



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL**

DAVID DE OLIVEIRA VENTURA

**O NOVO REGIME DE (IN)CAPACIDADES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Salvador  
2017

DAVID DE OLIVEIRA VENTURA

**O NOVO REGIME DE (IN)CAPACIDADES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de Direito, como requisito à conclusão do Curso de Especialização em Direito Civil.

Salvador  
2017

DAVID DE OLIVEIRA VENTURA

**O NOVO REGIME DE (IN)CAPACIDADES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à Faculdade Baiana de Direito, como requisito à conclusão do Curso de Especialização em Direito Civil.

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

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## RESUMO

O presente trabalho visa apresentar o novo regime de incapacidades do direito civil brasileiro. Para cumprir tal missão, parte-se da análise conceitual da autonomia, diferenciando a autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial, passando pelos conceitos de capacidade e incapacidade, em sua construção histórica, sua posituação no direito brasileiro e as lições do direito comparado. Por fim, empreende-se uma análise do processo de produção legislativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos sobre o direito civil, sobretudo na construção de um novo regime de incapacidades. Este novo regime é apresentado em uma abordagem analítica, crítica e prospectiva, buscando identificar as principais dificuldades na sua aplicação e as possíveis soluções que se vislumbram.

**Palavras-chave:** Capacidade; deficiência; interdição; curatela; tomada de decisão apoiada; Direito Civil.

## ABSTRACT

This paper aims to present the new disability regime of Brazilian civil law. In order to fulfill this mission, one starts with the conceptual analysis of autonomy, differentiating the autonomy of the will, private autonomy and negotiating autonomy, passing through the concepts of capacity and incapacity, in its historical construction, its positivation in Brazilian law and the lessons of comparative law . Finally, an analysis of the process of legislative production of the Statute of the Person with Disabilities and its reflections on civil law, especially in the construction of a new disability regime, is undertaken. This new regime is presented in an analytical, critical and prospective approach, seeking to identify the main difficulties in its application and the possible solutions that are envisaged.

**Keywords:** Capacity; deficiency; interdiction; curatorship; decision making supported; Civil right.

## LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Emancipação

43

## **LISTA DE TABELAS**

TABELA 1 – Alterações do art. 3º do Código Civil	38
TABELA 2 - Alterações do art. 4º do Código Civil	39

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>08</b>
<b>2 AUTONOMIA PRIVADA</b>	<b>12</b>
2.1 DEFINIÇÃO PRELIMINAR	12
2.2 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA NEGOCIAL	13
2.3 NEGÓCIO JURÍDICO E AUTONOMIA PRIVADA	15
2.4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA	16
<b>3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE</b>	<b>19</b>
3.1 CAPACIDADE DE FATO E DE DIREITO	19
3.2 TEORIA DAS INCAPACIDADES	21
3.3 CAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	24
3.4 CAPACIDADE NO DIREITO COMPARADO	28
<b>4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA</b>	<b>31</b>
4.1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	31
4.2 A INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO	33
4.3 EDIÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	35
4.4 O ESTATUTO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL	37
<b>5 O NOVO REGIME DE (IN)CAPACIDADES</b>	<b>41</b>
5.2 INCAPACIDADE RELATIVA	41
5.1 INCAPACIDADE ABSOLUTA	43
5.3 TUTELA E CURATELA	49
5.4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	53
5.5 CRÍTICAS AO NOVO REGIME	55
5.5.1 Revogação de disposições sobre a curadoria	56
5.5.2 Redução da proteção aos vulneráveis	57
5.5.3 Deslocamento da incapacidade fundada na impossibilidade de exprimir a própria vontade	58
5.5.4 Prescrição e decadência	59
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da humanidade, certamente, sempre foi o de lidar com as diferenças. As diferenças desafiam, desestabilizam e inspiram o indivíduo a sair de si para ir ao encontro do outro. Se esse encontro terá mais resultados positivos ou negativos, dependerá apenas dos envolvidos.

É bem verdade, entretanto, que em grande parte da história humana o encontro com as diferenças resultou em fogueiras, frutos da intolerância e da incompreensão diante do diferente.

Se, de um lado, as diversas sociedades humanas sempre reconheceram algum critério etário para que o indivíduo pudesse participar dos negócios da “vida adulta”, reconhecendo, portanto, que os de menor idade não possuíam, ainda, a maturidade e discernimento necessários, de outro lado, aqueles que se afastavam do padrão socialmente imposto, em razão de alguma deficiência física, mental ou intelectual ou, ainda, de algum comportamento desviante, sempre foram tratados de forma infantilizada, reduzidos a uma certa menoridade, portanto.

Quando o Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, tratava por absolutamente incapazes os “loucos de todo gênero”, estava a dizer que aqueles que se desviam do padrão social de normalidade e sanidade mental estavam, portanto, excluídos da prática dos atos da vida civil, ainda que a legislação não desse conta de descrever, objetivamente, em que consistisse essa loucura.

A teoria das incapacidades na doutrina do Direito Civil, ao classificar os sujeitos em capazes ou incapazes e, ainda, a incapacidade em absoluta ou relativa, objetiva identificar os sujeitos que, por alguma razão, não dispõem do discernimento ou maturidade necessária para, de forma válida e eficaz, praticar os atos da vida civil, celebrando os negócios jurídicos atinentes.

O fundamento da teoria das incapacidades seria, portanto, proteger as pessoas incapazes contra atos, praticados por si mesmo ou por terceiros, que pudessem lhe causar prejuízo, em razão da vulnerabilidade que lhe seria típica.

Ocorre que a aplicação da teoria das incapacidades jamais eximiu-se de críticas, posto que, apontam, serviria para agravar o preconceito e o estigma social que recaem sobre a pessoa declarada incapaz, mormente em razão de alguma deficiência.

Embora o Código Civil brasileiro de 2002, que substituiu o antigo Código de 1916, apresenta uma grande evolução em relação ao antigo *códex*, superando várias das críticas que lhe foram feitas, anteriormente, este viria a ser objeto de novas e profundas alterações, em razão do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/2015, foi, na verdade, desenvolvido a partir de uma intensa luta de organizações da sociedade civil, após a assinatura e ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência.

Em verdade, o Estatuto promover uma verdadeira revolução no regime de incapacidades no direito civil brasileiro, promovendo não apenas alterações legislativas, mas impondo uma verdadeira mudança ideológica, cuja maior expressão é o reconhecimento de que nenhuma deficiência, seja física, mental ou intelectual, é causa de incapacidade para o direito brasileiro.

Por óbvio, entretanto, que as normas jurídicas, para além de molduras, dotadas de abstração e generalidade, são construções humanas que têm por substrato uma certa realidade social, histórica e cultural, onde, portanto, incidirão seus efeitos e resultando em maior ou menor aceitação social. De outro modo não ocorre com o novo regime de incapacidades do direito brasileiro, cuja paulatina aplicação na realidade fática resultará no aperfeiçoamento da doutrina jurídica e da jurisprudência, importando em maior ou menor efetividade das medidas que propõe.

O objetivo central do presente trabalho é, pois, apresentar o novo regime de incapacidades introduzido no direito civil brasileiro, por força das inovações legislativas introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil brasileiro.

Os objetivos específicos são: explicar o conceito de autonomia privada, distinguindo-o da autonomia da vontade e da autonomia negocial; analisar os conceitos de capacidade e incapacidade, a partir da teoria das incapacidades, da legislação brasileira e das lições do direito comparado; apresentar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclusive com os seus precedentes normativos, e os seus impactos na ordem civil brasileira; e, discutir os impactos do novo regime de incapacidades, inclusive as críticas por ele sofridas.

Para realizar tal empreendimento, o presente trabalho segue um roteiro em que busca abordar, de forma pormenorizada, cada um dos aspectos pertinentes aos seus objetivos específicos. Dessa forma, após esse capítulo introdutório, o **capítulo dois** explanará acerca da autonomia privada, passando pela construção histórica do conceito de autonomia da vontade, sua importância no paradigma liberal-burguês e para o direito ocidental moderno. Distinguir-se-á apesar das dificuldades inerentes, a autonomia privada da autonomia da vontade e da autonomia negocial. A ideia de autonomia é fundamental para a compreensão da ideia de capacidade.

O **capítulo três** traz uma análise dos conceitos de capacidade e incapacidade. Para tanto, destrincha a capacidade em capacidade de fato e de direito e apresenta a teoria das incapacidades. Aborda-se, ainda, a capacidade no direito brasileiro, em uma abordagem histórica e comparativa da capacidade no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002. São tratadas, ainda, as incapacidades no direito comparado.

O **capítulo quatro** apresenta o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo por base a Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência – Convenção de Nova York, seu modo de recepção no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações no sistema jurídico. São abordadas, ainda, as principais mudanças introduzidas pelo Estatuto no direito civil e no regime de incapacidades.

O **capítulo cinco** visa discutir os impactos do novo regime de incapacidades no direito civil brasileiro, apresentando as profundas alterações promovidas nos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro, as mudanças no rol de incapacidades relativas e absoluta, nos institutos da tutela e da curatela, a introdução do instituto da tomada de decisão apoiada e as críticas ao novo regime.

O presente trabalho possui relevância acadêmica, ao discutir um novo regime jurídico, introduzido apenas no último ano, cujos impactos se estendem por toda a esfera civilista, alcançando a celebração de negócios jurídicos, a prática de atos jurídicos em geral, a incidência da responsabilidade civil e dos institutos da prescrição e decadência. Este novo regime ainda possui pontos obscuros ou controversos, que atraem a crítica de alguns doutrinadores, e que podem resultar na edição de novas leis sobre o assunto, conforme se evidenciará no curso deste trabalho.

Outrossim, o trabalho possui relevância social, tratando de tema caro a toda a coletividade, eis que estima-se em cerca de 24% o índice de pessoas que possui algum tipo de deficiência no Brasil. Trata-se, portanto, de praticamente uma em cada quatro pessoas no país. Não há, portanto, que se olvidar, a importância e os impactos desse novo regime de incapacidades na esfera das relações jurídicas que são travadas diariamente.

Por fim, embora sem a pretensão de esgotar o tema, acredita-se que o presente trabalho possa contribuir na melhor compreensão e abordagem do tema, oferecendo pistas para a solução das controvérsias nascidas da aplicação do novo regime.

## 2 AUTONOMIA PRIVADA

### 2.1 DEFINIÇÃO PRELIMINAR

Autonomia é um conceito basilar para o Direito, possuindo diversas acepções e aplicações, sobretudo no que tange ao direito privado, esfera em que a autonomia do sujeito muitas vezes se coloca como elemento essencial na concreção do ato/negócio jurídico.

Não obstante, as raízes filosóficas do conceito de autonomia podem ser encontradas fora da ciência jurídica, mormente no pensamento de jaez iluminista, que alçou a “luz” da razão humana ao centro do ser-estar no mundo.

Do ponto de vista etimológico, autonomia significa “o poder de dar a si a própria lei” (ZATTI, 2007, p. 12). Não se trata de autossuficiência, mas de uma esfera privada que se distingue do poder dos outros e de outras leis, sem, necessariamente, ser incompatível com elas.

Para os iluministas, a autonomia, diferentemente do que sói aos teóricos do Antigo Regime, é a razão que se dobra às evidências empíricas, libertando o homem da ignorância. Desta forma, o uso crítico da razão estaria voltado para:

[...] a libertação em relação aos dogmas metafísicos, aos preconceitos morais, às superstições religiosas, às relações desumanas e tiranias políticas, os quais representam para os iluministas heteronomia. **A libertação dessas heteronomias por meio do uso crítico da razão possibilitaria experiências de autonomia.** (grifo nosso) (ZATTI, 2007, p. 18).

Vários autores iluministas discorreram acerca da autonomia, a exemplo de Rousseau. É na obra de Kant, entretanto, que a ideia de autonomia ganhará contornos filosóficos que ainda são fundamentais para a compreensão da racionalidade contemporânea.

Ora, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, Kant defende a limitação da razão ao âmbito da experiência, de forma que só nos seria possível conhecer os fenômenos acessíveis aos sentidos humanos. Desse modo, defende Kant, estando os fenômenos de ordem metafísica inacessíveis aos sentidos, apenas a razão prática seria capaz de fornecer leis práticas para guiar a vontade.

Para Kant, a autonomia é “a independência da vontade em relação a todo objeto de desejo (liberdade negativa) e sua capacidade de determinar-se em conformidade com sua própria lei, que é a da razão (liberdade positiva)” (ZATTI, 2007, p. 14-15).

Por fim, reconhecendo a lei moral como um imperativo categórico, Kant formula seu famoso teorema, segundo o qual: “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas” (KANT, 1996, P. 43). É, pois, a vontade autônoma que constrói para si a própria lei.

Em Kant, portanto, a autonomia da vontade é um elemento indissociável da dignidade humana.

## 2.2 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA NEGOCIAL

De início, com relação à autonomia e suas formas de expressão, conforme a doutrina busca distinguir, cumpre destacar que a construção teórica da ideia de autonomia não ocorre em um contexto ideologicamente neutro. Como diria Rudolf Von Ihering (2006, p.1): “O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”.

A concepção de autonomia no pensamento iluminista emerge, exatamente, da necessidade do Liberalismo econômico de conciliar a liberdade formal com a segurança para firmar contratos. Deste modo, a concepção de *autonomia da vontade* surge para “diferenciar um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de cunho não-público.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117). Desta forma, a autonomia da vontade assume um papel fundamental no modelo jurídico ocidental moderno.

Ao atribuir aos particulares o poder de gerir os seus próprios negócios, por meio do exercício da autonomia da vontade, o que a doutrina jurídica pretendia é afastar a ingerência do Estado nos assuntos privados.

