o que não pode passar despercebida pelo Direito e deve ser objeto de intervenção legislativa, sob pena de as normas do Estatuto, tão valiosas, não surtirem a efetividade necessária.

3. Da prescrição e decadência na nova teoria das incapacidades

A alteração na teoria das incapacidades promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência também gerou importantes reflexos na disposição sobre prescrição e decadência, institutos relacionados ao exercício do direito subjetivo.

Antes de adentrar o campo das alterações promovidas, mister se faz breve digressão sobre prescrição e decadência, para melhor contextualização da problemática, embora o presente trabalho não tenha por escopo diferenciar esses dois institutos de profundas raízes romanas⁷⁷⁹.

Ambos os institutos entretêm nexos com a necessidade de estabilidade e certeza nas relações jurídicas, como ensina Renan Lotufo⁷⁸⁰: servem à *segurança e à paz pública*⁷⁸¹ e repousam no binômio tempo/inércia do titular⁷⁸².

A prescrição se funda pela necessidade de se fixarem como encerradas *relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se dita incerteza em um lapso determinado de tempo*, como afirma Agnelo Amorim Filho. Ela pressupõe

⁷⁷⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, vol. 300. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1958, p. 7.

⁷⁸⁰ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 594.

⁷⁸¹ AMORIM FILHO, Agnelo. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, vol. 300. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1958, p. 18

⁷⁸² LOTUFO, Renan. Op. Cit., p. 594.

a existência de um direito que tenha sido violado, para que, ao depois, o titular busque protegê-lo por meio do exercício da ação. E para que o estado de intranquilidade social decorrente dessa violação não perdure eternamente, o sistema jurídico prevê a prescrição, uma espécie de sanção para quem permanece *inerte* no exercício da defesa de seu direito.

Divisa-se, portanto, que violado um direito - seja no âmbito obrigacional ou dos direitos reais⁷⁸³ - nasce para o titular o direito de reclamar uma prestação e para o infrator uma obrigação de, por exemplo, restituir a coisa subtraída ou ressarcir o dano por ela sofrido, isto é, uma prestação positiva ou negativa⁷⁸⁴. É correto afirmar, portanto, que apenas as ações condenatórias podem prescrever visto que elas pressupõem a existência de um direito violado que pode ser reparado, por meio do exercício da ação judicial.

Decorrido *in albis* o prazo para exercício daquele direito, sem atividade do titular, extingue-se a pretensão por meio da prescrição, sendo defeso ao juiz proferir decisão de mérito nos autos. Extingue-se o feito sem que fique positivada a existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor⁷⁸⁵.

A decadência, por outro lado, refere-se à extinção do direito. A intranquilidade social não reside na expectativa da propositura da ação e cobrança de prestação, no âmbito obrigacional ou dos direitos reais. Ela se situa no efetivo exercício do direito pelo titular, de modo que sua inércia implica na extinção do próprio direito⁷⁸⁶.

Os direitos potestativos, consubstanciados nos direitos que atingem a esfera jurídica de terceiros, criando um estado de sujeição, também podem perturbar a paz social. Pois seus efeitos podem ser projetados além da esfera jurídica de terceiros e atingir a coletividade, criando uma instabilidade social geral. A esses direitos o ordenamento atribuiu prazo denominado de decadencial para o exercício do direito – e não propriamente para o exercício da ação – sob pena de extinção desses direitos.

Colocada a visão geral sobre prescrição e decadência, mister destacar que o Código Civil, em relação aos incapazes, prevê dois modos específicos de tutela, quais sejam: (i)

⁷⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Forense**. Vol. 366, ano 99. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

⁷⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Forense**. Vol. 366, ano 99. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

⁷⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Forense**. Vol. 366, ano 99. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

⁷⁸⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, vol. 300. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1958, p. 22.

o impedimento da prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, ou seja, contra os absolutamente incapazes (art. 198, I); (ii) e a possibilidade dos relativamente incapazes de ajuizarem ação *contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente* (art. 195). Registre-se que, por força do art. 208 do Código Civil, ambas as proteções se aplicam à decadência.

No tocante à proteção consagrada no inciso I do art. 198 do Código Civil, a ordem legal visa proteger, além dos menores de 16 (dezesseis) anos, aqueles que, *por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos*, e os que, *mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade*.

A *ratio legis* do art. 198 é evidente: decorre da teoria geral das incapacidades e tem por objetivo conferir proteção àqueles que por fatores naturais não têm aptidão para os atos da vida civil e se colocam na dependência de seus representantes legais para a defesa de seus direitos, como preleciona Humberto Theodoro Junior⁷⁸⁷. É no *status* vulnerável (aspecto biopsicológico do indivíduo) e seu afastamento do exercício de seus direitos que se fundam essa tutela especial conferida pelo ordenamento jurídico.

Gustavo Tepedino afirma que a preocupação do legislador está na proteção dos hipossuficientes⁷⁸⁸ impedidos de agir.

Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni⁷⁸⁹ ressaltam que esse impedimento decorre do *status* da pessoa e que se cuida de *imunidade que somente beneficia os absolutamente incapazes, pois impede a prescrição das ações que poderiam propor, mas não impede que corra a favor delas a prescrição das ações contra eles intentáveis*.

Assim como ocorre na teoria geral das incapacidades, o momento da incidência dessa tutela protetiva também já foi objeto de controvérsia na doutrina. Para Carvalho Santos, a decretação da interdição era indispensável à suspensão da prescrição, pois o alienado não interdito não era considerado absolutamente incapaz:

Não correrá prescrição contra o alienado não interdito? Entendemos que o alienado não interdito não está incluído no número dos que

⁷⁸⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Comentários ao Novo Código Civil**. 5. Edição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, Volume III, Tomo II, p. 236.

⁷⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Et. al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 370

⁷⁸⁹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 308.

gozam desse favor, porque, enquanto não interdito, o alienado não pode ser havido como absolutamente incapaz. Ademais, como nota GIORGI (Obr. Cit., vol. 8, n. 254), tratando-se de uma derrogação de um princípio geral, a suspensão ou interrupção não se poderá estender à pessoa alienada, mas não interdicta⁷⁹⁰.

Todavia, a doutrina majoritária sempre se posicionou no sentido de que basta a aferição da incapacidade para a incidência da proteção, independentemente de interdição, porquanto se trata de questão de estado que prescinde de sentença constitutiva, mas somente declaratória. Nas palavras de Câmara Leal, *in verbis*:

Sendo a loucura a causa da incapacidade, por privar o demente do uso de sua razão e da aptidão para consentir, é evidente que essa incapacidade decorre de um fato anterior à interdição, e este apenas a reconhece e declara. Não é, pois, a interdição que determina a incapacidade, mas, pelo contrário, é a incapacidade que determina a interdição.⁷⁹¹

Humberto Theodoro Júnior partilha desse entendimento, afirmando que a causa legal da incapacidade não é a sentença de interdição, mas o *deficit* mental. Segundo o Autor, *o alienado é incapaz porque não tem condições psicológicas para vida civil. A sentença apenas verifica e declara essa situação preexistente*⁷⁹².

Para Gustavo Tepedino, *uma vez constatada a enfermidade, é a partir de então que o prazo prescricional deixa de fluir, ou sequer se inicia, independentemente da declaração judicial da interdição*⁷⁹³. O autor assevera que a incapacidade de que se trata se dá *ipso facto*, tendo a sua decretação judicial efeitos meramente declaratórios, razão pela qual não depende da interdição, uma vez que a incapacidade se encontra relacionada com a superveniência da doença. Demais disso, o incapaz não pode ser prejudicado com a consumação do prazo prescricional porque o curador, negligente, não diligenciou o processo de interdição judicial em tempo hábil⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. Edição. Livraria Editora Freitas Batos, São Paulo: 1937, Volume III, p. 409/410

⁷⁹¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luis. **Da prescrição e da decadência**. 4. edição. Rio de Janeiro, Forense: 1982, p. 370/371.

