

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO - FADISP
DOUTORADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Marina Araújo Campos Cardoso

**A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO COMO CLÁUSULA GERAL PARA O
RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA E RELATIVA**

São Paulo

2022

MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO

**A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO COMO CLÁUSULA GERAL PARA O
RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA E RELATIVA**

Tese apresentada como exigência parcial para obtenção de título de
Doutora em Direito à Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, na
área da Função Social do Direito.

Orientador: Everaldo Augusto Cambler

São Paulo

2022

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

C268a Cardoso, Marina Araújo Campos

A ausência de discernimento como cláusula geral para o reconhecimento da incapacidade civil absoluta e relativa / Marina Araújo Campos Cardoso – 2022.
241 fls; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP) –
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu –São Paulo, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler

Inclui bibliografia

1.Capacidade. 2. Personalidade. 3. Curatela. 4. Interdição. 5. Tomada de
decisão apoiada. I. Cardoso, Marina Araújo Campos. II. Faculdade Autônoma de
Direito. III. Título

CDU 34

Marina Araújo Campos Cardoso

**A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO COMO CLÁUSULA GERAL PARA O
RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA E RELATIVA**

**Tese apresentada à Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, na área da Função
Social do Direito, como obtenção do grau de Doutora em Direito.**

Orientador: Everaldo Augusto Cambler

São Paulo, 20 de junho de 2022.

Banca examinadora:

Everaldo Augusto Cambler – FADISP (Orientador)

Nome – FADISP

Nome – FADISP

Nome – FADISP

Nome – FADISP

Ao meu marido Ronan, meu parceiro de vida, de estudos e de sonhos.

AGRADECIMENTOS

Concluir um propósito é muito satisfatório e nesse momento é possível olhar para a caminhada e reconhecer a presença de tantas pessoas que, a seu modo, contribuíram para que tudo fosse possível.

Gostaria de agradecer aos meus pais, que mesmo distantes souberam se fazer presentes e me oferecer apoio incondicional ao longo dessa trajetória.

Ao Ronan, por compartilhar comigo todos os passos dessa trajetória, dos mais simples aos mais desafiadores.

À equipe do 1º Tabelião de Notas e Protestos de Sumaré, pelo compromisso com a atividade extrajudicial e o serviço prestado aos cidadãos.

Ao meu orientador, Dr. Everaldo Augusto Cambler, pelas intervenções precisas no desenvolvimento deste trabalho, pela disponibilidade em me auxiliar nessa construção e também pela confiança e atenção ao longo da orientação.

Muito obrigada a todos.

“Humildade significa reconhecer que somos apenas uma pequena parte de uma multiplicidade, e que a plenitude só se alcança quando todas as diferenças puderem ser colocadas no mesmo pé de igualdade e serem igualmente reconhecidas”.

Bert Hellinger

RESUMO

A teoria das incapacidades, apesar de sua finalidade protetiva, é vista como fonte de discriminação e exclusão social, uma vez que foi criada e utilizada historicamente como forma de proteger o patrimônio familiar, revelando o modelo patrimonialista que vigorou até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Não bastasse, sempre fora aplicado um modelo geral e abstrato de curatela, caracterizado por suprimir a possibilidade da prática qualquer ato pelo incapaz, sem se analisar as individualidades, necessidades e possibilidades de cada ser. O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o Código Civil para tratar como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesesseis anos, considerando como relativamente incapazes: os menores entre dezesesseis e dezoito anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos, os pródigos e todos que não conseguirem manifestar vontade. Ocorre que existem pessoas maiores de dezesesseis anos que não são capazes de manifestar qualquer indício de vontade e necessitam da aplicação de um sistema protetivo, destinado aos absolutamente incapazes, trata-se de uma rede de dispositivos protetivos em toda legislação, em especial no Código Civil. Estas pessoas necessitam, também, de um curador com poderes mais amplos de representação, podendo excepcionalmente alcançar atos existenciais, caso não tenham se manifestado anteriormente a respeito de questões existenciais ou tratamentos médicos e não tenham condições de compreender e se posicionar em face destas questões. Tal possibilidade não implica na eliminação da atuação da pessoa, conferindo exclusivamente ao curador a possibilidade de atuação, pelo contrário, a princípio a atuação deve ser restrita aos atos negociais de natureza patrimonial e os limites da curatela devem ser individualizados, flexíveis e alcançar apenas o necessário para suprir a vulnerabilidade de cada indivíduo. A capacidade civil é a regra para os maiores de dezoito anos, de modo que, com exceção das hipóteses de incapacidade civil em virtude da idade, o reconhecimento judicial da incapacidade civil deve ter como único pressuposto a ausência ou a limitação do discernimento, previsto na lei através de cláusulas gerais de incapacidade civil absoluta e relativa. Não deve o legislador prever hipóteses específicas de incapacidade, tal como os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos, sob pena de gerar discriminação e exclusão social, tal como ocorria com as pessoas com deficiência. Somente é possível concluir pela incapacidade se a pessoa, por algum motivo, não apresentar aptidão para compreender os fatos ao seu redor e se posicionar diante deles, o que pode decorrer do desenvolvimento de doenças, acidentes, uso contínuo de álcool ou substâncias entorpecentes, assim como pode ter origem em deficiência mental ou intelectual ou em inúmeros outros fatores. O que não se admite é estabelecer a incapacidade civil *a priori*, tal como ocorria com a deficiência até a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Uma vez reconhecida a limitação cognitiva da pessoa, deve o juiz estabelecer se se trata de incapacidade absoluta, se a ausência de discernimento for total, ou relativa, se a pessoa for capaz interagir com o meio externo, ainda que com limitações. Uma vez verificada a ausência de discernimento da pessoa, deve ser reconhecida a incapacidade civil absoluta, atraindo a aplicação de diversas normas protetivas dos direitos desta pessoa, mas o estabelecimento da curatela deve ser sempre personalizado, com os limites estabelecidos caso a caso, de acordo com as necessidades e possibilidades de cada um e, a princípio, restrita à assistência nos atos patrimoniais. Somente em casos extremos em que a pessoa não apresenta discernimento é que o curador poderá praticar, de forma excepcional, atos existenciais para salvaguardar direitos da personalidade do interessado. O método utilizado na elaboração deste trabalho é a pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, teses, legislação em vigor e jurisprudência, sempre buscando apresentar uma análise crítica dos dados levantados com a pesquisa.

Palavras-chave: Capacidade. Personalidade. Curatela. Interdição. Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT

The theory of disabilities, despite its protective purpose, is seen as a source of discrimination and social exclusion, since it was historically created and used as a way to protect family assets, revealing the patrimonialist model that prevailed until the entry into force of the 1988 Brazilian Federal Constitution. In addition, a general and abstract model of curatorship had always been Applied, characterized by suppressing the possibility of performing any act by the incapable, without analyzing the individualities, needs and possibilities of each being. The Statute of Persons with Disabilities amended the Civil Code to treat as absolutely incapable only those under sixteen, considering as relatively incapable: minors between sixteen and eighteen, habitual drunks, drug addicts, prodigals and anyone who is unable to express their will. It so happens that there are people over the age of sixteen who aren't able to express any sign of will and need the application of a protective system for the absolutely incapable, built through a network of protective devices in all legislation, especially in the Civil Code. These people also need a curator with broader powers of representation, being able exceptionally to achieve existential acts, if they haven't manifested themselves previously about existential issues or medical treatments and isn't able to understand and take a stand in the face of these questions. This possibility does not imply the elimination of the person's performance, giving exclusively to the curator the possibility of acting, on the contrary, in principle the performance must be restricted to business acts of a patrimonial nature and the curatorship's limits must be individualized, flexible and reach only what is necessary to supply each individual's vulnerability. Civil capacity is the rule for people over eighteen years of age, so that, with the exception of cases of civil disability due to age, the judicial recognition of civil incapacity must have as its only presupposition the absence or limitation of discernment, provided for by law through general clauses of absolute and relative civil incapacity. The legislator shouldn't foresee specific cases of disability, such as the habitual drunks, drug addicts and prodigals, under penalty of generating discrimination and social exclusion, as happened with disabled people. It's only possible to conclude for incapacity if the person, for some reason, doesn't have the ability to understand the facts around him and to position himself in front of them, which may result from the development of diseases, accidentes, continuous use of alcohol or narcotic substances, as well as it may originate from a disability mental or intellectual or in countless other factors. What isn't admitted is to establish civil incapacity *a priori*, as occurred with disability until the entry into force of the Statute of Persons with Disabilities. Once the person's cognitive limitation is recognized, the judge must establish whether it's absolute incapacity, if the absence of discernment is total, or relative, if the person is able to interact with the external environment, even with limitations. Once the person's lack of discernment is verified, absolute civil incapacity must be recognized, attracting the application of various protective norms of this person's rights, but the establishment of the curatorship must always be personalized, with limits established on a case-by-case basis, according to the needs and possibilities of each one and, in principle, restricted to assistance in patrimonial acts. Only in extreme cases in which the person doesn't show discernment will the curator be able to perform, exceptionally, existential acts to safeguard the rights of the personality of the person concerned. The method used in the elaboration of this work is the bibliographical research in books, scientific articles, theses, legislation in force and jurisprudence, always seeking to present a critical analysis of the data collected with the research.

Keywords: Capacity. Personality. Curatorship. Interdiction. Supported Decision Making.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A CAPACIDADE CIVIL DO SUJEITO DE DIREITOS	13
2.1. O sujeito de direitos no ordenamento jurídico	13
2.2. Evolução da teoria das incapacidades no direito brasileiro	24
2.3. Reflexos da teoria das incapacidades nos negócios jurídicos	42
2.4. Reflexos da teoria das incapacidades em institutos do direito de família e sucessões ..	57
3. A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO COMO CRITÉRIO DETERMINANTE DA INCAPACIDADE	71
3.1. Impossibilidade de se determinar a incapacidade por hipóteses casuísticas e pré-estabelecidas	79
3.2. Tratamento jurídico dos atos praticados nos intervalos lúcidos	87
3.3. A incapacidade do pródigo como reflexo da visão patrimonialista do sistema anterior	92
3.4. Distinção entre capacidade civil e capacidade de consentir	100
4. A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA CURATELA COMO FORMA DE PROTEGER O INDIVÍDUO E GARANTIR SUA AUTONOMIA.....	115
4.1. Interdição	115
4.2. A individualização do alcance da curatela para os atos estritamente necessários	120
4.3. O adequado tratamento jurídico das questões patrimoniais e existenciais	133
4.4. A tomada de decisão apoiada.....	142
5. INCAPACIDADE CIVIL E INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO COMPARADO	148
6. O PROJETO DE LEI Nº 757/2015	162
7. CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS	180
APÊNDICE A – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL NOS MOLDES DEFENDIDOS.....	195
ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 757/2015	196
ANEXO B – EMENDA Nº 1 – CDH (SUBSTITUTIVO) – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 757 DE 2015.....	209
ANEXO C – EMENDA Nº 2 – CCJ (SUBSTITUTIVO) – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 757 DE 2015.....	221

1. INTRODUÇÃO

A teoria das incapacidades, o processo de interdição e a curatela são institutos que, apesar de atualmente terem como finalidade precípua a proteção do indivíduo, foram desenvolvidos historicamente como instrumentos de proteção e preservação do patrimônio familiar quando geridos por pessoas consideradas inaptas a praticar negócios e praticar pessoalmente os atos da vida Civil. A evolução histórica dos institutos demonstra que, para alcançar tal objetivo, foi fonte de exclusão social e discriminação ao considerar incapazes a mulher casada, o índio, o falido, o surdo-mudo, os loucos de todo gênero e a pessoa com deficiência, os quais tiveram, em um dado momento histórico, a capacidade de agir tolhida de forma pré-estabelecida, sem qualquer indagação quanto à sua consciência e discernimento para manifestar a sua vontade e decidir de acordo com os seus interesses.

O reconhecimento da pessoa humana como centro de proteção do ordenamento jurídico alterou as premissas e fundamentos do Direito Civil. Com o advento da Constituição da República de 1988, garantir a existência digna do ser humano passou a ser o objetivo principal do Estado, o que só é possível quando cada um é capaz de decidir, segundo a sua convicção pessoal, questões relativas ao próprio corpo, a sua imagem, a constituição de família, reprodutivas e a interesses patrimoniais, eis tudo interfere diretamente em sua vida.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou significativamente a teoria das incapacidades, dentre as mudanças que merecem destaque está a dissociação entre deficiência e incapacidade. Com efeito, a incapacidade de agir, que consiste na impossibilidade de praticar pessoalmente os atos da vida civil por ausência de discernimento, pode decorrer de várias situações da vida humana, como por exemplo um acidente de trânsito, a evolução de uma doença como o Alzheimer, ou a deficiência mental ou psíquica.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência restringiu, também, a previsão de incapacidade absoluta para os menores de dezesesseis anos, de modo que todas as demais hipóteses de ausência de discernimento passaram a receber o regramento da incapacidade relativa. Existem, todavia, pessoas com mais de dezesesseis ou de dezoito anos não possuem qualquer discernimento e que necessitam receber maior proteção do ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito à necessidade de proteção dos direitos patrimoniais.

O tema a ser abordado no presente estudo, portanto, consiste na necessária revisão da teoria das incapacidades nos moldes em que está positivada, já que não prevê hipótese de reconhecimento da incapacidade civil absoluta para pessoas com mais de dezesesseis anos, ainda que não apresentem qualquer indício de discernimento, e prevê hipóteses de incapacidade civil

relativa para pessoas que podem ou não apresentar limitação cognitiva que justifique a limitação da liberdade de agir, considerando que a capacidade civil é a regra para os maiores de dezoito anos.

Embora a teoria das incapacidades seja tema bastante estudado pela doutrina civilista, que reconhece a evolução da sociedade e do direito ao deixar de considerar incapazes as mulheres casadas, os índios, o falido, as pessoas com deficiência e os surdos-mudos, não é questionada a discriminação gerada pela previsão de incapacidade relativa dos ébrios habituais, dos pródigos e dos viciados em tóxicos, sendo que, de acordo com literalidade do artigo 4º do Código Civil sequer é exigido o comprometimento do discernimento para o reconhecimento de tais hipóteses de incapacidade.

Embora haja um consenso no sentido de que o critério apto a afastar a presunção de capacidade dos maiores de dezoito anos é o comprometimento do discernimento intelectual da pessoa, não existe uma previsão legal nesse sentido, ou seja, um dispositivo legal que estabeleça a incapacidade civil absoluta para aqueles que não possuem discernimento e a incapacidade civil relativa para aquelas pessoas que a limitação é capaz de gerar vulnerabilidade.

Portanto, a proposta deste trabalho é aplicar apenas um critério subjetivo capaz de afastar a presunção de capacidade de fato, que consiste na impossibilidade de a pessoa compreender os elementos exteriores e, diante de tais informações, formar o seu querer e autodeterminar-se de acordo com seus valores e crenças, com ciência das possíveis consequências positivas ou negativas que podem decorrer da decisão. Se a pessoa não possui, ou possui de forma bastante comprometida, discernimento para compreender a realidade ao seu redor, deve receber uma proteção jurídica mais ostensiva. Se o indivíduo possuir um déficit de discernimento, independente de decorrer de deficiência mental ou por qualquer outra circunstância que possa causar essa limitação, como por exemplo o vício em álcool ou tóxicos, e desde que esta limitação não o impeça de gerir seus interesses, não há que se falar em intervenção do Estado, devendo ser garantida a sua liberdade de agir. Entretanto, se a limitação cognitiva do indivíduo, ainda que reduzida, puder gerar vulnerabilidade ao celebrar negócios jurídicos e praticar os atos da vida civil, o Estado deve intervir de forma mais branda para restabelecer o equilíbrio.

Assim como a doutrina reconheceu o avanço provocado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao dissociar a incapacidade civil da deficiência, o mesmo fundamento deve ser aplicado aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos pródigos, as três hipóteses de incapacidade remanescentes previstas no Código Civil, haja vista que existe uma infinidade de situações que podem gerar o comprometimento na cognição do ser humano.

A proposta deste trabalho consiste, portanto, em uma releitura da teoria das incapacidades para prever cláusulas gerais de incapacidade civil absoluta ou relativa, a depender da ausência ou da limitação, respectivamente, do discernimento capaz de comprometer a isonomia nas relações jurídicas.

Os que vêm com bons olhos a exclusão da previsão de incapacidade civil absoluta para aqueles que não manifestam vontade argumentam que tal instituto sempre foi fonte de discriminação, ao limitar indevidamente a liberdade de agir e retirar da pessoa a possibilidade de se autodeterminar, isto porque quando uma pessoa é considerada absolutamente incapaz é tolhida de praticar todos os atos da vida civil, ainda que apresente condições e discernimento para alguns deles. Contudo, a violação da dignidade da pessoa não ocorre em virtude de ela ser declarada absolutamente incapaz, mas na imposição de uma interdição rígida e total, que transfere ao curador a prática de todos os atos de interesse do interditado, sem se atentar nas reais necessidades de cada um.

A curatela individualizada de acordo com as limitações de cada um garante, simultaneamente, os valores constitucionais da liberdade e da dignidade, sem gerar vulnerabilidade para aquele cujos interesses se quer proteger. A proposta deste trabalho é também estender a opção da tomada de decisão apoiada para os demais casos de incapacidade, e não apenas para as pessoas com deficiência.

Este estudo teve como método a pesquisa teórica, mediante a análise crítica da bibliográfica consultada, em especial livros, artigos científicos, legislação nacional e a experiência de outros países, a jurisprudência, bem como publicações especializadas.

2. A CAPACIDADE CIVIL DO SUJEITO DE DIREITOS

2.1. O sujeito de direitos no ordenamento jurídico

A personalidade, para fins de proteção jurídica, pode ser definida como uma qualidade ou um atributo da pessoa, e conceituada como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. É um conceito com viés de universalidade, haja vista que o artigo 1º do Código Civil de 2002 determina que “toda pessoa” é capaz de direitos e deveres. Contudo, nem sempre foi assim, conforme exemplifica Miguel Reale¹, os gregos e os romanos não eram livres por serem homens, mas por serem cidadãos de Atenas ou de Roma.

De acordo com Cuchet, a expressão grega *πολίται*, que traduzida para o português significa cidadão, pode ser utilizada para designar os cidadãos responsáveis pela tomada de decisões em assembleias, referindo-se às pessoas do sexo masculino, como também pode ser utilizada para designar os habitantes de determinada cidade, homens e mulheres. Contudo, em ambos os casos se verifica que o pertencimento a uma *pólis* é condição para o reconhecimento do status de cidadão, não sendo atributo inerente à toda pessoa grega da época².

No direito romano, ao seu turno, havia a dicotomia da situação do homem livre ou escravo, nesse caso entendido como objeto e propriedade alheia, uma *res in commercio*. A liberdade, reconhecida pelo *status libertatis*, constituía condição fundamental para se obter a personalidade jurídica. Além deste, era necessário o reconhecimento do *status civitatis*, consistente na possibilidade de atuação civil e política do indivíduo, status esse que não era atribuído a todo homem livre e que somente poderia ser adquirido pelo nascimento, concessão ou manumissão. Por fim, havia ainda o *status familiae*, fundamental para o exercício de importantes direitos, por como exemplo o direito sucessório, de modo que somente com reunião de todos esses status é que poderia se falar em capacidade civil³.

Percebe-se, portanto, que na Grécia antiga o elemento fundamental que conferia a um indivíduo a qualidade de cidadão era político, pois somente era considerado cidadão o habitante da *polis*, aquele que tinha poderes para deliberar em assembleia e votar sobre as

¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo. Saraiva, 1995, p. 224.

² CUCHET, Violaine Sebillotte. Cidadãos e cidadãs na cidade grega clássica. Onde atua o gênero? Artigo. 2015. **Tempo** 21 [online]. 2015, v. 21, n. 38, p. 281-300. ISSN 1980-542X. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2015v213804>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

³ SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Edições do Senado Federal, v. 106, 324 p. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.

questões de interesse da sociedade, já no direito romano a condição para o exercício da capacidade civil era uma decorrência do *status civitatis*⁴.

Assim, se para o homem moderno a liberdade civil é o que há de fundamental, no mundo antigo havia uma inversão, vez que a liberdade civil só era possível para quem possuísse, preliminarmente, a condição de cidadania. A emancipação dos homens em relação aos grupos que pertenciam representa, portanto, uma evolução histórica, processo que Miguel Reale chama de integração social, graças ao qual se opera a atribuição progressiva de poderes autônomos e iguais aos indivíduos como tais e a constituição de uma nova estrutura jurídica capaz de garantir esta autonomia.

Com a Revolução Francesa se afirmou, de forma solene, que todos os homens nascem livres e iguais, assim como proclamado na Declaração da Filadélfia, que o homem é sujeito de direitos e deveres pelo simples fato de ser homem. Nesse sentido, estabelece o artigo 7º do Código Civil francês que o exercício dos direitos civis independe do exercício dos direitos políticos, os quais são adquiridos e preservados de acordo com as leis constitucionais e eleitorais e o artigo 8º do mesmo diploma estabelece que todos os franceses gozarão de direitos civis⁵.

Contudo, apesar da evolução representada pelo ordenamento jurídico francês, atualmente tal previsão é alvo de críticas. Diego Carvalho de Machado⁶ afirma que a codificação civil francesa, elaborada no início do Estado Moderno e alicerçada no liberalismo, trouxe a moderna teoria do sujeito de direito, a qual afastou o ser humano concreto da noção de pessoa. A pessoa do Livro I do *Code Napoleon*, nas palavras de Machado, não era o ser humano concreto, mas o indivíduo titular de propriedade imobiliária ou fundiária, ou seja, o sujeito titular do direito subjetivo de propriedade que pretendia exercer esse direito em sua esfera privada segundo a sua própria vontade.

Ainda no contexto histórico da evolução do sujeito de direitos, necessário mencionar o Código Civil Alemão, publicado em 1896 e com vigor a partir de 1900. Referido

⁴ Nesse sentido, Teixeira de Freitas: “Não era assim por Direito Romano, que fazia do - status - a condição característica da capacidade civil; e as outras qualidades, que aliás também são estados, reputava condição de certos direitos. É por isso que d’Aguesseau censura aos Jurisconsultos Romanos não terem definido a palavra - estado -. O último estudo da capacidade civil, cujo resultado é o que aparece nos Arts. 16 e seguintes do Esboço do Código Civil convenceu-me de que ella não se-reduz à capacidade de obrar. A capacidade civil é de direito, ou de facto; e esta última vem a ser a capacidade de obrar, consiste na aptidão, ou no grão de aptidão, das pessoas para exercerem por si os actos da vida civil.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis** / Augusto Teixeira de Freitas; Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 13 mai. 2020).