Assim, Rodrigues Júnior (2004, p. 120) conclui que a autonomia da vontade pode ser enquadrada em duas proposições essenciais e complementares perante o direito: “toda obrigação, por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente

consentida, deve ser sancionada pelo Direito.”, no que se embasa na fórmula de Waline: “*le libre consentement est la condition nécessaire et suffisante pour qu’un engagement soi sanctionné par le Droit*” ou, noutras palavras, o livre consentimento é a condição necessária e suficiente para que uma obrigação seja sancionada pelo direito, em tradução livre.

Conquanto a autonomia da vontade seja entendida como “manifestação de liberdade individual no campo do direito” (AMARAL *apud* TEPEDINO, 2014, p. 11), a doutrina cuidou de distinguir esta expressão da autonomia do que se convencionou chamar de *autonomia privada*, esta entendida como:

[...] poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal. (AMARAL *apud* TEPEDINO, *idem*).

Para Rodrigues Júnior, entretanto, a emergência do termo autonomia privada deve ser compreendida no contexto de incremento da intervenção estatal na economia e da reação à lógica liberal-individualista: “Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada” (2004, p. 121).

Neste sentido, Gustavo Tepedino (2014, p. 11) leciona que:

A ordem pública constitucional valoriza a liberdade na solidariedade, impondo que a autonomia privada seja vista como poder de regulamentação não necessariamente vinculada à vontade subjetiva, já que o interesse público sobrepõe ao poder de agir dos particulares a tutela de valores socialmente relevantes.

Em verdade, entretanto, existem questionamentos doutrinários acerca da real distinção, se é que há, entre autonomia da vontade e autonomia privada e seu real alcance. Marcos Bernardo de Mello (2007), por exemplo, utiliza ambas as expressões de forma indistinta, entendendo que em ambas opera um voluntarismo de natureza similar.

Neste sentido, Requião (2016, p. 26) aponta que os usos de uma e de outra expressão, e os sentidos a elas atribuídos, não são uniformes. A revés, conforme explica, citando Luigi Ferri, por vezes as expressões são utilizadas como sinônimas. Por fim, assevera que:

Não há consenso quanto ao conteúdo da autonomia privada. Embora trate do valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito, é por alguns identificada com a liberdade humana ou um aspecto desta, enquanto outros a enxergam como verdadeiro poder de criar normas jurídicas.

Esta diversidade de acepções seria fruto das transformações históricas sofridas pelo conceito até alcançar a atual compleição. Neste diapasão, Roxana Borges entende que a ideia de autonomia da vontade estaria mais ligada à ideia do Estado Liberal, enquanto a ideia de autonomia privada estaria mais aliada à dos Estados sociais (BORGES *apud* REQUIÃO, 2016, p. 29).

De outro giro, o conceito de *autonomia negocial*, uma construção do direito italiano, dirige-se ao exercício da autonomia para a formação de negócios jurídicos. Trata-se, portanto, de uma órbita de atuação mais restrita da autonomia.

### 2.3 NEGÓCIO JURÍDICO E AUTONOMIA PRIVADA

Os atos de autonomia privada estão presentes, sobretudo, nos negócios jurídicos. Nesta esfera, a vontade surge como elemento essencial no suporte fático dos negócios jurídicos, necessária, portanto, à sua formação e validade.

Existem diversas teorias que se dedicam a explicar o negócio jurídico como ato de vontade, destacando-se, dentre elas, a teoria objetivista e a subjetivista.

Para a teoria subjetivista, a vontade interna é o elemento essencial do negócio jurídico. Havendo divergência entre o querer e a vontade declarada, o primeiro deveria prevalecer. Savigny, um dos fundadores e defensores dessa teoria, tratando da importância da vontade, aduz que:

[...] a vontade em si é, por si só, importante e eficaz, mas como fator interior e invisível, precisa de um sinal exterior que a revele, havendo entre esse

sinal de quem manifesta a vontade e a sua declaração uma relação, não acidental, mas natural. (FRANÇA, 2000, p. 3).

Essa teoria foi objeto de críticas que a fizeram ser contraposta pela teoria objetivista. Para essa segunda teoria, também chamada de teoria da declaração, prevalece a vontade declarada sobre a vontade interna.

A declaração seria, portanto, o único dado objetivo e acessível às outras pessoas, capaz, então, de dar validade à vontade declarada, ainda que esta seja fictícia.

O ordenamento jurídico brasileiro adota uma posição *sui generis*, no art. 112, do Código Civil (*verbis*): “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

É de bom alvitre ressaltar que não basta a simples manifestação de vontade para gerar conseqüências jurídicas. A manifestação de vontade deve subsumir-se às condições impostas pelo ordenamento jurídico, obedecendo aos pressupostos de validade que dele emanam. Como leciona Marcos Bernardes de Mello:

Nada no mundo é jurídico por si. Daí, ressalta à evidência que uma exteriorização consciente da vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência. Sem a previsão normativa da vontade alguma pode ser considerada negócio jurídico; será mero fato da vida, sem relevância jurídica alguma. (MELLO, 2007, p. 171-172).

Ademais, os negócios jurídicos devem ser interpretados à luz do princípio da boa-fé, conforme se depreende do art. 113, do Código Civil.

## 2.4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA

Independente da nomenclatura utilizada, é fato que a autonomia encontra limitações ao seu exercício, eis que não se exerce de forma absoluta, mas encontra limites de diversas naturezas.

A primeira espécie de limitação à autonomia é a de natureza *objetiva*. As limitações objetivas decorrem de vedações impostas pelo próprio ordenamento jurídico, não de condições pessoais do indivíduo.

Um exemplo clássico de limitação objetiva é aquela que consta do art. 426 do Código Civil (*verbis*): “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”. Ora, a vedação posta não decorre de uma limitação particular do sujeito, mas de uma proscrição geral do sistema jurídico brasileiro. A intenção do ordenamento é evitar o desejo pela morte alheia.

Acerca das limitações objetivas, reiterando não tratarem de limitações pessoais, leciona Requião (2016, p. 45) que: “[...] não apenas a limitação não decorre de status dos sujeitos que as realizam, como também não há de modo direto no fundamento dessas limitações cunho protetivo a alguém.”.

Embora o Código Civil vede, igualmente, a celebração de negócio envolvendo os direitos da personalidade, esta vedação continua compreendida como uma limitação objetiva, eis que trata-se de negócio proscrito, não em razão de características subjetivas do indivíduo, mas de uma vedação geral do ordenamento jurídico.

Via de regra, o desrespeito a tais limites implica na nulidade do negócio jurídico celebrado. Existem, entretanto, exceções, como a do sujeito que, em certa medida, negocia com alguns direitos da personalidade ao assinar um contrato de participação em um programa de *reality show*, por exemplo.

A segunda espécie de limitação à autonomia é de natureza *relacional*. Trata-se de limitação que tem por escopo a proteção do interesse de terceiro. Tem-se, por exemplo, o quanto disposto no art. 550, do Código Civil (*verbis*): “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

Observe-se que a limitação aqui, embora tenha o escopo de proteger o sujeito, não tem sua proteção referida ao agente, mas ao terceiro que poderia ser prejudicado pelo ato vedado. É o que explica Requião (2016, p. 46):

A limitação aqui não se dá por condições propriamente do sujeito que pratica o ato, mas sim por conta de fator relacional subjetivo. Na limitação relacional o argumento não é de proteção do sujeito que o pratica, nem unicamente de repúdio do ordenamento ao ato, mas sim de proteção de interesses de terceiros em relação ao ato praticado.

Os interesses protegidos pelas limitações de natureza relacional são, normalmente, de natureza patrimonial e o desrespeito às limitações impostas pode implicar na nulidade, anulabilidade ou ineficácia do ato praticado.

Por fim, a terceira hipótese de limitação da autonomia é a de natureza *subjetiva*. Tal hipótese versa sobre as situações em que se limita a autonomia para proteger o sujeito que pratica o ato.

As limitações subjetivas decorrem do estado da pessoa, conforme explica Requião (2016, p. 48):

A ideia é que determinadas pessoas, por conta de deficiência na sua capacidade de compreensão da realidade, que se dá seja por conta da sua inexperiência, seja por conta de problema de saúde, não estão aptas para a prática de certos atos. Por conta dessa inaptidão que faria com que pudessem elas ser prejudicadas caso realizassem os citados atos livremente, é que haveria a limitação da sua autonomia, com o objetivo de proteger as pessoas do seu próprio uso impensado da autonomia.

O Código Civil traz, como exemplo de limitação subjetiva, a imposição do regime de separação de bens no casamento celebrado por pessoa maior de 70 anos (art. 1641, II).

Mais uma vez, a limitação posta tem por escopo final a proteção patrimonial. Não obstante, o argumento posto é de que as limitações subjetivas não constituem punições ao sujeito, mas em regras necessárias à sua proteção.

A violação aos limites subjetivos da autonomia pode implicar na nulidade ou anulabilidade do ato praticado. Em especial, o diploma civil traz vedações subjetivas ao exercício da autonomia em seus arts. 3º e 4º, que remetem à questão da capacidade civil.

### 3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE

#### 3.1 CAPACIDADE DE FATO E DE DIREITO

O Código Civil brasileiro traz insculpida, em seu art. 1º, a norma que prevê que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A presença de tal enunciado normativo, logo na abertura do diploma civil, aponta a importância da capacidade no regime civil brasileiro.

Ser capaz de direitos é condição para ocupar os pólos subjetivos de uma relação jurídica e para titularizar direitos.

A capacidade é, tradicionalmente, descrita como a medida da personalidade. Para Caio Mário da Silva Pereira, capacidade e personalidade são conceitos indissociáveis:

Aliada à ideia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, ou por intermédio, ou com a assistência de outrem. Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. (PEREIRA, 2001, p. 162).

No mesmo sentido, a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. (GONÇALVES, 2011, p. 95-96).

Observe-se que, ao estabelecer o liame entre capacidade e personalidade, Gonçalves trata de apontar que aquela pode ser plena ou limitada e, conforme o caso, classifica-se em uma espécie diversa. De alvitre similar é a tradicional lição de Orlando Gomes, para quem:

O termo capacidade emprega-se em dois sentidos. No primeiro, com a mesma significação de personalidade. Chama-se, então, capacidade de direito ou de gozo. Para ter direitos na ordem civil todo homem é capaz,

porque pessoa. No segundo, é a aptidão para exercer direitos. Denomina-se capacidade de fato ou de exercício. Nem todos a possuem. Causas diversas restringem-na. (GOMES, 1971, p. 149).

Neste sentido, a capacidade jurídica pode ser entendida em duas dimensões: a capacidade de fato e a capacidade de direito. A *capacidade de direito ou de gozo* é, na lição de Tartuce (2017, p. 65):

[...] aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

A capacidade referida no art. 1º, CC, é, portanto, a capacidade de direito, a qual todas as pessoas, indistintamente, possuem e que só termina com a morte.

De outro giro, existe outra capacidade, aquela chamada *de fato ou de exercício*, a qual nem todas as pessoas têm (TARTUCE, 2017, Op. Cit.), vez que encontra limitações estabelecidas nos arts. 3º e 4º, do Código Civil.

Outrossim, quando presentes, de forma concomitante, a capacidade de fato e a capacidade de direito, diz-se que está configurada a capacidade civil plena.

A doutrina da capacidade de fato e de direito constitui inovação atribuída a Teixeira de Freitas no direito brasileiro. Para o ilustre autor, a capacidade de direito é o grau de aptidão da pessoa para adquirir direitos e praticar, por si ou por outrem, atos não proibidos (FREITAS, 1952, p. 24-25). De outro lado, a capacidade de fato é aptidão do ente para praticar pessoalmente os atos da vida civil (FREITAS, 1952, p. 22).

Importante, entretanto, não confundir capacidade e legitimidade, como asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 48), eis que: “Nem toda pessoa capaz pode estar legitimada para a prática de determinado ato jurídico. A legitimação traduz uma capacidade específica.”.

No mesmo sentido apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 272), aduzindo que: “A legitimação é, portanto, um *plus* na capacidade. Trata-se de um requisito específico, extra, exigido para a prática de determinados atos específicos da vida civil”. Não se confundem, portanto.

### 3.2 TEORIA DAS INCAPACIDADES

A construção da teoria das incapacidades remete, no espectro histórico, ao Direito Romano e sua percepção de capacidade e de personalidade. O Direito Romano não reconhecia a qualquer pessoa a qualidade de ser sujeito de direitos, exigindo a presença de certos requisitos, característicos da classe dominante, em detrimento da plebe.

Necessária, perante o Direito Romano, para avaliar a capacidade jurídica das pessoas, a presença dos três status: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*, ou seja, era para ser pessoa capaz de direitos, o indivíduo precisava ser livre, ser cidadão romano e independente do pátrio poder. Nas primeiras fases da civilização romana, apenas os patrícios, classe nobre, possuíam os *status* que lhes legavam capacidade plena:

[...] somente eles gozavam de todos os direitos civis e políticos, como, por exemplo, o *ius suffragi*, que consistia na faculdade de votar nos comícios; o *ius honorarium*, que era o direito de exercer os cargos públicos; o *ius occupandi agrum publicum*, isto é, o direito de posse das terras conquistadas; o direito de adquirir a propriedade de acordo com os processos romanos (*ius commercii*); o direito de contrair casamento (*ius conubi*). (WOLKMER, 2006, p. 103).

A capacidade, no entanto, não era imutável, podendo sofrer alterações e limitações. Se, por exemplo, um cidadão romano perdia a liberdade e era feito escravo, já não era pessoa, mas *res*, perdendo, pois, sua capacidade para ter direitos. Durante muito tempo, apenas o *pater familiae*, cidadão romano, possuía capacidade de fato e de direito. Posteriormente, os estrangeiros e as mulheres passaram a gozar de algumas faculdades inerentes à capacidade.