⁷⁹² JUNIOR, Humberto Theodoro. **Comentários ao Novo Código Civil**. 5. Edição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, Volume III, Tomo II, p. 236.

⁷⁹³ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Comentários ao Novo Código Civil**. 5. Edição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, Volume III, Tomo II, p. 236.

⁷⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Et. al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371.

Percebe-se que, como na teoria geral das incapacidades, a doutrina e jurisprudência⁷⁹⁵ são pacíficas no sentido de se conferir a tutela especial da suspensão da prescrição mediante simples a aferição do estado de incapacidade absoluta (pelo estado biopsicológico/cognitivo). E, pelos motivos já elencados ao longo deste trabalho, filia-se a essa posição da doutrina, pois, em consonância com o fundamento da teoria das incapacidades, as proteções outorgadas pelo ordenamento se justificam pela incapacidade natural do sujeito e não decorrem da mera declaração judicial desse estado de vulnerabilidade.

A polêmica, no entanto, persiste e reside em outra hipótese: *se se aplica ou não a tutela especial da suspensão da prescrição mesmo após a nomeação de curador ao absolutamente incapaz*.

Mirna Cianci⁷⁹⁶ defende rígida posição segunda a qual a prescrição contra o absolutamente incapaz não tem curso *apenas* enquanto e *se* não lhe tenha sido nomeado curador. Segundo ela, antes de promovida ação de interdição, o princípio da *actio nata* impede o início do lapso prescricional. Mas, depois de nomeado o representante legal do interdito, *suprindo-se a incapacidade*, o curador assume o ônus de exercer os meios de defesa em nome do incapaz, dentre eles o direito de ação, de modo que se deflagra o termo inicial da prescrição.

A Autora afirma que desde o Código Civil de 1916, os institutos da representação e assistência funcionam como *suprimento* da incapacidade, de forma que constituído curador, o caráter protetivo da teoria das incapacidades deve ceder espaço à segurança jurídica: *a indefinição criada pela interpretação que considera não tenha curso a prescrição contra o absolutamente incapaz, mesmo após a nomeação do curador, gera insegurança no mundo jurídico e invalida o instituto*⁷⁹⁷.

Ela encampa ainda ensinamentos de G-BAUDRY-LANCATINERIE e ALBERTO TISSIER, segundo os quais não é admissível que a possibilidade de negligência do

⁷⁹⁵ “A suspensão do prazo de prescrição para os indivíduos absolutamente incapazes ocorre no momento em que se manifesta a sua incapacidade, sendo a sentença de interdição, para esse fim específico, meramente declaratória”. Precedentes: REsp 1.241.486/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/10/2012; AgRg no REsp 1.270.630/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/2/2012. Disponível em: www.stj.jus.br Acesso em 10.12.2016.

⁷⁹⁶ CIANCI, Mirna. Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, inciso I, do Código Civil. In: **Prescrição no Código Civil**. Org. Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷⁹⁷ CIANCI, Mirna. Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, inciso I, do Código Civil. In: **Prescrição no Código Civil**. Org. Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 353.

curador sirva de óbice ao impedimento do curso da prescrição, na medida em que o fundamento desse instituto não repousa na presunção de negligência do curador. E conclui afirmando que a manutenção da suspensão da prescrição, mesmo após nomeação de curador, subverte o sistema de proteção outorgado pelo ordenamento, pois desconsidera tanto a responsabilidade legal, como a judicial, previstas para proteger o interdito na hipótese de insolvência do curador que, aliás, não pode ser presumida, pois cria insegurança no meio jurídico⁷⁹⁸.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior admitem a existência dessa corrente doutrinária a favor da fluência da prescrição contra o incapaz após a nomeação de curador⁷⁹⁹. No mesmo sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão⁸⁰⁰:

Nessa linha de intelecção, o prazo prescricional, a meu ver, deve voltar a correr a partir da nomeação do curador, o qual passa a ser não só o responsável pela administração dos bens, como também detém a capacidade de manifestar a vontade pelo interdito. Assim, o início do prazo, ou a sua retomada - caso este tenha começado a correr antes da incapacidade -, decorre da nomeação do curador, e não da decretação da interdição.

A despeito das respeitáveis posições elencadas, filia-se ao pensamento de Caio Mário da Silva Pereira⁸⁰¹, pois, afinal, o fundamento precípua da teoria das incapacidades está na proteção do incapaz, e não na segurança jurídica ou tráfego negocial. Veja-se, *in verbis*:

Numa outra ordem de ideias, razões defensivas ou de proteção impedem ou suspendem a prescrição contra os absolutamente incapazes [...]. O caso dos incapazes, embora não seja peculiaridade nossa, não tem paralelo em alguns sistemas, como o alemão ou o português, quando o incapaz tem representante, por que este é responsável com seus bens, se deixa causar prejuízo ao seu representado. O nosso legislador preferiu, contudo, suspender ou impedir a prescrição na pendência da incapacidade absoluta, a sujeitar o incapaz aos azares de uma ação regressiva, com risco de esbarrar na insolvência do representante.

⁷⁹⁸ CIANCI, Mirna. Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, inciso I, do Código Civil. In: **Prescrição no Código Civil**. Org. Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 350.

⁷⁹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 6. edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 377.

⁸⁰⁰ Recurso Especial n. 1.272.982-SC. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10.12.2016.

⁸⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.586-587.

Registre-se, contudo, que tal controvérsia, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, talvez não tenha mais razão de existir. Isso porque, com a exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta em razão do estado biopsicológico, o dispositivo previsto no art. 198, inciso I, do Código Civil perdeu sua eficácia em relação às pessoas com deficiência mental funcional.

O *giro linguístico* e a *estratégia* do legislador, ao abolir a aferição do estado biopsicológico para fins de incapacidade absoluta e eleger o *status* volitivo para fins de incapacidade relativa, constante do inciso III do art. 4º do Código Civil, indicam que a prescrição fluirá contra todas as pessoas que não puderem exprimir sua vontade, ainda que por uma causa definitiva, pois serão consideradas relativamente incapazes⁸⁰².

Isto é, uma pessoa afastada da gestão de seus bens e impedida de exercer seu direito de ação, por exemplo, poderá ser apenada com a prescrição. A pessoa com deficit mental funcional estará, pois, sujeita aos prazos prescricionais descritos no artigo 206 e seguintes do Código Civil, ainda que completamente impossibilitada de exercer seu direito de defesa.

José Fernando Simão⁸⁰³ critica a modificação legislativa. Afirma que o Estatuto não apresentou vantagem às pessoas com deficiência: o deficiente não mais usufrui do benefício da suspensão da prescrição (como quando é credor, por exemplo) e sofre os efeitos da prescrição em situação que o prejudica (em situação em que é devedor).

Essa mudança apresenta aspecto preocupante porquanto retirou um benefício que era garantido ao indivíduo portador de deficiência que não podia exprimir sua vontade e exercer seu direito de ação. Portanto, se anteriormente lhe era reconhecida a absoluta impossibilidade do exercício da pretensão, hoje é presumida a possibilidade de agir.

Na prática, a alteração enseja à ilógica conclusão de que, uma pessoa totalmente sem discernimento, perca a eficácia do direito de exigir a prestação daquela obrigação não cumprida e outorga ao devedor um escudo com que paralisar, caso queira, a arma utilizada pelo credor. Feito isso, caso haja acolhimento da exceção formulada pelo devedor, o Poder Judiciário interromperá sua atividade cognitiva e proferirá sentença de

⁸⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 312.