⁵ FRANCE. **Code civil**. 1804. Version en vigueur au 30 août 2021. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁶ MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 24-43.

diploma legal foi elaborado contendo uma parte geral e uma parte especial, de modo que a primeira foi pensada para tratar de todos os elementos gerais de qualquer relação jurídico-privada com repercussão na parte especial do código, ou seja, disciplinava as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Este modelo fora desenvolvido com fulcro na ética de Kant e tem como premissa a relação jurídica, a qual atribui um direito subjetivo a um sujeito de direitos e um correspondente dever subjetivo a outro sujeito, ambos integrados nos polos ativo e passivo da relação jurídica, respectivamente⁷.

Segundo Kant, a liberdade jurídica implica a responsabilidade do sujeito perante os demais sujeitos pela ação realizada⁸. Na relação intersubjetiva, ao dever de quem se adequa à lei corresponde um poder coercitivo pelo qual a ação deve ser cumprida, poder este entendido como direito subjetivo. A liberdade externa, que define a pessoa como responsável por sua ação perante os outros, faz da pessoa o sujeito a quem os atos poderiam ser imputados, de tal forma que foi a ética da liberdade de Kant o esteio para a pessoa ser concebida juridicamente como sujeito de direitos⁹.

Savigny inseriu na parte geral do *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*), Código Civil Alemão, o conceito técnico-jurídico de capacidade jurídica para ligar os conceitos de sujeito e de relação jurídica¹⁰. Assim, pessoa é o sujeito capaz de direitos e deveres, ou seja, o sujeito com aptidão para titularizar um ou outro, posto que a relação jurídica é o laço entre o sujeito de

⁷ MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 24-43.

⁸ Bobbio, ao descrever as teorias da justiça, afirma que de acordo com Kant a justiça, fim último do Direito, é a liberdade, ou seja, os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado para garantir a expressão máxima da própria personalidade. Nas palavras de Bobbio: “O ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consociados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um. Aqui o direito é concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais, de maneira que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. Portanto, não é suficiente, segundo o ideal do direito como liberdade, que o ordenamento jurídico estabeleça a ordem, nem é suficiente que essa ordem seja fundada na igualdade (também uma sociedade na qual todos sejam escravos é uma sociedade de iguais, ainda que iguais na escravidão). É necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Motivo pelo qual seria justo somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma ordem na liberdade.” (BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 117-118).

⁹ “O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros serem racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições, 2008, p. 71).

¹⁰ “Section 1 Beginning of legal capacity The legal capacity of a human being begins on the completion of birth.” Tradução livre: “Seção 1. Início da capacidade jurídica. A capacidade legal de um ser humano começa na conclusão do nascimento.” (GERMANY. **German Civil Code BGB** – Version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719). Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>. Acesso em: 05 jan. 2022).

um direito subjetivo e o sujeito de um dever. Nesse sentido, ensina Nery que o conceito de capacidade reside na base do sistema jurídico, no tripé sujeito, ato e objeto, haja vista que é a condição de ter capacidade jurídica que qualifica o sujeito, ou seja, a pessoa¹¹.

Os Códigos Francês e Alemão representam um avanço na medida em que o homem passa a ser considerado individualmente como sujeito de direitos e obrigações, não podendo ser objeto do Direito. Trata-se de uma concepção abstrata e formal, desvinculada da concepção de isonomia em âmbito material, pois não considera eventuais diferenças e vulnerabilidades que podem envolver o ser humano individualizado no caso concreto, pelo contrário, o objetivo foi favorecer as relações contratuais entre os titulares de direito de propriedade.

O Código Civil Brasileiro de 1916, diretamente influenciado pelas codificações europeias, em especial pelo *Code Napoleon* e pelo *BGB*, apreendeu a pessoa de forma abstrata e formal, despida de concretude e historicidade. Dessa forma, o destinatário da proteção jurídica conferida pelo Direito Civil era o sujeito de direito subjetivo de propriedade, revelando, assim, uma preocupação central com a tutela do patrimônio e interesses patrimoniais¹².

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o valor fundamental do Estado passou a ser a garantia de uma existência digna aos indivíduos e, segundo Edson Fachin, a dignidade se refere à pessoa concreta, não ao indivíduo atomizado e abstrato, mas em uma dimensão de intersubjetividade. Segundo o autor, a concretização do princípio da dignidade é tarefa do Estado, de todos e de cada um, de modo que todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da pessoa, desde a propriedade funcionalizada, passando pelas relações de família até as obrigacionais, aí incluídos o contrato e a responsabilidade civil¹³.

Além de ser titular de direitos e obrigações de ordem civil, a pessoa tem o direito fundamental a uma existência digna, fundamento estabelecido na Constituição da República do Brasil de 1988, o que envolve a sua realização pessoal, segundo seus valores e convicções. A dignidade da pessoa é garantida a partir do momento no qual ela pode se autodeterminar, de acordo com seus valores, preferências e crenças, e, desse modo, alcançar sua realização pessoal¹⁴. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o substrato material da dignidade existe

¹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: volume I : Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39.

¹² MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 24-43.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁴ A dignidade da pessoa humana, de acordo com Garcia, implica em autodeterminação, ou seja, na compreensão do ser humano em sua integralidade física e psíquica. Paralelamente, como valor fundamental do ordenamento jurídico, consiste no vetor que impulsionou a elaboração de toda as normas inclusivas ora estudadas e deve estar

quando o sujeito moral reconhece os outros como sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito e integridade física e moral, dotados de vontade livre e autodeterminada e integra o grupo social sem receio de ser marginalizado¹⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁶.

A realização da dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento, que consiste na necessidade de respeito nas relações intersubjetivas. Segundo Honneth para o ser humano ter uma relação positiva consigo mesmo e desenvolver de forma sadia a sua personalidade ele deve se reconhecer no outro. Tal reconhecimento se divide em três esferas, que são as esferas do amor, do direito e da estima social. O autor ainda descreve as experiências psicológicas positivas e negativas decorrentes dessas esferas, que são, respectivamente, a autoconfiança, o respeito próprio e a autoestima para os primeiros e o constrangimento, a exclusão e a degradação moral no caso dos segundos. Nas lições de Honneth, quando há desrespeito a algumas das esferas de reconhecimento ocorrem as lutas sociais, de forma que as lutas por reconhecimento se caracterizam como motores da mudança social¹⁷.

presente no processo de aplicação e efetivação das diretrizes trazidas pela Lei de Inclusão. (GARCIA, Maria. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44).

¹⁵ Maria Celina Bodin de Moraes afirma sobre a cláusula geral de tutela da dignidade humana: “para que se extraíam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade com valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.” (MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84-85).

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 215-219

A antítese do reconhecimento é o desrespeito, que, segundo Axel Honneth¹⁸, pode atingir graus diversos de lesão psíquica de um sujeito, desde a denegação de direitos básicos até a sutil humilhação pública decorrente de uma alusão ao insucesso de uma pessoa. Partindo-se da premissa que a experiência de desrespeito sinaliza a negação de reconhecimento, o autor conclui pela existência de três formas de desrespeito à pessoa que causam a privação do reconhecimento de determinadas pretensões de identidade.

Segundo Honneth a primeira forma de desrespeito viola a integridade corporal, e consiste em subtrair da pessoa a disposição autônoma do próprio corpo, como por exemplo nos casos de maus tratos, lesões físicas e tortura. Tais agressões violam o respeito natural e a autonomia sobre o próprio corpo, causando ao indivíduo humilhação capaz de afetar sua autoconfiança psíquica, na medida em que se sente sujeito à vontade de outrem.

A segunda forma de desrespeito da pessoa decorre das experiências de rebaixamento que afetam o autorrespeito moral, ou seja, são as formas de desrespeito pessoal experimentadas pela pessoa em virtude de permanecer estruturalmente excluída da posse de determinados direitos em uma sociedade. Esta forma de desrespeito, a privação de direitos ou a exclusão social, não representa apenas a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também conduz ao sentimento de não possuir o *status* de parceiro em pé de igualdade na interação com os próximos¹⁹.

A terceira forma de desrespeito apontada por Honneth diz respeito à ofensa da honra e da dignidade do indivíduo, afetando o *status* de pessoa, o que acaba por retirar do indivíduo a possibilidade de autorrealização, que pode se encontrar por meio de encorajamento baseado em solidariedade de grupos. Quando a hierarquia social degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor, retira da pessoa a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades, de tal forma que ocorre a perda da possibilidade de o indivíduo se perceber como um ser estimado em razão de suas propriedades e capacidades características.

A proteção do sujeito de direitos pelo ordenamento jurídico, portanto, deve ser para além de garantir a igualdade formal e a titularidade abstrata de direitos e deveres. Somente

¹⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 215-219.

¹⁹ Para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos. Portanto, o que aqui é subtraído é o respeito cognitivo de uma imputabilidade moral que, por seu turno, tem de ser adquirida a custo em processo de interação socializadora. (HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 216-217).

quando superados os desrespeitos acima identificados é que cada indivíduo será capaz de se autodeterminar, segundo seus valores, convicções e preferências. Neste contexto, a teoria das incapacidades não pode ser uma fonte de desrespeito da dignidade e da autonomia das pessoas quanto a questões de seu interesse, sejam elas existenciais ou patrimoniais.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015) representa uma sensível evolução no ordenamento jurídico na medida em que busca impedir ou minimizar diversas formas de desrespeito ao indivíduo ao estabelecer a não interferência pelo Estado ou pela sociedade nas questões existenciais. A legislação especial busca garantir ao máximo a autodeterminação das pessoas com alguma limitação mental ou psíquica quanto ao próprio corpo, quanto à constituição de família, direitos reprodutivos, acesso ao trabalho, à educação e demais direitos.

Esta premissa, todavia, não deve ser aplicável somente às pessoas com deficiência, mas a todos aqueles submetidos à teoria das incapacidades, sejam eles crianças, adolescentes, ébrios habituais, viciados em tóxicos, pródigos, ou qualquer pessoa que não é capaz de manifestar sua vontade independentemente do motivo. No sentido de reconhecer a autonomia do indivíduo estão diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que apontam para a necessidade de considerar a vontade e a opinião dos menores, considerados absoluta ou relativamente incapazes, nas decisões da infância e juventude.

A concepção de sujeito de direitos apresenta, portanto, o viés de universalidade, eis que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações, mas não pode perder de vista o comando constitucional se garantir a existência digna a tais pessoais, de modo que os desrespeitos não podem ser admitidos ou tolerados.

Com relação ao conceito de personalidade, instituto inerente ao sujeito de direitos, Clóvis Beviláqua distingue a personalidade jurídica da personalidade psíquica e afirma que somente por meio da última o homem foi capaz de conceber a primeira. De acordo com o autor, o indivíduo vê em sua personalidade jurídica a projeção da personalidade psíquica, contudo, a primeira depende essencialmente da ordem jurídica, que lhe dá forma, existência, extensão e força ativa. A personalidade jurídica, nas palavras de Beviláqua²⁰ “é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica”.

²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955, p. 62.

Miguel Reale²¹ esclarece que no plano jurídico a personalidade é a capacidade genérica de ser sujeito de direitos, que todos os homens a possuem independente de sexo, discernimento mental ou idade. A personalidade independe da consciência ou vontade do indivíduo, isto porque a criança ou aquele que não tem consciência da realidade ao seu redor são pessoas, e, portanto, dotados de personalidade, atributo inseparável do ser humano na ordem jurídica, sendo irrelevante qualquer requisito psíquico²².

Limongi França²³ ensina que personalidade é a “qualidade do ente que se considera pessoa. A pessoa a possui desde o início até o fim da sua existência”, e define a capacidade como um dos atributos da personalidade. Ainda de acordo com o autor, a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito geral do direito, a capacidade de direito é limitada, e constitui uma prerrogativa da pessoa em face dos direitos particularmente considerados²⁴.

Caio Mário da Silva Pereira²⁵ afirma que a ideia de capacidade está aliada à de personalidade, na medida em que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo a capacidade para adquirir e exercer os direitos, pessoalmente, ou através de representante ou assistente. Argumenta que são institutos que se complementam, na medida em que nada valeria a personalidade sem a possibilidade de titularizar direitos. A palavra pessoa pode ser conceituada na acepção vulgar, como sinônimo de ser humano, no sentido filosófico, como ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente, e na acepção jurídica, pessoa como ente físico ou moral suscetível à direitos e obrigações. Nesse contexto, a ordem jurídica reconhece duas espécies de pessoas: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas²⁶, que são sujeitos de direito, ou seja, seres aos quais a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito²⁷.

Nery²⁸ faz a distinção quanto ao uso da expressão personalidade no âmbito da Teoria Geral do Direito Privado, que diz respeito à qualidade que faz com que uma pessoa seja

²¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 224.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181-219.

²³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 53.

²⁴ França também faz importante distinção entre capacidade e estado: “O estado compreende um conjunto de fatos ligados à pessoa, em virtude dos quais a mesma pessoa se enquadra ou deixa de enquadrar-se nas diversas esferas dentro das quais se desenvolveram as relações jurídicas. Esse enquadramento determina a maior ou menor capacidade, isto é, a maior ou menor possibilidade, em abstrato, de exercer os diversos direitos. Por exemplo, o estado de alienado mental determina entre outras coisas a incapacidade da pessoa para firmar, por si, um contrato de compra e venda. Assim, entre o estado e a capacidade há uma relação de causa e efeito” (FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 53).

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263-290.

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955, p. 48.

²⁸ NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 32-33.

sujeito de direitos, e da Teoria Geral do Direito de Personalidade, que cuida de uma parte do direito privado que versa sobre situações jurídicas de personalidade, como a vida, liberdade, saúde e honra, ou seja, que compõem a humanidade do ser. Neste sentido, os direitos básicos da personalidade acima citados são componentes da natureza humana e não da pessoa, de tal forma que referem-se à humanidade.

Gustavo Tepedino, ao apresentar uma visão constitucional do Direito Civil, ensina que existem dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade: o primeiro é aplicável às pessoas físicas e jurídicas e diz respeito à qualidade para ser sujeito de direito, confundindo-se com a capacidade de gozo; já o segundo, representa o conjunto de características e atributos da pessoa humana, a personalidade neste sentido é considerada o centro de proteção do ordenamento²⁹. Assim, a personalidade denominada objetiva condiz com o conceito tradicionalmente empregado e significa a aptidão das pessoas físicas e jurídicas para serem sujeitos de direitos e obrigações. A personalidade subjetiva, por sua vez, busca a realização da dignidade da pessoa humana e representa o fim último do ordenamento, sendo um valor próprio da pessoa natural.³⁰

Pietro Perlingieri afirma que a pessoa, do ponto de vista jurídico, é um *status personae*, isto é, um conjunto de poderes-deveres-direitos não separáveis uns dos outros, que representa um todo, esse *status personae* é composto pelas situações subjetivas, relacionando-se à satisfação das necessidades existenciais. Para ele todo homem é titular de situações existenciais representadas no *status personae*, como por exemplo direito à vida, saúde, nome, manifestação do pensamento, e prescindem das capacidades intelectivas³¹.

Surge, nesse ponto, a discussão quanto à eventual cindibilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais. Diego Carvalho Machado descreve a existência de correntes que debatem sobre o exercício e titularidade de direitos existenciais. De acordo

²⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227-247.

³⁰ Ibid., 227-247.

³¹ “As situações subjetivas que compõem o *status personae* são diretamente funcionalizadas à satisfação das necessidades existenciais. Sob este perfil ele tem uma autonomia absoluta e pode prescindir de qualquer outro *status*. O *status personae*, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra de subjetividade –, representa a configuração subjetiva de um valor. A personalidade é valor, o *status personae* é situação subjetiva unitária; a personalidade é um valor a ser individuado em uma série potencialmente infinita de situações subjetivas, enquanto o *status personae* representa a situação subjetiva da pessoa em um determinado momento do seu devir, com uma importante consequência: a idade não pode ser um aspecto incidente sobre o *status personae*; este último, em um ordenamento inspirado no princípio da igualdade, representa uma situação originária e complexa absolutamente paritária, síntese dos direitos invioláveis e dos deveres inderrogáveis do homem.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 708).

com a corrente negativa, fundada na dignidade da pessoa humana, verifica-se a incindibilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais, para essa corrente é equivocada a aplicação do binômio capacidade jurídica e capacidade de agir, decorrente das relações patrimoniais, às situações jurídicas existenciais³².

O contraponto desta primeira corrente é a teoria bipartida das capacidades, que vislumbra diferença entre a titularidade e o exercício do direito, de acordo com esta teoria a capacidade jurídica designa a aptidão para ser titular de direitos, situações subjetivas, enquanto a capacidade de agir diz respeito ao exercício das situações subjetivas. Na visão do autor esse modelo é adequado para as situações jurídicas patrimoniais, o mesmo não se podendo concluir quanto às situações jurídicas existenciais, em relação às quais é possível afirmar que titularidade e exercício coexistem com a personalidade humana³³.

Visando superar a discussão a respeito do binômio capacidade jurídica e capacidade de agir para as situações existenciais, Pasquale Stanzione, inspirado no Código Civil Suíço, elaborou o conceito de capacidade de discernimento, que consiste na concreta possibilidade de a pessoa decidir de forma consciente, considerando as circunstâncias que envolvem o ato existencial e as condições subjetivas do agente, de modo que a escolha seja tomada com o mesmo grau de consciência e maturidade que se pretende de uma pessoa capaz em circunstância análoga. De acordo com o artigo 19 do Código Civil Suíço (CCS ou *Swiss Civil Code*) a pessoa pode ser capaz de discernimento, mas privada do exercício dos direitos civis, hipótese na qual exerce os direitos pessoais de forma autônoma. A pessoa incapaz de discernimento, por sua vez, será em regra representada, salvo em relação aos direitos que não podem ser exercidos por representação por causa de seu estreito vínculo com a personalidade³⁴.

Ainda que se reconheça que a dicotomia entre titularidade e exercício de direitos seja mais adequada à tutela dos direitos patrimoniais, é necessário reconhecer que existem

³² MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 143-146.

³³ Ibid., p. 143-146.

³⁴ “Art. 19c¹ A. De la personnalité en général / III. Incapacité d’exercer les droits civils / 4. Droits strictement personnels. ¹ Les personnes capables de discernement mais privées de l’exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés. ² Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité.” (SUISSE. **Code civil suisse**. du 10 décembre 1907 (Etat le 1er janvier 2022). Disponível em: <https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233>. Acesso em: 10 jan. 2022). (“Art. 19c¹ A. Personalidade em geral / III. Incapacidade de exercer direitos civis / 4. Direitos estritamente pessoais. ¹ Pessoas capazes de discernimento, mas privadas do exercício dos direitos civis exercem seus direitos estritamente pessoais de forma autônoma; os casos em que a lei exige o consentimento do representante legal são reservados. ² As pessoas incapazes de discernimento são representadas por seu representante legal, exceto por direitos que não sofrem representação por causa de seu estreito vínculo com a personalidade.” (Código Civil Suíço de 10 de dezembro de 1907) (Tradução livre)).

peessoas que não são capazes de manifestar qualquer indício de vontade e precisam de alguém para atuar tanto de em prol dos seus interesses patrimoniais quanto dos direitos da personalidade. Nesse ponto, andou bem o Código Suíço ao reconhecer a possibilidade de a pessoa não possuir qualquer grau de discernimento, hipótese em que será representada, mas admitir também a situação da pessoa apresentar o discernimento necessário para decidir de forma consciente em relação a interesses não patrimoniais, ainda que submetida a alguma limitação da capacidade civil, como por exemplo escolher as pessoas com quem prefere residir, hipótese em que permanecerá com aptidão para decidir sobre essas questões.

A análise da evolução do conceito de sujeito de direitos e o reconhecimento da personalidade, como aptidão para ser sujeito de direitos, é importante pois o foco deste trabalho é discutir a teoria das incapacidades de modo a torná-la mais efetiva, se pensada em relação ao nível de proteção das pessoas que dela necessitam, e menos discriminatória, ao limitar a incapacidade exclusivamente às situações de comprometimento da manifestação da vontade, independentemente da origem ou causa do impedimento ou redução do discernimento. Assim, a teoria das incapacidades precisa conciliar a preservação da autonomia da pessoa para decidir sobre seus interesses pessoais e a proteção do incapaz ao celebrar negócios jurídicos com existenciais.

Com relação à autonomia, o movimento de valorização da autonomia privada, como por exemplo com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), positivou regras e princípios em favor da liberdade de contratar e atuar no mercado financeiro, afastando o dirigismo estatal da esfera de atuação privada e afetando diretamente a forma de perceber a estrutura das relações jurídicas patrimoniais, da natureza contratual dos investimentos, da noção de cumprimento dos contratos como comportamento imbuído de boa-fé e como meio de proteção efetiva da propriedade³⁵.

Ainda em relação à autonomia privada, forçoso reconhecer que a situação financeira e patrimonial influencia diretamente na liberdade de agir do indivíduo em diversas esferas de sua vida privada e, contrariamente, a insuficiência de recursos limita e condiciona a pessoa a

³⁵ “A positivação da regra da interpretação pro libertatem é assim uma forma de tentar mitigar o desrespeito à livre-iniciativa, ao contrato e à propriedade, cuja proteção existe muito mais na lei escrita que no direito efetivamente praticado no País. Por um lado, busca “lembrar” que mesmo a constituição prevê a liberdade de iniciativa como um de seus fundamentos; por outro, por ser voltada nesse contexto às atividades econômicas privadas, determina que nessas se privilegie a escolha dos objetivos particulares, deixando objetivos públicos para a esfera pública e permitindo que o direito privado se torne mais privado”. (MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). **Comentários a Lei de Liberdade Econômica : Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]**. Coordenadores: Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. 1. ed. e-book. Disponível em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/55824/4558-Comentrios--Lei-da-Liberdade-Econmica-Floriano-Peixoto-Marques-Neto-2020.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021).

determinadas situações, como por exemplo o imóvel onde reside, se possui ou não veículo para se locomover, a possibilidade de cursar escolas e faculdades particulares, realizar atividades de lazer, viajar, arcar com tratamentos médicos, adquirir medicamentos, realizar exames e consultas em hospitais particulares. Assim, não há que se falar em primazia de interesses existenciais em detrimento dos direitos patrimoniais, mas apenas destacar que merecem tratamentos distintos em determinadas situações.