A revés, o ordenamento jurídico brasileiro atual não admite a figura da incapacidade geral de direito (REQUIÃO, 2016, p. 53), como ocorria com os escravos no Direito Romano, os estrangeiros na Idade Média e as pessoas submetidas à penalidade de morte civil.

A falta de capacidade em Roma, frise-se, não decorria de um sistema protetivo, mas, em grande medida, decorria de um sistema de penalidades que

poderia levar o sujeito, de acordo com a infração cometida, à diminuição da capacidade ao grau de máxima, média, mínima, ou à sua perda, pela redução à condição de escravo.

A teoria moderna das incapacidades, pois, não admite a idéia de incapacidade absoluta de direitos, sendo construída, essa, sob a premissa de proteção do sujeito que é, ou era, em alguma medida, declarado incapaz para os atos da vida civil.

O incapaz, portanto, não é incapaz de direitos, mas incapaz de exercê-los pessoalmente, posto que “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos direta e pessoalmente” (RODRIGUES, 2002, p. 41).

Na verdade, a incidência do reconhecimento da incapacidade civil teria o condão de conduzir à igualdade material, eis que:

[...] o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 274).

A proteção jurídica dos incapazes deve ter por medida, portanto, a concessão de direitos diferenciados e não, a contrário senso, a supressão de direitos em relação às demais pessoas. A sistemática das incapacidades deve ter, portanto, interpretação restritiva.

Em grande medida, a ideia de capacidade é normalmente associada à de discernimento, elemento necessário à prática dos atos da vida civil:

Discernimento e vontade, portanto, são os elementos centrais da incapacidade. Supõe-se que, caracterizada alguma das hipóteses elencadas nos artigos citados, a pessoa sofrerá redução ou supressão no discernimento necessário para reger a própria vida. Ou, ainda, não terá condições para agir pessoalmente na esfera civil, por estar impedida de exteriorizar a vontade. (FERRAZ; LEITE, 2012, p. 36).

Em sendo ausente o discernimento, estar-se-ia diante da incapacidade absoluta e, sendo esse, reduzido ou limitado, diante da incapacidade relativa.

A regra, entretanto, é a capacidade, sendo a incapacidade apenas excepcional, conforme Caio Mário da Silva Pereira:

Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e expressamente decorrente de lei, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de gozo, seja de ação. (PEREIRA, 2001, p. 265).

E, prossegue o autor, aduzindo que:

O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que dela padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários. (PEREIRA, 2001, p. 272).

A teoria das incapacidades, entretanto, não passou incólume de críticas, posto que a preocupação do instituto seria essencialmente patrimonialista, em detrimento da efetivação da autonomia do indivíduo.

Desse modo, chama atenção Requião (2016, p. 76-77), a decretação da incapacidade retira qualquer possibilidade de análise da situação fática concreta, atribuindo a qualquer ato praticado pelo sujeito, seja este vantajoso ou prejudicial, o mesmo fim: a nulidade. Desse modo, o autor conclui que:

[...] a teoria da incapacidade, certamente, não existe unicamente para atender ao bem-estar do incapaz. Isto porque a noção de capacidade no atual Código Civil continua sendo direcionada para um cunho extremamente patrimonialista, dissociada, portanto, dos princípios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana. (REQUIÃO, 2016, p. 77).

Também neste sentido, a lição de Ferraz e Leite (2012, p. 37):

Ainda que as limitações à capacidade civil tenham, em princípio, natureza protetiva, é necessário destacar que tais restrições importam em redução à autonomia da pessoa, afetando diretamente a prevalência da sua vontade, resultando, assim, em violação a direitos fundamentais.  
Por essa razão, tais limitações devem ser adotadas apenas nas hipóteses expressamente consignadas na legislação vigente e, também, de modo proporcional, compatíveis com o grau de incapacidade da pessoa, sob pena de violação da dignidade humana.

Também a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald é crítica do regime de incapacidades centrado, sobremaneira, na questão da proteção patrimonial:

Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse esse o seu valor preponderante.  
[...] Por isso, apresenta-se imperioso repensar o regime das incapacidades [...] É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhes tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 297).

Estas e outras críticas foram de fundamental importância para a substancial modificação experimentada, recentemente, no regime de capacidades do Direito Civil brasileiro.

### 3.3 CAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A questão da capacidade e incapacidade no Direito Civil brasileiro começou a ser tratada nas Ordenações Filipinas, até passar pelas codificações civis de 1916 e 2002.

Nas Ordenações Filipinas, sistema legal que vigia nas colônias portuguesas, como o Brasil, a questão da capacidade era tratada de modo *mui* incipiente. Não obstante, o seu Livro IV já tratava do regime de curatela de loucos e pródigos.

Posteriormente, o lapso na lei de natureza civil foi temporariamente suprido pela compilação da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, datada de 1858. A Consolidação passou a apontar os vinte e um anos como idade limite para a cessação da menoridade, embora sem revogar as disposições das Ordenações Filipinas sobre a curatela de loucos e pródigos.

Apenas o advento do Código Civil de 1916, entretanto, veio sistematizar o regime de incapacidades no Direito Civil brasileiro, incorporando as categorias da incapacidade absoluta e relativa, esta limitando a prática de certos atos da vida civil, sob pena de anulabilidade, e aquela limitando a prática de todos os atos da vida civil, sob pena de nulidade.

A redação original do Código Civil de 1916 assim tratava dos absolutamente incapazes:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

De outro lado, o artigo subsequente tratava da incapacidade relativa:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Posteriormente, a Lei n.º 4.121/1962 alterou a redação do art. 6º do Código Civil retirou a mulher casada do rol dos relativamente incapazes e alterou o parágrafo único, para dizer que os silvícolas ficariam sujeitos ao regime tutelar, que cessaria à medida que fossem se adaptando à civilização do País.

A simples leitura dos dispositivos supracitados é indiciária do quanto a cultura da época moldava o regime de capacidades no direito brasileiro. A sujeição da

mulher casada ao regime de incapacidade relativa demonstra o quanto de patriarcalismo estava arraigado o regime civil. De outro lado, a ideia de que os silvícolas devessem se adaptar à “civilização” do país, para deixar de serem tutelados, era demonstrativa de uma noção eurocêntrica do Direito Civil brasileiro.

O Código Civil de 2002, ao tratar do regime de capacidades, além de modificar o critério etário, em atenção às modificações sociais, inovou positivamente ao tratar as demais incapacidades, se comparado ao Código de 1916. No que tange à incapacidade absoluta, a redação original do *novel* Código assim previu:

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

Além de excluir os ausentes do rol de absolutamente incapazes, uma atecnia do Código anterior, o *novel* diploma substituiu a expressão “loucos de todo gênero”, deveras depreciativa, pelo trato daqueles com “enfermidade ou deficiência mental”. Esta expressão, aliás, fora, no passado, fruto de críticas da parte de Nina Rodrigues (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 50).

Ademais, a impossibilidade de exprimir a sua vontade, atribuída aos surdos-mudos, no Código de 1916, ganha expressão mais genérica na versão mais recente, certamente considerando os surdos-mudos podem, verdadeiramente, comunicar-se de outro modo, como por uso da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, exprimindo, portanto, sua vontade.

A incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos decorre da presunção de que estes ainda não possuem a maturidade e experiência necessária para a prática de negócios jurídicos.

De outro giro, a redação original do Código de 2002 também inova no tratamento das incapacidades relativas:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;  
 II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;  
 III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;  
 IV – os pródigos.  
 Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

É importante deter-se sobre cada uma das hipóteses originalmente traçadas, para compreender o *animus* da codificação civil brasileira. O inciso primeiro trata da incapacidade relativa em razão da idade. A incapacidade relativa dos maiores de 16 e menores de 18 anos, lhes faculta um certo grau de autonomia para os atos da vida civil:

[...] o regime jurídico da incapacidade civil dos menores de 18 anos é menos invasivo do que o previsto para os incapazes maiores de idade, por preservar, até certo ponto, a autonomia dos menores de idade, ao levar em consideração a sua vontade, especialmente para questões de natureza existencial. (FERRAZ; LEITE, 2012, p. 36).

Tal disposição, inclusive, vem ao encontro do que prevê o art. 16, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece o direito à liberdade de opinião e expressão a crianças e adolescentes.

Outrossim, as demais hipóteses de incapacidade relativa, que recaem sobre os maiores de idade, são tidas por mais gravosas, eis que limitam, em maior medida, o exercício da autonomia privada.

Outrossim, a doutrina contemporânea à vigência da letra original do Código de 2002, ainda que reconhecendo os avanços terminológicos do *novel* Código, não o exime de críticas pela sua preocupação excessivamente patrimonialista:

Nessa seara, houve uma clara mudança terminológica do Código Civil vigente em relação ao revogado Código de 1916. Com isso, as hipóteses de incapacidade passaram a ser identificadas por expressões mais modernas, ficando para trás expressões ultrapassadas e estigmatizantes. Todavia, conforme se verá a seguir, o regime jurídico da capacidade civil passou, a rigor, por alteração puramente cosmética, uma vez que, no Código Civil atual, a matéria continua assentada em valores anacrônicos e de cunho patrimonial, inadequados para a necessária tutela dos direitos dos incapazes. (FERRAZ; LEITE, 2012, p. 39).

De todo modo, é possível vislumbrar um avanço na questão do trato da pessoa portadora de transtornos mentais, que no regime anterior enquadravam-se exclusivamente na incapacidade absoluta, podendo, no novo regime instituído pelo Código de 2002, ser enquadrados, em alguns casos, como relativamente incapazes, condição que ainda preserva algum grau de autonomia.

O diploma de 2002 inova, também, na questão dos índigenas, deixando de regular de modo taxativo o seu regime de capacidades, remetendo-o à legislação especial. Neste sentido, leciona Gonçalves (2011, p. 100):

O novo estatuto afastou-se do sistema do Código Beviláqua, remetendo a disciplina normativa dos índios para a legislação especial, não mais os classificando como relativamente incapazes. Preceitua, com efeito, o art. 4º. parágrafo único, que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Ora, a lei especial, ainda vigente, é a Lei n.º 6.001/1973 – Estatuto do Índio, em seus arts. 7º e 8º, faz referência à assistência necessária do órgão tutelar competente nos atos praticados pelos índios, uma característica da incapacidade relativa, mas, em aparente contradição, aponta como resultado do ato praticado sem assistência a nulidade, que é resultado característico do regime de incapacidade absoluta. A conclusão, portanto, é que os índios são caracterizados por uma incapacidade relativa *sui generis*.

O regime instituído pelo *novel* Código vigorou até recentemente, quando sofreu substancial alteração, por força do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que será melhor tratado em tópico específico.

### 3.4 CAPACIDADE NO DIREITO COMPARADO

Como forma de empreender uma análise mais acurada do regime de capacidades do direito brasileiro, *mister* proceder a uma análise comparativa do mesmo, tomando por base a experiência do direito estrangeiro, de modo a estabelecer as semelhanças e distinções.

O primeiro olhar dirige-se, por uma questão de proximidade histórica, para o direito português. O Código Civil português apresenta três espécies de incapazes:

os menores, os interditados e os inabilitados. As figuras dos interditados e inabilitados guardam similitudes, respectivamente, com os absolutamente e relativamente incapazes do direito brasileiro.

A menoridade cessa aos dezoito anos em Portugal, conforme o art. 122 do Código Civil Português. A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela (art. 124), sendo anuláveis os negócios jurídicos praticados pelos menores sem a devida assistência (art. 125). Não obstante, a lei civil portuguesa põe exceções à incapacidade dos menores, considerando válidos certos atos, como e.g.: “Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância” (art. 127, 1. b).

A interdição, como dito alhures, similar à incapacidade absoluta do direito brasileiro, é aplicável a “todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens” (art. 138, 1). O interdito é, no direito português, equiparado ao menor, sendo suprida sua incapacidade por meio da tutela ou do exercício do poder paternal, se for o caso.

De outro giro, a inabilitação, equiparável à incapacidade relativa no direito brasileiro, é aplicável a

[...] os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património. (art. 152, CCP)

A incapacidade do inabilitado é suprida pela assistência de curador, que poderá responder, no todo ou em parte, pela sua administração patrimonial (art. 154, 1) e naquilo que não houver regulamento específico no regime de inabilitação, aplicar-se-á, de modo supletivo, o disposto no regime de interdição (art. 156).

Depreende-se, portanto, que o regime de incapacidades do direito português é bastante semelhante às disposições originais do regime de incapacidades do Código Civil brasileiro de 2002. Há, entretanto, uma diferença substancial: no caso da aplicação do instituto da inabilitação, os impedimentos alcançam apenas a prática de atos de cunho patrimonial, ou seja, afetos ao governo dos bens, mas não da pessoa.

Também o Código Civil suíço, ao tratar do regime de incapacidades, o que faz a partir do seu art. 16, aponta que esta pode decorrer de pouca idade, doença mental, fraqueza de espírito, intoxicação ou outras causas de natureza similar. Ocorre, entretanto, que no regime civil suíço, a incapacidade atinge apenas a esfera patrimonial, não restringindo os aspectos de natureza pessoal.

De outro giro, o Código Civil francês, que historicamente tanto influenciou o regime civil brasileiro, aponta que a maioridade e a capacidade se alcançam aos dezoito anos, mas os maiores podem ser declarados incapazes em razão de alteração constante de ordem médica, mental ou corporal, que impeça o sujeito de exteriorizar sua vontade, conforme seu art. 425.

Por fim, o Código Civil italiano também considera incapaz o menor, que ainda não completou dezoito anos, e prevê a possibilidade de interdição ou inabilitação dos maiores em razão de doença mental que o torne incapaz de prover seus interesses (art. 414).