⁸⁰³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**. 6 Ago. 2015. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 20/12/2015.

mérito, na qual se limitará a declarar que a prescrição ocorreu, como afirma José Carlos Barbosa Moreira⁸⁰⁴.

Extingue-se o feito, sem a positivação do possível direito da pessoa com deficiência, sem que haja mais nada a acrescentar⁸⁰⁵.

Assim, buscando recuperar o benefício anteriormente garantido aos deficientes, Cristiano Chaves de Faria, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁸⁰⁶ questionam se as causas de suspensão e impedimento da prescrição previstas na legislação seriam taxativas ou se poderiam ocorrer independentemente de norma expressa. Apesar do sistema jurídico brasileiro determinar que são taxativas, os Autores propõem a adoção da teoria *contra non valentem agere non currit praescriptio*, de origem romana, a qual define uma compreensão meramente exemplificativa, não expletiva, da norma legal, admitindo outras hipóteses paralisantes do lapso temporal baseadas em fortuitos ou em causas que, embora não previstas em lei, obstam o exercício da pretensão pelo titular.

Dessa forma, defendem a possibilidade de admissão da teoria em casos especiais, com fundamento em algo fortuito, não imaginado pelo legislador, mas que ocasionasse uma situação que retira, por completo, a possibilidade de agir do titular da pretensão, servindo a boa-fé objetiva (comportamento ético do titular) como referencial a ser utilizado para a admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei.

Segundo os Autores, essa seria a hipótese do relativamente incapaz que não pode exprimir sua vontade, pois seu comportamento revela, de fato, absoluta impossibilidade do exercício da pretensão, de forma a admitir uma ampliação do rol previsto em lei.

Não obstante, apesar de suprimida a garantia anteriormente concedida pelo art. 198, inciso I, a segunda hipótese de proteção conferida pelo Código Civil, disposta no artigo 195, ainda permanece vigente. Segundo o referido artigo, os relativamente incapazes *têm ação contra seus assistentes que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente*.

⁸⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

⁸⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Bargaosa. Op. cit., p. 125.

⁸⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 313.

Salienta-se que tal proteção, apesar de já garantida no Código de 1916, determinava como necessária a prova da culpa para a responsabilidade civil do representante legal. Contudo, pelo atual sistema, basta a demonstração do nexo de causalidade advindo de conduta comissiva ou omissiva do assistente para que ele seja obrigado a reparar o dano ao relativamente incapaz.

Segundo Câmara Leal⁸⁰⁷, este dispositivo foi criado para amparar os relativamente incapazes, tendo em vista a abolição do *restitutio in integrum* que os assistia e pelo qual se anulavam quaisquer atos ou omissões de seus representantes lesivos aos seus interesses. Não havendo mais essa disposição, o Código criou o que o Autor chama que *restitutio* indireta, obrigando o curador a reparar o dano resultante de prescrição, armando, para isso, o incapaz de ação regressiva contra ele.

Antônio Borges de Figueiredo e Alan Martins⁸⁰⁸ afirmam que, em tese, poderia haver concorrência de culpa entre o relativamente incapaz e seu assistente legal, tendo em vista que o relativamente incapaz pode praticar atos ou negócios jurídicos mediante simples assistência. Contudo, tendo em vista a alteração trazida pelo Código de 2002, transformando a responsabilidade de subjetiva para objetiva, fica evidente o intuito de aumento da proteção da legislação, de forma a impedir uma interpretação pejorativa ao relativamente incapaz.

4. Do casamento contraído pela pessoa com deficit funcional mental

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como visto, teve por princípio fundamental a promoção dos direitos da pessoa com deficiência, seja por meio da inclusão, seja pelo reconhecimento de igualdade formal para efetividade de todos os direitos e deveres, reconhecendo-se, no âmbito existencial, plena capacidade para o casamento, por exemplo, sem necessidade de assistência.

Reitere-se, de início, que embora o casamento seja reconhecido como negócio jurídico⁸⁰⁹, não está adstrito à teoria das incapacidades dos arts. 3º e 4º do Código Civil.

⁸⁰⁷ CÂMARA LEAL, Antônio Luis. Da prescrição e da decadência. 4. edição. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 35.

⁸⁰⁸ FIGUEIREDO, Antonio Borges de.; MARTINS, Alan. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. 3. Edição. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 43.

⁸⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974, p. 60.

O regime de capacidade para matrimônio possui normas próprias, constantes dos arts. 1.517 e seguintes do Código, não sendo prudente a utilização, na íntegra, dos princípios e critérios do regime de nulidades dos negócios jurídicos, como reconhece Maria Helena Diniz⁸¹⁰. Judith Martins-Costa afirma que a capacidade especial para o matrimônio - dotada de elevada carga de pessoalidade - não vem prevista em norma de caráter geral, sendo apontada pela doutrina apenas casuisticamente⁸¹¹.

Na tentativa de abandonar o caráter legal superprotetivo em relação ao deficiente, que terminava por conduzi-lo ao completo cerceamento de suas liberdades individuais, o Estatuto outorgou plena capacidade ao portador de deficiência para casar-se e constituir união estável, bem como exercer diversos direitos relacionados à sua intimidade e à convivência familiar⁸¹². O Estatuto ainda promoveu alteração no dispositivo do art. 1.518 do Código Civil⁸¹³, referente à desnecessidade de *assentimento* do curador para o casamento.

Tais modificações legislativas ecoam o ideário da Convenção das Pessoas com Deficiência que, em linhas gerais, determinava que os Estados Partes, à luz da nova sistemática de capacidade, outorgassem à pessoa com deficiência o exercício direto dos direitos fundamentais e o livre desenvolvimento de sua personalidade, com autonomia, liberdade, respeito à identidade pessoal e à diversidade, como preconizam Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite⁸¹⁴.

⁸¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 279.

⁸¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 323.

⁸¹² Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

⁸¹³ 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização.

⁸¹⁴ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil - fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156.

A constituição de sua própria entidade familiar, por meio do casamento ou união estável, sempre se mostrou um pleito das pessoas com deficiência, que ficavam à mercê de autorização judicial para o exercício desse direito fundamental.

Assim, corroborando as alterações efetuadas na norma geral das incapacidades, ficou revogada a disposição contida no I do art. 1.548 do Código Civil, que em sua redação originária reputava nulo o casamento contraído *pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil*. Pela nova redação, as únicas causas de nulidade provêm dos *impedimentos matrimoniais*, contemplados no art. 1.521 da legislação civil, e não mais da análise do estado de saúde mental da pessoa⁸¹⁵.

Essa inovação se acopla com a alteração do conceito de deficiência na teoria geral, porquanto eventual enfermidade mental, por si, não enseja falta de aptidão e discernimento para o ato jurídico praticado. Com a alteração legislativa, eventual deficiência funcional mental não mais embaça ou retira da pessoa, *a priori*, a possibilidade de manifestação dos seus sentimentos e vontades, como preconizam Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁸¹⁶.

Registre-se, ainda, que embora a antiga *autorização* constante do art. 1.1518 se revestisse da natureza de *assentimento*, e, por isso, mera *cautela* ao ato matrimonial - *assim como precisa o marido, para alienação de certos bens, do assentimento da mulher e vice-versa*⁸¹⁷ -, foi ela revogada pelo Estatuto, como reforço da plena capacidade da pessoa com deficiência que prescinde de representação ou assistência.

Mas sobre a outorga plena da capacidade para o matrimônio, *ex lege*, a doutrina diverge.

Marlon Tomazette e Rogério Andrade Cavalcanti Júnior⁸¹⁸ afirmam que a intervenção legislativa, ao outorgar *ex lege* a plena aptidão para o matrimônio, sem necessidade de aferição do discernimento no caso concreto, pode suscitar prejuízos tão

⁸¹⁵ Ressalte-se, contudo, a permanência da disposição legal correspondente à anulabilidade por falta ou vício de consentimento, prevista no art.1.550 do Código Civil, de modo que o status de discernimento não se encontra abolido, mas apenas encontra albergue nas hipóteses de anulabilidade.