A ingerência do Estado na vida privada, sem fundamento jurídico legítimo, constitui uma afronta à dignidade humana, ao direito de cada um de se autodeterminar e praticar os atos de acordo com os seus interesses e valores pessoais. A autonomia privada reside, justamente, na possibilidade de cada indivíduo ser apto a eleger seus valores e objetivos e poder persegui-los livre do dirigismo do Estado. A autonomia do indivíduo deve sempre prevalecer na prática dos atos da vida civil, sejam eles patrimoniais ou existenciais, e somente há que se falar em intervenção do Estado quando o comprometimento do discernimento chegar ao ponto de comprometer o equilíbrio das relações patrimoniais e for capaz de gerar vulnerabilidade para o indivíduo. Ademais, parte-se da premissa que o indivíduo com mais de dezoito anos é plenamente capaz, sendo a incapacidade a exceção, de tal forma que somente excepcionalmente é que a incapacidade deve ser reconhecida, pois é uma espécie de limitação da autonomia do indivíduo.

2.2. Evolução da teoria das incapacidades no Direito Brasileiro

A teoria das incapacidades diz respeito ao tratamento legal dispensado às pessoas consideradas inaptas a exercer pessoalmente os atos da vida civil em razão da ausência de discernimento ou por estarem impossibilitadas de manifestar vontade, o que pode decorrer de um fator etário, do estado de saúde mental ou de qualquer situação permanente ou transitória em virtude da qual a pessoa se torne impossibilitada de reger, por si, suas questões pessoais e patrimoniais.³⁶

Embora todas as pessoas possuam capacidade civil, ou seja, sejam capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil, o exercício pessoal desses direitos depende de capacidade de fato, que é a regra, sendo a incapacidade a exceção. A restrição da capacidade civil só pode ocorrer se presentes a tipificação legal, a pertinência e a relevância, sob pena de

³⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Cezar Peluso (Coord.). 12. ed., ver. e atual. Barueri: Manole, 2020, p. 19.

servir de pena ou meio de discriminação ou segregação³⁷. A caracterização da incapacidade para agir, portanto, tem por finalidade proteger os interesses do incapaz, sendo essa a *ratio legis*. Trata-se da aplicação do princípio da preponderância da tutela do incapaz que reforça o caráter protetivo da teoria das incapacidades.

Miguel Reale³⁸ distingue a capacidade de fato e a capacidade de direito atribuindo à primeira as condições materiais de exercício, enquanto à segunda é concernente a aptidão legal para a prática dos atos. A capacidade de direito é inerente a toda pessoa, natural ou jurídica, e consiste na aptidão genérica para ser sujeito de direitos e obrigações e em exercer, por si ou através de representante, os atos da vida civil. De acordo com Washington de Barros Monteiro a capacidade de gozo é ínsita ao ente humano, e nenhum pode ser dela privado pelo ordenamento jurídico³⁹. A capacidade de fato, ou de exercício, não é tão ampla e irrestrita como a capacidade de direito, e determina se a pessoa tem aptidão para exercer de forma plena e pessoal, por si só, os atos da vida civil, sem a necessidade de representação ou assistência. A teoria das incapacidades visa suprir a incapacidade de fato ou de exercício.

Viviane Cristina de Souza Limongi afirma que a intenção da teoria das incapacidades não é prejudicar o indivíduo limitando a sua atuação ou estabelecendo formas ou requisitos específicos para exercer sua atividade econômico-jurídica por meio da representação ou assistência, mas defendê-lo, preventivamente, para que não fique vulnerável em face de terceiros mal intencionados e em face dos quais pode ser considerado vulnerável⁴⁰.

Desse modo, haverá a capacidade civil plena quando coexistirem a capacidade de direito e a capacidade de fato, ou de exercício, que consiste na possibilidade de a pessoa praticar pessoalmente o ato ou negócio jurídico de seu interesse, independente de assistência ou representação. O objeto de estudo deste trabalho é a incapacidade de fato, ou seja, o tratamento jurídico dispensado às pessoas que não são aptas a exercer pessoalmente os atos da vida civil, em especial, a forma como a legislação estabelece as hipóteses de incapacidade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, existe apenas a incapacidade de fato ou de exercício, definida como a restrição legal excepcionalmente imposta ao exercício dos atos da vida civil àqueles que precisam de proteção, pois não se verificam os requisitos indispensáveis

³⁷ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 62.

³⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁰ Ibid., p. 62.

para o exercício pessoal dos direitos⁴¹. A teoria das incapacidades é reconhecida como forma do ordenamento jurídico restabelecer o equilíbrio nas relações, rompido em consequência das condições peculiares das pessoas que apresentam uma limitação que impede ou interfere na sua manifestação da vontade.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a capacidade é regra e a incapacidade é exceção, tendo em vista que a incapacidade é uma restrição ao poder de agir e, por isso, deve ser sempre encarada restritivamente. Segundo o autor, a teoria das incapacidades é uma forma de viabilizar a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável, de modo que o instituto foi construído sobre uma razão moralmente elevada. Definir a ideia fundamental que inspira a teoria das incapacidades é importante para nortear a aplicação dos institutos, bem como na apreciação dos efeitos jurídicos dos atos praticados pelos incapazes⁴².

Clóvis Beviláqua⁴³ afirma que a teoria das incapacidades deve se atentar ao desenvolvimento mental, isto porque a pessoa pratica atos jurídicos em decorrência de sua vontade, e o que cumpre examinar é se essa vontade é manifestada por alguém adaptado à vivência social, se essa vontade é dirigida por uma inteligência, se tem consciência mais ou menos firme do meio em que vive, e é capaz de perceber o alcance dos próprios atos.

O artigo 179, inciso XVIII da Constituição Brasileira de 1824⁴⁴ determinou a codificação do Direito Civil e, na década de 1850, o Governo Imperial contratou o Conselheiro Teixeira de Freitas para aclarar e organizar as ordenações e leis vigentes à época, trabalho que foi denominado Consolidação das Leis Civis e contava com 1.333 artigos. De acordo com o artigo 29 da Consolidação elaborada, os loucos de todo gênero e os pródigos eram equiparados aos menores⁴⁵.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 223-246.

⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955, p. 74.

⁴⁴ “Art. 179. *A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]* XVIII. *Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.*” (NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. *Constituições Brasileiras*. Volume I. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020).

⁴⁵ “Art. 29. *Os loucos de todo gênero, e os pródigos, são equiparados aos menores, e a Lei do mesmo modo os protege.*” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis** / Augusto Teixeira de Freitas; Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 13 mai. 2020).

Em um segundo momento, Teixeira de Freitas foi contratado para encabeçar o processo de codificação civil, oportunidade na qual elaborou o Esboço do Código Civil, que estabelecia no artigo 41 que são absolutamente incapazes a pessoa pós nascer, os menores impúberes, os alienados declarados como tais em juízo, os surdos-mudos que não sabem dar-se por entender por escrito, os ausentes declarados como tais em juízo. O artigo seguinte determinava que não são incapazes, mas apenas em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de exercer, os menores adultos, as mulheres casadas, os comerciantes falidos declarados como tais em juízo e os religiosos professos⁴⁶.

O Esboço de Teixeira de Freitas, apesar de não ter entrado em vigor no ordenamento jurídico pátrio, não apresentava significativas distinções em relação ao rol de incapazes apresentado pelo Código Beviláqua (Código Civil de 1916 – Lei nº 3.071/1916). Apesar de a teoria das incapacidades ter sido desenvolvida com uma finalidade protetiva, o sistema jurídico anterior se mostrava discriminatório e preocupava essencialmente com a proteção do patrimônio, sem se atentar também para a necessidade de resguardar os direitos da personalidade do indivíduo.

Assim como no Esboço de Teixeira de Freitas, o diploma civil anterior graduou o discernimento para o exercício dos atos da vida civil e estabeleceu que os casos que atingissem a capacidade para a percepção da realidade e a manifestação da vontade seriam considerados incapacidade absoluta, já as pessoas com grau de discernimento reduzido, porém com aptidão para manifestar vontade, com deficiências intelectivas consideradas superficiais, seriam consideradas relativamente incapazes. O artigo 5º da Lei nº 3.071/1916⁴⁷ trazia o rol dos absolutamente incapazes, a saber: os menores de 16 (dezesesseis) anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não pudessem exprimir sua vontade e os ausentes, declarados como tais por ato do juiz⁴⁸.

A redação do artigo 5º do Código Civil de 1916 aponta para o tratamento discriminatório dispensado às pessoas com enfermidade ou deficiência mental, designando-as de “loucos”, tratamento reiterado no artigo 448⁴⁹ do mesmo Código, que estabelecia a

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ “Art. 5.º 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..” (BRASIL. **Lei Federal nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ “Art. 448. Só intervirá o Ministério Público:

I - no caso da loucura furiosa;

intervenção do Ministério Público no processo interdição em caso de “loucura furiosa”. O Código anterior valia-se de um critério generalista e estanque, na medida em que igualava pessoas com diferentes níveis de consciência e deficiência no mesmo patamar, não se importando com a gradação e as espécies de deficiência. De acordo com Viviane Cristina de Souza Limongi “fomentava, na realidade, uma distinção e discriminação generalizada em toda a sociedade em relação a toda e qualquer pessoa que apresentasse o mínimo de déficit mental e se mostrasse, por isso, diferente”⁵⁰.

Rubens Limongi França⁵¹ ao comentar o código civil revogado, critica a impropriedade da expressão “loucos de todo gênero” e sugere uma redação menos discriminatória, se referindo aos portadores de alienação mental, permanente ou duradoura, capaz de determinar alteração grave das faculdades mentais. Conclui o autor que existiam três requisitos básicos para que fosse reconhecida a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência psíquica, que eram eles a insanidade mental, a durabilidade ou permanência e a gravidade, de modo que os casos de *loucura transitória* somente viciariam os atos praticados durante a crise.

Os relativamente incapazes estavam listados no artigo 6º do Código Civil de 1916⁵² e eram eles: o menor entre 16 e 21 anos, as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas. As mulheres casadas⁵³ foram excluídas do rol de relativamente incapazes somente com a edição da Lei Federal nº 4.121/1962⁵⁴, ou seja, entre a promulgação do Código Civil e esta Lei, as mulheres somente poderiam ser consideradas capazes em caso de viuvez, anulação ou nulidade do casamento ou desquite, conforme artigo 315 deste Código Civil revogado.

II - se não existir, ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;
III - se, existindo, forem menores, ou incapazes.” (Ibid.).

⁵⁰ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

⁵¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 55.

⁵² “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (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.” (BRASIL, op. Cit.).

⁵³ Limongi França argumenta que a referência à mulher casada como relativamente incapaz foi considerando a necessidade de subordiná-la ao marido como chefe da sociedade conjugal (Código Civil de 1916, artigos 233 e 240). Foi esse um expediente infeliz e desnecessário que, felizmente, em 1962, fora suprimido. (FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 57).

⁵⁴ BRASIL. **Lei Federal nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Reconheceu-se no Código Civil de 1916 dois níveis de incapacidades de acordo com o suposto grau de discernimento e aptidão para a manifestação da vontade. De acordo com tais níveis, o legislador criou dois grupos, a saber, os relativa ou absolutamente incapazes, os quais eram compostos por um elenco de pessoas identificadas por alguma característica peculiar que, a princípio, não era decisiva para concluir sobre o comprometimento das faculdades mentais, como por exemplo ser mulher e casada, ser surdo-mudo, ser indígena ou ser pródigo.

O Código Civil de 2002 manteve a dicotomia do Código anterior entre a incapacidade relativa e absoluta, a qual é definida pela alteração, mais ou menos afetada, do exercício das faculdades psicológicas e mentais do indivíduo. Em sua redação original, o legislador valeu-se tanto o critério de idade como o psicológico, e reconheceu como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos⁵⁵ e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade⁵⁶.

No sistema original do Código Civil vigente, a incapacidade absoluta decorria de três ordens de causas, que são a idade, a enfermidade ou deficiência mental e a impossibilidade, mesmo que temporária, de discernimento⁵⁷. Pereira afirma que a enfermidade e a deficiência mentais costumavam ser causa de incapacidade absoluta, e entendia-se genericamente abrangido por esta hipótese legal qualquer estado de insanidade⁵⁸. Contudo, a deficiência não pode ser considerada uma hipótese de incapacidade civil, vez que pode não representar uma limitação para a pessoa, ou seja, pode não afetar o discernimento e a aptidão do sujeito para gerir os seus interesses.

O Código Civil de 2002, elaborado por Miguel Reale, manteve a sistemática do Código anterior ao estabelecer que a incapacidade pode ser de um nível mais grave, denominada absoluta e aplicável aos menores e às pessoas que não tiverem discernimento para a prática dos atos civil, ou menos grave, denominada relativa, assim como decorrer de um critério objetivo, a idade, e um critério subjetivo ou psicológico.

⁵⁵ “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.”

Redação original – Artigo Revogado pela Lei nº 13.146/2015.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁵⁸ Ibid., p. 232.

O legislador de 2002 já havia concluído que a deficiência do surdo mudo não lhe impedia, por si só, de praticar os atos da vida civil, isto porque a linguagem de sinais (Libras) lhes permite comunicar com as pessoas e realizar suas escolhas. Limongi França, ao analisar esta hipótese de incapacidade absoluta advertiu que a surdo-mudez não é suficiente para determinar a incapacidade, sendo necessário que a pessoa não seja capaz, de modo algum, de exprimir sua vontade em virtude desta deficiência⁵⁹.

Além do critério etário, a outra hipótese de incapacidade absoluta dizia respeito aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos civis. A redação do dispositivo não reproduz a expressão discriminatória “loucos de todo gênero” do Código anterior, além de exigir a ausência de discernimento para que seja reconhecida a incapacidade absoluta, o que reduziu a abstração do instituto. De acordo com o inciso II do artigo 3º do Código Civil Brasileiro de 2002, não bastava ser pessoa com deficiência mental, era necessário que a deficiência afetasse o discernimento para a prática dos atos da vida civil.

O Código Civil Brasileiro de 2002 também incluiu nova hipótese de incapacidade absoluta que era a impossibilidade de manifestação de vontade, ainda que por causa transitória. A manifestação da vontade não se limita à sua exteriorização, mas sim no necessário discernimento para determinar o querer. Este dispositivo legal alcançaria todas as pessoas maiores de dezesseis anos que necessitassem da proteção legal mais ostensiva, paralelamente à hipótese de incapacidade absoluta em razão da idade, como por exemplo a embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, descontrole emocional significativo. O inciso terceiro, portanto, trouxe uma cláusula geral de incapacidade civil absoluta por ausência de discernimento, o que constituiu uma sensível alteração em relação ao sistema anterior, na medida em que deixou de listar, de forma discriminatória, os loucos, surdos-mudos, e os ausentes.

Caio Mário da Silva Pereira ressalta que a aplicação desta previsão legal sempre exigiu cautela, haja vista que a incapacidade sugere a interdição, que pressupõe uma causa duradoura na impossibilidade de exprimir vontade, o que contradiz com a redação legal que menciona ausência de discernimento permanente ou transitória⁶⁰.

O rol de relativamente incapazes do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02)⁶¹ era composto pelos menores entre dezesseis e dezoito anos, reduzindo, assim, a menoridade que

⁵⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 53.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 237.

⁶¹ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

antes era até os 21 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, as pessoas que, por deficiência mental, tinham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e, por fim, os pródigos.

Pela antiga redação do artigo 4º do Código Civil de 2002 uma pessoa considerada *excepcional, sem desenvolvimento mental completo*, era relativamente incapaz independentemente do grau de consciência apresentado. Ainda que plenamente lúcida e consciente das consequências e efeitos jurídicos de seus atos, se assim considerada necessitaria de assistência para praticar pessoalmente os atos da vida civil.

Gustavo Tepedino critica a teoria das incapacidades trazida pelo Código Civil de 2002 sob o argumento de que foi adotado um modelo abstrato, em que a distinção entre incapacidade relativa e absoluta era estabelecida pela lei, sem possibilidade para modular o alcance da incapacidade no caso concreto, em especial quanto às restrições ao exercício pessoal dos direitos patrimoniais e existenciais⁶². Uma pessoa pode não possuir o necessário discernimento para negociar valores mobiliários na bolsa de ações, mas pode apresentar lucidez suficiente para gerir a economia doméstica, decidir questões reprodutivas ou familiares, como por exemplo se casar e ter filhos ou alugar o apartamento onde pretende residir.

De acordo com a teoria das incapacidades adotada originariamente no Código Civil de 2002 uma pessoa era considerada relativamente incapaz pelo simples fato de não possuir o desenvolvimento mental completo, abstratamente, sem qualquer análise concreta sobre a amplitude dessa limitação funcional⁶³. Com efeito, os incisos II e III dos artigos 3º e 4º, alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, apontam para o “modelo médico” de deficiência, em que o profissional da saúde é o responsável por atestar a possibilidade ou não

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.” Redação original – Artigo alterado (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Redação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

⁶² E continua o autor: “Se nas situações patrimoniais mostra-se possível dissociar a titularidade do exercício, nas existenciais tal não se afigura viável. Por isso, impossibilitar os incapazes a escolha, por si mesmos, de constituir família, procriar, registrar filhos, interferir na educação destes, equivale a alijá-los dessas situações existenciais. Daí a necessidade de o regime das incapacidades ser aplicado de forma diversa para as relações patrimoniais e existenciais.” (TEPEDINO. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227- 247).

⁶³ “The analysis of paternalism involves at least the following elements. It involves some kind of limitation on the freedom or autonomy of some agent and it does so for a particular class of reasons.” (DWORKIN, Gerald. “Paternalism”. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2020 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/paternalism/>>. Acesso em: 11 jun. 2019). (“A análise do paternalismo envolve pelo menos os seguintes elementos. Envolve algum tipo de limitação à liberdade ou autonomia de algum agente e o faz por uma classe específica de razões.” (Tradução livre)).

do indivíduo em manifestar vontade, sem possibilidade da própria pessoa se posicionar a respeito. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a depender do grau de deficiência verificado por perícia médica, definia-se se era caso de incapacidade absoluta ou relativa, de modo que somente aos que faltava discernimento por completo se declarava como absolutamente incapazes⁶⁴.

A redação original do Código Civil de 2002 estabelecia a incapacidade relativa dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e dos que, por deficiência mental apresentavam discernimento reduzido, deixando claro que a limitação da liberdade da pessoa pelo Direito somente seria possível se, em virtude de alguma destas hipóteses, a lucidez e a capacidade da pessoa de compreender a realidade e se autodeterminar restasse comprometida. Por outro lado, o terceiro inciso do artigo 4º estabelecia a incapacidade relativa das pessoas consideradas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo de forma abstrata.

A incapacidade relativa dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos foi uma novidade introduzida na sistemática das incapacidades e, na visão de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁵, é uma hipótese sujeita a incertezas, haja vista que não existe um parâmetro preciso para distinguir as pessoas que fazem o uso de álcool e drogas com certa regularidade sem perder a consciência de seus atos, e o dipsômano habitual e o toxicômano. Ainda sobre o tema, afirma o autor que somente nas situações em que os vícios forem habituais e gerarem estado de fraqueza mental é que restaria configurada hipótese de incapacidade, o que somente é aferível na Justiça e com máxima cautela, nos termos utilizados pelo jurista⁶⁶.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, alterou os artigos 3º e 4º⁶⁷ do Código Civil de 2002 e, a partir de então, somente os menores de dezesseis anos passaram a ser considerados absolutamente incapazes, conforme exposto no artigo 3º.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 233.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 284.

⁶⁶ “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” (BRASIL. TJMG. Apelação Cível 0540383-93.2008.8.13.0470. Relator: Desembargador Mota e Silva, 10ª Câmara Cível. Paracatu. Julgamento: 26/10/2010. DJeMG, 17/11/2010. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=05403839320088130470>. Acesso em 11 jun. 2019).

⁶⁷ “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

O artigo 4º do Código Civil, que trata dos relativamente incapazes, também foi alterado e a nova redação do inciso II passou a prever a incapacidade relativa dos ébrios habituais e viciados em tóxicos sem repetir a necessidade de redução do discernimento para serem considerados como tal. De fato, antes da Lei nº 13.146, os ébrios, os viciados em tóxicos e as pessoas com deficiência somente eram consideradas relativamente incapazes, nos termos da redação legal, se apresentassem o discernimento reduzido e, de acordo com a atual redação, não existe mais a incapacidade relativa das pessoas com deficiência mental, ao passo que os ébrios habituais e os viciados em tóxicos passaram a ser considerados incapazes a partir do momento de reconhecidos como tal, independente do grau de lucidez que apresentarem.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também alterou a redação do inciso III do artigo 4º, que antes previa a incapacidade abstrata dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, para definir como relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que constitui uma cláusula geral de incapacidade civil relativa, suficiente para alcançar todas as situações de comprometimento do discernimento da pessoa, a qual já seria suficiente para dispensar a listagem de outras hipóteses como os pródigos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos.

A redação do inciso III, todavia, se refere à pessoa que não consegue exprimir vontade de modo permanente ou transitório, de modo que, nos termos da redação legal, a pessoa somente será considerada relativamente incapaz se não apresentar discernimento, sendo que nessas condições a pessoa deveria ser considerada absolutamente incapaz, e se apresentar alguma limitação que não impeça de se manifestar ser tratada como absolutamente capaz.

No contexto da pessoa com deficiência, a permanência da limitação funcional é um dos critérios para conceituar a deficiência, de modo que o artigo 4º, inciso III, do Código Civil somente é aplicável às pessoas com deficiência na hipótese de “causa permanente”, sendo as

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

causas transitórias aplicáveis a outras situações da vida em que não é possível a manifestação da vontade.

Heloiza Helena Barboza afirma que o reconhecimento da incapacidade relativa se dirige a dois tipos de pessoas, as que não podem exprimir vontade por causa transitória e as que não podem exprimir vontade por causa permanente. Como a exigência de impedimento a longo prazo compõe o conceito de deficiência, quando se tratar de impossibilidade de exprimir vontade por causa permanente o provimento de apoio será a Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), que não seriam aplicados quando a incapacidade decorrer de causa transitória, embora possam ser invocados para proteção da pessoa⁶⁸.

O novo cenário da teoria das incapacidades apresentado pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência consiste na supressão das demais causas de incapacidade absoluta além do critério de idade (menores de dezoito anos) e a previsão expressa de capacidade plena para situações existenciais, independente do discernimento para a manifestação da vontade pela pessoa com deficiência. Flávio Tartuce afirma que o rol dos absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil é taxativo, já que envolve restrição ao exercício de direitos, o qual se limita a alcançar os menores de dezoito anos⁶⁹.