## 4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

### 4.1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência é um instrumento normativo internacional, produzido no âmbito do sistema da Organização das Nações Unidas – ONU, que tem por objeto a promoção, proteção e garantia do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, promovendo o respeito à sua dignidade.

Conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um tratado “significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.” (art. 2, a). Independente da nomenclatura adotada, uma convenção nada mais é que um tratado internacional.

Tanto a Convenção, quanto o seu Protocolo Facultativo, fora assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, em Nova York.

Em seu artigo 1, a Convenção define pessoas com deficiência como sendo aquelas que:

[...] têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Um país signatário da Convenção pode regulamentar os direitos nela previstos ampliando o conceito de pessoa com deficiência. O que não é possível é reduzir a definição a um patamar inferior ao quanto pactuado (LOPES *in* DEFICIÊNCIA, 2014, p. 29).

Dentre os princípios gerais da Convenção, listados em seu artigo 3, de logo identifica-se um conflito com as disposições normativas que vigiam no direito brasileiro. É que a alínea a, do referido artigo, aponta “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”.

Neste sentido, conforme aduz Araújo (*in* DEFICIÊNCIA, 2014, p. 42):

Nota-se que, desde logo a pessoa com deficiência tem sua autonomia diferenciada dos interesses de outras pessoas que possam estar em seu entorno (pais, filhos, cônjuges, curadores etc.). Há que buscar o desejo e o interesse da pessoa com deficiência para suas escolhas e decisões. E tais decisões devem se pautar pela independência, por uma vida independente.

Ora, o regime de incapacidades estabelecido pelo Código Civil de 2002 possuía um elemento de restrição ao exercício da autonomia das pessoas com deficiência, mormente aquelas de natureza mental, intelectual ou sensorial.

Para cumprir com seu espírito principiológico, a Convenção estabelece aos Estados Partes o dever de adotar disposições de direito interno, ou seja, adaptar sua legislação, no que for preciso, para se ajustar ao texto convencional, conforme dispõe o artigo 4, ao abordar as obrigações gerais.

Neste sentido, o item 1, alínea *a*, do referido artigo, aponta que cabe aos Estados Partes da Convenção: “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção” e na alínea *b*: “adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes que constituírem discriminação contra pessoas com deficiências”.

Analisando o predito artigo, Roberto Caldas (DEFICIÊNCIA, 2014, p. 48) aponta a existência de obrigações de três naturezas: de respeitar, de garantir e de promover direitos. As obrigações listadas nas alíneas acima transcritas visam a promover direitos.

Ademais, o artigo 12.2 da Convenção preconiza que: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Tal dispositivo também se revela incompatível com as disposições de outrora do diploma civil, no que tange ao regime de incapacidades.

É bem verdade, entretanto, que é possível argumentar, *a contrário senso*, que o inciso 4, do artigo 12, ao determinar que, no exercício da capacidade legal, sejam asseguradas as salvaguardas necessárias à prevenção de abusos e que as medidas relativas ao exercício da capacidade devem ser aplicadas pelo período mais curto

possível, e submetidas à revisão regular de autoridade ou órgão judiciário, excepcionalmente as limitações legais à capacidade civil, desde que adotadas as medidas apontadas.

Escrevendo anteriormente à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Eugênia Gonzaga chama atenção para o fato de que:

Enquanto a interdição de pessoas com deficiência intelectual ou mental sempre foi feita no Brasil de maneira total, com a vontade do responsável ou curador substituindo totalmente a vontade do interditado, a Convenção determinou que “as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa”. Isto significa uma inversão da prática corrente. Agora, como regra, a interdição deve ser apenas parcial, e a interdição total, a exceção, reservada para casos em que, por exemplo, a pessoa está em vida vegetativa, sem condições de manifestar sua vontade por qualquer meio. A legislação brasileira, por seu turno, desde o Código Civil de 2002, já permite o uso da interdição parcial do modo preconizado pela Convenção, entretanto, na prática, tanto o Judiciário quanto o Ministério Público continuam aplicando o instituto como se estivéssemos sob a égide do Código Civil de 1916. (DEFICIÊNCIA, 2014, p. 88).

A mitigação do uso da interdição, entretanto, veio apenas com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a introdução do instituto da tomada de decisão apoiada.

#### 4.2 A INCORPORAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Após a assinatura da Convenção, pelo Estado brasileiro, em Nova York, a mesma foi ratificada e incorporada ao sistema jurídico nacional por meio do Decreto nº 6.949/2009. Desde então, se instalou um certo conflito entre as disposições da Convenção e partes do Código Civil brasileiro, concernentes à capacidade da pessoa com deficiência.

A Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, face a matéria abordada em seu bojo, se insere na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ora, é cediço que a normativa internacional, ao ser incorporada ao ordenamento jurídico interno de certo país, possui força cogente, sendo dotada de

exigibilidade. Durante muito tempo, a ciência jurídica se ocupou de tentar solucionar o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.

Na visão do internacionalista Valério Mazzuoli (2011, p. 88-89), tem-se que:

[...] não existe Estado isolado ou flutuando no espaço. Os Estados encontram-se compreendidos dentro de uma sociedade, que é internacional por natureza. E, se para existir o Estado, deve existir uma Constituição, estruturando sua forma e organização e protegendo os direitos fundamentais dos seus cidadãos, é mais do que lógico que esta Constituição também dependa daquela sociedade maior em que está inserido o Estado da qual faz parte e que regula, ou seja, a sociedade internacional. À luz do rigor científico, no mundo jurídico o Direito Internacional tem primazia. Se primazia significa prevalecer, parece impossível conceder ao ordenamento interno este atributo, a menos que ali existam regras capazes de ab-rogar normas internacionais, o que não passa de fantasiosa projeção tecnicamente impossível de se realizar.

Esta visão, exposta pelo doutrinador, é denominada de monista internacionalista, que, noutras palavras, defende que as normas de direito internacional e de direito interno integram um mesmo e único sistema, eis porque monista, e que, em caso de conflito entre elas, a norma internacional, a que o país livremente se obrigou a cumprir, deve, em regra, prevalecer. Esta é, aliás, a posição adotada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 27) e pelo Brasil.

De modo específico, o Brasil adotou um modelo de recepção dos tratados internacionais que, ordinariamente, os equipara à legislação infraconstitucional. Não obstante, atento ao papel vetorial adotado pelo princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Constitucional (art. 1º, III, CF/88) e à prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II), o Congresso Nacional aprovou, no bojo da Emenda Constitucional nº 45, a possibilidade de recepção dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos com *status* de emenda constitucional:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (art. 5º, § 3º, CF/88).

Tendo sido, pois, a Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência recepcionada com quórum qualificado, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional, em grau hierarquicamente superior, portanto, ao do Código Civil brasileiro.

Conforme leciona Luiz Alberto David Araújo (*in* DEFICIÊNCIA, 2014, p. 42):

Assim, toda e qualquer norma anterior à Convenção que não se alinhar com os valores lá constantes foi revogada implicitamente. Quer dizer, a Convenção, após a sua ratificação, produz efeitos imediatos, revogando a legislação ordinária contrária a ela.

Estabelecida a incompatibilidade, em tal grau, entre parte do Código Civil e a Convenção, frise-se, de jaez constitucional, outra alternativa não restou, se não a edição de uma lei específica – o Estatuto da Pessoa com Deficiência – que, dentre outras coisas, alterou profundamente o regime de capacidades do Código Civil.

#### 4.3 EDIÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Desde a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Nova York, discutia-se a necessidade de regulamentar a sua aplicação, conferindo aplicabilidade às disposições do texto convencional, sobretudo naquilo em que se revelavam incompatíveis com o ordenamento jurídico nacional.

Em verdade, as discussões atinentes à temáticas se traduziam, sobretudo desde 2010, em diversas propostas legislativa, por vezes divergentes entre si, o que conduziu à criação, em 2012, de um grupo de trabalho, instituído pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com competência para equacionar a questão. O relatório final deste grupo de trabalho tratou, dentre outras coisas, do acesso à justiça da pessoa com deficiência, oportunidade em que se manifestou acerca do instrumento da interdição e da necessidade de alteração da lei processual:

À luz do CDPD tem-se evidente que a interdição não é, a priori, um instrumento maléfico à pessoa com deficiência. Muito pelo contrário, a instituição da figura do curador pode – e deve – ser uma salvaguarda da maior importância para a efetividade da tutela da pessoa com deficiência

que dela necessite, desde que atendido alguns pressupostos e adequações elementares.

O conjunto de alterações propostas ao ordenamento processual tem como objetivo: 1) adequar o procedimento de interdição à evolução histórica e normativa da tutela das pessoas com deficiência; e 2) garantir a adequação do procedimento a essa realidade emergente, através de alterações substantivas na forma do processo de interdição. Neste último ponto importa ressaltar a importância pedagógica - mas não apenas - das adequações propostas. (ESTATUTO, 2013, p. 53).

A necessidade de alteração legislativa apontada, entretanto, não restringia-se à questão processual, apontando, igualmente, a necessidade de adequação do Código Civil, não apenas em discrepâncias terminológicas, mas no que tange à incompatibilidade de procedimentos:

Analisando-se seu texto, nota-se que também o Código Civil carece de alterações indispensáveis para a adequação do ordenamento aos preceitos estabelecidos pela CDPD. As incongruências conceituais são muitas e, muito além de meras incorreções terminológicas. Acima de tudo, a forma como o ordenamento civil caracteriza o incapaz e o parcialmente incapaz pode ser identificada observando-se a forma como esse mesmo ordenamento constitui salvaguardas nos casos em que se mostra necessário tutelá-los. Vale dizer, por vezes o que era pra ser tutela transforma-se em restrição de direitos, naquilo que popularmente diria se tratar de um remédio mais severo do que o devido para a doença que se pretende curar. (ESTATUTO, 2013, p. 54).

Em conclusão aos trabalhos, fora apresentado um substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.699/2006, aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2015 e encaminhado ao Senado Federal onde foi, finalmente, aprovado em junho de 2015 e enviado à sanção presidencial.

Em 6 de julho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.146, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com *vacatio legis* de 180 dias, a lei apenas entrou em vigor em 3 de janeiro de 2016, promovendo importantes modificações no direito brasileiro.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência visa a promoção da autonomia, liberdade e acessibilidade da pessoa com deficiência, promovendo importantes modificações no regime de capacidades, no instituto da curatela e criando o instituto da tomada de decisão apoiada.

O escopo do Estatuto é extremamente amplo: engloba questões como saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, cultura, esporte,

lazer, transporte, mobilidade, acessibilidade, dentre outras. Não obstante, ater-se-á à questão da capacidade civil, objeto precípua deste trabalho.

#### 4.4 O ESTATUTO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL

O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência produziu intensas alterações no sistema jurídico brasileiro. No que tange à capacidade civil, o seu art. 6º afirma que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa:

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.

Reforçando tal posição, o art.84 assegura o direito da pessoa com deficiência ao exercício da sua capacidade civil:

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.

Tais disposições reafirmam o *animus* trazido pela Convenção, no sentido de reconhecer, como regra, a capacidade da pessoa com deficiência, admitindo sua limitação apenas de forma relativa e pontual.

Sem dúvidas, entretanto, uma das mais impactantes modificações foi aquela promovida pelo seu art. 114, que alterou os arts. 3º e 4º da Lei nº 10.406/2002 – o Código Civil brasileiro.

De modo comparativo é possível observar o teor do art. 3º, do Código Civil, antes e depois da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

<p><b>Absolutamente incapazes (art. 3º, do CC)</b></p> <p>Antes do Estatuto</p>	<p><b>Absolutamente incapazes (art. 3º, do CC)</b></p> <p>Depois do Estatuto</p>
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p> <p>I – (Revogado);</p> <p>II – (Revogado);</p> <p>III – (Revogado).</p>

Tabela 1 – Alterações do art. 3º do Código Civil

A alteração no art. 3º é substancial. Se antes havia três categorias de absolutamente incapazes, após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência estas reduziram-se a uma única hipótese: os menores de dezesseis anos ou menores impúberes:

Como se percebe, em sua redação originária, o inciso I do art. 3º mencionava os menores de 16 anos, tidos como menores impúberes. O seu inciso II expressava os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. Por fim, no inciso III havia a previsão dos que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Com as mudanças, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não havendo mais maiores absolutamente incapazes. Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em

outras palavras, a *dignidade-liberdade* substitui a *dignidade-vulnerabilidade*. (TARTUCE, 2017, p. 71).

Dessa forma, do teor do art. 3º, infere-se que as pessoas maiores, incluindo-se aquelas com deficiência, são todas, em regra, capazes, podendo apenas, eventualmente, ser consideradas relativamente incapazes.

De outro giro, as modificações sofridas pelo art. 4º, do Código Civil, podem também ser observadas de modo comparativo:

<p align="center"><b>Relativamente incapazes (art. 4º, do CC)</b></p> <p align="center">Antes do Estatuto</p>	<p align="center"><b>Relativamente incapazes (art. 4º, do CC)</b></p> <p align="center">Depois do Estatuto</p>
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>

Tabela 2 - Alterações do art. 4º do Código Civil

As alterações do art. 4º são, em certa medida, de menor monta que aquelas operadas no art. 3º, mas não menos importantes e retiram, sobretudo, as pessoas com deficiência mental e intelectual do rol de relativamente incapazes:

Conforme antes exposto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também alterou substancialmente o regime da incapacidade relativa, tratado pelo art. 4.º do CC/2002. Reitere-se que não houve modificação no inciso I (menores entre 16 e 18 anos) e no inciso IV (pródigos). Todavia, no inciso II foi retirada a menção aos que por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido.