⁸¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 320/321

⁸¹⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 201.

⁸¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15**. Publicado em 09/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistemica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15> Acesso em: 27.07.2016.

graves como a própria impossibilidade para o casamento. Segundo os autores, qualquer deficiência – da mais simples à grave – deveria ser objeto de aferição do discernimento, no caso concreto, pois, afinal, o casamento projeta efeitos patrimoniais, além dos existenciais.

José Fernando Simão, por outro lado, afirma que, neste ponto, a inovação legislativa é digna de elogios pois inclui a pessoa com deficiência no plano familiar. Ele ressalta que não é toda deficiência que retira o discernimento para a tomada de decisão sobre constituição de família e sua formação, de modo que a intervenção legislativa é elogiável⁸¹⁹.

A despeito das louváveis intenções, o Estatuto incluiu um dispositivo que parece contrariar a própria *ratio* da Convenção, pois limita a autonomia da pessoa com deficiência, além de desnaturar o caráter personalíssimo do casamento. Trata-se do parágrafo 2º, acrescido no artigo 1.550 do Código Civil, pelo qual a *pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia*⁸²⁰ *poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.*

A problemática reside na segunda parte do dispositivo: *que o consentimento para o matrimônio seja efetuado por intermédio de terceira pessoa.*

Saliente-se, em primeiro lugar, que a legislação, em seu art. 1.514 do Código Civil, confirma o núcleo existencial e personalíssimo do nubente para o matrimônio, *in verbis: casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal.* No Direito Romano, *nuptias consensus facit*, isto é, o casamento se efetua com a manifestação da vontade dos nubentes e, segundo a doutrina canônica, a autoridade eclesiástica seria apenas uma *testemunha qualificada*⁸²¹.

Pontes de Miranda⁸²² defende que é a própria natureza do ato – personalíssima – que impossibilita que seja ele contraído por decisão de outrem. Carvalho Santos⁸²³, no

⁸¹⁹ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

⁸²⁰ A expressão *núbia*, disposta no ordenamento, deve ser entendida como *núbil*.

⁸²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 77.

⁸²² PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 201.

⁸²³ CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil Brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: 1934, Vol. I, p. 241.

mesmo sentido, assevera que certos direitos não podem ser exercidos senão pelas próprias pessoas a quem são atribuídos, como o de casar ou de dispor de seus bens por testamento.

Ainda, Roberto Ruggiero⁸²⁴ afirma que o consentimento para o casamento é requisito essencial e deve ser manifestado pessoalmente, oralmente, de modo solene. O Autor ressalta que o ordenamento jurídico, sob nenhuma hipótese, pode delegar o consentimento a um terceiro, porquanto a constituição do vínculo conjugal reside no núcleo essencial da personalidade.

Washington de Barros Monteiro⁸²⁵ também reforça o caráter personalíssimo do ato: *exige-se em primeiro lugar que o consentimento seja pessoal, não podendo ser expresso por outrem, parente ou não, a menos que se trate de procurador bastante, habilitado nos termos do citado art. 1.542 do Código Civil de 2002.*

Maria Helena Diniz⁸²⁶ afirma que a lei não exige fórmulas sacramentais para a manifestação verbal do consentimento, mas este deve ser claro – para que não parem dúvidas quanto a seu conteúdo – e espontâneo, de modo que silêncio, gracejos, subterfúgios ou dubitação volitiva não são tolerados. A exigência de consentimento pessoal é tão relevante que, segundo ela, surdos-mudos sem educação adequada que lhes possibilite manifestar consentimento não podem convolar núpcias, nem mesmo por meio de curador. O casamento, por ser ato pessoal e íntimo, requer manifestação de vontade livre, sem intervenção de terceiros⁸²⁷.

A importância do consentimento sempre foi objeto de análise doutrinária. Zachariae⁸²⁸, escritor alemão do século XIX, já afirmava que a ausência absoluta de consentimento não gera nulidade, mas a própria inexistência do ato. Nesse sentido, também o art. 146 do Código de Napoleão proclamava que *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.*

⁸²⁴ RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 123-124.

⁸²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. edição. São Paulo: Saraiva, 2009, Vol. 2, p. 114.

⁸²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2014, Vol. 5, p. 119.

⁸²⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 300.

⁸²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 141.

Maria Helena Diniz encampa os ensinamentos de Planiol, Ripert e Boulanger⁸²⁹ e enumera três requisitos cuja ausência implica na inexistência do casamento: diversidade de sexo⁸³⁰, celebração e consentimento. *In verbis*:

La théorie des mariages inexistants fut un complément du principe qu'il n'y a pas de cas de nullité de mariage en dehors du chapitre IV. Il eut toutefois quelques flottements lorsqu'il fallut préciser les cas d'inexistence. La majorité de la doctrine n'admit que les trois cas suivants : défaut absolu de consentement, identité de sexe, défaut des formes et incompétence du célébrant. Il y aurait inexistence du mariage dans ces trois cas parce que le mariage manquerait d'un élément essentiel à son existence, naturel dans le deux premiers, légal dans le troisième.

Para Caio Mário da Silva Pereira⁸³¹ e Maria Helena Diniz⁸³², um casamento realizado por um procurador investido apenas de poderes gerais *ad judicia* ou *ad negotia*, sem os especiais para receber o outro nubente em matrimônio, se equipara a um ato sem consentimento e, por isso, inexistente.

A hipótese acima, aliás, se assemelha à inovação legislativa trazida pelo Estatuto, pois o novo dispositivo não demanda poderes especiais do curador ou representante e apenas se limita a preconizar que a *vontade* do nubente será expressada por *meio de seu responsável ou curador*.

Com o devido acatamento aos nobres princípios que nortearam o Estatuto, pergunta-se: se o portador de deficiência não pode manifestar seu consentimento para o celebrante do casamento, como poderia tê-lo manifestado ao curador? Qual a idoneidade da manifestação de vontade expressada por um responsável ou curador, sem poderes especiais para tanto?

E mais: se é o próprio Estatuto que outorga plena autonomia e capacidade à pessoa com deficiência para atos existenciais de menor essencialidade, como e por que admitir assistência em um ato cuja essencialidade reside no núcleo mais particular da pessoa?

Percebe-se que a inovação legislativa esbarra na própria *ratio* do Estatuto, porquanto associa o consentimento do nubente à manifestação de vontade do curador, contraria o art. 85 do Estatuto e viola os princípios da autonomia, liberdade e

⁸²⁹ PLANIOL, RIPERT ET BOULANGER. **Traité Élémentaire**, v. I, n° 788 apud DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2014, Vol. 5, P. 68.

⁸³⁰ A posição esposada por Maria Helena Diniz é anterior à Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que autoriza o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

⁸³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 144.

⁸³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 2014, Vol. 5, p. 69/70.

independência da pessoa com deficiência. Ademais, a presunção de validade do consentimento expresso por um terceiro desprovido de poderes especiais, além de ir de encontro à natureza personalíssima do ato, viola também o próprio inciso IV do art. 1.550, que apenas com a anulabilidade o *casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento*.

José Fernando Simão afirma que a presunção de validade da vontade manifestada pelo curador, além de atentar contra a lógica, contraria a personalidade do casamento, *além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador*. Assim, sugere que o dispositivo constante do art. 1.550, §2º, do Código Civil, seja interpretado de forma restritiva e à luz da natureza personalíssima do casamento⁸³³.