Nesse sentido, ensina Flávio Tartuce⁷⁰ que não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz maior de dezoito anos e, como consequência, não há mais que se falar em ação de interdição absoluta no atual sistema civil e processual civil. Com relação à extinção ou não do procedimento de interdição e os limites da curatela, o tema será tratado em capítulo apartado em virtude da complexidade do tema.

⁶⁸ “A incapacidade relativa, em qualquer caso, como acima indicado, encontra na curatela um dos instrumentos, se não o principal, de apoio à pessoa que tem impedimento, transitório ou permanente, para exercer seus direitos. Nesse sentido, estabelece o CC que tais pessoas receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste deste convívio (art. 1.777 c/c art. 1.767, I, CC) Embora tal dispositivo tenha sido inserido no CC pelo EPD, tem como antes assinalado e tanto quanto o art. 4º, I, do CC, caráter geral, não se destinando exclusivamente às pessoas com deficiência. Nessa linha, razoável é aplicar o disposto no art. 1.777 também às pessoas impedidas de exprimir vontade, por causa temporária, sempre em razão e nos limites de seu benefício e interesse, vale dizer, de sua funcionalidade.” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 295).

⁶⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte geral**. Volume I. E-book. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁷⁰ TARTUCE, Flávio. **Parecer**. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. São Paulo, 06 de junho de 2016. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a discussão sobre um idoso com Alzheimer sem condições de praticar negócios jurídicos, conforme transcrição do relatório médico, concluiu no sentido de ser inadmissível a declaração de incapacidade absoluta às pessoas com enfermidade ou deficiência mental de acordo com o atual ordenamento jurídico em vigor, sob o argumento de que o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi gear inclusão⁷¹. Todavia, forçoso questionar se ao considerar como relativamente incapaz uma pessoa que não consegue expressar qualquer indício de vontade, não estaria o ordenamento gerando mais vulnerabilidade que inclusão neste caso.

A alteração provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que restringiu a incapacidade civil absoluta aos menores de dezesseis anos gerou controvérsia doutrinária, haja vista que existem incontáveis situações que podem levar a pessoa a não conseguir manifestar vontade e que não receberá do ordenamento jurídico uma proteção adequada. A exemplificar o exposto, a assistência, que se caracteriza pelo comparecimento do responsável no ato praticado diretamente pelo incapaz, certamente não é adequada para as hipóteses de coma prolongado, seja qual for o seu motivo.

Segundo Joyceane Bezerra de Menezes o Estatuto da Pessoa com Deficiência pecou por excesso de cuidado, pois deixou de considerar como absolutamente incapaz aquela pessoa sem total discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer, restando entre os absolutamente incapazes apenas as pessoas menores de dezesseis anos. Entende a autora que o Estatuto da Pessoa com Deficiência *“merece ser retificado, pois aquele*

⁷¹ “RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.

2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil.

4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.

5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1927423/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgamento: 27/04/2021. DJe, 04/05/2021. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205812237/recurso-especial-resp-1927423-sp-2020-0232882-9/inteiro-teor-1205812385>>. Acesso em: 11 jun. 2019).

*que não tem condições de manifestar a sua vontade por estar em coma, por exemplo, não pode praticar quaisquer atos da vida civil. (...). Quanto ao mais, fez bem o EPD*⁷².

A teoria das incapacidades foi desenvolvida como mecanismo de proteção do indivíduo incapaz de praticar pessoalmente os atos da vida civil em virtude de não possuir o discernimento necessário para manifestar vontade, e não para ser uma forma de discriminação. Restringir a autonomia de uma pessoa apta à tomar determinadas decisões é restringir indevidamente sua liberdade e seu direito de se autodeterminar. Por outro lado, existem pessoas com mais de dezesseis anos que não são capazes de manifestar vontade, e não apresentam nenhum grau de discernimento, ou um nível extremamente reduzido e, por isso, carecem de maior proteção jurídica.

Partindo da premissa de que se trata de um sistema protetivo, e não discriminatório, uma pessoa portadora de Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA)⁷³ ou de Alzheimer em níveis avançados, não é capaz de compreender a realidade e de se posicionar a respeito, mas é considerada relativamente incapaz pela lei, de modo que o tratamento jurídico dispensado a tais pessoas é insuficiente, e gera vulnerabilidade. Seria mais adequado que tais pessoas fossem consideradas absolutamente incapazes, pois assim seria aplicado o regime jurídico mais protetivo.

Um adolescente com idade entre quatorze e dezesseis anos possui um certo discernimento, apesar de ser considerado absolutamente incapaz, ao passo que existem pessoas com idade acima de dezesseis anos que, por múltiplas causas, não compreendem a realidade ao seu redor e carecem da proteção jurídica decorrente da aplicação da teoria das incapacidades.

A gradação do discernimento como fator determinante para a capacidade é a pedra de toque da teoria das incapacidades. A crítica que se faz quanto à abstração desta forma de se estabelecer a incapacidade diz respeito à aplicação de um modelo fixo e integral de interdição, que não analisa as peculiaridades de cada caso e gera a restrição indevida de direitos ou atos, quando a pessoa possui aptidão para praticá-los, em especial quanto aos atos existenciais. Em relação ao critério psicológico, destinada aos maiores de dezesseis anos, deve ser considerado incapaz, absoluta ou relativamente, a depender do grau de discernimento, todos aqueles que não

⁷² MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPC e da CDPC a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 12, p. 146, abr./jun. 2017.

⁷³ De acordo com o Ministério da Saúde: “ELA ou Esclerose Lateral Amiotrófica é uma doença que afeta o sistema nervoso de forma degenerativa e progressiva e acarreta em paralisia motora irreversível. Pacientes com a doença sofrem paralisia gradual e morte precoce como resultado da perda de capacidades cruciais, como falar, movimentar, engolir e respirar.” (BRASIL. Ministério da Saúde. 21/6 – Dia Nacional de Luta Contra a Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA). **Biblioteca Virtual em Saúde**. Disponível em: <<https://bvsmms.saude.gov.br/21-6-dia-nacional-de-luta-contra-a-esclerose-lateral-amiotrofica-ela/>>. Acesso em: 16 de mai. 2020).

apresentam a necessária lucidez para os atos da vida civil, sem se preocupar em elencar na lei quais seriam as supostas causas da incapacidade, se o vício em tóxicos, a habitualidade da embriaguez ou alguma deficiência mental.

A digressão história demonstra que as hipóteses de incapacidade listadas em lei apresentam um movimento de redução com o evoluir da sociedade, pois na verdade constituem discriminação e exclusão se elencadas de forma abstrata e *a priori*, ou seja, só há que se falar em incapacidade se a pessoa não conseguir se autodeterminar com lucidez e discernimento, seja qual for a causa.

Assim como o Estatuto da Pessoa com Deficiência desvinculou por completo a incapacidade de qualquer deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto, sendo a aptidão para exprimir vontade o único critério para aferir a capacidade de uma pessoa com deficiência e tal razão deve ser aplicada para todas as demais hipóteses de incapacidade. De acordo com o modelo social de deficiência “*as noções de deficiência e incapacidade não mais são passíveis de confusão, constituindo um notável avanço em relação ao direito anterior*”⁷⁴, nas palavras de Guilherme Magalhães Martins.

Segundo Maurício Requião, o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez a necessária distinção entre transtorno mental, que cabe ao campo médico e à psicanálise, a incapacidade, que é uma categoria jurídica, um estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas a seu *status* pessoal, e a curatela, estabelecida a partir do processo de interdição que objetiva estabelecer os limites da incapacidade do sujeito para determinados atos da civil⁷⁵.

O artigo 6º⁷⁶ deste Estatuto é expreso ao estabelecer a capacidade plena para as pessoas com deficiência quanto ao exercício dos direitos existenciais, de planejamento familiar,

⁷⁴ GALASSI, Almir et al. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss (Orgs.). 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 311.

⁷⁵ REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. Artigo. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁷⁶ “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.” (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020).

reprodutivos, sexuais, dentre outros exemplificativamente listados, além disso estabeleceu que a curatela se restringe aos atos de natureza patrimonial, nos termos do artigo 85⁷⁷.

O pleno exercício dos direitos existenciais deve ser garantido a todas as pessoas indistintamente, sejam elas plenamente capazes, absoluta ou relativamente incapazes, e não apenas às pessoas com deficiência. A garantia legal prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência, com fundamento nos direitos fundamentais, não deve ser restrita a apenas um grupo que apresenta uma dentre as inúmeras possíveis causas de incapacidade, mas a todas elas. Em outras palavras, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, as pessoas com doenças degenerativas, vítimas de acidentes que ficaram com alguma sequela física ou mental são igualmente titulares de direitos da personalidade e devem exercê-los pessoalmente na maior medida possível⁷⁸.

De acordo com a atual teoria das incapacidades estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, somente a capacidade de fato para as questões patrimoniais pode ser restringida e submetida à curatela, permanecendo incólume a autonomia e a autodeterminação para o exercício das liberdades pessoais, que não podem ser afetadas em virtude de déficit cognitivo⁷⁹. A mudança de paradigma está positivada no artigo 6º e reafirmada no artigo 84, *caput*, da Lei nº 13.146⁸⁰, segundo os quais a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para se casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer os direitos à família, dentre outros exemplificativamente expostos.

⁷⁷ “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.” (Ibid.)

⁷⁸ A exemplificar a multiplicidade de causas que podem gerar a ausência de discernimento em um indivíduo está este julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que tratou da interdição de uma pessoa com hanseníase e que sofreu um AVC: “INTERDIÇÃO. Ação de interdição. Decisão que postergou a análise do pedido de curatela provisória. Agravado acometido de hanseníase, tendo sofrido AVC, apresentando quadro de demência e perda das funções cognitivas, portador de Alzheimer. Índícios de incapacidade que permitem o deferimento da curatela provisória a ser exercida pelo agravante. Confirmação da tutela recursal antecipada. AGRAVO PROVIDO.” (BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2038382-72.2016.8.26.0000. Relator: Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Guarulhos – 3ª Vara de Família e Sucessões. Julgamento: 22/06/2016. Registro: 22/06/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2020).

⁷⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 78.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Não se apresenta coerente, todavia, que no universo de pessoas consideradas necessitadas da proteção do Estado e do Direito, seja destinado a um grupo específico, às pessoas com deficiência, a garantia da capacidade plena para o exercício de direitos existenciais e ampla proteção destes, sem estender esta tutela às demais pessoas consideradas incapazes, sendo que para todos os casos a razão do reconhecimento da incapacidade deve ser a mesma, impossibilidade de manifestar a vontade por ausência de discernimento.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou tutelar a autonomia do sujeito ao máximo possível e garantir o efetivo poder de autodeterminação. Com a sua entrada em vigor, a valoração jurídica da capacidade é baseada no discernimento da pessoa no caso concreto e não mais no diagnóstico médico que reconheça a deficiência psíquica ou intelectual⁸¹. O avanço apresentado neste sentido é notável e reconhecido pela doutrina, contudo, não há razão para não ser dispensando o mesmo tratamento para os viciados em tóxicos, os ébrios habituais e as demais pessoas consideradas incapazes pelos mais variados motivos.

Gustavo Tepedino ensina que a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência “*a necessidade de proteção do deficiente será aferida no caso concreto, não havendo mais a categoria abstrata e apriorística que vincule à incapacidade o simples fato de se possuir algum tipo de deficiência*”⁸².

Contudo, embora tenha sanado a previsão de incapacidade abstrata das pessoas com deficiência, a Lei nº 13.146 alterou o artigo 4º, inciso II, do Código Civil de 2002 para considerar como relativamente incapazes os ébrios habituais e os viciados em tóxico, pelo simples fato de serem assim considerados. Apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência ter dissociado a incapacidade da deficiência, passou a prever a incapacidade abstrata para os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, configurando um movimento retrógrado em relação às demais pessoas submetidas à teoria das incapacidades além das pessoas com deficiência. A incapacidade é instituto da Parte Geral do Direito Civil, que alcança um rol bem mais amplo do que as pessoas com deficiência mental, que na verdade constitui apenas uma das possíveis causas de ausência de discernimento.

Os autores que vêm com bons olhos as alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência acreditam que a incapacidade, absoluta ou relativa, limita a autonomia das pessoas, pois o incapaz depende de seu representante ou assistente para praticar os atos da

⁸¹ TEPEDINO. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227-247.

⁸² Ibid., p. 227-247.

vida civil, o que destitui a pessoa do poder de autorregulamentar seus próprios interesses. Maici Barbosa dos Santos Colombo considera que a atribuição de plena capacidade às pessoas com deficiência, em especial a intelectual, é capaz de conduzir a um processo emancipatório, fundado “*na igualdade substancial de direitos e na liberdade de exercê-los, favorecendo seu desenvolvimento como sujeito pertencente à sociedade, na qual os seus atos são validamente reconhecidos*”⁸³.

A Lei de Inclusão operou um grande avanço no âmbito dos direitos humanos ao dissociar a incapacidade com a deficiência psíquica, mental ou cognitiva. Contudo, excluiu a possibilidade de se reconhecer a incapacidade civil absoluta do maior de dezesseis anos e estabeleceu a incapacidade para os ébrios habituais e os viciados em tóxicos retirando a expressão que se referia ao comprometimento do discernimento. No primeiro caso gerou uma situação de vulnerabilidade às pessoas que concretamente não são capazes de manifestar vontade, as quais somente poderão ser tuteladas pelo regime da incapacidade relativa, e nunca da absoluta, de modo que o sistema legislativo aplicável a estas pessoas é muito menos protetivo que o sistema das incapacidades direcionado às pessoas consideradas absolutamente incapazes.

Rafael Asís afirma que existe uma certa distância ou escassa comunicação entre a teoria dos direitos humanos e as normas que disciplinam os direitos das pessoas incapazes, isto porque a teoria dos direitos humanos não trata suficientemente da questão da incapacidade e, por outro lado, a regulamentação jurídica da incapacidade foi feita sem respaldo nas questões de direitos humanos⁸⁴.

⁸³ COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 243-270.

⁸⁴ “He venido señalando como los derechos humanos han estado presentes en la historia reciente para tratar la cuestión de la discapacidad. No obstant, esta persencia ha sido em ocasiones nominal y poco meditada. Hay una certa distancia o si se quiere una escassa comunicación entre la teoría de los derechos y la normativa sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por un lado, la teoría de los derechos (sobre todo la que trata cuestiones de concepto, fundamentación e historia) no ha tratado ni suficientemente ni seriamente la cuestión de la discapacidad, y por otro, la regulación jurídica de dicha cuestión (incluso también el tratamiento social) se ha elaborado a espaldas de una teoría de los derechos consistente. En este sentido, es necesario acercar ambos ámbitos, comunicar, como en otras tantas cuestiones, la teoría con la práctica.” (ASÍS, Rafael de. Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 3-30). (“Tenho apontado como os direitos humanos estiveram presentes na história recente para abordar a questão da deficiência. No entanto, essa persistência às vezes foi nominal e mal considerada. Existe uma certa distância ou, se assim se quer, uma pouca comunicação entre a teoria dos direitos e as regulamentações sobre os direitos das pessoas com deficiência. Por um lado, a teoria dos direitos (especialmente aquela que trata de questões de conceito, fundamento e história) não tratou suficientemente ou seriamente a questão da deficiência e, por outro, a regulamentação jurídica desta questão (incluindo também o tratamento social) foi desenvolvida por trás de uma teoria consistente de direitos. Nesse sentido, é necessário aproximar as duas áreas, para comunicar, como em tantas outras questões, a teoria com a prática” (Tradução livre)).

De acordo com Flávio Tartuce, o Estatuto da Pessoa com deficiência valorizou o binômio *dignidade-liberdade* em detrimento da *dignidade-vulnerabilidade*⁸⁵. A Lei Brasileira de Inclusão teve um importante papel, no sentido de gerar a inclusão das pessoas com deficiência com igualdade e dignidade, ao estabelecer a acessibilidade aos mais variados tipos de espaços, produtos e serviços. Criou um sistema que tem por objetivo precípua garantir a igualdade e acabar com a discriminação, que por muito tempo esteve presente em nossa sociedade, e infelizmente ainda é uma realidade.

Visando efetivar direitos e garantias em favor das pessoas com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão promoveu alterações na teoria das incapacidades que não foram totalmente benéficas para as pessoas que dependem da aplicação deste sistema protetivo. Um grande avanço trazido pelo diploma legal foi a dissociação da noção de incapacidade com a de deficiência mental ou intelectual, assim como o reconhecimento do direito da pessoa com deficiência se autodeterminar.

O objetivo deste trabalho, todavia, é argumentar pela necessidade de previsão legal de uma hipótese legal prevendo o reconhecimento da incapacidade civil absoluta para as pessoas que não conseguem manifestar a vontade, e uma outra previsão de incapacidade civil relativa para as pessoas que apresentam o discernimento reduzido, dissociando, assim, a incapacidade de qualquer causa específica, seja o vício em álcool, tóxicos, deficiência psíquica, prodigalidade, para que seja restrita à hipótese de a pessoa conseguir ou não expressar vontade e, uma vez reconhecida a incapacidade, que as medidas protetivas sejam impostas de modo a permitir no maior grau possível a autodeterminação da pessoa.

O ponto central da incapacidade consiste na ausência ou limitação no discernimento para praticar os atos da vida civil, o que pode decorrer de inúmeras causas e apresentar diversos níveis, sendo impossível ao legislador antever as possíveis causas e correlacioná-las ao comprometimento psíquico que podem causar. A evolução histórica do instituto demonstra a redução das hipóteses legais de incapacidade, que tendem a se limitar ao critério etário, definido por pesquisas científicas, e aptidão para autodeterminar-se de forma consciente. Assim como já se concluiu que a deficiência ou enfermidade mental não geram, necessariamente, a incapacidade, tal compreensão deve ser estendida às demais hipóteses previstas na lei, assim como o adequado tratamento aos direitos existenciais e patrimoniais das pessoas consideradas incapazes.

⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte geral**. Volume I. E-book. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

2.3. Reflexos da teoria das incapacidades nos negócios jurídicos

A capacidade de direito é a aptidão genérica para ser titular de direitos e obrigações, e a capacidade de fato consiste na possibilidade de a pessoa exercer tais direitos pessoalmente e por si só, praticando atos e negócios jurídicos. A teoria das incapacidades repercute em todo o conjunto de normas do Direito Civil e gera efeitos no âmbito familiar, negocial e até mesmo na capacidade testamentária da pessoa. Quando uma pessoa é considerada absoluta ou relativamente incapaz, a decisão judicial que reconhece a incapacidade repercute em diversas questões da sua vida pessoal, familiar, social e patrimonial. A título de exemplo, a prática dos atos jurídicos passa a demandar a presença do curador, seja como representante ou assistente, devendo-se aplicar normas especiais cuja finalidade é a proteção do incapaz.

No caso de incapacidade absoluta a pessoa carece de representação, que pode ser exercida pelos pais ou tutores, ou seja, tradicionalmente entendeu-se que a lei não considera a vontade do representado, sendo o ato praticado exclusivamente pelo representante. Já no caso de incapacidade relativa, o ato é praticado pela própria pessoa acompanhada pelos assistentes, que são os pais, tutores ou curadores. A diferenciação entre incapacidade relativa ou absoluta também repercute no plano da validade do negócio jurídico, pois quando o ato é praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação ele é nulo e, portanto, não pode ser convalidado, ao passo que o ato praticado sem assistência é anulável e convalida com o decurso do tempo.

Joyceane Bezerra de Menezes critica a concepção abstrata da incapacidade, que divide os incapazes em categorias genéricas e não busca verificar o real grau de discernimento de cada indivíduo. Para a autora esta forma de perceber a incapacidade é própria da visão patrimonialista do Direito Civil, que não se preocupa com as questões subjetivas e existenciais do indivíduo, em verdade o centro do ordenamento jurídico é o sujeito proprietário, formalmente igual a todos perante a lei⁸⁶.

Antes das alterações provocadas Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil, uma vez reconhecida a incapacidade absoluta, a pessoa ficava inibida de praticar qualquer ato jurídico ou de celebrar qualquer negócio jurídico, por mais simples que fossem e embora possuísse aptidão para tanto, os quais somente poderiam ser praticados ou

⁸⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia D'Alge Mont'Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 566-588, set./dez. 2017. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.16628.

celebrados por seu representante legal, sob pena de nulidade, conforme previsto no artigo 166, inciso I, do atual Código Civil Brasileiro de 2002⁸⁷.

Quando se trata de incapacidade relativa, por sua vez, os atos da vida civil são praticados pessoalmente pelo incapaz, desde que assistido por seu assistente legal. Existem atos, porém, que podem ser praticados pelo relativamente incapaz independente de assistência, que são eles: realizar testamento, ser mandatário e ser testemunha. Quando o ato envolve interesse de relativamente incapaz deve comparecer tanto o relativamente incapaz, que é quem o pratica efetivamente, quanto o seu assistente, sob pena de anulabilidade (artigo 171 do Código Civil⁸⁸).

Clóvis Beviláqua⁸⁹ afirma que a lei protege os incapazes na medida em que lhes confere representantes que lhes supram a incapacidade, com maior ou menor amplitude, conforme se trate de incapacidade absoluta ou relativa. Nesse sentido, vela para que seus bens sejam conservados, impondo maiores formalidades para sua alienação, apreciação judicial, hipoteca legal e a responsabilização dos tutores e curadores⁹⁰.

O reconhecimento da incapacidade gera reflexos em diversas esferas da vida da pessoa, seja quanto aos interesses patrimoniais quanto aos existenciais dos incapazes. O adequado tratamento jurídico da questão deve conciliar a necessária segurança no tráfego jurídico, a proteção dos interesses patrimoniais do incapaz e a necessidade de se assegurar a maior autonomia possível para o indivíduo exercer direitos existenciais, como decidir sobre o próprio corpo, questões afetivas e familiares.

Além do impacto da questão patrimonial na vida das pessoas, conforme mencionado no capítulo anterior, a celebração de negócios jurídicos está presente na vida cotidiana das as pessoas, seja para atos mais simples como efetuar uma compra no supermercado, seja para situações mais complexas e de valores mais elevados, como por exemplo comprar ou vender imóveis ou negociar valores mobiliários na bolsa de valores.

Antônio Junqueira de Azevedo conceitua o negócio jurídico como fato jurídico consistente na declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados

⁸⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

⁸⁸ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

(BRASIL, op. Cit.)

⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955, p. 89.