No inciso III, não se usa a expressão excepcionais sem desenvolvimento completo, substituída pela antiga previsão do art. 3.º, III, da codificação (pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade). O objetivo, mais uma vez, foi a plena inclusão das pessoas com deficiência, tidas como capazes no novo sistema e eventualmente sujeitas à tomada de decisão apoiada. (TARTUCE, 2017, p. 75)

Como se percebe, portanto, as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Código Civil, oportunizaram uma verdadeira revolução no regime de incapacidades do direito brasileiro. A incapacidade absoluta reside, agora, apenas sobre os menores impúberes e a incapacidade relativa teve reduzidas suas hipóteses de aplicação, privilegiando a capacidade da pessoa com deficiência.

## 5 O NOVO REGIME DE (IN)CAPACIDADES

### 5.1 INCAPACIDADE ABSOLUTA

A única espécie de incapacidade absoluta que persiste no novo regime de capacidades do direito brasileiro é a do menor de dezesseis anos – o menor impúbere, como reza o art. 3º do Código Civil, alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

Trata-se de um critério unicamente etário, uma presunção, com base nos fatores sociais e culturais da contemporaneidade, de que esse menor não possui, ainda, a experiência e o discernimento necessário à prática dos atos da vida civil. Falta-lhe, portanto, a capacidade de fato ou de exercício.

A incidência desta incapacidade não é, portanto, casuística, mas recai, automaticamente, sobre todos os que se amoldem a tal balizamento previsto no Código Civil.

Não se trata de dizer que são incapazes apenas as crianças. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – estabelece o parâmetro legal de infância no Brasil, em seu art. 2º. A teor do referido diploma: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”. Assim sendo, são incapazes as crianças e os adolescentes menores de dezesseis anos.

Embora absolutamente incapaz, esse menor praticar determinados atos, previstos em lei:

[...] existem atos e negócios que os menores relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem a assistência, como se casar, necessitando apenas de autorização dos pais ou representantes; elaborar testamento; servir como testemunha de atos e negócios jurídicos; requerer registro de seu nascimento; ser empresário, com autorização; ser eleitor; ser mandatário *ad negotia* (mandato extrajudicial). Em casos específicos, é possível a antecipação dos efeitos da maioridade civil, por meio da emancipação (art. 5.º, parágrafo único, do CC) (TARTUCE, 2017, p. 76).

Em adendo é importante explicar que a incapacidade do menor de dezesseis anos não exclui a sua responsabilização patrimonial, eis que, conforme o art. 928, do Código Civil: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por

ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”

Os menores de dezesseis anos são impedidos, ainda, de figurar em relação laboral, exceto na condição de aprendizes, em que a idade mínima é de dezesseis anos. Esta vedação oscilou no curso das mutações constitucionais, sendo o seu limite aos quatorze anos em 1946, doze anos na Carta de 1967/69, quatorze anos no texto original da Constituição de 88 e dezesseis anos após a Emenda Constitucional n° 20.

Como dito alhures, a incapacidade absoluta já não é condição da pessoa com deficiência, nem dos ausentes (como no Código de 1916), a quem o Código Civil de 2002 reservou lugar próprio, considerando-se, inclusive, hipótese de morte presumida, a teor do art. 6° do referido diploma.

## 5.2 INCAPACIDADE RELATIVA

Se o novo regime de capacidades é revolucionário no que tange à incapacidade absoluta, de forma diversa não pode ser visto em relação à incapacidade relativa, em que produziu outras mudanças sensíveis.

Embora mantidas as hipóteses dos incisos I e IV, do art. 4° do Código Civil, houve modificações no texto dos incisos II e III. A mudança não foi apenas terminológica, mas estrutural:

Art. 4° São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Como dito alhures, o inciso primeiro, que trata da incapacidade relativa dos menores de dezoito anos e maiores de dezesseis – os menores púberes – não sofreu alterações.

Há de se atentar para o fato de que não há correlação necessária entre a capacidade civil e a imputabilidade penal:

Registre-se, porém, que não há nenhuma correlação obrigatória entre a maioridade civil e a imputabilidade penal. A coincidência do marco temporal dos dezoito anos é acidental, constituindo-se muito mais uma exceção do que uma regra na história jurídica do Brasil (o Código Criminal do Império de 1830, por exemplo, fixava a responsabilidade em 14 anos). Quanto às atenuantes ligadas a critérios etários, da mesma forma, não há qualquer relação com a idade de capacidade civil, estando mais relacionada à sua própria formação psicológica. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 54).

Ademais, não há que se falar também em relação necessária entre a idade da capacidade civil e matérias relacionadas à dependência econômica, como a questão de alimentos, regida por estatuto próprio.

A incapacidade em razão da idade pode ser superada pelo instituto da emancipação, que pode ser conferida de modo voluntário, por suprimento judicial ou por expressa previsão legal, conforme o esquema abaixo transcrito:

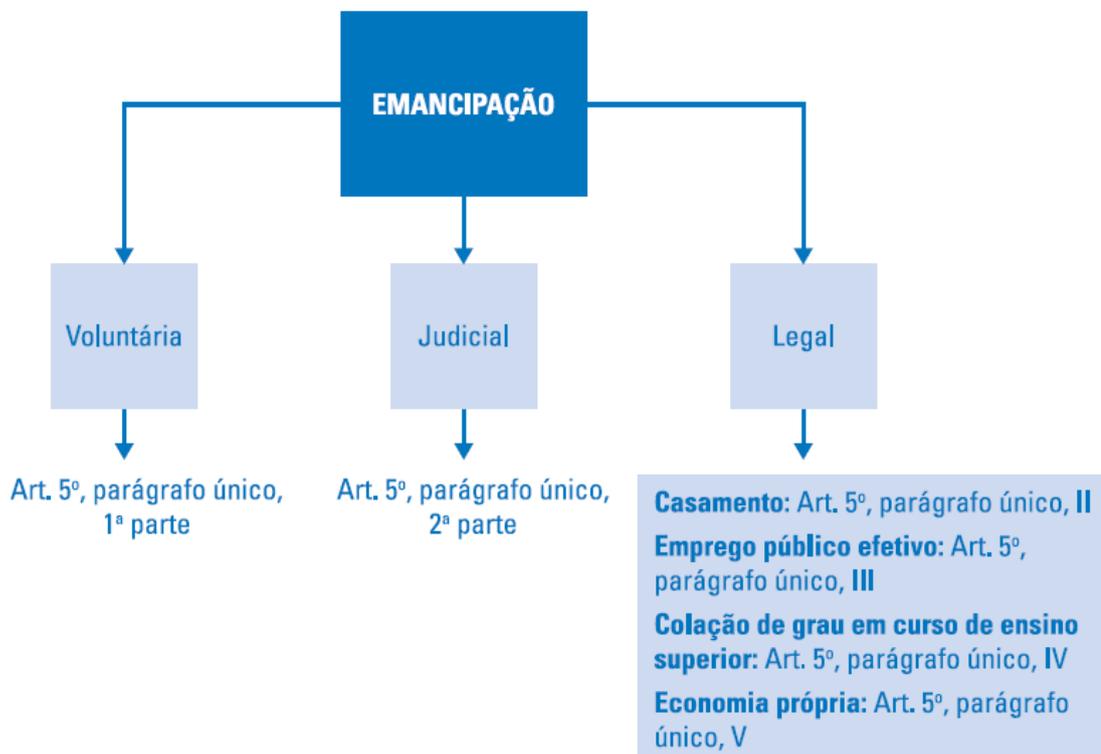


Figura 1 – Emancipação (Fonte: GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, p. 62).

A emancipação voluntária decorre de concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, desde que o menor tenha completado dezesseis anos, por instrumento público, independente de homologação (art. 5º, parágrafo único, primeira parte, CC).

O suprimento judicial é possível na ausência de ambos os genitores, ouvido o tutor, se o menor tiver ao menos dezesseis anos completos (art. 5º, parágrafo único, segunda parte, CC).

Já a emancipação legal pode ocorrer em razão de casamento (art. 5º, parágrafo único, II, CC), exercício de emprego público efetivo (art. 5º, parágrafo único, III, CC), colação de grau em curso de nível superior (art. 5º, parágrafo único, IV, CC) e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou existência de relação de emprego, que implique em economia própria (art. 5º, parágrafo único, V, CC).

A hipótese de incapacidade do inciso II é aquela referente aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos, uma hipótese que remanesce do antigos sistema de incapacidades.

A embriaguez é uma problemática social, um estigma, com forte impacto nas relações familiares, laborais e civis, merecedora de atenção, portanto, da norma jurídica, que reconhece a possibilidade de que sua presença altere a capacidade de discernimento do indivíduo, maculando, portanto, eventual negócio jurídico por ele celebrado. O mesmo raciocínio aplica-se ao abuso de entorpecentes.

Assim sendo, citando a ilustre lição de Zaffaroni e Pierangeli, tem-se que:

[...] deparamos com diferentes períodos e ideologias em torno da problemática da embriaguez. Em todos os tempos, o homem procurou fugir da realidade mediante a utilização de tóxicos. Em geral, as pessoas que têm de suportar maior miséria e dor são aquelas que procuram fugir dessa realidade miserável ou dolorosa, decorra ela de conflitos predominantemente individuais ou de condições sociais (no fundo, sempre existem condições sociais, só que mais ou menos mediatas). Quem fugir da realidade, na maioria dos casos, é quem suporta as piores condições sociais, ou seja, os marginalizados e carentes. O uso de tóxicos visa o rompimento dos freios, ou criar as condições para fazê-lo. (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 55)

Em relação a esta hipótese de incapacidade, *mister* esclarecer que:

[...] não é possível elaterá-la para alcançar as pessoas que, eventualmente, durante alguma comemoração, por exemplo, excedam na ingestão de bebidas alcoólicas ou mesmo de substâncias entorpecentes. Estes (que, eventualmente, estão ébrios ou tomados pelos efeitos entorpecentes) respondem pelos seus atos, regularmente. Aqui incide a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na sua causa), motivando a possibilidade de punição da pessoa que provocou o seu próprio estado de inconsciência, vindo a causar um dano a outrem. Através dessa tese, o momento de aferição da responsabilidade deve ser o da ingestão da substância, e não o da prática do ato. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 280).

Ou seja, não há que se falar em incapacidade na hipótese de eventual embriaguez ou abuso de tóxicos, sendo necessário demonstrar a habitualidade do consumo, capaz, portanto, de interferir na regularidade da prática dos atos da vida civil.

Por isso mesmo, a jurisprudência se estabeleceu no sentido de verificar, no caso concreto, se a incapacidade se encontra presente ou não. Neste sentido ilustra o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Incapacidade relativa. Necessidade de comprovação da embriaguez habitual do vendedor. Desnecessidade de registro da promessa de compra e venda. Testemunhas não presentes quando da assinatura do contrato. Irrelevância. Acusações levianas. Dano moral configurado. A amizade da testemunha com a parte somente a torna suspeita para depor se se tratar de amizade íntima, entendida como aquela muito próxima, com laços de afinidade profundos. O vício de consumo de álcool implica incapacidade relativa da pessoa se a transforma em ébrio habitual, aquele que, pelo uso constante da bebida, tem seu discernimento permanentemente afetado pela embriaguez. Incomprovada a embriaguez habitual da pessoa e inexistindo interdição judicial, não se configura incapacidade. (...). Agravo retido e apelação não providos (TJMG, Apelação Cível 054038393.2008.8.13.0470, Paracatu, 10.<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Mota e Silva, j. 26.10.2010, DJEMG 17.11.2010).

É de bom alvitre observar, também, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Neste caso, desconsiderando-se as questões procedimentais, na análise do mérito, a decisão converge para inexistência de prova de que o sujeito, à época do negócio jurídico que buscava anular invocando embriaguez habitual, tivesse o discernimento afetado:

AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO. Pretensão em razão da venda de imóvel, por ser à época alcoólatra. Sentença de improcedência. Apela o autor sustentando nulidade da sentença por descumprimento do

princípio da identidade física do juiz e nulidade do negócio por falta de agente capaz, além de a procuradora ter vendido o seu imóvel para um enteado dela sem repassar o valor recebido. Descabimento. Preliminar. Nulidade da sentença por descumprimento do princípio da identidade física do juiz. Insubsistência. Outra Juíza proferiu a sentença, porque a que presidiu a instrução estava de férias. Incidência da exceção do parágrafo único do art. 132 do CPC. Preliminar rejeitada. Mérito. Alegação de embriaguez a tornar nula a venda de imóvel. Inadmissibilidade. Procuração pública outorgada para que terceiro alienasse a imóvel a quem lhe conviesse. Procuradora, quando vigente o instrumento de procuração, subscreveu compromisso em benefício do recorrido. Escopo de nulificar o compromisso exigiria impugnação também da procuração, fato inocorrente. Relativa a capacidade civil dos ébrios habituais. Inteligência do art. 4º, II, do CC. Inadmissível reconhecer nulidade, inclusive da procuração outorgada, sem prova cabal de que à época estava desprovido de discernimento. Presunção relativa de legitimidade de que goza o instrumento público de procuração. Eventual falta de repasse dos valores recebidos pela procuradora deve ser discutida em ação própria. Inexistente motivo para anular a transação. Sentença confirmada. Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível 0003363-36.2008.8.26.0609, DJE 07.11.2014).

Em apertada síntese, portanto, a embriaguez habitual ou o vício em tóxico precisa ser apurado no caso concreto, afastando-se o consumo eventual que não altere a capacidade de discernimento.

De outro giro, a hipótese de incapacidade relativa do inciso III, do art. 4º do Código Civil, diz respeito àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Esta hipótese, anteriormente, era de incapacidade absoluta, mas a reforma produzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência transferiu para o rol de incapacidades relativas.