Neste trabalho, apesar da elogiável intervenção legislativa para inclusão da pessoa com deficiência, filia-se à posição segundo a qual é inexistente o matrimônio cujo consentimento tenha sido manifestado por terceiro sem poderes especiais para tanto. A relativização da manifestação de vontade do nubente e sua substituição pelo consentimento do curador geram insegurança jurídica e podem suscitar prejuízos, tanto na esfera íntima existencial, como na esfera patrimonial da pessoa com deficiência.

Aliás, mesmo no tocante a ato personalíssimo – cuja prática é prerrogativa da pessoa com deficiência, como corolário da liberdade fundamental da pessoa humana⁸³⁴ –, concorda-se com a posição de Cesare Massimo Bianca, segundo a qual atos praticados com o mínimo de consciência são nulos, ao passo que os praticados com ausência de vontade são inexistentes, como os atos das pessoas com deficiência mental e crianças⁸³⁵.

Outro aspecto fundamental do casamento refere-se à estipulação do regime de bens, estipulação patrimonial quanto aos bens dos nubentes.

O silêncio do Estatuto quanto à estipulação de regime de bens implica na adoção da comunhão parcial no matrimônio contraído pela pessoa com deficiência.

⁸³³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

⁸³⁴ BIANCA, Cesare Massimo. **Interesse fondamentali dela persona e nuove relazioni di mercato**. Roma: Giuridica Editrice, 2012, p. 121.

⁸³⁵ BIANCA, Cesare Massimo. **Interesse fondamentali dela persona e nuove relazioni di mercato**. Roma: Giuridica Editrice, 2012, p. 124.

Tem-se, assim, que, ressalvada hipótese de deficiência mental grave – passível de assistência para os atos de natureza patrimonial, que *poderá influir também* na convenção de regime de bens, o que se afirma por uma interpretação restritiva -, o Estatuto presume que uma pessoa com deficiência mental leve esteja plenamente apta a deliberar livremente sobre o regime de bens. Isto é, na prática, uma pessoa com Síndrome de Down (deficiência mental leve) poderá adotar (sem assistência de curador) o regime da comunhão universal de bens, mediante pacto antenupcial, em prol da comunicação dos bens presentes e futuros dos cônjuges, ressalvadas as hipóteses do art. 1.668 do Código Civil.

Veja-se: o próprio Estatuto demanda curador especial para a prática de certos atos da administração, na hipótese de deficiência mental grave (art. 85), mas se omite quanto à necessidade de curador especial para a estipulação de regime de bens. E, no tocante à deficiência mental – leve –, é dispensada a assistência para atos patrimoniais e, em consequência, para deliberação sobre regime de bens.

Evidentes as incongruências do Estatuto, se comparado a sua própria *ratio*.

Ademais, se comparado ao Código Civil, que impõe o regime legal de separação de bens para casamento contraído por pessoa maior de 70 (setenta) anos, a disparidade entre as *ratio legis* é ainda mais evidente.

A regra geral do art. 1.641, inciso II, do Código Civil,⁸³⁶ determina que uma pessoa com 70 (setenta) anos de idade se case mediante o regime obrigatório de separação de bens, instituído pela ordem pública visando proteger o nubente, como assinala Maria Helena Diniz⁸³⁷. A proteção outorgada pelo ordenamento evita que o maior de 70 (setenta) *se torne mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado golpe do baú*⁸³⁸.

O sistema jurídico reconhece certa vulnerabilidade na pessoa idosa e, por norma de ordem pública, protege o patrimônio adquirido ao longo da vida. *Para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cerceou a possibilidade das*

⁸³⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

⁸³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 5, p. 212.

⁸³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 5, p. 213.

estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação de bens, como assinala Pontes de Miranda⁸³⁹.

Contudo e a despeito da real vulnerabilidade da pessoa com deficiência – pois como visto alhures, sob o viés econômico, a pessoa com deficiência ainda detém certa dificuldade em converter renda, além das dificuldades naturais decorrentes de certa enfermidade biopsicológica -, o Estatuto silenciou. A omissão da Lei vai de encontro a própria *ratio* do Código Civil, que presume a existência de vulnerabilidade em alguns *status* individuais – como, por exemplo, da pessoa com 70 (setenta) anos - e, por norma pública, impõe restrição ao regime de bens para evitar dilapidação patrimonial.

Aliás, da comparação entre os sistemas, é possível concluir que uma pessoa com 70 (setenta) anos é *mais vulnerável* do que uma pessoa com *deficiência mental*, de modo que a ausência de salvaguardas pelo Estatuto, em mais esta hipótese, provocou uma emancipação insuficiente da pessoa com deficiência, transformando-a em sujeito hipervulnerável, como afirma Fernando Rodrigues Martins⁸⁴⁰.

Eventual limitação legislativa no tocante à estipulação de regime obrigatório de bens figuraria como medida *superprotetiva*, mas proporcional e em consonância com a própria *ratio* do Código Civil, com vistas à preservação do patrimônio da pessoa com deficiência, o que, aliás, está relacionado a seus direitos fundamentais, como conceituado no início deste Capítulo IV.

Reitere-se, outrossim, a elogiável emancipação da Lei no tocante ao exercício pessoal de atos associados ao núcleo personalíssimo da pessoa com deficiência, mas a existência de salvaguardas para preservação de seus bens também constitui um princípio da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, de modo que sua inobservância poderá acarretar a necessidade de controle de convencionalidade do Estatuto, dado o potencial prejuízo que poderá acarretar em seu patrimônio.

5. Do contrato de doação: do novo ônus imposto à pessoa com deficiência

⁸³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito Privado**. Tomo VIII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 367.

⁸⁴⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625, p. 12.

Ainda no tocante ao negócio jurídico, registre-se que a exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta gerou, no âmbito do contrato de doação pura, um *ônus* à pessoa com deficiência mental quando esta figurar como donatária: necessidade de aceite.

O contrato de doação se caracteriza pela transferência de patrimônio, decorrente de mera liberalidade, de uma pessoa para outra. Não obstante a discussão doutrinária passada acerca da natureza deste instituto – se se trata de contrato ou mero ato jurídico⁸⁴¹ – o ordenamento jurídico optou pela conveniência de denominá-lo de contrato, inserindo-o normativamente entre suas diversas modalidades.

Caracterizado pela gratuidade, unilateralidade e formalidade, o contrato de doação deve atentar ao cumprimento das normas gerais dos negócios jurídicos e de seus requisitos especiais, quais sejam capacidade das partes (ativa e passiva), consentimento, objeto e forma.

A respeito da capacidade das partes, no contrato de doação, assim como nos demais negócios jurídicos, observa-se a regra geral insculpida nos arts. 3º e 4º do Código Civil, exceto no tocante à possibilidade de nascituro, incapazes e pessoa indeterminada e não identificada receberem a doação. Isso porque a Lei não perde de vista a essência liberal e benéfica da doação, sua característica principal⁸⁴².

Assim, não obstante a regra geral de manifestação convergente das vontades do doador e donatário, a Lei enuncia alguns princípios peculiares à doação, com o intuito de facilitar sua realização, dentre os quais se destaca, para o presente trabalho, o consentimento *ficto*, consubstanciado pela dispensa a aceitação do absolutamente incapaz nas doações puras, nos termos do art. 543 do Código Civil de 2002.

Ao contrário do que dispunha o Código Civil de 1916 - que em seu art. 1.170 previa a necessidade de aceitação, pelos incapazes, de doação pura - a técnica legislativa do Código Civil de 2002 evoluiu no sentido de dispensar a necessidade de aceite, presumindo-se *ficto* o consentimento do incapaz.

⁸⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. III, p. 208.

⁸⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. III, p. 209/210.