⁹⁰ No Código Civil de 1916 vigorava a visão patrimonialista do Direito, segundo a qual o centro de proteção do ordenamento jurídico era o patrimônio e não a pessoa humana.

como queridos, desde que respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia estabelecidos pela norma jurídica e ele aplicável. Ainda de acordo com o autor, o negócio jurídico constitui uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais, o que faz com que seja socialmente destinada a produzir efeitos jurídicos⁹¹.

Este autor ensina que os planos da existência, validade e eficácia devem ser sucessivamente analisados para concluir pela plena realização do negócio jurídico. Destaca ainda que somente o negócio jurídico deve ser analisado no plano da validade, o que é dispensado em relação ao fato jurídico, na medida em que para alcançar os efeitos manifestados como queridos pelas partes elas devem observar requisitos legais estabelecidos para a declaração de vontade. Em outros termos, validade é uma qualidade, um adjetivo, que somente o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, a qual decorre da conformidade com as regras jurídicas⁹².

Os elementos de existência são essenciais para a estrutura do ato, ou seja, lhe formam a substância e sem eles o ato não existe. Antônio Junqueira de Azevedo⁹³ define como elementos indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio jurídico a forma, que consiste no modo como a vontade é exteriorizada, o objeto, conteúdo pretendido pelo agente, e as circunstâncias negociais, que podem ser definidas como a essência da declaração de vontade, que faz com que a manifestação de vontade esteja socialmente apta a produzir efeitos jurídicos.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que os requisitos de existência do negócio jurídico são: a declaração de vontade, a idoneidade do objeto e a finalidade negocial. Do ponto de vista do Direito, somente a vontade exteriorizada compõe o suporte fático do negócio jurídico, a qual deve ser revestida de finalidade negocial, que consiste no propósito de adquirir, conservar, modificar ou extinguir direitos.⁹⁴

Maria Helena Diniz ensina que a manifestação de vontade exerce papel preponderante no negócio jurídico, sendo um de seus elementos básicos, e a conceitua como a anuência válida do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica sobre determinado objetivo⁹⁵. Assim, a vontade é elemento essencial para a prática de atos jurídicos, que, por sua vez, formam a base do Direito Civil.

⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16-17.

⁹² Ibid., loc. cit.

⁹³ Ibid., p. 32.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 16. ed. E-book. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁹⁵ Esta declaração volitiva deve ser livre e de boa-fé sob pena de gerar a invalidade do ato. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221).

No plano da existência do negócio jurídico, a vontade é requisito substancial para sua celebração, a qual não pode ser reconhecida nas hipóteses de pessoas que não são capazes de se autodeterminar para a formação do querer e externá-la por alguma limitação física ou mental⁹⁶. Caio Mário da Silva Pereira ensina que a vontade interna ou real é que a traz a força jurígena, mas a sua exteriorização pela declaração é que a torna conhecida⁹⁷.

De acordo com o artigo 4º, inciso III do Código Civil de 2002, já transcrito, são relativamente incapazes as pessoas que por causa permanente ou transitória não conseguem manifestar vontade. Contudo, de acordo com a legislação em vigor, tais pessoas devem ser apenas assistidas na prática de atos jurídicos, o que pressupõe prática do ato pela própria pessoa incapaz de manifestar a sua vontade, com o comparecimento do assistente. Percebe-se que a própria lei cria a situação extrema de uma pessoa que não consegue se manifestar ser quem irá praticar pessoalmente um ato jurídico assistida por outrem.

Na prática, a situação é ainda mais complexa, na medida em que uma pessoa em coma ou com Alzheimer em estado avançado não possui condições físicas e psíquicas para comparecer a um ato jurídico e manifestar vontade, ainda que supervisionada por outrem. Trata-se de uma hipótese de ausência de vontade juridicamente qualificada, requisito de existência de um negócio jurídico. Poder-se-ia admitir o suprimento da vontade do incapaz pelo curador, o que, todavia, não condiz com o instituto da assistência, mas da representação, forma de suprimento da incapacidade absoluta. Esta questão expõe a necessidade de se reconhecer uma hipótese legal de incapacidade absoluta por ausência de discernimento, o que não significa dizer que as pessoas assim reconhecidas seriam tolhidas da prática dos atos para os quais apresentem aptidão, em especial no que diz respeito aos direitos da personalidade.

O segundo degrau da Escada Ponteaniana – sendo o primeiro a existência –, é o da validade e, de acordo com o artigo 104 do Código Civil de 2002⁹⁸, a validade do negócio

⁹⁶ “Foi a doutrina alemã que elaborou o conceito do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores alemães como dos mais importantes da moderna ciência do Direito, e imaginou-o como um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. O fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal. E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se dessa forma a sua definição.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 388).

⁹⁷ Ibid., p. 233.

⁹⁸ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.)

jurídico requer: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei⁹⁹. O negócio jurídico que não apresentar os pressupostos acima elencados será inválido, podendo ser nulo ou anulável¹⁰⁰. Pois bem, se o negócio jurídico for celebrado por um agente absolutamente incapaz será nulo de pleno direito, conforme determina o artigo 166 do CC/02¹⁰¹, ao passo que se for praticado por agente relativamente incapaz a nulidade também será relativa, ou seja, o negócio será apenas anulável, conforme determina o artigo 171, inciso I, do CC/02¹⁰².

Caio Mário da Silva Pereira ensina que o legislador brasileiro desprezou o critério do prejuízo, e se inspirou no respeito à ordem pública, estabelecendo a nulidade nas hipóteses de infração de leis de caráter cogente¹⁰³.

De acordo com a teoria das nulidades o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e não convalesce com o tempo¹⁰⁴ e, uma vez reconhecida a invalidade os efeitos são *ex tunc*.

A nulidade absoluta não pode ser suprida, e a lei prevê a possibilidade de arguição do vício por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, devendo ser reconhecida de ofício pelo juiz¹⁰⁵. As nulidades relativas, por sua vez, podem ser confirmadas pelas partes, únicas pessoas legitimadas a argui-las, convalescem com o decurso do prazo e produzem efeitos *ex nunc*.

⁹⁹ De acordo com a Escada Ponteadada o terceiro degrau seria a eficácia, a qual apresenta elementos acidentais ao negócio jurídico, repercutem nos efeitos deste, e são eles: a condição, o termo e o encargo. Como não foram afetados diretamente pelas alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não serão abordados neste trabalho.

¹⁰⁰ Considerando o objetivo do presente trabalho, apenas serão abordadas as hipóteses que tangenciam os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo que somente será analisada a questão da incapacidade do agente.

¹⁰¹ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” (Ibid.).

¹⁰² “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente; [...]” (Ibid.).

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 530.

¹⁰⁴ “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹⁰⁵ “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.” (Ibid.).

Percebe-se que os efeitos da nulidade absoluta são muito mais severos que os da nulidade relativa, os quais devem ser aplicados aos negócios jurídicos celebrados por pessoas incapazes de manifestar vontade e, de acordo com a teoria das incapacidades vigente, somente é aplicável aos negócios jurídicos celebrados pelos menores com até dezesseis anos.

É possível concluir pela interpretação da teoria das incapacidades nos moldes em que está positivada que a simples limitação ou dificuldade para manifestar a vontade de forma consciente não é capaz de atingir o plano da validade dos negócios jurídicos, haja vista que somente são consideradas relativamente incapazes as pessoas que não conseguem manifestar vontade de forma alguma. Em outras palavras, se a pessoa é capaz de manifestar vontade, ainda que não seja de forma livre e consciente, será considerada capaz e o ato válido, não sendo a teoria das nulidades sequer aplicável aos negócios jurídicos realizados pelas pessoas com limitações de discernimento.

Vislumbra-se três possíveis situações: a primeira delas consiste na pessoa que não é capaz de manifestar sua vontade, hipótese na qual o negócio jurídico seria apenas anulável, sendo que a proteção adequada à pessoa neste caso seria considerar o ato nulo e a pessoa reconhecida como absolutamente incapaz. A segunda possibilidade consiste na situação da pessoa que possui uma limitação cognitiva que não lhe impede de manifestar a vontade, mas gera um desequilíbrio entre as partes do negócio jurídico, atualmente esta parte é considerada capaz, e o ordenamento jurídico não possui nenhum instrumento para protegê-la nesta relação. A limitação para manifestar vontade por discernimento reduzido, se há possibilidade de comprometer o equilíbrio contratual, é hipótese de incapacidade relativa, devendo a lei prever uma hipótese legal de incapacidade relativa para pessoas com discernimento reduzido para manifestar vontade, hipótese em que o ato deve ser considerado anulável.

Por fim, a terceira possível situação é do pródigo, do ébrio habitual e do viciado em tóxico com plena consciência de seus atos e de suas vontades, mas que são considerados relativamente incapazes pelo ordenamento jurídico, que não exige sequer um comprometimento do discernimento para tanto, de modo que se celebrarem um negócio jurídico sem a presença do assistente, o ato será anulável, o que é um contrassenso. Apesar do Código Civil estabelecer a incapacidade relativa do ébrio habitual e do viciado em tóxicos de forma abstrata, a doutrina argumenta pela necessidade de redução do discernimento para limitar a liberdade de agir de tais pessoas¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Quando o agente é maior de idade ou emancipado, mas incapaz em consequência da falta ou redução do necessário discernimento decorrentes, por exemplo, de surdo-mudez, dependência de bebida alcoólica ou de tóxicos, de prodigalidade ou de da condição de excepcional, pode ser declarado interdito e, assim, incapaz para os

A exigência da capacidade do agente é um pressuposto para se obter segurança jurídica para as partes envolvidas negócio jurídico, pois exige consciência e capacidade de dispor de forma válida de seu patrimônio. A invalidade, ao contrário, é sanção imposta ao ato celebrado por agente incapaz, com objeto ilícito, impossível ou indeterminado, violação da forma prevista em lei, ou quando apresenta algum vício social ou do consentimento.

Não deve prosperar o possível argumento de que a ausência de hipóteses específicas de incapacidade, as quais não determinam o seu reconhecimento necessariamente, causaria insegurança jurídica, na medida em que os negócios jurídicos poderiam ser anulados a qualquer tempo sob o argumento de ausência de discernimento de uma das partes. Tal argumento é afastado pelo dever de boa-fé objetiva dos contratantes, que não devem contratar se perceberem que a outra parte não compreende bem as circunstâncias negociais, como também pelo fato de que as previsões legais específicas em vigor atualmente não geram esta segurança pretendida.

Todos devem adotar um modelo de comportamento probo, legal e honesto, o que não se compatibiliza com a conduta de contratar com uma pessoa que visivelmente não compreende o teor do que é contratado e os efeitos. A celebração de um negócio jurídico envolve etapas de tratativas e negociações preliminares, nas quais certamente ficaria evidenciada a não compreensão dos fatos, não devendo a outra parte prosseguir nas negociações caso constate tal situação.

Ademais, somente o critério etário é objetivo e pode ser comprovado de forma cabal através de documentos de identidade, as demais hipóteses de incapacidade não são aferíveis de plano. Não é possível concluir que uma pessoa é viciada em tóxico, pródiga ou ébrio habitual por documentos oficiais ou elementos objetivos, mas apenas é possível concluir que a parte contratante não compreende bem o que é proposto e negociado.

A certeza quanto à incapacidade de tais pessoas, atualmente consideradas relativamente incapazes, somente pode ser obtida apenas quando apresentada a certidão do registro da interdição no 'Livro E' do Registro Civil das Pessoas Naturais, ato jurídico que confere publicidade e eficácia *erga omnes* à sentença judicial. Contudo, eventual negócio jurídico celebrado por pessoa sem discernimento, seja qual for o motivo, é anulável ainda que a incapacidade civil não tenha sido reconhecida judicialmente.

As hipóteses de incapacidade civil apresentadas pelo Código Civil, com exceção dos critérios etários e do artigo 4º, inciso III, são discriminatórias e dependem do reconhecimento pelo juiz que o discernimento restou prejudicado em virtude de tais situações.

atos da vida civil (CC/02, art. 1.767). (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 16. ed. E-book. São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

O que se propõe é que a redação legal dos dispositivos que tratam da incapacidade civil explicita apenas um critério geral de definição da incapacidade, qual seja, a ausência ou limitação do discernimento, que constitui um efeito que pode ter infinitas causas, podendo ser a embriaguez habitual, o vício em drogas, alguma doença, acidente, queda ou agressão física.

A ausência de discernimento pode ser mais perceptível ao outro contratante que o erro, vício do consentimento que permite a anulação do negócio jurídico, o que rechaça o argumento de que a unificação de critério para a incapacidade civil poderia gerar insegurança jurídica, pois se a outra parte perceber que está tratando com uma pessoa que não compreende bem os termos da negociação, o dever de boa-fé impõe que sejam suspensas as tratativas.

Quanto aos vícios do consentimento que podem atingir os negócios jurídicos, são eles o erro, o dolo, a coação e a lesão. Washington de Barros Monteiro define o dolo civil como todo artifício empregado para enganar alguém, intervindo na efetuação de um ato jurídico para viciar o consentimento do agente e sua sanção é a anulabilidade do negócio jurídico. É o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro¹⁰⁷.

O tutor, o curador e o pai no exercício do poder familiar são representantes que a lei impõe, sem que o representado possa se rebelar contra, de modo que a lei seria desproporcional se os responsabilizasse integralmente pelos atos maliciosos daqueles, como é o caso do dolo do representante convencional. Quanto ao dolo, nos termos do artigo 149 do Código Civil de 2002¹⁰⁸; o dolo do representante legal só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito. Verifica-se a representação legal emana diretamente da lei, como é o caso dos tutores e pais em relação aos absolutamente incapazes, que não podem emitir vontade de forma válida nem intervir diretamente nos negócios jurídicos¹⁰⁹. Atualmente, somente os menores de dezesseis anos possuem representantes legais, as demais hipóteses de incapacidade são supridas pela assistência.

As pessoas que não conseguem manifestar vontade (por deficiência mental ou qualquer outro motivo) podem ser submetidas à curatela, mas o curador será considerado apenas assistente, tendo em vista que de acordo com a atual sistemática da teoria das incapacidades são

¹⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

¹⁰⁸ “Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 496.

considerados apenas relativamente incapazes. Caso o curador aja com dolo, o incapaz será pessoalmente responsável, haja vista que os atos são praticados pelo assistido com a participação do assistente e não será aplicada a norma protetiva do artigo 149 do Código Civil, que limita a responsabilidade do representado ao proveito obtido.

Se uma pessoa que não é capaz de entender o mundo ao seu redor, não pode ser responsabilizada pela conduta dolosa de uma outra pessoa que a lei ou o juiz nomeou para lhe ajudar e proteger. Atualmente, a limitação da responsabilidade ao proveito obtido pela da pessoa somente se aplica ao tutor e ao poder familiar, haja vista que a representação é a forma de suprimimento da incapacidade absoluta e a única hipótese atualmente diz respeito aos menores de dezesesseis anos. Considerar as pessoas que não conseguem manifestar vontade como absolutamente incapazes atrairia também a aplicação do artigo 149 do Código Civil vigente, para limitar a responsabilidade ao proveito obtido, o que faz sentido na medida em que tais pessoas não possuem aptidão para controlar e fiscalizar os atos que seus assistentes praticam em sua esfera patrimonial.

A teoria das incapacidades também repercute no direito das obrigações em relação ao pagamento realizado a pessoa incapaz de quitar. Nos termos do artigo 310¹¹⁰ do CC/02 não é válido o pagamento cientemente realizado ao incapaz de quitar, salvo se o devedor demonstrar que se reverteu em benefício daquele.

De acordo com a redação deste dispositivo legal, a validade do pagamento feito a incapaz fica condicionada à reversão do benefício, não sendo feita a distinção entre incapacidade absoluta ou relativa. Esta norma, portanto, não seria aplicável às pessoas que possuem alguma dificuldade de manifestar vontade, mas não se enquadram na hipótese de ausência de vontade, como por exemplo uma pessoa com uma limitação psíquica sutil, decorrente de deficiência ou não, mas que em virtude dela não tenha noção de dinheiro e valores. Considerando que esta pessoa seja credora de um débito, se ela der quitação, este ato será totalmente válido, eficaz, e hábil a liberar o devedor.

As normas que disciplinam a prescrição e a decadência¹¹¹ também apresentam dispositivos que visam proteger as pessoas consideradas incapazes, em especial os casos de

¹¹⁰ “Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹¹¹ De acordo com Agnelo Amorim Filho: “1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas; 2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; 3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.” (AMORIM

incapacidade absoluta. Apesar de se tratar de dispositivos distintos, eles se aproximam na medida em que acarretam a perda de uma faculdade jurídica, da pretensão e do direito potestativo, respectivamente, em virtude da inércia do seu titular no decurso do tempo.

Sílvio de Salvo Venosa conceitua a prescrição como a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Aponta como requisitos da prescrição a existência de uma ação exercitável, a inércia do titular da ação pelo não exercício por determinado tempo e a ausência de fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição.¹¹²

A prescrição constitui a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo, ou seja, não é o direito que se extingue, mas a pretensão de exigi-lo. Alguns autores reconhecem a prescrição como uma sanção ao titular do direito negligente, ao passo que outros entendem ser uma medida de segurança jurídica, para consolidar situações jurídicas.

A configuração da prescrição pressupõe a ocorrência de cinco requisitos: 1) existência de um direito exercitável; 2) a violação deste direito¹¹³; 3) a ciência da violação do direito; 4) inércia do titular; 5) decurso do prazo legal; e, 6) ausência de causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição¹¹⁴.

O decurso do prazo constitui elemento essencial para a configuração da prescrição, o qual é obstado pelas hipóteses legais de impedimento, suspensão e interrupção. As causas impeditivas obstam o início da fluência do prazo, já as suspensivas fazem cessar o curso, de modo que, quando superadas, a contagem do prazo continua de onde parou e, por fim, as interruptivas determinam o recomeço da contagem do prazo¹¹⁵.

De acordo com o artigo 198, inciso I, do Código Civil de 2002¹¹⁶, não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, que atualmente são apenas os menores de dezesseis, sendo que o prazo flui normalmente para os relativamente incapade.

FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Artigo/Doutrina. 2005. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 836, jun. 2005, p. 763. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/216734/mod_resource/content/0/Agnelo%20Amorim%20-%20Crit%C3%A9rio%20cient%C3%ADfico.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019).

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. Volume 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 597.

¹¹³ De acordo com o Enunciado 14 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 189: 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.” (Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V : Enunciados Aprovados** / Coordenador Científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 18. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019).

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ “Art. 198. Também não corre a prescrição:

Assim, se uma pessoa portadora de Alzheimer permanecer inconsciente por longo período de tempo sem que o seu curador tenha conhecimento daquele direito ou se uma pessoa permanecer em coma induzido e convalescer após alguns anos, o decurso do tempo importará na extinção da pretensão, de modo que não mais poderão exigir a satisfação ou a reparação de seus direitos, caso o seu curador não o tenha feito.

Nesse exemplo, apesar de estar em coma, a pessoa seria considerada relativamente incapaz (e não absoluta, como seria pelo modelo anterior), afastando, assim, a incidência do artigo 198 do Código Civil e atraindo a aplicação do artigo 195¹¹⁷, que prevê a possibilidade de ação de regresso em face do assistente que deu causa à prescrição. Seria necessário, portanto, ingressar com ação judicial e demonstrar a inércia do curador para pleitear o regresso, de modo que o sucesso da demanda ainda passa a depender da comprovação da omissão do curador e da existência de patrimônio do assistente para responder pelo prejuízo.

Se reconhecida a incapacidade absoluta para as pessoas que não possuem discernimento, ou seja, que são incapazes de manifestar vontade, este direito permaneceria resguardado. Trata-se de uma norma protetiva, que visa resguardar os interesses patrimoniais de pessoas que estão em situação de vulnerabilidade e aplicá-la significa proteger as pessoas que estão inconscientes ou com discernimento bastante reduzido, e não gerar discriminação.

A decadência, por sua vez, consiste na perda de um direito potestativo pelo decurso do prazo estabelecido em lei ou pela vontade das partes para o seu exercício. Carlos Roberto Gonçalves conceitua o direito potestativo como o direito sem pretensão, insuscetível de ser violado, pois a ele não se opõe um dever de alguém, mas uma situação de sujeição, como por exemplo o direito de anular um negócio jurídico.

Uma das diferenças apontadas pela doutrina entre prescrição e decadência reside no artigo 207 do Código Civil¹¹⁸, que estabelece que em regra não se aplicam à decadência as causas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. Ocorre que o artigo 208¹¹⁹ excepciona a regra do dispositivo anterior e determina a aplicação à decadência dos artigos

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; [...]” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹¹⁷ “Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.” (Ibid.).

¹¹⁸ “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

¹¹⁹ “Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.” (Ibid.).

195¹²⁰ e 198, I¹²¹, de modo que todo o raciocínio desenvolvido acima para a prescrição, aplica-se à decadência.

Portanto, o que se infere é que os prazos para anular os negócios jurídicos com vícios do consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo), vícios sociais (simulação e fraude contra credores) fluem normalmente em detrimento dos interesses das pessoas que não conseguem manifestar vontade ou possuem alguma limitação funcional de natureza mental ou psíquica que dificulta sua manifestação.

Como as pessoas que não manifestam vontade são consideradas relativamente incapazes de acordo com a atual teoria das incapacidades, não seria possível obstar a fluência do prazo decadencial em face destas, nos termos do artigo 195 combinado com o artigo 208 do Código Civil. Caso estas pessoas que não conseguem manifestar vontade fossem consideradas absolutamente incapazes o prazo prescricional não fluiria, e seus direitos permaneceriam resguardados enquanto durasse a incapacidade absoluta.

Com o objetivo de contornar os efeitos prejudiciais da fluência do prazo prescricional em detrimento dos interesses de pessoas incapazes de consentir, desenvolveu-se a teoria do *contra non valere agere non currit praescriptio*, segundo a qual a prescrição não poderia correr contra quem não poderia interrompê-la por estar impossibilitado de acionar. Segundo Salomão Resedá¹²² a existência de obstáculos para o exercício da ação capaz de interromper a prescrição conduz ao impedimento ou suspensão do curso do prazo prescricional¹²³.

O fundamento desta teoria consiste em considerar que a estrutura funcional da prescrição se justifica como forma punir a negligência do credor que, podendo, não exerce a sua pretensão perante o Estado-Juiz e, portanto, embora tenha condições para ingressar com a ação permanece inerte e não exerce o direito constitucionalmente garantido. Contudo, esta razão

¹²⁰ “Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.” (Ibid.).