A causa incapacitante não precisa ser, portanto, definitiva, bastando que seja suficiente para impedir a pessoa de exercer, por si mesmo, os atos comuns da vida civil.

Ao contrário do que se possa inicialmente imaginar, não se trata apenas aqui de patologias mentais. Uma hipótese que amolda-se a este inciso, por exemplo, é o da pessoa internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, que não tenha condições de manifestar sua vontade.

Nesta categoria de incapacidade relativa, Tartuce (2017, p. 77) enquadra também o surdo-mudo que não puder se expressar, o idoso com mal de *Alzheimer* e a pessoa em coma.

A migração desta causa de incapacidade, de absoluta para relativa, não passou imune de críticas. Dentre os que se posicionam contrariamente, tem-se o escólio de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

De repente, o novo diploma converteu aqueles que eram absolutamente incapazes em relativamente capazes.

Sinceramente, não nos convence tratar essas pessoas, sujeitas a uma causa temporária ou permanente impeditiva da manifestação da vontade (como aquele que esteja em estado de coma) no rol dos relativamente incapazes.

Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa.

A impressão que temos é a de que o legislador não soube onde situar a norma.

Melhor seria, caso não optasse por inseri-la no artigo anterior, consagrar-lhe dispositivo legal autônomo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 56).

De fato, há um problema aparente, visto que, em se tratando de incapacidade relativa, em tese o sujeito deveria manifestar sua vontade conjuntamente com um curador. Não obstante, a hipótese diz respeito, justamente, à impossibilidade de se manifestar a própria vontade, o que colocaria em xeque a assistência efetiva do curador e não a substituição da vontade do curatelado.

No sentido de aclarar a incidência desta hipótese normativa, invoca-se julgado relativamente recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que utilizou-se deste inciso para, por analogia, considerar relativamente incapaz uma pessoa com esquizofrenia paranóide, por não ser capaz de exprimir sua vontade de forma válida. Ao fazê-lo, o Egrégio Tribunal aponta o problema da necessidade de utilizar-se a curatela nestes casos em que, entende, caberia a interdição, ainda que parcial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO E CURATELA. INCAPACIDADE PARCIAL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. APLICAÇÃO IMEDIATA. PESSOA RELATIVAMENTE INCAPAZ POR ANALOGIA. DOENÇA MENTAL INCURÁVEL. INCLUSÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Por tratar de alterações alusivas ao estado de pessoa, enquanto sujeito de direito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem aplicação imediata, mesmo aos processos em curso. 2. No caso da curatela, em hipóteses de doenças mentais graves e realmente incuráveis, como a esquizofrenia paranóide, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, apesar de privilegiar a inclusão social dessas pessoas, acabou por desconsiderar situações que revelam nítido interesse público na interdição, ainda que parcial, até mesmo como forma de proteção dos que padecem de enfermidade mental, como seria o caso

de se evitar a incidência de prescrição e decadência sobre seus direitos (artigo 198, inciso I, e 208 do Código Civil). 3. No caso dos autos, justifica-se uma interdição parcial porquanto a Ré não pode ficar a mercê de sua vontade viciada em razão de sua própria doença, que lhe provoca "manifestações delirantes de natureza persecutória" e "comprometimento do juízo crítico". Assim, justamente visando a proteção da interditanda e de sua dignidade enquanto pessoa humana, deve esta ser enquadrada, por analogia, como relativamente incapaz no inciso III do artigo 4º do Código Civil, pelo fato de que em razão da doença que a acomete (esquizofrenia paranóide), a Requerida não é capaz de exprimir sua vontade sem vício capaz de anulá-la. 4. Como forma de preservação de sua autonomia e de manutenção da vida ativa da interditada, é recomendável o estabelecimento de um percentual dos seus rendimentos para que seja de sua livre utilização, isento de prestação de contas, máxime quando esta se mostra capaz de administrar certo montante como lhe aprouver. 5. Recurso parcialmente provido. Sentença reformada. (TJDF, Apelação Cível 0026092-44.2013.8.07.0016, DJE 18.10.2016).

A questão não é simples e apenas o aprofundamento do debate, mediante a sucessiva aplicação da norma hipotética à realidade fática dirá se a alteração legislativa foi de bom alvitre ou se, do contrário, a questão suscitada é pertinente.

Por fim, o inciso IV do art. 4º, CC, classifica os pródigos como relativamente incapazes, hipótese que remanesce da redação original do Código. Nem o Código de 1916, nem o de 2002, cuidou de definir a prodigalidade, de modo que se faz necessário recorrer à doutrina.

A origem da expressão vem do Direito Romano que: “considerando o patrimônio individual uma copropriedade da família, capitulava como prejudicial ao interesse do grupo familiar a dilapidação da fortuna” (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 57).

Clóvis Beviláqua, do Código de 1916, define o pródigo como: “aquele que desordenadamente gasta e destrói a sua fazenda, reduzindo-se à miséria por sua culpa” (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 57).

Já para Tartuce (2017, p. 77), os pródigos são: “aqueles que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas.”.

A prodigalidade é, tradicionalmente, tratada como um desvio de comportamento, capaz de, por via oblíqua, ferir o tecido familiar e social pela dilapidação do patrimônio, levando o pródigo a, no futuro, recorrer aos familiares ou ao Estado, em busca de amparo.

A inclusão da prodigalidade dentre as causas de incapacidades é objeto de críticas da doutrina jurídica:

Ao nosso viso, a prodigalidade não constitui, tecnicamente, causa incapacitante. É que, lastreado na dignidade humana, não vemos lógica em interditar alguém (e, por conseguinte, privá-lo da capacidade jurídica geral) apenas porque despende o seu patrimônio desordenadamente. Trata-se de absurda intervenção do Estado. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 281).

Obviamente, o fato de gastar muito não necessariamente impacta na subsistência do indivíduo, nem, tampouco, existe um padrão desejável de gastos e de consumo para que se possa, pacificamente, situar o pródigo fora da curva.

Destaque-se que a incapacidade relativa dos pródigos lhes afeta apenas a administração direta dos seus bens, não atingindo os demais atos existenciais, como casar ou manter união estável.

### 5.3 TUTELA E CURATELA

A tutela e a curatela são institutos do direito civil, de esfera assistencial, que têm por objetivo comum a representação e administração dos incapazes, em vista da sua proteção jurídica, mormente na esfera patrimonial.

A tutela presta-se à representação legal do menor, relativa ou absolutamente incapaz, cujos pais sejam falecidos, ausentes ou tenham decaído do poder familiar, a teor do art. 1.728, do Código Civil:

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:  
I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;  
II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Em complemento, tem-se a previsão do art. 36, do ECA:

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos.  
Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

No caso da tutela, posto que os destinatários são os menores de idade, o objeto deve se estender para além das questões patrimoniais, buscando suprir, ainda que parcialmente, a ausência das figuras parentais. Neste sentido, o Código Civil prevê:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

- I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;
- II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;
- III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

A esfera aqui, mais que patrimonial, é de natureza existencial, cabendo a orientação, inclusive, de se ouvir a opinião do menor que já conte com doze anos de idade.

O tutor possui, ainda, outras competências, que podem ser exercidas, em alguns casos, independentemente de autorização do juiz:

Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

- I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;
- II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;
- III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;
- IV - alienar os bens do menor destinados a venda;
- V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

E, noutros casos, apenas mediante autorização judicial:

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

- I - pagar as dívidas do menor;
- II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;
- III - transigir;
- IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;
- V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

De mais a mais, não se exclui das responsabilidades do tutor a administração dos bens do menor, que deve ser exercida com zelo e boa-fé (art. 1.741, CC).

Tratando-se de instrumento provisório, a tutela cessa com o advento da maioridade do tutelado, por sua emancipação, ou ainda por reconhecimento ou adoção. Descipiendo falar que a tutela cessa, também, com o falecimento de qualquer dos sujeitos da relação.

De outro giro, a curatela se presta à proteção da pessoa maior que padece de alguma incapacidade ou circunstância que obstaculize sua livre e consciente vontade. É possível, ainda, a curatela de bens do ausente.

Anteriormente, todos os sujeitos incapazes, relativa ou absolutamente, desde que maiores, eram curatelados. A vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, entretanto, impõe uma nova configuração à curatela da pessoa com deficiência, que deve ser aplicada apenas de forma extraordinária, para os atos de natureza patrimonial e negocial, mas não para os existenciais. Deste modo, o Código Civil, alterado, lista as pessoas que estão sujeitas à curatela:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- II - (Revogado);
- III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- IV - (Revogado);
- V - os pródigos.

O novo regime de incapacidades, privilegiando o modelo *dignidade-liberdade*, possibilita, apenas eventualmente, a submissão da pessoa com deficiência ao regime de curatela. Não obstante, como prescreve o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela, nestes casos, afetará apenas os direitos de natureza negocial e patrimonial, não alcançando aqueles de natureza existencial. Tal mudança vem ao encontro das críticas, tecidas pela doutrina, ao antigo regime de incapacidades: “Na verdade, o sistema de incapacidade anterior não protegia a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, que sempre mereceu críticas.” (TARTUCE, 2017, p. 72).

A curatela dos pródigos foi mantida, mas se impõe destacar que limitados são os atos alcançados pela interdição parcial, como enuncia o art. 1.782, do Código

Civil, o privando de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Não são alcançados, entretanto, atos de natureza existencial, como, por exemplo, casar-se ou reconhecer filhos.

A excepcionalidade da aplicação da curatela, sob a égide do novo regime de incapacidades, foi objeto de julgados e decisões recentes, como (e.g.) os que ora se transcreve:

Agravo de instrumento. Curatela. Pedido de nomeação de curador provisório. Inexistência de prova inequívoca acerca da relevância e urgência da submissão do demandado à curatela provisória. Indeferimento do pleito. De acordo com o art. 87 da Lei n.º 13.146/2015 – o estatuto da pessoa com deficiência – e os arts. 749 e 750 do CPC/15, somente em casos de relevância e urgência, e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, é cabível a nomeação de curador provisório, competindo à parte autora especificar os fatos que demonstram a necessidade de sujeição da parte requerida à curatela, bem como juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou mesmo informar a impossibilidade de fazê-lo. Não havendo prova inequívoca que respalde a pretensão de nomeação de curador provisório, porquanto o único documento que instrui a petição inicial apenas indica as enfermidades que acometem o requerido e refere a necessidade de tratamento com psicofármacos, é de rigor o indeferimento do pleito. Negaram provimento. Unânime (TJRS, Agravo de Instrumento 010074097.2016.8.21.7000, Canoas, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11.08.2016, DJERS 17.08.2016).

E mais:

Civil e processo civil. Interdição. Curatela. Medida excepcional. Aplicação restrita. Atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Novas diretrizes principiológicas. 1. A proteção à dignidade da pessoa humana se materializa na concessão de tratamento isonômico a todos os indivíduos, excepcionando-se esse padrão somente quando não restar outra alternativa para garantir a igualdade e a dignidade humana, de modo que somente se admite o rompimento da igualdade jurídico-formal quando se objetivar a garantia da igualdade material. 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146/15, em seus artigos 84 e seguintes, disciplina a curatela e seu exercício, estabelecendo sua adoção como medida protetiva extraordinária e que afeta, tão somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. 3. Estando, pois, a r. Sentença de acordo com as novas diretrizes principiológicas adotadas pelo Código Civil e Estatuto da Pessoa com Deficiência, negou-se provimento ao recurso (TJDF, Apelação 2015.06.1.0108828, Acórdão 964.739, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Flavio Renato Jaquet Rostirola, j. 31.08.2016, DJDFTE 14.09.2016).

Resta patente, portanto, de decisões com tal jaez, que o Judiciário, na sua prestação, tem buscado adequar-se às disposições do novo regime de incapacidades do direito civil, nas questões que dizem respeito à limitação da autonomia.

#### 5.4 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Ao estabelecer a excepcionalidade da aplicação de institutos limitares da autonomia, como *só* ocorrer com a curatela, o novo regime, instituído, sobretudo, por força das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduziu, no direito brasileiro, um novo instituto, apto a incidir em questões desta natureza. De modo exemplificativo, observe-se o julgado trazido à baila:

Curatela. Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC. Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade. Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil. Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela. Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima. Hipótese em que outros meios jurídicos, como o **mandato ou tomada de decisão apoiada**, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios. Sentença mantida. Recurso improvido (TJSP, Apelação 000629033.2013.8.26.0242, Acórdão 9478873, Igarapava, 6.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 02.06.2016, DJESP 02.08.2016). (grifo nosso).

A decisão destaca, portanto, que, neste caso, a curatela se mostra desnecessária e inadequada, havendo que se falar, outrossim, na utilização da tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada encontra, como aponta a doutrina, correspondência no direito italiano, que conhece a figura da administração de sustento:

A categoria é próxima da administração de sustento do Direito Italiano (*amministrazione di sostegno*), introduzida naquele sistema por força da Lei 6, de 9 de janeiro de 2004. Nos termos do seu art. 1.º, a finalidade da norma é a de tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, a pessoa privada no todo ou em parte da autonomia na realização das funções da vida cotidiana, mediante intervenções de sustento temporário ou

permanente. Foram incluídas, nesse contexto, modificações no Codice Italiano, passando a prever o seu art. 404 que a pessoa que, por efeito de uma enfermidade ou de um prejuízo físico ou psíquico, encontrar-se na impossibilidade, mesmo parcial ou temporária, de prover os próprios interesses pode ser assistida por um administrador de sustento, nomeado pelo juiz do lugar de sua residência ou domicílio. Como exemplifica a doutrina italiana, citando julgados daquele país, a categoria pode ser utilizada em benefício do doente terminal, do cego e do portador do mal de Alzheimer. (TARTUCE, 2017, p. 74).