Araken de Assis, Ronaldo Alves de Andrade e Francisco Glauber Pessoa Alves⁸⁴³ afirmam que a opção legislativa do Código Civil de 2002 veio resolver a questão da abrangência do dispositivo anterior.

Agostinho Alvim⁸⁴⁴, ao comentar a legislação de 1916, já afirmava que a necessidade de aceite da doação prevista no art. 1.770 não poderia abranger os absolutamente incapazes, mas tão somente os relativamente. Encampando ensinamentos de Borel e Soler, Agostinho Alvim⁸⁴⁵ afirmava que a necessidade de aceite não poderia ser estendida aos absolutamente incapazes, por uma questão de lógica. *In verbis*:

De lo dicho se desprende que las donaciones simples y las remuneratórias pueden ser aceptadas por todas las personas, aun las que no pueden contratar y no pueden prestar consentimiento según el art. 1.283 del código civil. Pero, entendido literalmente, sería absurdo esta consecueneci, porque, como puede aceptar conscientemente una donación um infante o um loco?

Afinal, segundo o Autor, não seria sensato exigir, de pessoas absolutamente incapazes, como um “doido” ou uma criança recém-nascida, a prática de ato de aceitação, sob pena de uma antinomia do sistema. O que não tem discernimento, deveria aceitar doações por meio de seu representante legal⁸⁴⁶.

A necessidade de aceite da doação, pelo absolutamente incapaz, foi objeto de inúmeras críticas doutrinárias. Clovis Bevilacqua⁸⁴⁷ afirmava que *a doação pura é ato que somente vantagens pode trazer ao beneficiado por ela, não há necessidade de intervenção dos representantes legais dessas pessoas, para sua aceitação*.

Agostinho Alvim, por outro lado, afirmava que o dispositivo deveria ser interpretado no sentido de conciliar a aparente contradição entre os arts. 1.170 e 423, III, do Código Civil de 1916, para facultar aos incapazes a aceitação da doação, por meio da convergência por meio de seu representante legal⁸⁴⁸. Essa tese foi consolidada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o passar dos anos.

⁸⁴³ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 896.

⁸⁴⁴ ALVIM, Agostinho.

⁸⁴⁵ BOREL E SOLER. **Derecho civil**, Tomo III, p. 402 apud ALVIM, Agostinho. P. 94.

⁸⁴⁶ ALVIM, Agostinho. P. 96.

⁸⁴⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil**. Op. Cit., comentários ao art. 1.1170.

⁸⁴⁸ ALVIM, Agostinho.

O Código Civil de 2002 veio resolver positivar a questão, ao admitir o consentimento *ficto* do incapaz, o que ocorre em seu próprio benefício, nos termos do art. 543.

Segundo Liliana Minardi Paesani, a técnica legislativa do Código Civil de 2002, a doação produzirá os efeitos que lhe são próprios, independentemente de manifestação de vontade expressa do incapaz. A *ratio* da Lei se situa no benefício gerado aos incapazes, *já que só vantagens podem auferir destes atos, desde que o objeto da doação seja lícito*⁸⁴⁹.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que a *ficção de consentimento* instituída pela ordem jurídica, tem, como toda ficção, o efeito de operar como o faria o fato real: *tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero*⁸⁵⁰. O sentido dessa construção legislativa está no regime legal das incapacidades em prol da proteção e benefício do portador da *capitis deminutio*:

O incapaz, porque o é, não pode emitir uma declaração de vontade, qualquer que seja. Mas, tendo em vista, por um lado, que o regime legal das incapacidades visa à proteção e ao benefício do portador de *capitis deminutio*; e nunca pode ser invocada em seu prejuízo; e levando em consideração, de outro lado, que a doação traduz-se em liberalidade que nada mais faz do que favorecer o donatário, a ordem jurídica institui uma *ficção de consentimento*. (...) Na doação pura ao incapaz emerge uma *aceitação ficta*, legal, que dispensa manifestação de vontade mas que produz os efeitos de um consentimento efetivo, tal qual se daria se o donatário fosse capaz e emitisse uma declaração volitiva⁸⁵¹.

Ocorre que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta, há, no ordenamento, nova inversão da lógica jurídica que, não só retrocede à norma do Código Civil de 1916, como traz ainda maiores prejuízos patrimoniais à pessoa com deficiência. Afinal, sequer é possível aceitar a doação por meio de representante legal, como ocorrida pela interpretação do antigo art. 1.170 do Código Civil de 1916, porquanto não mais existe a figura da representação.

⁸⁴⁹ PAESANI, Liliana Minardi. Comentário ao art. 543. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 692.

⁸⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. III, p. 212.

⁸⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. III, p. 212.

Pela nova redação, não só a pessoa com deficit mental funcional adquire o *ônus* de anuir com a doação pura, como este aceite deve ser feito pessoalmente por ela, porquanto o Estatuto não admite a *representação*, mas tão somente de assistência e, mesmo assim, no caso de doença mental grave.

O Estatuto - ao desconsiderar a real impossibilidade biopsicológica de certas pessoas que não possui discernimento para os atos da vida civil - coloca-as em estado de *vulnerabilidade*, ao impor-lhes o ônus de anuir, ainda que tácita ou presumidamente, ao acordo proposto pelo doador.

Trata-se de um novo ônus imposto pelo legislador que desconsiderou o estado de vulnerabilidade biopsicológico das pessoas com deficiência.

E mais: se se considerar a regra econômica pela qual pessoas com deficiência possuem maiores dificuldades em converter renda em possibilidades de vida - o que as torna economicamente vulneráveis - pode-se dizer que o novo ônus imposto pelo Estatuto as arremessa para um estado de *hipervulnerabilidade*, potencializado pela dificuldade de somar riquezas ao patrimônio de uma pessoa que, por sua natureza, já possui uma *desvantagem na pobreza*.

Vê-se que, também sobre esse tema, o Estatuto também se mostrou insuficiente à proteção patrimonial da pessoa com deficit funcional mental; inverteu a construção legislativa do séc. XX em prol da concessão desse benefício patrimonial à pessoa incapaz e aprofundou, ainda mais, seu estado de vulnerabilidade, de modo que se fará necessário um esforço hermenêutico do operador do direito para outorgar a devida proteção às pessoas com deficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio trazer ao ordenamento jurídico brasileiro a outorga do *status personae* à pessoa com deficiência, antes relegada ao assistencialismo extremado, em razão da grave questão histórica e social que sempre a abateu. A discriminação social e familiar, o excesso de paternalismo, as decisões judiciais generalistas, dentre outros aspectos trazidos ao longo deste trabalho, sempre reduziram, de alguma forma, o reconhecimento da personalidade das pessoas com deficiência, desqualificadas do conceito de pessoa pela lei que a tomava como incapaz.

Nesse sentido, a teoria das incapacidades realmente demandava um aprimoramento legislativo, seja à luz da Constituição Federal, dos tratados internacionais ou, mesmo, do novo direito privado que hoje tem em seu bojo a criação de condições de igualdade, a proteção das diferenças e a inclusão, sem discriminação. Mesmo no tocante ao direito civil, a construção tradicional legislativa, extremamente protetiva da teoria das incapacidades, implicava na exclusão das pessoas com deficiência da prática dos atos patrimoniais. A exclusão se estendia também aos atos existenciais que, na verdade, sequer eram objeto de intervenção normativa jurídica, em razão da essência patrimonialista que sempre circundou o tema.