¹²¹ “Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; [...]” (Ibid.).

¹²² Resedá defende a aplicação desta teoria com fundamento na garantia direito fundamental ao acesso à justiça para afastar o entendimento doutrinário no sentido de que as causas que obstam o curso do prazo prescricional são taxativas. Nas palavras do autor: “A teoria do *contra non valere agere non currit praescriptio* vem para romper com a exigência segundo a qual as causas que influenciam o curso do prazo prescricional estão restritamente vinculadas à previsão legal. De fato, quando se observa por uma perspectiva desvinculada do positivismo exacerbado, percebe-se a lógica, na medida em que não haverá reação exatamente por razões de impossibilidade. Em sentido contrário, a prescrição deve ter seu prazo influenciado exatamente por conta do bloqueio existente quanto à manifestação livre de vontade por parte do titular da pretensão.” (RESEDÁ, Salomão. **A teoria contra non valentem agere, non corrui praescriptio e o amplo acesso à justiça das pessoas que, mesmo por causa transitória, não conseguem exprimir sua vontade**. 2017. 400 p. Tese, Doutorado, (Programa de Pós-Graduação em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 290).

¹²³ Ibid.

de ser não subsiste quando o indivíduo não tem condições de exercer o direito, ou seja, não deve correr a prescrição contra quem estiver absolutamente impossibilitado de agir, o mesmo se podendo concluir em relação ao exercício do direito potestativo, aqueles que entendem por estender a sua aplicabilidade à decadência pelos mesmos fundamentos.

Ainda que se reconheça a aplicabilidade de tal teoria, seria mais protetivo para as pessoas que não apresentam discernimento que seus direitos e pretensões permanecem resguardados por expressa disposição legal, mediante aplicação de um sistema normativo desenvolvido para proteger as pessoas inaptas a manifestar suas vontades.

A teoria das incapacidades gera repercussões tanto na Parte Geral do Código Civil, que trata dos atos e negócios jurídicos, como também em institutos da Parte Especial. No âmbito dos contratos, por se tratar de espécies de negócios jurídicos, tudo o que foi mencionado acima é aplicável, além de normas específicas para cada espécie contratual, como por exemplo o contrato de doação que é afetado de forma peculiar.

Nelson Rosenvald conceitua a doação como uma relação jurídica (contrato), pela qual uma pessoa (doador ou benfeitor), por sua própria vontade e livre de constrangimento, assume a obrigação de transferir um bem jurídico ou uma vantagem para o patrimônio de outra pessoa (donatário ou beneficiário). Segundo o autor, os elementos caracterizadores da doação são: 1) a intenção do doador de praticar a liberalidade (*animus donandi*); 2) a transferência do bem ou vantagem em favor do donatário; e, 3) a aceitação de quem recebe¹²⁴.

Em regra, a aceitação da doação consta expressamente no instrumento do ato, como por exemplo quando é realizada a doação de imóvel por meio de escritura pública, na qual comparece o donatário e formaliza a aceitação no ato notarial¹²⁵. Embora aceitação seja elemento essencial para o aperfeiçoamento da doação, o Código Civil excepciona esta regra no artigo 543¹²⁶ ao dispensar a aceitação do donatário absolutamente incapaz na doação pura e

¹²⁴ ROSENVALD; DUARTE. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Cezar Peluso (Coord.). 12. ed., ver. e atual. Barueri: Manole, 2020, p. 566.

¹²⁵ Rosenvald reforça que aceitação do donatário constitui, em regra, elemento essencial para a doação: “Além disso, não se pode esquecer que a aceitação é elemento essencial para o aperfeiçoamento da doação. É o consentimento de quem se beneficia. Até porque a pessoa que se beneficia de uma doação (por menor que seja o valor econômico do bem doado) assume deveres éticos, morais e jurídicos com o seu benfeitor. Trata-se de compromisso de evidente relevância ética. Por conseguinte, impõe-se reconhecer ao beneficiário da doação o direito de recusar a assunção de tais obrigações. E, nessa ordem de ideias, detecta-se indubitosa a necessidade de consentimento do donatário para perfectibilização do contrato. A doação, enfim, não se aperfeiçoa sem a aceitação do beneficiário.” (Ibid., p. 566).

¹²⁶ “Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

simples, caracterizada quando o ato constitui uma liberalidade plena, ou seja, sem a imposição de cláusulas restritivas ou encargos ao beneficiário.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves a hipótese do artigo 543 do Código Civil é de consentimento ficto, pois a finalidade da dispensa de aceitação é proteger o interesse do incapaz, vez que a doação pura só poderá beneficiá-lo¹²⁷.

Nesse sentido se deu a decisão do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar improcedente a dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis da Capital que estava a exigir a apresentação de alvará judicial para proceder ao registro de uma escritura pública de doação com reserva de usufruto lavrada em favor de um menor absolutamente incapaz donatário da nua-propriedade¹²⁸.

O Conselho Superior da Magistratura entendeu no sentido de que o absolutamente incapaz não precisaria comparecer no ato para manifestar a vontade de aceitar, pois se trata de consentimento ficto, entendimento que não se aplica à doação pura em favor dos relativamente incapazes, cuja perfectibilidade do ato depende do comparecimento do assistido juntamente com o assistente. De acordo com a atual teoria das incapacidades somente os menores de dezesesseis anos seriam destinatários do disposto no artigo 543 do Código Civil, sendo imprescindível a manifestação de vontade nos demais casos de incapacidade relativa.

A aceitação é dispensada para as pessoas absolutamente incapazes, que por presunção legal absoluta não conseguem manifestar vontade, como é o caso de um adolescente

¹²⁷ GONÇALVES, 2012, p. 592.

¹²⁸ “Registro de imóveis – Escritura de doação – Usufrutuária menor impúbere – Ausência de representação da menor – Doação pura – Art. 543, CC – Desnecessidade de alvará judicial – Dúvida improcedente. Dúvida. 1º Registro de Imóveis. Sentença: Vistos. Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 1º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de A. J. e J. de F. L. J., em face da negativa em se proceder ao registro de Escritura de Doação com Instituição e Reserva de Usufruto, lavrada perante o 8º Tabelião de Notas da Capital, na qual os titulares de domínio doaram imóvel gravando-o com usufruto para D. L. S. M. da S. e J. de F. L. J., sendo a nua propriedade constituída a favor de J. L. V., G. L. M. da S. e L. L. M. da S. Os óbices registrários referem-se à ausência de representação da menor, L. L. M. da S., por seus pais para aceitação da doação em nome dela, bem como ausência de apresentação de alvará judicial, que autorize a aquisição do imóvel, gravado com usufruto, pela menor. [...]. Na presente hipótese, ainda que o imóvel esteja gravado com usufruto, considera-se a doação como pura, ou seja, não haverá encargo para o titular da nua propriedade, que é absolutamente incapaz em razão da idade. O artigo 543 do Código Civil dispõe que: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Ao comentar este dispositivo legal, Nelson Rosendal (Comentários ao Código Civil, Coordenação de César Peluso, pag. 423) diz que: “Quer dizer, não se trata de aceitação presumida do incapaz. Simplesmente se aperfeiçoa a doação com a tradição do bem ao incapaz e com o registro da escritura de doação do bem imóvel, sem a participação do absolutamente incapaz e de seu representante legal. O consentimento do incapaz deixa de ser elemento integrativo do contrato”. Desta mesma interpretação comunga Luiz Guilherme Loureiro, em sua obra Registro Públicos Teoria e Prática: “Quando o donatário for pessoa absolutamente incapaz, não é necessário o consentimento do representante legal, quando se trata de doação pura (art. 543, CC)”. (BRASIL. 1ª VRP-SP. Processo 1096909-59.2015. Dúvida. Propositor: 1º Registro de Imóveis. DJe/SP, 25/11/2015. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.colegioregistrals.org.br/jurisprudencia/1-vrp-sp-registro-de-imoveis-escritura-de-doacao-usufrutuaria-menor-impubere-ausencia-de-representacao-da-menor/>>. Acesso em: 11 jun. 2019).

de quinze anos. Contudo, é imprescindível a presença do donatário para aperfeiçoar uma doação em favor de uma pessoa em coma ou com alguma doença degenerativa séria, ou até mesmo em favor de uma pessoa com deficiência, já que tais pessoas são consideradas plenamente capazes se aptas a manifestar vontade ou relativamente incapazes se configurada a hipótese de impossibilidade de manifestação de vontade, devendo ser assistidas neste caso.

A aplicação da atual teoria das incapacidades pode gerar a situação de alguém pretender realizar uma doação pura e simples de um imóvel para uma pessoa com deficiência mental grave, ou que por qualquer motivo não possui discernimento e capacidade física para comparecer a uma serventia notarial, e ser exigida sua presença para a prática do ato.

O tabelião de notas, que atua com base na estrita legalidade, não pode aplicar o artigo 543 ao ato por uma interpretação extensiva, tendo em vista os valores que fundamentaram a teoria das incapacidades e a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para a celebração da doação fictícia mencionada não haveria outra solução que não o comparecimento da pessoa no ato para aceitar a doação.

Caso se trate de pessoa relativamente incapaz que não apresente aptidão para consentir com o ato, cabe ao curador aceitar o ato em favor daquele. Ocorre que esta hipótese atrai a aplicação do artigo 1.774 do Código Civil¹²⁹, que estabelece a aplicação à curatela das disposições relativas à tutela, a qual, por sua vez, exige autorização judicial para o tutor aceitar doações em favor do tutelado, nos termos do artigo 1.748¹³⁰ do mesmo Código. Em virtude da aplicação dos referidos dispositivos, somente com autorização judicial o curador poderá suprir a vontade do curatelado e aceitar a doação pura e simples, dificultando a obtenção da vantagem patrimonial pelo incapaz¹³¹.

Se a pessoa que não possui discernimento para manifestar vontade fosse considerada absolutamente incapaz, a já citada regra do artigo 543 do Código Civil seria plenamente aplicável, o que favoreceria sensivelmente os interesses dos incapazes. A pessoa

¹²⁹ “Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.” (BRASIL, 2002).

¹³⁰ “Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: [...]

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;” (BRASIL, 2002).

¹³¹ “Ementa – Apelação – Alvará – Indeferimento da petição inicial – Pretensão exclusiva da curadora obter autorização judicial à aceitação de doação de parte ideal de bem imóvel em comunhão com seu marido a um de seus filhos absolutamente incapaz – Jurisdição voluntária plenamente cabível – Impertinência à participação paterna como litisconsórcio necessário – Favorecimento ao donatário e inexistência de prejuízo a terceiro – Afastamento da extinção, sem análise de mérito – Julgamento de procedência do pedido – Sentença reformada – Recurso provido.” (BRASIL. TJSP. Apelação Cível com Revisão nº 0002407.27.2010.8.26.0196. Apelante: Aparecida Gomes Vidal. Apelado: Juízo da Comarca. Franca – 03ª Vara Cível. Relator: Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento: 23/03/2011. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=6720>>. Acesso em: 11 jun. 2019).

que possui apenas a dificuldade de manifestar vontade por uma limitação no discernimento é capaz de comparecer ao ato, e se considerada relativamente incapaz poderia praticar o ato devidamente assistida. Tal hipótese não geraria discriminação, mas proteção para as pessoas consideradas relativa ou absolutamente incapazes, na medida em que favoreceria a obtenção de patrimônio por estas.

A celebração de negócios jurídicos representa o exercício da capacidade negocial, sendo que a lei pressupõe a igualdade das partes no estabelecimento das circunstâncias negociais. Assim, o fato de o indivíduo ser ébrio habitual ou viciado em tóxico não significa, de plano, que apresenta alguma limitação cognitiva capaz de desequilibrar a relação negocial. Por outro lado, por inúmeros fatores, a capacidade de entender a realidade e se posicionar em face destes pode ser limitada, e nesses casos o ordenamento jurídico deve conferir a proteção adequada à pessoa, sendo esta a função da teoria das incapacidades.

Se uma pessoa, apesar de capaz de entender a realidade, apresentar alguma limitação ou dificuldade de compreender e se autodeterminar, deve contar com o apoio de um assistente ou apoiador, o qual irá comparecer ao ato para certificar que não está sendo prejudicial aos interesses do assistido ou apoiado. Contudo, se o indivíduo não apresenta discernimento e não consegue manifestar sua vontade, ele merece total proteção do ordenamento jurídico, que tem o mister de proteger os interesses existenciais e patrimoniais do mesmo.

A tutela do indivíduo incapaz de manifestar vontade é a destinada aos absolutamente incapazes, e a lei deve prever uma hipótese de incapacidade absoluta além dos menores de dezesesseis anos, pois existem pessoas que estão inconscientes ou completamente desconectadas da realidade, pelos motivos mais variados possíveis, e contra elas não deve correr prescrição e decadência, o negócio jurídico por elas praticado deve ser nulo e precisam de um representante legal para agir em seu nome.

2.4. Reflexos da teoria das incapacidades em institutos do Direito de Família e Sucessões

O Direito de Família passa, na contemporaneidade, por um movimento de humanização, pois reconheceu-se que a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento das relações interpessoais mais íntimas, o que favorece o desenvolvimento dos seres humanos, sujeitos de direito, de forma mais completa e mais estruturada. Hironaka ressalta o processo de

despatrimonialização das relações familiares e de funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros.¹³²

O direito de constituir família e exercer os direitos sexuais e reprodutivos está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos de desenvolvimento da personalidade, de igualdade e liberdade. Por reconhecer o importante papel da família na sociedade, a Constituição estabelece como dever do Estado garantir a devida tutela jurídica e proteção especial¹³³.

Partindo da premissa que a família constitui o centro de realização do indivíduo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu no artigo 6º que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência para casar-se, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e sobre a fertilidade, exercer o direito à convivência familiar e os direitos relativos à guarda, tutela, curatela e adoção, como adotante ou adotado. Contudo, tais direitos não devem ser reconhecidos exclusivamente às pessoas com deficiência, mas a todos indistintamente, sejam eles capazes ou incapazes, relativa ou absolutamente.

Toda pessoa, ainda que considerada relativa ou absolutamente incapaz de acordo com a teoria das incapacidades, deve ter sua vontade considerada no âmbito das relações familiares, haja vista todos os princípios que permeiam a questão. A impossibilidade de uma pessoa considerada incapaz de se casar, ou conviver em união estável validamente, pelo simples fato de possuir o discernimento reduzido, constitui uma séria violação à direitos existenciais.

O exercício dos direitos familiares, que dizem respeito à constituição de família, à fertilidade, aos direitos sexuais e reprodutivos, deve ser garantido a todos indistintamente e não apenas às pessoas plenamente capazes e às pessoas com deficiência. Àqueles que possuem discernimento reduzido, deve ser assegurado o seu exercício na maior medida possível, ainda que considerados relativa ou absolutamente incapazes para a prática de atos jurídicos patrimoniais, pois não podem ser tolhidos da convivência familiar em virtude da incapacidade.

Assim como às pessoas com deficiência, tais direitos devem ser garantidos aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos menores de dezesesseis anos, de acordo com a consciência e aptidão para compreender a realidade. Embora considerados incapazes, para fins

¹³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Artigo. 2007. **IBDFAM**. Publicação: 22/04/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

¹³³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988).

de aplicação de um regime jurídico mais protetivo em relação aos direitos patrimoniais, deve-se garantir a maior autonomia possível para decidir sobre questões existenciais¹³⁴, desde que apresentem aptidão para decidir questões afetivas e/ou familiares, como por exemplo optar onde e com quem preferem residir ou poder eleger os familiares com os quais pretende conviver.

Constitui uma afronta à autonomia e o poder de autodeterminação da pessoa, por exemplo, a decisão judicial que determinou que o Município de Mococa realizasse uma cirurgia de laqueadura em uma pessoa dependente química sem sua anuência¹³⁵, interferindo, assim, nos direitos reprodutivos da pessoa.

Com o objetivo de garantir a convivência familiar de forma plena, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou artigos da parte de família do Código Civil, impactando a disciplina legal sobre o casamento e demais instituições familiares. A Lei nº 13.146 revogou o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil, o qual estabelecia a nulidade do casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, de modo que atualmente a única hipótese de nulidade do casamento consiste na violação de impedimentos matrimoniais do artigo 1.521 do Código Civil.

A interpretação literal do artigo 1.548 do Código Civil levava à conclusão que as pessoas com deficiência mental ou intelectual não poderiam se casar, em hipótese alguma, mesmo se apresentassem discernimento para decidir a respeito e manifestar vontade para a prática dos atos existenciais, sob pena de ser considerado nulo o casamento.

Antes da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão a doutrina já havia editado o Enunciado 332 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹³⁶, segundo o qual “*A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil.*”. A redação do enunciado doutrinário seria mais assertiva se estabelecesse

¹³⁴ Reconhece-se que o casamento produz efeitos existenciais e patrimoniais e quanto aos atos de natureza patrimonial, como a elaboração de pacto antenupcial aplicam-se as regras relativas ao suprimimento da capacidade.

¹³⁵ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa “ad causam” delineada na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade provido.” (BRASIL. TJSP. Ação Civil Pública 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Foro de Mococa - 2ª Vara. Julgamento: 23/05/2018. Publicação: 25/05/2018. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

¹³⁶ Cf. Conselho da Justiça Federal, 2012.

a restrição para o matrimônio somente para as hipóteses de impossibilidade de manifestação de vontade pela pessoa, e não correlacionando à incapacidade absoluta.

A partir da nova redação dada ao artigo 1.548 do Código Civil, o casamento realizado por pessoa sem capacidade para discernir, independente de apresentar ou não alguma deficiência física ou mental, somente pode ser considerado anulável, não nulo. Estabelece o artigo 1.550, inciso IV do CC/02¹³⁷ ser anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, havendo o prazo decadencial de 180 dias para alegar a anulabilidade do ato, sob pena de convalidação, aplicando aqui todas as pontuações relativas à contagem do prazo decadencial já analisadas no caso das pessoas que não conseguem manifestar a questão.

De acordo com o artigo 1.550 são situações que podem gerar a anulabilidade do casamento: i) daquele que não completou a idade mínima para casar; ii) do menor em idade núbil quando não autorizado por seu representante legal; iii) por vício da vontade; iv) do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento; v) realizado pelo mandatário sem o conhecimento da revogação do mandato; e, vi) por incompetência da autoridade celebrante.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também alterou o artigo 1.550 do Código Civil para incluir o parágrafo segundo que determina que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Maria Helena Diniz conceitua o casamento como sendo o vínculo entre duas pessoas *“livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”*¹³⁸. O casamento, portanto, é ato formal e solene pelo qual duas pessoas manifestam a vontade de estabelecer comunhão plena de vida, de modo que a vontade livre e espontânea constitui elemento essencial para a sua existência e validade.

Em um primeiro momento os requisitos de existência do casamento eram a diversidade de sexos, o consentimento e a celebração. Em virtude do avanço jurisprudencial em reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar, a existência do casamento atualmente requer apenas o consentimento e a celebração. A vontade juridicamente qualificada,

¹³⁷ “Art. 1.550. É anulável o casamento: [...]”

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; [...]” (BRASIL, 2002).

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

portanto, constitui elemento nuclear do ato jurídico e, no caso do casamento, somente se houver vontade manifestada de forma livre e consciente é que o ato poderá existir e ser válido.

Embora o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência atribua ao curador o exercício da assistência apenas nos atos patrimoniais, a nova redação do artigo 1.550 do Código Civil possibilita que o curador seja o meio pelo qual a pessoa com deficiência manifesta a vontade de contrair núpcias. Nos termos do dispositivo legal, a pessoa com deficiência mental ou intelectual poderá contrair matrimônio expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

A melhor interpretação deste dispositivo é no sentido de que a pessoa apresenta discernimento para autodeterminar-se, definir o seu querer de acordo com o conhecimento que possui a respeito do outro nubente e da relação havida entre ambos, mas apresenta uma limitação para externar essa vontade. Nesse caso, poderá contar com o auxílio de seu curador para manifestá-la. A representação ou assistência seria somente para externar esta vontade, mas não para supri-la, ou para resguardar interesses patrimoniais. Assim, tal exegese seria aplicável a todas as pessoas que, apesar de lúcidas, não têm condições de exteriorizar o querer, seja em virtude de deficiência, seja por qualquer outro motivo.

Diversa seria a situação de alguém sem qualquer discernimento ou aptidão para manifestar o querer, independente do motivo que originou esta situação, pois esta pessoa não detém capacidade para contrair matrimônio por ausência de vontade jurígena para o ato¹³⁹. Aplicar-se-ia a esta hipótese a afirmação de Caio Mário da Silva Pereira a respeito da inexistência do casamento, que pode decorrer de falta de celebração ou ausência total de consentimento¹⁴⁰.

Embora o curador possa suprir a vontade do curatelado em atos de natureza patrimonial, isto não é possível para a realização do casamento. Aplicar a interpretação literal do dispositivo para admitir que o curador possa manifestar tal vontade para o casamento independente do consentimento do curatelado, permitiria ao assistente contrair núpcias em nome do curatelado independentemente de seu querer. Seria a situação absurda de uma pessoa permanecer em coma por um longo tempo e, depois que convalescer, descobrir que é casada com alguém.

A convivência familiar é uma forma de desenvolvimento da personalidade e de exercício da dignidade dos membros desta instituição. Tolher uma pessoa dessa experiência de realização e desenvolvimento pessoal, afetivo e social é uma violação a uma série de direitos

¹³⁹ YOUNG. In: BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 185-216.

¹⁴⁰ PEREIRA, 2007, p. 182.

fundamentais e contraria todo o ordenamento jurídico. Contudo, é necessário que a pessoa consiga se determinar diante da possibilidade de constituir família através do casamento e ser capaz de manifestar este querer, ou seja, essa vontade. Outra pessoa não pode querer por ela, o curador pode apenas externar a decisão que é pessoal do nubente, como requisito de existência do casamento.

Ainda que se reconheça a importância dos efeitos existenciais do casamento, este gera também efeitos patrimoniais, os quais podem alcançar bens presentes e futuros dos nubentes, e que também deve ser objeto de tutela por um sistema protetivo de um grupo considerado vulnerável. Assim, além da qualidade de existencial, o casamento gera efeitos patrimoniais, pois além da eleição de um regime de bens¹⁴¹, ao se casar o contraente elege um herdeiro necessário.

A eleição do regime de bens é realizada por meio de escritura pública de pacto antenupcial, definido por Paulo Lôbo como “*o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial*”¹⁴². Por se tratar de negócio jurídico de natureza patrimonial, sua realização por pessoa incapaz pressupõe a presença do curador, na condição de assistente, como requisito de validade do ato.