No direito brasileiro, a tomada de decisão apoiada consta do art. 1.783-A, do Código Civil, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Conforme preconiza tal dispositivo, na tomada de decisão apoiada a pessoa com deficiência elege, pelo menos, duas pessoas idôneas para apoiar-lhe na tomada de decisão sobre atos mais complexos da vida civil, de modo a permitir que este possa exercer sua capacidade.

De acordo com parágrafo primeiro, do artigo supracitado, para formular o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo constando os limites do apoio e os compromissos firmados por apoiadores, inclusive com prazo de vigência e os direitos e interesses apoiados.

Ademais, o parágrafo segundo prevê que o pedido deve ser formulado pela própria pessoa a ser apoiada, indicando, expressamente, as pessoas aptas a prestar o apoio.

A decisão tomada mediante apoio será válida e terá efeitos perante terceiros, desde que adstrita aos limites do apoio acordado, conforme dispõe o parágrafo quarto, do art. 1.783-A, não se cogitando mais qualquer espécie de nulidade ou ineficácia do ato.

O terceiro interessado na prática do ato pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando sua função em relação ao apoiado, a teor do art. 1.783-A, § 5º.

O Código Civil traz, também, várias disposições procedimentais sobre a tomada de decisão apoiada, nos parágrafos terceiro e do quinto ao décimo, do artigo em comento, possibilitando, inclusive, destituir o apoiador, em caso de negligência, pressão indevida ou inadimplemento das obrigações assumidas. Ademais, o parágrafo onze estipula, na tomada de decisão apoiada, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Em suma, verifica-se que a tomada de decisão apoiada, em detrimento da curatela, visa a promover o exercício da autonomia do indivíduo, vez que os apoiadores não teriam o condão de decidir em lugar do apoiado, mas oferecer-lhe informações e subsídios, apoiando, portanto, a sua decisão. Neste sentido, tem-se, em relação ao instituto que:

Privilegia-se, assim, o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida. Justamente o oposto do que podia antes acontecer, em algumas situações de curatela fixadas à revelia e contra os interesses do portador de transtornos mentais. (REQUIÃO, 2016, p. 182).

Embora o texto legal não trate da questão, Requião (2016, p. 186) entende que em caso de destituição de apoiador, ou sua renúncia sem substituição, restando, portanto, apenas um apoiador, se extinguiria a tomada de decisão apoiada, posto que haveria inadequação superveniente ao dispositivo legal que prevê a nomeação de pelo menos dois apoiadores.

O advento da tomada de decisão apoiada traz vários desafios, inclusive de conflito normativo, que deverão ser mitigados nos próximos anos para que se dê efetividade plena ao novo regime de capacidades.

## 5.5 CRÍTICAS AO NOVO REGIME

O advento do novo regime de capacidades no direito brasileiro, e os desafios que dele emanam, tem despertado calorosos debates sobre os possíveis erros e acertos do seu implemento. Ou seja, embora a intensa mutação legislativa provocada, sobretudo, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha sido amplamente saudada, esta, entretanto, não passou incólume às críticas.

Tratando da divisão promovida na doutrina jurídica, Tartuce cuida de posicionar a questão:

Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel – condena as modificações,

pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade).  
A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão. (TARTUCE, 2017, p. 923).

Ora, a primeira corrente aponta a ocorrência de um “atropelo legislativo”, deixando lacunas e questões sem resposta, e que muitas das mudanças, longe de promover a autonomia, seriam capazes de gerar prejuízos aos indivíduos por elas alcançados.

A segunda corrente, mais otimista, na qual o próprio Tartuce se inclui, embora vislumbrando alguns problemas de ordem prática, reconhece como majoritariamente positivas as contribuições do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime de incapacidades.

#### 5.5.1 Revogação de disposições sobre a curadoria

Alguns dos chamados “atropelos” dizem respeito a trechos do Código Civil, incluídos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que vieram, entretanto, a ser revogados pelo Novo Código de Processo Civil. Tem-se, neste sentido, o art. 1.768, do Código Civil, que inclui a curadoria no lugar da interdição relativa, mas que restou superado pelo novo CPC, que dispõe acerca da interdição nos arts. 747 a 758.

Também assim com o art. 1.772, CC, revogado pelo art. 1.072, II, do CPC, que determinava que, no pronunciamento da interdição, se estabelecessem os limites da curatela do maior incapaz e, dentre outras coisas, estabelecia, no seu parágrafo único, que a indicação da curadoria deveria levar em conta a vontade e as preferências do interditando.

Embora defensor do novo regime, Tartuce reconhece essas falhas e aponta uma possível solução:

Na opinião deste autor, parece ter havido mais um sério cochilo do legislador, que acabou por atropelar uma lei por outra, sem as devidas ressalvas. Esperamos que essas imprecisões sejam corrigidas no futuro, por meio do citado Projeto 757, em curso no Senado Federal. (TARTUCE, 2017, p. 77).

Tal projeto pretende retomar a eficácia dos dispositivos do Código Civil, que teriam vigorado apenas entre o início de 2016 e 18 de março do referido ano, data em que foram revogados por força da vigência do Novo Código de Processo Civil.

É bem verdade que esta crítica não se dirige diretamente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no Código Civil, mas, ao contrário, de reflexos posteriores, frutos do advento do Novo Código de Processo Civil, que, decerto, fora pensado tendo em conta a antiga redação do Código material. Neste ponto, a falha seria, portanto, do legislador, um “cochilo”, como bem aponta Flávio Tartuce.

#### 5.5.2 Redução da proteção aos vulneráveis

A crítica anterior não é, entretanto, a única que se faz ao novo regime. Felipe Quintella acredita que, ao impedir, em absoluto, que reconheça a incapacidade das pessoas com deficiência, o novo regime terminou reduzindo a proteção que lhes era conferida:

O que o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez, além de não distinguir a deficiência física — que nunca foi relevante para a teoria das capacidades — da deficiência mental, foi impedir que as pessoas com deficiência (mental) pudessem ser consideradas incapazes, e, por conseguinte, que tivessem acesso às medidas de proteção que o Direito Civil lhes concedia. Mas alguém poderá argumentar: o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência permite que, extraordinariamente, a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, e que adote o processo de tomada de decisão apoiada, cuja disciplina foi incluída no Código Civil (art. 1.783-A). Não obstante, veja-se a gravidade do problema: ainda que se nomeie para a pessoa com deficiência um curador, ou que ela opte pela tomada de decisão apoiada, ela continua sendo plenamente capaz, como determina o art. 6º do Estatuto. Logo, ela não tem acesso às consequências protetivas que a lei atribui aos incapazes. (CARVALHO, 2016).

Ou seja, seria possível aduzir que o afastamento da incapacidade, nestes casos, ao invés de promover a dignidade teria o efeito contrário, ao impedir o acesso do sujeito às medidas protetivas, típicas do regime de incapacidades.

Outro dos mais críticos ao novo regime de incapacidades é Vitor Kumpel, outrora citado por Tartuce, que, juntamente com Borgarelli, tece críticas ácidas às

inovações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, aduzindo que o mesmo retirou a proteção legal que recaía sobre indivíduos vulneráveis. Os referidos autores iniciam por explicar o regime de incapacidades e os institutos da representação e assistência, para apontar que:

Estando a vontade juridicamente apreciável na base dessa sistemática protetiva, é claro que o pareamento de condições para a atuação social precisa ser estimulada por esses institutos. A vulnerabilidade do indivíduo não pode nunca ser desconsiderada pelo ordenamento. Isso é óbvio. Porém, infelizmente, a lei 13.146/2015, ao mutilar os artigos 3º e 4º do Código. Desguarnece justamente aquele que não tem nenhum poder de autodeterminação. Trata-se de “autofagia legislativa”. (KUMPEL, BORGARELLI, 2015).

O autor aduz, inclusive, que estaria trabalhando em um projeto de lei para reverter algumas das inovações trazidas ao Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

### 5.5.3 Deslocamento da incapacidade fundada na impossibilidade de exprimir a própria vontade

De outro giro, o mesmo autor critica o deslocamento da hipótese de incapacidade fundada na impossibilidade de manifestação da vontade do rol da incapacidade absoluta para o da incapacidade relativa. Para ele, se manifestação da vontade é um requisito extrínseco essencial ao ato jurídico, a impossibilidade de exprimir a vontade deve, necessariamente, compor o rol da incapacidade absoluta:

O ato jurídico, para existir, não depende de sujeito, objeto e manifestação de vontade? Em outras palavras, a manifestação de vontade não consiste em um elemento intrínseco essencial do ato jurídico, sem o qual o ato sequer existe?

E não estamos tratando da hipótese, justamente, da pessoa que não pode exprimir sua vontade?

Ora, como, então, considerá-la relativamente incapaz?

Se ela não pode exprimir sua vontade, seu “assistente” terá, sempre, de praticar o ato por ela, e não com ela. Representando-a, portanto, e não lhe assistindo.

Há, aí, um grave problema, pois, em tese, o ato do assistente praticado sem a necessária manifestação de vontade do assistido deve ser considerado inválido; a própria ideia de assistente deixa claro que ele assiste, ou seja, ajuda, auxilia. Quem representa é o representante...

Mas, em se tratando de pessoa que não pode exprimir a sua vontade, o assistente terá, necessariamente, de agir como representante, sob pena de

não haver quem possa validamente atuar no interesse do incapaz. (CARVALHO, 2016).

A crítica aqui teria por pano de fundo uma possível atecnia na questão da incapacidade relativa da pessoa impossibilitada de exprimir sua vontade, vez que, havendo tal impedimento, não haveria de se falar em assistência, condição em que a manifestação de vontade do assistido é requisito de validade.

Mesmo Pablo Stolze, um dos defensores das inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, aponta aqui a ocorrência de uma atecnia, aduzindo que:

Sinceramente, não nos convence tratar essas pessoas, sujeitas a uma causa temporária ou permanente impeditiva da manifestação da vontade (como aquele que esteja em estado de coma) no rol dos relativamente incapazes.

Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa.

A impressão que temos é a de que o legislador não soube onde situar a norma.

Melhor seria, caso não optasse por inseri-la no artigo anterior, consagrar-lhe dispositivo legal autônomo.

Não tendo assim procedido, mas, sim, convertendo a hipótese em situação de incapacidade relativa, tem-se que o dispositivo deve ser apreendido dessa forma, ainda que não coincidente com a nossa visão sobre o tema. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 56).

A crítica neste ponto parece ser, portanto, uma das mais consistentes e de difícil superação.

#### 5.5.4 Prescrição e decadência

Outra crítica do novo regime diz respeito ao fato de que, estando afastadas todas as hipóteses que outrora compunham o rol de incapacidades absolutas, à exceção da incapacidade absoluta em razão da idade, retirou-se desses sujeitos a proteção contra o decurso de prazos prescricionais:

[...] os prazos prescricionais e decadenciais correm contra a pessoa que não pode manifestar sua vontade!

Quer dizer, a pessoa acorda do coma e descobre que transcorreram os prazos, contra ela, enquanto ela não podia manifestar sua vontade, e agora já não há o que se possa fazer — salvo, quando for o caso, exigir do assistente indenização pelos prejuízos causados pelo decurso do prazo (arts. 195 e 208).

Mas, impende lembrar: não é todo ato que o assistente (ou mesmo o representante) pode praticar pelo incapaz. (CARVALHO, 2016).

Esta é, de fato, outra questão sensível do deslocamento da modalidade de incapacidade da pessoa impossibilitada de exprimir sua vontade, de absoluta para relativa: o natural decurso dos prazos prescricionais e decadenciais, com a possibilidade de se produzir prejuízos irreparáveis.

Embora seja possível se falar, nesse caso, em regresso contra o assistente que tenha atuado com negligência, impende salientar que nem todo ato pode ser praticado pelo assistente em lugar do incapaz, e o próprio Felipe Quintella exemplifica:

Por exemplo, a Lei de Registros Públicos (LRP) — Lei nº 6.015/73 — atribui à pessoa, ao atingir a maioridade, o direito de alterar seu nome, sem necessidade de se ouvir o Ministério Público, e de decisão judicial (art. 57 da LRP). Tal direito, todavia, extingue-se no prazo de um ano (art. 57 da LRP). Se a pessoa completar dezoito anos estando impossibilitada de manifestar sua vontade — por exemplo, porque está em coma — e só vier a poder manifestá-la depois de já ter completado dezenove, não poderá mais mudar de nome sem processo, porque o direito que o art. 57 da LRP lhe conferiu já terá sido extinto pelo decurso do prazo decadencial. E, por óbvio, não se há que pensar que o assistente, ainda que atuando como representante, pudesse ter exercido esse direito em nome da pessoa... (CARVALHO, 2016).

Uma possível solução ao problema do decurso dos prazos prescricionais e decadenciais, face a pessoa impossibilitada de exprimir sua vontade, é aquela sugerida pelo juiz federal Bruno Henrique Silva Santos (2016). Sua posição é no sentido de que a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência deve se dar em conformidade com a Convenção de Nova York, que, além de inspirar o Estatuto, se sobrepõe como norma constitucional (incorporada que fora, com quórum qualificado, ao ordenamento jurídico brasileiro).

Ora, a Convenção possui uma cláusula de reserva, em seu art. 4.4, no sentido de que os dispositivos da Convenção não afetarão disposições da legislação do Estado Parte que, porventura, sejam mais benéficas à pessoa com deficiência. Isto posto, entende Santos que, nesta condição, seria o caso de entender-se como não revogadas as disposições que prevêm o impedimento do decurso dos prazos

prescricionais e decadenciais em face da pessoa impossibilitada de exprimir a sua vontade.