Aliás, dada a lacuna operada pela doutrina jurídica para aferição da capacidade em temas relacionados aos núcleos mais essenciais da vida humana, coube à ciência médica desenvolver uma terceira espécie de capacidade, fundada exclusivamente no *discernimento* para a prática do ato concreto – a capacidade para consentir – não recepcionada diretamente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Contudo, e a despeito da carga axiológica valiosa trazida pelo Estatuto - necessária e imprescindível à efetivação dos direitos humanos -, não se vislumbra que a norma tenha atingido seu fim; não, sem um esforço de hermenêutica a ser elaborado pelo operador do direito para manter as salvaguardas necessárias. Pelo contrário. Ao conferir capacidade ilimitada à pessoa com deficiência, emancipando-a independentemente da aferição do discernimento, o Estatuto atinge patamares que podem subverter a própria lógica do ordenamento jurídico, mesmo em âmbito constitucional, impingindo danos à esfera da pessoa com deficiência, nos núcleos patrimonial e existencial e, *contrario sensu*, tornar-se inexecutável, sob pena de violação à dignidade humana e ao conteúdo da Convenção.

Com o intuito de reconhecer a pessoa com deficiência como pessoa social não vulnerável, o Estatuto inverteu a lógica da teoria das incapacidades e emancipou o deficiente, tomando-se, como único critério de incapacidade somente o *status* volitivo, prescindindo a aferição do discernimento, tanto para os negócios jurídicos patrimoniais, como existencial. Novas salvaguardas jurídicas não foram incluídas e as antigas - que se fundamentavam na proteção daquela pessoa que, sem discernimento, pode ser vítima de *si mesma* na administração de seus bens – foram excluídas, como se o Estatuto quisesse impor uma igualdade material a qualquer preço.

Contudo, diante das contradições apontadas ao longo do trabalho e à luz da efetiva vulnerabilidade da pessoa com deficiência na atual sociedade - tanto no âmbito jurídico, informacional, como econômico - impõe-se ao legislador a promoção da real e substancial igualdade da pessoa com deficiência, mediante o reestabelecimento das salvaguardas necessárias à proteção patrimonial das pessoas com deficiência, seja à luz do primado da dignidade humana ou da própria Convenção das Pessoas com Deficiência que norteou essa intervenção legislativa. Afinal, a dignidade da pessoa humana também se perfaz no âmbito patrimonial pelas relações jurídicas com terceiros, por meio dos negócios jurídicos, principal instrumento de circulação de riquezas.

O que importa, ainda, é a concreta realidade da pessoa com deficiência mental grave que demanda salvaguardas jurídicas.

No âmbito existencial, sugere-se que o Estatuto recepcione diretamente o instituto da capacidade para consentir, desenvolvido pela ciência médica, principalmente no tocante a atos de disposição da vida e da saúde, valores personalíssimos de todas as pessoas, pois a aferição do discernimento, nessas hipóteses, é fundamental à luz do princípio da beneficência.

Reitere-se: com as observações trazidas neste trabalho não se pretende o retrocesso da teoria das incapacidades, porquanto aquela legislação demandava, de fato, aprimoramento. O conteúdo principiológico do Estatuto da Pessoa com Deficiência é digno de aplausos, mas o caminho da Lei demanda ainda, em algumas hipóteses, salvaguardas.

A intenção deste trabalho se fundou na apresentação de pequenas lacunas da Lei, principalmente no âmbito patrimonial, que poderão facilmente ser incorporadas ao Estatuto, de modo a prover a proteção de pessoas, que por sua natureza, ainda se encontram em estado de vulnerabilidade. Acredita-se que, com pequenas intervenções legislativas, e principalmente com a manutenção do conteúdo principiológico que norteou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, finalmente, a pessoa com déficit mental funcional será reconhecida como pessoa e exercerá, com liberdade, autonomia e capacidade, seus direitos, sem correr riscos.

Espera-se que a sociedade cumpra seu papel, mediante a efetivação de medidas de acessibilidade, e que a pessoa com deficiência alcance sua felicidade, mediante a consecução de um projeto de vida, de acordo com seus desejos mais íntimos e particulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Mônica. 2002 + 10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86-101.

ALBUQUERQUE, Luciano Campo. A capacidade da pessoa física no direito civil. **Revista de Direito Privado**. Vol. 18/2004, p. 84-104, abr-jun/2004.

ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Il Codice Civile**. Commentario. Le persone fisiche. Artt. 1-10. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

ALVES, João Luiz. **Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Vol. 1.

ALVIM, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1968.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, vol. 300. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1958.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. Ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

_____. Meio ambiente urbano constitucional e o cumprimento das regras de acessibilidade. **Revista de direito ambiental**. Vol. 79/2015, p. 431-448, jul-set/2015.

ARAUJO, 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**. Vol. 86/2014, p. 165-181, jan-mar/2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 105/2016, p. 103-121, mai-jun/2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 1.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ASSUMPTÃO JUNIOR, Francisco Baptista. **Introdução ao estudo da deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 2000.

AUBRY, Charles. RAU, Charles-Frédéric. FALCIMAIGNE, Charles. GAULT, Maurice. BARTIN, Étienne. **Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae**. Tome I.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Negócio jurídico e declaração negocial**. São Paulo, 1986, p. 137.

_____. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797/2002, p. 11-26, mar/2002

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Noé de. Da interdição. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 4, p. 1305-1308, ago/2011

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C., 1884, p. 104 e 125. Apud VELOSO, Zeno.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Tomos I e III.

_____. Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEUDANT, Robert; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul. **Cours de droit civil français**. Seconde édition. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1936, Tome II.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

_____. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908.

BIANCA, Cesare Massimo. **Interesse fondamentali dela persona e nuove relazioni di mercato**. Roma: Giuridica Editrice, 2012.

BIANCA, Massimo Cesare. **Diritto civile**, v. 3.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BOREL E SOLER. **Derecho civil**, Tomo III, p. 402 apud ALVIM, Agostinho. **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1968.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 257f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. **Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente**. **Revista de direito ambiental**. Vol. 49/2008, p. 228-246, jan-mar 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

BRASIL. Lei 13.146 de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm

CÂMARA LEAL, Antônio Luis. **Da prescrição e da decadência**. 4. edição. Rio de Janeiro, Forense: 1982.

CAPITANT, Henri. **Introduction à l'Étude du Droit Civil**. Paris: A. Pedone, Editeur, 1929.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1940, Vol. 1.

CARVALHO, Francisco Ferreira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CARVALHO, Luiz Gonzaga de. **Dos insanos mentais**. Nulidade do negócio jurídico. Conflito jurisprudencial. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

CHIZZOTTI FILHO, Mário. **A capacidade jurídica segundo a teoria psicológica-evolutiva de Jean Piaget**. São Paulo: [s.n.], 2000.

CIANCI, Mirna. Da prescrição contra o incapaz de que trata o artigo 3º, inciso I, do Código Civil. In: **Prescrição no Código Civil**. Org. Mirna Cianci. São Paulo: Saraiva, 2006.

CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.995/2012. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 11/12/16.

Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM n. 1/2016. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf Acesso em: 11/12/2016.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, Tomo I.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**. 3.ago.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas> Acesso em 01.08.2016.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DENIS, Dominique. **Le droit des incapacités**. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 24.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 1 e Vol. 5.

DOMAT, Jean. **Oeuvres de J. Domat**. Paris: Éditeur E. Kleffer (L. Tenré), 1821-1825, Tome 1.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

_____. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

EVANGELISTA, Leila Maria da Cruz. **As novas abordagens do diagnóstico psicológico da deficiência mental**. 1. Ed., São Paulo: Vetor, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil – fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR. Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Capítulo II. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.67.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.8.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de.; MARTINS, Alan. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. 3. Edição. São Paulo: IOB Thomson, 2005

FOCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 78.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARDOU, Charles. **Handicaps, handicapés: le regard interrogé**. Toulouse: Érès, 1991.

GENAUDET, F. **Étude sur la mort civile et la nécessité de son abolition**. Paris : Imprimerie de Éd. Fleury et Ad. Chevergnny, 1854.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Teoria geral do negócio jurídico**. Aula Magna proferida na Associação Paulista dos Magistrados em 07.08.2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PCd77MMUzhk> Acesso em 10.12.2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?** Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>. Acesso em 10/12/2016.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1951, Vol. I, p. 68.