Quanto à escolha do regime de bens, caso fique demonstrado que a pessoa incapaz está, no caso concreto, sendo desrespeitada, maltratada, ludibriada por alguém intencionado em apropriar-se de seu patrimônio ou em obter vantagens estritamente patrimoniais, os familiares e pessoas próximas devem atuar para impedir que as agressões físicas, morais, psicológicas e patrimoniais continuem acontecendo, através da tutela jurisdicional.

Contudo, não seria legítimo e tampouco alinhado com a ordem constitucional vigente estabelecer o regime da separação obrigatória de bens para vigorar no casamento celebrado por pessoa declarada absoluta ou relativamente incapaz. Tratar-se-ia de uma presunção de que as pessoas que se casam com um cônjuge incapaz o fazem com o objetivo participar de seus bens e de se beneficiarem do patrimônio do outro nubente, desvirtuando o instituto do casamento, como forma de constituição de família, que constitui um meio de os indivíduos alcançarem a comunhão plena de vida.

¹⁴¹ Flávio Tartuce assim define “o regime matrimonial de bens pode ser conceituado como o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada.” (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018).

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Volume XVI - Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 270.

Ainda que tal realização pessoal nem sempre ocorra na vida real, não pode o legislador presumir que se os incapazes possuísem o necessário discernimento e tivessem noção do ato que estão praticando evitariam que o parceiro escolhido participasse de seus bens, numa espécie de presunção de má-fé quanto às intenções do outro nubente¹⁴³.

Embora o casamento e a união estável sejam formas de constituir família e que merecem igual proteção do Estado, o casamento se caracteriza por ser formal e solene, e tem como requisito de existência a manifestação expressa da vontade de constituir família perante uma autoridade celebrante, a qual é reduzida a termo e realizado o registro do casamento do livro do Registro Civil das Pessoas Naturais. A união estável, por sua vez, tem como principal característica se tratar de uma situação de fato e, portanto, uma união informal que gera efeitos jurídicos.

Na união estável, além da situação fática da convivência pública, contínua e duradoura, o elemento volitivo de constituir família apresenta-se imprescindível para o reconhecimento da união estável. Nesse sentido é a redação do artigo 1.723¹⁴⁴ que define a união estável como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. A esse respeito se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar improcedente uma ação de reconhecimento de união estável. Entendeu que não havia o objetivo de constituir família. No caso enfrentado, não havia dúvidas quanto à existência da convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, as quais coabitaram por vinte anos. O que foi considerado na decisão que julgou improcedente a ação foi a inexistência do propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável.

Entendeu a Terceira Turma do STJ que o recorrente era absolutamente incapaz de discernir os atos da vida civil e, por conseguinte, inabilitado a vivenciar e entender, em toda a

¹⁴³ “Cria a lei neste ato de impor o regime obrigatório da separação de bens aos que se casam com mais de setenta anos uma nova modalidade de incapacidade da pessoa, adiante da enumeração taxativa dos artigos 3º e 4º do Código Civil, notadamente com vistas à incapacidade relativa, já que presume apenas em razão da idade que os septuagenários noivos tenham reduzido o seu discernimento, e que se tivessem noção do seu ato evitariam que o parceiro participasse de seus bens, com muito mais razão agora diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) que considera a incapacidade excepcional. Regra a capacidade jurídica, determinado no § 1º, do artigo 85, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, eis que para estes atos a capacidade se faz presente.” (MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2020).

¹⁴⁴ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.” (BRASIL, 2002).

sua extensão, uma relação marital, cujo propósito é de constituir família¹⁴⁵. O entendimento adotado nesta decisão se fundamenta na ausência de vontade de um dos conviventes para optar pela constituição de família com o outro convivente.

Caso se verifique no caso concreto que a pessoa, apesar de absoluta ou relativamente incapaz, possui capacidade para decidir a respeito, deve ser respeitada sua vontade e reconhecida a entidade familiar, com toda a proteção do Estado a ela inerente.

A ausência de vontade de constituir família é um fundamento que pode subsistir e não se confunde com o argumento que prevalecia na jurisprudência no sentido de que o enfermo mental sem o necessário discernimento não pode contrair núpcias e, pela mesma razão, não pode constituir união estável mediante aplicação do artigo 1.548, I, do Código Civil, o que consta da decisão do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁶ relativamente recente, de 2011.

¹⁴⁵ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. ALEGAÇÃO DE RELAÇÃO DURADOURA, CONTÍNUA, NOTÓRIA, COM PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA SUPOSTAMENTE ESTABELECIDADA ENTRE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, INTERDITADA CIVILMENTE, E A DEMANDANTE, CONTRATADA PARA PRESTAR SERVIÇOS À FAMÍLIA DO REQUERIDO. 2. ENFERMIDADE MENTAL INCAPACITANTE, HÁ MUITO DIAGNOSTICADA, ANTERIOR E CONTEMPORÂNEA AO CONVÍVIO DAS PARTES LITIGANTES. VERIFICAÇÃO. INTUITU FAMILIAE. NÃO VERIFICAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, DE MODO DELIBERADO E CONSCIENTE PELO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. 3. REGRAMENTO AFETO À CAPACIDADE CIVIL PARA O INDIVÍDUO CONTRAIR NÚPCIAS. APLICAÇÃO ANALÓGICA À UNIÃO ESTÁVEL. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a configuração de união estável entre o demandado, pessoa acometida de esquizofrenia progressiva, cujo diagnóstico fora constatado já no ano de 1992, e que, em ação própria, ensejou a declaração judicial de sua interdição (em 24.5.2006), e a demandante, contratada, em 1985, pelos pais do requerido para prestar serviços à família. Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, na companhia dos pais do requerido, por aproximadamente vinte anos, seria possível inferir o propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável. 2. Ressaí evidenciado dos autos que a sentença de interdição, transitada em julgado, reconheceu, cabalmente, ser o ora recorrente absolutamente incapaz de discernir e compreender os atos da vida civil, o que, por consectário legal, o torna inabilitado, por si, de gerir sua pessoa, assim como seu patrimônio, nos termos do artigo 3º, II, da lei substantiva civil (...) 2.4. Nesse contexto, encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente. 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são *in totum* aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar-se-ia inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. 4. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença de improcedência.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1414884/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgamento: 03/02/2015. DJe, 13/02/2015. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863676699/recurso-especial-resp-1414884-rs-2013-0071709-1/inteiro-teor-863676709>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

¹⁴⁶ “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ALTERAÇÃO DA BASE FÁTICA SOB A QUAL SE FUNDOU O ARESTO A QUO - IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.7/STJ - PRETENSÃO COMPANHEIRO DESPROVIDO DO NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO PRETENDIDA (UNIÃO ESTÁVEL) - RECURSO ESPECIAL A QUE

As decisões ora transcritas não poderiam ser prolatadas após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois o artigo 6º¹⁴⁷ garante às pessoas com deficiência a capacidade plena para exercer os direitos existenciais, dentre os quais estão o de constituir família, seja através do casamento, seja através da união estável. Assim, a existência de deficiência mental ou psíquica, ainda que afete o discernimento da pessoa, não pode ser considerada, per si, um óbice para o reconhecimento da união estável.

Na situação de uma pessoa completamente sem compreensão da realidade, que não é capaz de se posicionar e manifestar o seu querer, seja por motivo de deficiência ou não, não é possível se falar em constituição de união estável, ainda que a convivência seja pública, contínua e duradoura, pois neste caso não haveria a intenção de constituir família. Conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a vontade de constituir família é elemento essencial na configuração da união estável.

Percebe-se que a grande questão a ser analisada é se existe uma vontade consciente de constituir família, seja através do casamento, seja pela união estável. Caso a limitação mental ou psíquica da pessoa não lhe impeça de se autodeterminar, ela poderá constituir família e exercer todos os direitos e deveres inerentes a esta escolha, como decidir sobre questões sexuais e de fertilidade, dentre as quais se destaca ter filhos, ser adotante, realizar cirurgia de esterilização ou tratamentos reprodutivos¹⁴⁸. Neste ponto, as novas diretrizes trazidas pelo

SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. Se o “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, *data venia*, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos - no que couber -, a capacidade civil (artigo 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1201462/MG. Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma. Julgamento: 14/04/2011. DJe, 27/04/2011. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19100628/recurso-especial-resp-1201462-mg-2010-0118690-2>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

¹⁴⁷ “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.” (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁴⁸ “Apelação Cível. Ação de reconhecimento de união estável. Réu incapaz. A doença mental incapacitante do réu não é óbice para a constituição de uma união estável. Assim, presentes os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, resta autorizado o reconhecimento da união estável. Deram provimento ao apelo” (BRASIL. TJRS. Apelação

Estatuto da Pessoa com Deficiência favorecem a efetivação da dignidade das pessoas com alguma limitação física ou mental.

Flávio Tartuce esclarece que com o advento da Constituição de 1988 a interação família-dignidade deixa de ter um valor intrínseco e passa a ser valorizada de maneira instrumental, como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes¹⁴⁹.

A partir da Constituição de 1988 a família passou a contar com a proteção direta do Estado, cujo dever de proteção expresso, e assim a deficiência ou a incapacidade não podem ser, por si, um óbice para a convivência familiar. Pelo contrário, uma pessoa com alguma limitação física ou mental, ou alguma debilidade que afete o discernimento, talvez precise ainda mais do apoio familiar para conseguir alcançar seus objetivos e se realizar dignamente.

Para que a pessoa incapaz possa se autodeterminar em relação às questões familiares e reprodutivas é imprescindível que apresente aptidão para compreender a realidade ao seu redor e as possíveis consequências de seus atos.

Embora a incapacidade não seja motivo para tolher uma pessoa da constituição de família, ela deve ser capaz de manifestar a vontade de se casar ou possuir consciência e vontade para constituir uma união estável. A possibilidade de decidir questões familiares deve ser restrita às pessoas que, ainda que incapazes, apresentem discernimento para formar o seu convencimento com consciência, sob pena de se criar um conjunto de deveres patrimoniais e existenciais para alguém que não tem o discernimento para entender tais efeitos.

Ainda sobre questões familiares, vale tratar do reconhecimento voluntário de filho, regulado pelos artigos 1.607 a 1.617 do Código Civil, que é ato jurídico unilateral, personalíssimo e irrevogável, e pode ser realizado no registro do nascimento, por escritura pública, por escrito particular, por testamento e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que não seja o objeto do processo¹⁵⁰.

Cível 70035614445. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível. Julgamento: 15/12/2011. Publicação: 17/01/2012. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927112559/apelacao-civel-ac-70035614445-rs?ref=feed>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018.

¹⁵⁰ “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.” (BRASIL, 2002).

O menor púbere possui capacidade testamentária, embora relativamente incapaz e, como o Código Civil admite o reconhecimento de filhos através do testamento, também estaria autorizado a fazer nas demais formas previstas no artigo 1.609 do Código Civil, o que é expressamente previsto no Provimento 16 do Conselho Nacional de Justiça¹⁵¹ que trata do reconhecimento de filhos no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Quanto aos demais incapazes, Paulo Lôbo¹⁵² entende que podem reconhecer voluntariamente os filhos através da representação ou assistência, tese com a qual discorda Milton de Paulo Carvalho Filho¹⁵³ sob o argumento de se tratar de um ato personalíssimo. Com efeito, o reconhecimento de filhos deve ser franqueado a todos, capazes e incapazes, independente de assistência ou representação, desde que apresente lucidez suficiente para entender a seriedade do ato a ser praticado.

Sendo o testamento uma das formas de reconhecimento de filho, necessário se faz aprofundar a análise da incapacidade civil, absoluta ou relativa, no âmbito do Direito de Sucessões, já que a principal repercussão da incapacidade civil é na capacidade testamentária, uma vez que a legitimidade para suceder independe da capacidade civil, e é atribuída inclusive à pessoa jurídica, ao nascituro e à prole eventual.

O testamento pode ser definido como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial para depois de sua morte. É, também, um instituto *mortis causa*, pois produz efeitos apenas após a morte do testador, e gratuito, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, os herdeiros testamentários não precisam prestar qualquer remuneração ou contraprestação para receber os bens¹⁵⁴.

De acordo com Paulo Nader, testamento é modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, *mortis causa*, cujo objeto é a destinação de bens

¹⁵¹ Nesse sentido, o artigo 6º, § 4º do Provimento 16 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que o reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz independe da assistência de seus pais, tutor, curador. (Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 16**, de 17 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_16_17022012_26102012172402.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020).

¹⁵² LÔBO, 2003, p. 102.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy [et. al]; Coordenação Cezar Peluzo. 14 ed. Barueri: Manole, 2020, p. 1786.

¹⁵⁴ TARTUCE. In: MENEZES, 2016, p. 463-492.

para as pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, a denominada herança legítima, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei¹⁵⁵.

Por se tratar de um negócio jurídico, deve observar todos os requisitos de validade do artigo 104 do Código Civil¹⁵⁶, dentre os quais está o agente capaz. Nesse sentido, o artigo 1.857 do Código Civil¹⁵⁷, que trata da capacidade testamentária ativa, estabelece que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. Por outro lado, o artigo 1.860¹⁵⁸ estabelece que, além dos incapazes, não podem testar aqueles que não tiverem o pleno discernimento.

No contexto anterior à edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência a doutrina entendia que os impedidos de testar eram os incapazes, seja a incapacidade absoluta ou relativa – previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil¹⁵⁹, e aquelas pessoas sem discernimento para manifestação de última vontade. Com a alteração da teoria das incapacidades, já reiteradamente abordada neste trabalho, Flávio Tartuce propõe uma releitura da questão para reconhecer a incapacidade testamentária ativa somente para os menores de dezesseis anos e para quem não tiver discernimento para manifestar vontade¹⁶⁰.

Tartuce acredita que, a princípio, devem ser considerados hábeis a testar todas as pessoas maiores, ainda que possuam alguma limitação funcional, bem como os ébrios habituais,

¹⁵⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. Volume 6. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 215-216.

¹⁵⁶ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL, 2002).

¹⁵⁷ “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.” (Ibid.).

¹⁵⁸ “Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.” (Ibid.).

¹⁵⁹ “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.

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.” (BRASIL, 2002b).

¹⁶⁰ TARTUCE. *In*: MENEZES, 2016, p. 463-492.

os viciados em tóxicos e os pródigos, em especial quanto a estes, cuja interdição se limita a atos de disposição patrimonial praticados em vida e capazes de reduzi-lo a insolvência¹⁶¹.

Contudo, em caso de interdição da pessoa com deficiência por não conseguir manifestar vontade, ela será considerada relativamente incapaz e, neste caso, não possui capacidade testamentária ativa, sob pena de o ato ser anulável. O Superior Tribunal de Justiça decidiu sobre a invalidade de testamento público lavrado por uma pessoa idosa diagnosticada com “demência senil” que, embora não tenha sido declarada incapaz para testar por meio de prova técnica, ficou demonstrado nos autos que quando realizou as disposições de última vontade não era capaz de reconhecer os membros de sua família e se autodeterminar.

Caso adotado o entendimento proposto por Tartuce, a possibilidade de reconhecimento de filhos deve ser estendida a todas as pessoas relativamente incapazes, desde que apresentem discernimento para tanto eis que, se podem testar, podem neste ato reconhecer a paternidade e, assim como na hipótese dos menores púberes, uma vez franqueado o exercício do direito por uma das formas admitidas em lei, deve ser possível por todas elas.

A peculiaridade do testamento que se destaca em relação aos demais negócios jurídicos é por ser um ato personalíssimo, conforme expressamente previsto no artigo 1.858 do Código Civil¹⁶², o que significa dizer que só pode ser praticado pelo próprio testador, sem possibilidade de representação legal ou convencional.

Nesse sentido, esclarece Paulo Nader que o testamento, além de voluntário ou espontâneo, é ato de liberalidade que deve emanar diretamente do disponente, sendo impossível o ato ser celebrado por representante legal ou mandatário com poderes especiais.¹⁶³

Esta característica do testamento afasta a possibilidade de o ato ser praticado pelo curador, embora muitas das vezes as disposições testamentárias se restrinjam a questões patrimoniais, afastando, assim a incidência dos artigos 84 e 85¹⁶⁴, segundo os quais o curador

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² “Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.” (BRASIL, 2002).

¹⁶³ NADER, 2012, p. 217-218.

¹⁶⁴ “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

deve suprir a incapacidade do curatelado quanto à celebração de negócios jurídicos de caráter patrimonial. Com efeito, a curatela é um múnus público cuja finalidade é a proteção da pessoa que não consegue manifestar a sua vontade e não faria sentido o curador poder suprir a vontade do curatelado quanto à destinação de seus bens.

Camila Coelho discorre a respeito dos efeitos sucessórios do Estatuto da Pessoa com Deficiência e conclui que, em virtude de ser o testamento um ato personalíssimo “*não admite representação ou assistência. Assim, os incapazes de testar, enquanto permanecerem nesse estado, não poderão celebrar testamento, sendo sua herança, nesse caso, submetida às normas de sucessão legítima.*”¹⁶⁵

Em caso de pessoa com deficiência mental ou intelectual, mas com lucidez para manifestar vontade, apesar de possuir alguma dificuldade, seria uma opção pela tomada de decisão apoiada, para que o apoiador auxilie no ato e faça prevalecer a vontade do testador. Nesse caso, mantida a higidez da vontade do testador, que irá praticar o ato pessoalmente, o simples apoio prestado pelo apoiador, seria uma forma de viabilizar que a vontade da pessoa com deficiência seja cumprida para depois de sua morte.

É possível concluir, portanto, que se a pessoa tiver condições de manifestar vontade de forma válida, poderá livremente testar. Contudo, se a pessoa não for capaz de manifestar sua vontade, seja em virtude da deficiência mental ou psíquica, seja por outro motivo, não poderá se valer da curatela para que seu representante pratique o ato, pois trata-se de ato personalíssimo que só pode ser praticado pelo testador, ficando, neste caso, impossibilitada de testar.

A teoria das incapacidades, portanto, está presente na vida das pessoas do nascimento à morte, e não pode ser uma fonte de discriminação ou de marginalização do indivíduo, pelo contrário, é o instrumento jurídico desenvolvido para proteger as pessoas que não são capazes de agir pessoalmente e por si só na execução de seus interesses. Assim, a limitação do agir e da autonomia deve ser excepcional, em todos os casos, e deve ter sempre um único fundamento, a impossibilidade de manifestar vontade, seja qual for a causa que lhe originou.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.” (BRASIL, 2015).

¹⁶⁵ COELHO, Camila Aguilera. O impacto do Estatuto das Pessoas com Deficiência no Direito das Sucessões. In BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 317.

3. A AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO COMO CRITÉRIO DETERMINANTE DA INCAPACIDADE

A evolução histórica da teoria das incapacidades demonstra um movimento de redução gradual das hipóteses legais de incapacidade, isto porque se em um primeiro momento o falido, a mulher casada e a pessoa com deficiência eram considerados relativa ou absolutamente incapazes de praticar por si só os atos civis. Atualmente, tais previsões legais de incapacidade não têm mais razão de ser. É possível perceber, portanto, que a teoria das incapacidades, com todos os seus institutos que lhes são inerentes, como a curatela e a interdição, são mecanismos de proteção do indivíduo, sendo que a discriminação pode estar presente na forma esses institutos protetivos são aplicados.

A incapacidade, relativa ou absoluta, deve ser reconhecida toda vez que uma pessoa não é capaz de compreender a realidade ao seu redor e se determinar diante dela, independente da causa que a tenha originado, que pode ser uma doença mental, um acidente de trânsito, uma doença degenerativa, vício em álcool, drogas ou qualquer substância capaz de afetar os sentidos e gerar dependência química.

A discriminação por sua vez existe quando a lei prevê a incapacidade pelo simples fato de a pessoa ser considerada pródiga, ébrio habitual, viciada em tóxico ou pessoa com deficiência mental ou psíquica, pois todas estas situações podem estar presentes e ainda assim a pessoa ser capaz de se autodeterminar quanto à sua pessoa e seus bens.

A título de exemplo, uma pessoa com Alzheimer em fase inicial tem condições de administrar seu patrimônio, definir qual tratamento quer seguir, qual profissional irá tratá-la, se quer ter filhos, se casar, fazer testamento, dentre vários outros atos e negócios jurídicos. Contudo, com a evolução da doença para as fases mais avançadas a pessoa deixa de ser capaz de compreender a realidade ao seu redor e, portanto, passa a necessitar da proteção do Estado para que reconheça a incapacidade e nomeie um curador para agir em seu interesse. Assim, seria discriminatória a previsão de incapacidade para todas as pessoas diagnosticadas com Alzheimer, tal como ocorre com o ébrio habitual ou o viciado em tóxico (segundo uma interpretação literal do Código Civil), mas por outro lado, existem portadores da doença que carecem de proteção integral do ordenamento jurídico na defesa de direitos patrimoniais ou existenciais.

É certo que existem pessoas com deficiência psíquica ou mental que não são capazes de perceber a realidade ao seu redor e se posicionar a respeito, assim como existem pessoas viciadas em álcool, drogas ou outras substâncias tóxicas que, em virtude da

dependência química, perdem a lucidez e o discernimento. Contudo, estas são apenas uma das inúmeras causas que podem fazer com que a pessoa não possa se autodeterminar, e a lei não seria capaz de prever todas as hipóteses possíveis de redução do discernimento de uma pessoa.

A redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência aos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 estabelece que o fato de a pessoa ser portadora de deficiência física ou mental não autoriza o Estado a presumir a sua incapacidade, somente no caso concreto é que o juiz pode concluir pela incapacidade e determinar a curatela nos limites a serem definidos no caso concreto. Assim como as pessoas com deficiência, o pródigo, o ébrio habitual e os viciados em tóxicos não devem ser presumidamente incapazes, tal como faz o Código Civil, e a incapacidade civil somente deve ser reconhecida se, em virtude dessas causas, restar comprometida a lucidez e o discernimento da pessoa.

A lei não pode prever todas as causas de incapacidade civil, sob pena de não conseguir listar todas as hipóteses possíveis de perda da lucidez de uma pessoa. Ademais, a generalidade e a abstração, característicos da norma jurídica, não lhe permite concluir de forma *a priori* e abstrata que determinada pessoa não possui condições de gerir a seus próprios interesses patrimoniais ou existenciais. Existe uma questão comum em todas as hipóteses de incapacidade, qual seja, a impossibilidade ou a limitação para manifestar vontade, que deve ser o único critério a ser adotado pelo legislador para determinar a incapacidade de uma pessoa.