Embora seja uma solução embasa em hermenêutica constitucional, não há que se desconsiderar a possível insegurança jurídica emanada da possibilidade, constante, de eventual prescrição ou decadência ser desconsiderada mediante decisão judicial fundada em entendimento *contra legem*.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que, ao inaugurar um novo regime de incapacidades no direito civil brasileiro, o legislador pretendia, em última análise, combater o preconceito e o estigma social que recaíam sobre a pessoa com deficiência que, porventura, fosse submetida à interdição.

É bem verdade, entretanto, que as normas jurídicas, de *per si*, são incapazes de alterar a realidade fática. Como dito alhures, uma pessoa que, por exemplo, tenha o seu discernimento reduzido em razão de deficiência mental de natureza grave, não se tornará automaticamente apto a celebrar negócios jurídicos de forma válida, apenas porque a lei deixou de classificá-lo como incapaz.

De outro lado, não há de se imaginar que exista no ordenamento jurídico dispositivo normativo desprovido de função. É que, não há de se olvidar, a lei possui também um caráter pedagógico, capaz de estimular a coletividade a adotar condutas compatíveis com suas disposições.

Não há equação perfeita para a questão, mas, acredita-se, a relação entre normas jurídicas e substrato fático é de verdadeira simbiose, sendo o direito transformado pela realidade fática e esta, por seu turno, influenciada pelo direito.

Não há de se olvidar, entretanto, a antiga lição que diz que “o direito ocupa o último vagão no trem das mudanças sociais”. Ora, não seria possível pensar em um Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos moldes daquele em vigor no Brasil, sem que este tivesse sido precedido por uma série de lutas sociais em vista da efetivação de direitos fundamentais de pessoas outrora alijadas de reconhecimento no tecido social.

Exemplos dessa luta histórica por direitos podem ser citados, como a luta antimanicomial, para inclusão social das pessoas reconhecidas com algum transtorno de ordem psiquiátrica, a progressiva inclusão das pessoas com Síndrome de Down nas instituições de ensino e no mercado de trabalho, as diversas leis que buscam garantir o acesso das pessoas com problemas de acessibilidade aos espaços públicos, dentre diversas outras causas e bandeiras levantadas em prol da inclusão.

Ora, o Estatuto, independentemente dos seus erros e acertos, deve ser reconhecido como um marco histórico na busca por pautar a proteção normativa das

peças com deficiência, sendo as alterações por ele impostas no regramento das incapacidades, no Código Civil brasileiro, apenas um dos seus muitos reflexos no sistema jurídico nacional.

No bojo do presente trabalho, buscou-se traçar um caminho racional que passasse pela análise da autonomia privada e das incapacidades, até alcançar a égide do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo regime de incapacidades por ele disposto. Percorrido esse caminho, algumas análises finais e conclusões se impõem.

De início, há de se reconhecer que a autonomia ocupa um novo papel no espectro jurídico. Se, no contexto das revoluções liberal burguesas, a vontade passou a ocupar o ponto central da ordem civilista, não há de se olvidar que, hoje, há uma grande evolução nessa perspectiva. Naquele tempo, a lógica individualista e liberal surgia como opção ideológica à lógica outrora imposta pelo Antigo Regime.

Assim, se naquele tempo, a vontade declarada absoluta e soberana e o sistema jurídico cuidou de garantir que as acordos constituídos sobre a vontade fizessem lei absoluta entre as partes, hoje há de se reconhecer os efeitos da constitucionalização do direito civil, de modo que, embora a vontade ainda possua suma importância na prática dos atos da vida civil, estes devem ser submetidos a toda uma gama de valores da sociabilidade, estando limitados, ainda, ao gravame social da boa-fé objetiva.

Assim, embora com certa dificuldade na delimitação conceitual, a doutrina vem substituindo o conceito de autonomia da vontade pelo de autonomia privada, por considerar este mais apto à explicação do papel da vontade na formação dos negócios jurídicos.

A autonomia, entretanto, não é absoluta, sofrendo limitações de ordem objetiva, relacional e subjetiva, conforme dito alhures, devendo sempre ser compreendida sob a perspectiva de efetivação da dignidade humana. Ultrapassados esses limites, implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico, há de se falar na nulidade dos atos praticados.

Num segundo plano, o olhar se dirige para o sistema de incapacidades. O Código Civil brasileiro prevê que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Esta capacidade, chamada de direito, assiste, portanto, a toda pessoa.

Nem todas, no entanto, possuem a capacidade de fato ou de exercício, aquela necessária para, por si mesmo, praticar de forma válida os atos da vida civil.

Verifica-se, portanto, de um lado, uma relação da capacidade com personalidade, que, no direito brasileiro, adquire-se a partir do nascimento com vida, embora se ponha a salvo os direitos do nascituro. De outro lado, a capacidade alia-se à ideia de discernimento, necessária à prática dos atos civis.

O sistema jurídico reconhece que existem pessoas que, por motivo transitório ou permanente, não possuem o discernimento necessário ao exercício pleno da capacidade civil. Essa ausência de discernimento pode decorrer de uma presunção de que certas pessoas, em razão da idade, ainda não acumularam a experiência e a maturidade necessárias para o exercício da capacidade. Pode, no entanto, decorrer da constatação de que certas pessoas, em razão de enfermidade, deficiência, transtornos comportamentais ou abuso de álcool e entorpecentes podem não dispor do discernimento necessário à prática dos atos da vida civil.

O rol de pessoas que podem ser declaradas incapazes não é estanque, amoldando-se as circunstâncias sociais em que a norma jurídica é produzida. Assim, se em 1916 o Código Civil falava da incapacidade da mulher casada, não há de se admitir, na contemporaneidade, que o sistema jurídico fizesse previsão de natureza similar. Outro exemplo do impacto das mudanças sociais no regime de incapacidades é a exclusão da expressão “loucos de todo gênero”, que constava

Ademais, sempre se admitiu que certas causas de incapacidade fossem mais gravosas que outras, de modo que há previsão de incapacidades absolutas, supridas mediante representação, e incapacidades relativas, supridas por assistência.

Em verdade, o objetivo do sistema de incapacidades é conferir uma proteção às pessoas declaradas incapazes, vez que se as considera vulneráveis, de modo que os negócios jurídicos por elas praticados podem ser declarados nulos se não forem precedidos das medidas de suprimento da incapacidade.

Não obstante, a doutrina sempre empreendeu críticas ao fato de que a incapacidade, que deveria restringir-se ao âmbito dos direitos de natureza patrimonial e negocial, ainda assim apenas naquilo que se fizesse indispensável à proteção do incapaz, não havendo que se pronunciar nulidade sem que houvesse

prejuízo, terminava por atingir a esfera existencial do indivíduo, reforçando o estigma social sobre aquele que era sujeito ao gravame da interdição, da tutela ou da curatela.

Algumas lições, inclusive, do direito comparado, já apontavam para a possibilidade de se limitar os efeitos da incapacidade, não afetando o governo da pessoa sobre si e a sua esfera existencial.

Em bora hora, portanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência veio introduzir diversas modificações no direito civil brasileiro, tendo em vista a efetivação da dignidade da pessoa com deficiência. O Estatuto é, na verdade, fruto do influxo normativo inaugurado pela incorporação da Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro. Tratando-se de norma internacional em matéria de direitos humanos, recepcionada com quórum qualificado, a Convenção de Nova York possui *status* de emenda constitucional, revogando as disposições infraconstitucionais contrárias e reclamando a edição de uma norma que confira plena efetividade aos seus princípios e disposições.

O Estatuto veio, portanto, afirmar que a deficiência, de qualquer natureza, não é, por si, causa de incapacidade, de modo que revogou e alterou vários dispositivos do Código Civil, promovendo uma verdadeira revolução no sistema de incapacidades. Hoje, a única hipótese remanescente de incapacidade absoluta é aquela atinente à pessoa com menos de dezesseis anos de idade, ou seja, o único critério é etário.

De outro giro, as hipóteses de incapacidade relativa foram também modificadas, passando a englobar agora o maior de dezesseis e menor de dezoito anos (critério etário), os pródigos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos (critério comportamental) e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Nesta última hipótese, apenas em casos pontuais, as pessoas com deficiência podem hoje ser incluídas. É o caso, por exemplo, da pessoa surdo-muda que não possa se comunicar ou da pessoa com deficiência mental de natureza grave, que recaia na mesma condição.

Tratando-se de *novel* regime, seus impactos ainda estão sendo percebidos na ordem prática, de modo que os primeiros julgados apontam a aplicação desta nova disciplina, mas ainda não permitem colher um raciocínio mais consolidado

sobre o desenvolvimento da jurisprudência nesta matéria. Não assim com a doutrina jurídica, que anda em turbulência desde a edição do Estatuto, mesmo antes que entrasse em vigor.

A doutrina se divide, portanto, em críticas e elogios ao novo regime, apontando acertos e erros, estes, inclusive, com a possibilidade de danos irreparáveis, como defende parte dos doutrinadores, àqueles a quem o sistema de incapacidades busca, justamente, proteger.

Parte das críticas, certamente, será superada por uma gradual evolução da questão, por uma mudança, portanto, do enfoque da tutela da dignidade-vulnerabilidade para a da dignidade-liberdade. Não é uma mudança simples, pois, longe de ser meramente conceitual ela é paradigmática.

Outra parte das críticas, entretanto, possui razão de ser, devendo ser seriamente discutidas e, se for o caso, motivar a adoção de medidas legislativas para corrigir eventuais desvios. *Mister* recapitular seus principais pontos, agora em uma abordagem prospectiva.

Um primeiro ponto tratado é a ocorrência de um possível “atropelo legislativo” em algumas questões pontuais do sistema de incapacidades, mormente no que atine à curadoria, em razão de que algumas disposições introduzidas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência restaram, logo em seguida, revogadas pelo advento do Novo Código de Processo Civil. A questão aqui é pertinente e, se os dispositivos do Código material, revogados, forem mais eficazes na promoção da dignidade, em detrimento daqueles do Código instrumental, deve-se realmente acenar com a saída legislativa de repristinação das normas revogadas do Código Civil.

No que diz com a suposta redução da proteção aos deficientes, diante da impossibilidade de considerá-los incapazes, sobretudo nos casos de deficiência mental, esta não é, em verdade, uma crítica subsistente. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao declarar que a pessoa com deficiência é capaz, nada mais está a fazer se não atribuir a estas pessoas a mesma regra que incide sobre as demais: a capacidade como regra, a incapacidade como exceção. Se a pessoa com deficiência tiver, justamente, na sua deficiência uma causa de impedimento na expressão da sua vontade, esta se amoldará à hipótese de incapacidade relativa prevista no art.

4º, III, do Código Civil. Inclusive, cita-se, no corpo do trabalho, julgado em que a parte, pessoa com deficiência mental incurável, fora enquadrada nesta hipótese. Se esta espécie de incapacidade é, ou não, a mais apropriada ao caso, aí já trata-se de outra discussão a ser empreendida.

Aqui, exsurge, exatamente a discussão acerca da propriedade técnica de se definir a pessoa impossibilitada de exprimir a sua vontade como relativa ou absolutamente incapaz. É que o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez migrar este dispositivo do art. 3º para o art. 4º, transformando a antiga hipótese de incapacidade absoluta para incapacidade relativa. Esse ponto é fruto de grande parte das críticas doutrinárias. Há de se concordar com a lição de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho (2017), de que o legislador parece ter ficado sem saber o que fazer com tal dispositivo. Melhor seria tivesse sido mantido dentre as causas de incapacidade absoluta ou tivesse criado um dispositivo autônomo para abarcá-lo.

O último problema enunciado, o do decurso dos prazos prescricionais e decadenciais, é outro dos que efetivamente desafiam o direito posto. Decerto, entretanto, o retorno da causa de incapacidade prevista no art.4º, III, do Código Civil, para o art. 3º, ou mesmo a sua migração para um dispositivo autônomo, dotado dessa proteção, resolveria a questão. Tal medida, entretanto, depende de iniciativa legislativa.

Por fim, o aparente problema, tido por alguns doutrinadores, do reconhecimento geral da capacidade das pessoas com deficiência, que poderia implicar em prejuízo àquelas com grave deficiência mental e intelectual, capaz de lhes tirar o discernimento necessário à celebração de negócios jurídicos, solucionase pela aplicação da “Escada Pontiana” à verificação dos negócios jurídicos porventura celebrados.

Ora, se o negócio jurídico celebrado exige, em seu suporte fático, a presença do elemento “vontade”, a sua celebração, sem a presença de tal elemento, implica na sua inexistência de pleno direito, vez que o suporte fático é insuficiente. Outrossim, se houve vontade, mas ela não foi proferida de forma livre e consciente, o negócio é anulável, posto que o suporte fático é deficiente.

De mais a mais, a interpretação dos negócios deve ser pautada na boa-fé objetiva, o que deve afastar a interpretação tendente a prejudicar a pessoa com

deficiência que tenha celebrado negócio com outrem que tenha se aproveitado da sua condição.

À guisa de conclusão, impende retomar o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho para dizer que “mais do que leis, precisamos mudar mentes e corações”. De fato, apenas uma intensa mudança de percepção do indivíduo, em toda a dignidade que lhe é ínsita, permitirá à sociedade aceitar e reconhecer o outro como sujeito de direitos, independente das diferenças que este carregue.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Repensando o direito civil brasileiro: o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Teoria das Capacidades**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/08/02/repensando-o-direito-civil-brasileiro-1-o-estatut>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

DEFICIÊNCIA Novos Comentários à Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília: SDH-PR, 2014.

ESTATUTO da Pessoa com Deficiência. Brasília: SDH-PR, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça: 1952. v.1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Forense, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da Lei 13.146/2015**. Disponível em: <[www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.41, n. 163, jul-set. 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. São Paulo: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista brasileira de Direito Civil**, v.1, jul-set. 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZATTI, Vicente. **Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Porto Alegre: PUCRS, 2007.