GONZAGA, Eugênia Augusta. In: DIAS, Joelson. FERREIRA, Laíssa da Costa. GUGEL, Maria Aparecida. COSTA FILHO, Waldir Macieira. DEFICIÊNCIA, Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014.

GONZAGA, Eugênia Augusta. **Direitos das pessoas com deficiência**. Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2012.

GRABOIS, Claudia. In: DIAS, Joelson. FERREIRA, Laíssa da Costa. GUGEL, Maria Aparecida. COSTA FILHO, Waldir Macieira. DEFICIÊNCIA, Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014.

HALES, Robert E., YUDOFKY, Stuart C., GABBARD, Glen O. **Tratado de Psiquiatria**. 5. ed., Porto Alegre: Arned, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

ITARD, Jean Marc Gaspard. **Rapports et memoires sur le sauvage de L'Aveyron, l'idiotie et la surdi-mutité**. Ed. F. Alcan, Paris: 1891.

JAYME, Fernando. BRASIL. In: DIAS, Joelson. FERREIRA, Laíssa da Costa. GUGEL, Maria Aparecida. COSTA FILHO, Waldir Macieira. DEFICIÊNCIA, Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 10/12/2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Revista Migalhas**. 12.08.2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 10.08.2016.

LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 49-89, jul-set/2016.

LASTRA, Antonio Montarcé. **La incapacidad civil de los alienados**. Buenos Aires: Libreria y Editorial “La Facultad” Juan Roldan y cia, 1929.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, vol. 42/2010, p. 30-70, abr-jun/2010.

_____. Roberto Senise. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, Vol. 3.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LOPES, Laís Figueirêdo. In: DIAS, Joelson. FERREIRA, Laíssa da Costa. GUGEL, Maria Aparecida. COSTA FILHO, Waldir Macieira. DEFICIÊNCIA, Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 1.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Vol. 1.

_____. **Curso Avançado de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, Vol. 1.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. Princípios e o novo Código Civil. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. **Direito das obrigações**. São Paulo: Ed. Método, p. 435 et seq.

MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Compreendendo A Deficiência Mental**. Novos caminhos educacionais. Editora Scipione: São Paulo, 1989.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. MIRAGEM, Bruno (Coord.) **Direito do Consumidor**. Princípios gerais e defesa do consumidor em juízo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, p. 203 – 255, mar – abr/2016, DRT/2016/4625.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para a aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith, MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Workshopsy Editora, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. Vol. 10/2015, p. 1499 – 1543, ago/2015.

MELLO, Antônio Ferreira. **Modificações da capacidade**. São Paulo, 1890.

MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da validade. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Marcos Bernades de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3/2000.

_____. **Teoria do fato jurídico**. Plano da eficácia. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Diogo Leonardo Machado. Princípio do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. Tomos II e III.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jul/2015, p. 4. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 30.nov.2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomos I e IV.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil**. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 40. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, Vol. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. vol. I, 1991, PUC/RJ. Disponível em: <http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**. Vol. 779/2000, p. 47-63, set/2000.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, Vol. 2, p. 187 – 204, abr-jun/2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Forense**. Vol. 366, ano 99. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

_____. **Valor dos actos jurídicos dos dementes**. Coimbra: Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais, v. XII, n. 1-2.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. **A capacidade para consentir**: uma nova espécie de capacidade negocial. São Paulo: Letrado, Instituto dos Advogados de São Paulo, set-out/2011, informativo 96.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

NANNI, Giovanni Ettore. **As situações jurídicas exclusivas do ser humano**: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. Texto relativo a palestra proferida no I Colóquio Luso-Brasileiro sobre as perspectivas do Direito no Século XXI – Capítulo Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 20 de junho de 2013, no painel intitulado O Direito Civil e os Direitos do Homem.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

_____. **Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade” uma disciplina própria.** Doutrinas essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, p. 473-478, ago/2015.

_____. **Instituições de direito civil** (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.) **Direito à diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 18/2006, p. 170-186, jul-dez/2006.

OLGADO, José Lucas Rodrigues. A qualificação notarial após o advento do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito Imobiliário**, vol. 80/2016, p. 319-343, jan-jun/2016.

PAESANI, Liliana Minardi. Comentário ao art. 543. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coord.). **Comentários ao Código Civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da pessoa com deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. **Revista de direito imobiliário**, vol. 80/2016, p. 345-385, jan-jun/2016.

PELUSO, Cezar (coord.) **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.** 9. Ed. Barueri: Manole, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Volume II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 21. Ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 271.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em 01.12.2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 713.

_____. **Perfis do direito civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 132 et seq.

_____. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico.** Camerino: Jovene editore, 1972.

PIO XII. "Con sempre" (Radiomensagem do Natal de 1942), versão em espanhol. *Doctrina Pontificia II.* Madri : BAC, 1958. Apud AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 797/2002, p. 11-26, mar/2002.

PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), SNDP-SDH-PR, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLANIOL, Marcel ; RIPERT, Georges. **Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de droit.** 11. ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, vol. I.

PLANIOL, RIPERT ET BOULANGER. **Traité Élémentaire**, v. I, nº 788 apud DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** Saraiva: São Paulo, 2014, Vol. 5.

PLANIOL, Marcel. **Droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit.** 2 ed. Paris: Librairie Cotillon F. Pichon, 1902, Vol. 2.

POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos.** São Paulo: Editora Atlas, 2011,

RAIÇA, Darcy; PRIOSTE, Cláudia; MACHADO, Maria Luiza Gomes. **Des questões sobre a educação inclusiva da pessoa com deficiência mental.** São Paulo: Avercamp, 2006.

RAWLS, John. **Justiça como equidade.** Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE JR., Miguel. Consentimento – Ortotanásia e adequação social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 121/2016, p. 207-222, jul-ago/2006.

REALE, Miguel. **A Constituição e o Código Civil.** 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>. Acesso em 10/12/2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva: 1946.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 6/2016, p. 37-54, jan-mar/2006.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, Vol. 1 e Vol. 6.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24.08.2015. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia> Acesso em 27.07.2016.

ROSENVALD, Nelson. **Contagem regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/22/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia> Acesso em: 15.11.2016.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, Vol. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos fundamentais**. Orçamento e “reserva do possível”. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupo vulneráveis**. Uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1953, vol. 1.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**, 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. 4.

SILVA, Luciene Maria da. SANTOS, Jaciete Barbosa dos. (org.). **Estudos sobre preconceito e inclusão educacional**. Salvador: EDUFBA, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**. 6 Ago. 2015. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 20.12.2016.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 7 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3. Acesso em 28.11.2016.

SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**. Vol. 70/2016, p. 135-150, out/2016.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 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 15.11.2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte I. 29.07.2015. **Revista Migalhas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em 2.12.2016.

TELFORD, Charles W. SAWREY, James M. **O indivíduo excepcional**. 5. ed. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Guanabara S/A, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Et. al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. 5. Edição. Org. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, Volume III, Tomo II.

THIBAUT, A.F.J. **System des Pandektenrecht**, 1803, §§ 188 e ss. apud GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?** Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>

TOMAZETTE, Marlon. ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15**. Publicado em 09/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15> Acesso em: 27.07.2016.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Undicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico – Nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Teoria Geral**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1987, Vol. 1.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 1988.

VIEIRA, Patrícia Ruy. **Estudo de prevalência dos transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo**. 2013, 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Paulista de Medicina, São Paulo, Unifesp, 2003. Disponível em: <http://repositorio.unifesp.br/handle/11600/18559>

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 2015. v. 90, p.161-187.