Se uma pessoa está completamente privada dos sentidos, sem conseguir manifestar sua vontade, deve ser considerada absolutamente incapaz e a ela deve ser dispensado um tratamento jurídico mais protetivo. Trata-se de questão cogente que necessita da intervenção do Estado de forma integral, de modo que não apenas as pessoas até dezesseis anos merecem esta tutela jurídica.

A exemplificar o que ora se argumenta, um adolescente com idade entre doze e dezesseis anos possui mais condições de fazer escolhas conscientes do que uma pessoa em coma ou com alguma doença que afeta profundamente o sistema neurológico, mas de acordo com a legislação vigente esta é considerada relativamente incapaz e aquela absolutamente.

Não se questiona a presunção absoluta de incapacidade em razão da idade estabelecida no Código Civil, segundo a qual os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes e os menores entre dezesseis e dezoito são relativamente incapazes. O que se argumenta é pela necessidade de previsão legal de uma hipótese de incapacidade absoluta para as pessoas maiores de dezesseis anos incapazes de manifestar vontade por ausência de discernimento, ou seja, por um critério psíquico.

O Código Civil, e todo o Direito Privado, foi elaborado partindo da premissa que existem duas formas de incapacidade, a absoluta e a relativa, sendo que a primeira se caracteriza pela ausência de discernimento para manifestação da vontade e a segunda pela limitação ou dificuldade de perceber a realidade e, diante desta diferenciação, foi desenvolvido um sistema mais protetivo para a primeira e menos severo para a segunda.

Não apenas a legislação infraconstitucional que disciplina os interesses privados reconhece a hipótese de incapacidade civil absoluta por ausência de discernimento, mas também a Constituição da República que, ao tratar da perda ou suspensão dos direitos políticos, estabelece, dentre as suas hipóteses, a incapacidade absoluta. Certamente a previsão do artigo 15, inciso II da Constituição não se refere aos menores de dezesesseis anos, eis que tais pessoas sequer são alistáveis, já que o alistamento eleitoral é facultativo apenas para os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos e obrigatório para os maiores de dezoito anos, ou seja, os menores de dezesesseis anos são inalistáveis.

Os absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil, portanto, não titularizam direitos políticos, não havendo viabilidade jurídica de se verificar a perda ou suspensão de direitos que sequer são reconhecidos a tais pessoas. A atual previsão de incapacidade civil absoluta apenas aos menores de dezesesseis anos, portanto, esvazia a previsão constitucional do artigo 15, o que não pode ser admitido, pois não existem normas constitucionais inócuas ou desprovidas de aplicabilidade. Por outro lado, é possível concluir que a Constituição da República, ao prever a perda ou suspensão dos direitos políticos dos absolutamente incapazes reconhece a existência de hipóteses de incapacidade absoluta além do critério etário, o que deve ser regulamentado pela legislação infraconstitucional em observância com as normas constitucionais.

Os graus de incapacidade foram desenvolvidos partindo-se da premissa que existem pessoas que possuem condições de praticar certos atos da vida civil, mas que precisam da colaboração de um terceiro, o assistente. Assim como o adolescente entre dezesesseis e dezoito anos, existem pessoas que, por diversas causas, possuem certa limitação para manifestar a vontade que, contudo, não as impede de praticar pessoalmente os atos e negócios jurídicos de seu interesse e, portanto, nos dois casos a tutela destinada aos relativamente incapazes é adequada para tutelar os interesses desse grupo de pessoas.

Existe, todavia, outro grupo de pessoas, que não são capazes de praticar pessoalmente os atos de seus interesses e se autodeterminar pois, assim como as crianças, não possuem discernimento para perceber a realidade e tomar decisões a respeito da vida pessoal

ou patrimonial. Assim como um bebê, uma pessoa em coma ou com alguma doença psíquica precisa de um representante para praticar em seu nome os atos de seu interesse.

Nestor Duarte¹⁶⁶ ressalta que a lei vigente não se valeu do critério de discernimento, mas da possibilidade ou não de manifestar vontade para considerar uma pessoa como relativamente incapaz, isto porque a redação do artigo 4º, inciso III do Código Civil estabelece a incapacidade relativa para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

A aptidão para exteriorizar palavras e certo conteúdo, todavia, não pode se confundir com o processo de formação da vontade juridicamente qualificada, o que pressupõe o discernimento. Vicente Ráo¹⁶⁷ descreve o iter constitutivo da vontade jurídica atuante, que tem como precedente o conhecimento consciente pelo que o agente considerar ser o bem, sendo este o pressuposto para o surgimento da vontade. O indivíduo, autodeterminado, primeiro quer o bem e em seguida quer declarar a sua vontade e efetivamente o faz em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, o conteúdo da declaração deve corresponder à vontade e à vontade de declaração, pois é necessário que o sujeito queira o conteúdo do ato.

Vicente Ráo¹⁶⁸, ao tratar dos elementos essenciais genéricos dos atos jurídicos, ensina que para a formação do ato jurídico é necessário a vontade de obter, segundo o ordenamento jurídico, os resultados práticos do ato, o que determina a vontade de emitir a declaração, que passa do estado potencial e se exterioriza em um comportamento. Além do comportamento externo que consiste na declaração da vontade é necessário ainda que o agente queira o conteúdo da declaração ou do próprio ato.

De acordo com o autor, os elementos volitivos, que compreendem a vontade propriamente dita, vontade de declarar e vontade do conteúdo da declaração, constituem, juntamente com o comportamento da declaração, requisitos essenciais para a formação do ato

¹⁶⁶ DUARTE, Nestor. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Cezar Peluzo (Coord.). 12. ed., ver. e atual. Barueri: Manole, 2020, p. 22.

¹⁶⁷ “Vontade e declaração não constituem um só e mesmo fenômeno, nem nascem, fatalmente e contemporaneamente, num só instante. A própria vontade, perante o direito, em momentos diversos e, mesmo, em espécies diversas se desdobra: se, ao apresentar a súmula das principais doutrinas falamos em conflito entre a vontade e a declaração, assim fizemos usando o termo vontade em sentido geral e compreendendo todos os elementos volitivos. É longo o iter constitutivo da vontade jurídica atuante. Antes de formar e pôr em ação a sua vontade, o agente procura conhecer o bem de que precisa, ou deseje, pois *nihil volitum nisi praecognitum*. É o conhecimento consciente do bem que atrai a vontade. Conhecido o bem, e eleito, o agente, autodeterminando-se, passa a querê-lo. Autodeterminado, o agente, a seguir, quer declarar a sua vontade e efetivamente a declara, realizando o ato jurídico destinado a lhe proporcionar, por seus resultados práticos tutelados pelo direito, o bem que se pretende e assim procura alcançar. Mas, o conteúdo da declaração deve corresponder à vontade e à vontade de declaração do agente; preciso é, pois, que este possua a vontade do conteúdo do ato.” (RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema entre os elementos volitivos e a declaração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 200).

¹⁶⁸ Ibid., p. 133-134.

jurídico¹⁶⁹. O autor faz a distinção entre a vontade de declaração e a vontade de conteúdo do ato, e reconhece que essa deve estar presente para que não existam conflitos na formação do ato jurídico. Em outras palavras, quando um ato jurídico é praticado é porque a pessoa assim o quis e, antes disso, a pessoa quis declarar o desejo de praticar o ato¹⁷⁰.

Conforme ainda ensina Vicente Ráo, a harmonia entre os elementos volitivos (subjettivos) e o elemento objetivo representado pela declaração é requisito necessário para a formação do ato jurídico. Concluiu o autor que o jurista não poderia estabelecer um predomínio absoluto à declaração, sem reconhecer a força criadora de relações que a ordem jurídica atribui aos elementos volitivos que concorrem para a formação dos atos jurídicos e se realizam pela declaração.

O artigo 4º, inciso IV do Código Civil, deve ser interpretado sistematicamente, para considerar incapaz todas as pessoas que não gozam de condições psíquicas para determinar o seu querer de forma consciente, ou seja, é a aptidão para autodeterminar-se o elemento essencial para uma pessoa ser considerada capaz. A interpretação literal do dispositivo legal permitiria considerar uma pessoa capaz pelo simples fato de se manifestar, independente do conteúdo e da coerência da declaração, equiparando-se, analogicamente, o sujeito da relação negocial ao mero nuncio.

Entre a pessoa plenamente incapaz e o absolutamente incapaz que não é capaz de se expressar existe uma gama de situações possíveis de incapacidade, e somente no caso concreto é que o juiz, acompanhado de uma equipe multidisciplinar, poderá concluir por qual regramento jurídico lhe é mais adequado, ou seja, se a incapacidade civil relativa é suficiente para tutelar seus interesses, haja vista que apresenta um certo grau de discernimento ou se é necessário um regime mais protetivo, que é o da incapacidade absoluta.

Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que não existe um parâmetro preciso para distinguir o dipsômano habitual e o toxicômano de pessoas que fazem uso da bebida e do tóxico sem perderem a consciência dos atos que praticam. Somente se os vícios do tóxico e da bebida, em virtude da habitualidade, gerarem um estado de fraqueza mental é que geram a incapacidade relativa, o que somente pode ser verificado judicialmente e no caso

¹⁶⁹ Consistem, pois, tais elementos: a) na vontade consciente de se alcançar o bem que se conhece, ou seja, na autodeterminação do obtê-lo; b) na vontade de declarar a vontade propriamente dita; c) na vontade do que se contém na declaração ou nas declarações efetivamente produzidas.

¹⁷⁰ Não se advertiu, ou não se advertiu adequadamente a verdade segundo a qual se Tício, por exemplo, compra uma coisa, segundo a ordem normal quer e deve querer comprar efetivamente, isto é, quer e deve querer esta coisa para si, como antes de tudo, quer e deve querer declarar que a quer comprar.

concreto¹⁷¹. Assim, reconhece o autor que a incapacidade somente pode ser reconhecida se verificada no caso concreto a ausência de discernimento, não se contentando com a mera impossibilidade de expressar vontade.

De acordo com o mesmo autor toda incapacidade é legal¹⁷², ou seja, somente a lei, de natureza cogente, pode estabelecer as hipóteses em que uma pessoa pode ser privada do poder de ação pessoal, sinalizando no sentido de reconhecer a necessidade de previsão legal de todas as hipóteses de incapacidade civil. Contudo, ao discorrer sobre a redação original do artigo 3º, inciso III, do Código Civil, reconhece que a inaptidão para manifestar vontade pode decorrer de embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, descontrole emocional significativo, e menciona que podem existir outras hipóteses capazes de gerar alienação no indivíduo¹⁷³.

Com efeito, a previsão legal da incapacidade relativa e absoluta e os regimes jurídicos aplicáveis são essenciais, assim como o é estabelecer os requisitos ou pressupostos para que uma pessoa seja considerada incapaz, sob pena de gerar insegurança jurídica. Mas a análise de todas as hipóteses de incapacidade apontadas pela doutrina remonta a um único fundamento, qual seja, a impossibilidade de a pessoa se autodeterminar, o que somente pode ser aferido no caso concreto.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que a senilidade¹⁷⁴, por si só, não é considerada causa de restrição da capacidade, devendo ocorrer a interdição apenas se a senectude gerar um estado patológico capaz de afetar as faculdades mentais, de modo que a incapacidade é consequência do estado psíquico da pessoa e não da idade. Percebe-se, mais uma vez, que a questão de fundo é o discernimento, a capacidade de autodeterminação da pessoa que é afetada

¹⁷¹ “O Código introduziu na sistemática das incapacidades essa nova espécie. Mais do que qualquer outra é sujeita a incertezas, porque não existe um parâmetro preciso para distinguir o dipsômano habitual e o toxicômano de pessoas que fazem uso da bebida e do tóxico sem perderem a consciência dos atos que praticam. Os vícios do tóxico e da bebida, se atingirem o estado de habitualidade que gera a fraqueza mental, estão abrangidos nesta hipótese; mas se não ultrapassarem aquele limiar, não devem macular a declaração de vontade. Tratasse de incapacidade que tem de ser aferida na Justiça com máxima cautela, a fim de evitar distorções, e resguardar a incolumidade das relações jurídicas, máxime se não atingirem proporções de toxicomania crônica, geradora de estado permanente de falta ou deficiência de discernimento.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 239).

¹⁷² “Toda incapacidade é legal, independente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, a brindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas.” (Ibid., p. 227).

¹⁷³ Ibid., p. 236.

¹⁷⁴ “A senilidade, por si só, já não se considerava causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dava-se a interdição se a senectude viesse a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de Alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade era o resultado do estado psíquico, e não da velhice. Por maioria de razão, na lógica das reformas promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a senilidade não configurará, em regra, uma causa de incapacidade.” (Ibid., p. 235).

por doenças advindas da idade avançada, mas considerar a pessoa idosa relativamente incapaz em virtude da idade que apresenta é flagrante inconstitucionalidade.

Idêntico raciocínio se aplica ao surdo-mudo, considerado relativamente incapaz no Código Civil de 1916, pois Beviláqua acreditava que a deficiência impedia a manifestação de vontade, o que equivaleria a um estado de alienação mental. Percebeu-se, contudo, que a deficiência não afeta a sanidade mental e a percepção da realidade e pode ser superada por outras formas de comunicação além da fala, com especial atenção para o uso das libras. Caio Mário da Silva Pereira afirma que, enquanto deseducado, o surdo-mudo era absolutamente incapaz, independente da integridade mental, a partir do momento em que se preocupou com a educação dessas pessoas, elas passaram a ser capazes de exprimir suas vontades e, por conseguinte, deixaram de ser incapazes em virtude da deficiência¹⁷⁵.

Atualmente, existem inúmeras tecnologias assistivas hábeis a permitir a comunicação e a manifestação da vontade pelo surdo-mudo e, uma vez que se apresente ciente de seus atos com consciência e lucidez, deve ter autonomia e liberdade para decidir sobre seus interesses pessoais e patrimoniais.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, em sua obra Instituições de Direito Civil atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁶, a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência o discernimento deixou de ser requisito para a capacidade do surdo-mudo, que é plena, não representando a melhor forma de interpretar a teoria das incapacidades. A pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz, de modo que a limitação física ou mental não é apta a, por si só, gerar a incapacidade. Contudo, se a pessoa não é capaz de se autodeterminar e discernir a respeito dos acontecimentos ao seu redor, ainda que seja pessoa com deficiência, deve sim ser considerada incapaz, mas o fundamento deixou de ser a deficiência e passou a ser a impossibilidade de manifestar vontade.

Ressalta-se, uma vez mais, que se entende por possibilidade de manifestação de vontade a aptidão para a pessoa se autodeterminar e decidir, com lucidez e discernimento, a respeito de seus interesses pessoais e patrimoniais, o que não se limita à exteriorização do

¹⁷⁵ A análise do autor considera a inaptidão do surdo-mudo para exteriorizar o querer por impossibilidade de se expressar através da fala e por outros meios, já que não eram educados para tanto, mas reconhece que possuem discernimento.

¹⁷⁶ Com a mudança trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não mais se exige o discernimento como requisito de sua capacidade, que se considera plena, e nem mesmo a restrição quanto ao testemunho da pessoa com deficiência auditiva se impõe: revogado quase integralmente o art. 228, esclarece o seu § 2º que a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva. (PEREIRA, 2017, p. 223-236).

querer. Em verdade, esta é apenas uma etapa para que a vontade do indivíduo seja conhecida por terceiro e produza os efeitos desejados.

Por outro lado, quando se fala em capacidade da pessoa decidir com lucidez e discernimento a respeito de seus interesses, exige-se, apenas, que tenha consciência dos fatos e suas consequências de uma forma objetiva, pois não cabe ao aplicador do Direito fazer uma análise subjetiva do que convém ou não à pessoa ao aferir pela capacidade. Em outras palavras, se a pessoa possui limitações mentais ou psíquicas (que podem decorrer da deficiência ou de diversos outros fatores) que afetem a aptidão para entender a realidade e se determinar diante dela, deve ser considerada relativa ou absolutamente incapaz, a depender do grau de comprometimento.

Se apesar de possuir alguma dessas limitações, for capaz de compreender a realidade e se posicionar a respeito, é plenamente capaz e não cabe uma análise do conteúdo das decisões quanto à sua vida pessoal ou patrimonial. Se o indivíduo realiza negócios que gerem prejuízos, toma decisões a respeito de sua vida familiar ou quanto ao seu próprio corpo consideradas inadequadas por outrem, isto não o torna incapaz, pois consiste apenas no exercício de sua liberdade, direito fundamental de primeira dimensão.

Em outras palavras, não cabe ao aplicador do Direito analisar a coerência ou a conformidade da vontade da pessoa, ou seja, não cabe analisar o que melhor lhe convém, mas apenas se a vontade externada não foi formada a partir da percepção distorcida da realidade, por não conseguir percebê-la. Embora o juiz, os familiares e demais indivíduos que cercam a pessoa discordem da sua opinião ou das suas condutas praticadas, se a decisão foi tomada quando a ela estava em pleno gozo das faculdades mentais é válida¹⁷⁷ e não há razão de ser para afastar a presunção de capacidade atribuída a todos os maiores de dezoito anos.

Apesar da redação do Código Civil mencionar como hipótese de incapacidade relativa a impossibilidade de manifestar vontade, deve-se concluir que o pressuposto de todas as hipóteses de incapacidade é a ausência de discernimento para a formação de uma vontade juridicamente qualificada para a prática dos atos da vida civil, o que pode decorrer de infinitas situações, como um acidente de trabalho, acidente doméstico, deficiência mental, enfermidade neurológica ou psíquica, vício em álcool ou outros tóxicos, e não cabe ao legislador identificar todas as possíveis causas de eventual limitação.

Como existem diferentes graus de percepção da realidade é imprescindível que haja regramentos jurídicos diferenciados para tutelar essas situações diversas. Uma pessoa que não

¹⁷⁷ A validade do ato pressupõe a verificação de todos os pressupostos, dentre os quais está o agente capaz, conforme determina o artigo 104, inciso I, do Código Civil Brasileiro.

é capaz de compreender qualquer informação ao seu redor necessita de uma tutela muito mais protetiva e efetiva que aquela pessoa que apenas possui um déficit ou limitação parcial de se posicionar diante dos fatos. Conforme exemplo já citado, uma pessoa com Alzheimer em fase inicial ou intermediária pode ser considerada relativamente incapaz, pois em diversos momentos possui lucidez para manifestar o seu querer, mas quando chega à fase avançada somente o sistema protetivo da incapacidade absoluta é capaz de proporcionar a adequada tutela jurídica.

A existência de graus de incapacidade só faz sentido quando aplicáveis regramentos jurídicos diferenciados a depender do nível de discernimento, se este é zero ou muito reduzido, a tutela deve ser mais ostensiva, se este é prejudicado mas ainda existe, deve-se propiciar o exercício da liberdade de se autodeterminar, devendo a teoria das incapacidades ser o instrumento para viabilizar o exercício do direito fundamental com segurança e protegendo a pessoa nas hipóteses em que pode haver vulnerabilidade.

3.1. Impossibilidade de se determinar a incapacidade por hipóteses casuísticas e pré-estabelecidas

O Estatuto da Pessoa com Deficiência marcou a teoria das incapacidades por dissociar a deficiência da incapacidade civil haja vista que, antes da entrada em vigor desta lei, uma pessoa era considerada incapaz pelo simples fato de possuir uma deficiência mental. A partir de então, a pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz e somente pode ser considerada incapaz em decorrência da aplicação do artigo 4, inciso III, do Código Civil, ou seja, se em virtude da limitação mental ou psíquica não for capaz de manifestar sua vontade.

Assim como incapacidade e deficiência se dissociaram, as demais hipóteses de incapacidade também deveriam o ser. A lógica aplicada às pessoas com deficiência deve ser aplicada à todas as hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa, além do critério etário, ou seja, se uma pessoa não possui discernimento para praticar os atos da vida civil, deve ser considerada incapaz em processo judicial de interdição, no qual o juiz, com contato direto com a pessoa cuja capacidade é questionada, poderá decidir a partir de sua experiência pessoal associada aos subsídios técnicos fornecidos por equipe multidisciplinar.

A capacidade plena dos maiores de dezoito anos é a regra e a incapacidade a exceção, não cabendo à lei prever quais são as pessoas consideradas absoluta ou relativamente incapazes de forma casuística, sob pena de ser discriminatória. Para uma pessoa ser considerada

incapaz não basta fazer uso recorrente de substâncias tóxicas ou de álcool, ainda que configurada situação de vício, assim como é insuficiente ser indígena ou gastar seu patrimônio desordenadamente para considerá-la pródiga. Em todos os casos o reconhecimento da incapacidade civil relativa depende de demonstração de debilidade cognitiva.

A generalidade e a abstração características da lei não condizem com a necessidade de análise casuística da condição mental e psíquica de cada indivíduo para estabelecer a tutela adequada. Se por um lado a lei é insuficiente, pela impossibilidade de prever todas as possíveis causas que geram ausência ou redução do discernimento, por outro pode ser discriminatória, na medida em que pode considerar incapaz uma pessoa lúcida e consciente.

Uma pesquisa realizada em 2013 e 2014 em El Condito, na Colômbia, apontou as causas de incapacidade, sendo que: 38% decorrem de enfermidades gerais, 14% originaram em acidentes, 13% são frutos de complicações durante o parto, 11% das pessoas são incapazes por alteração genética hereditária, 10% têm como causa as condições de saúde da mãe durante a gravidez, 10% por outros motivos, 4% por dificuldades na prestação do serviço de saúde e 3% não sabem ou não quiseram responder¹⁷⁸, o que deixa claro que os fatores que causam a incapacidade são inúmeros, impossíveis de serem enumerados e previstos abstratamente.

A teoria das incapacidades é um mecanismo de proteção do indivíduo que, por não poder agir pessoalmente e por si só, por falta de discernimento, precisa se valer de um representante ou assistente para viabilizar a prática de atos jurídicos de forma válida. Contudo, apesar da finalidade protetiva para a qual foi criada, quando a incapacidade civil de uma pessoa é reconhecida judicialmente em um processo de interdição e é determinada a curatela, é restringida sua liberdade de atuação, que fica condicionada à atuação do assistente ou representante.

Se uma pessoa com aptidão para se autodeterminar e agir por si só é considerada incapaz e, por conseguinte, é tolhida de exercer os atos de seu interesse por conta própria, ocorre grave violação de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a liberdade. Por outro lado, somente no caso concreto é possível concluir se uma pessoa possui ou não consciência dos fatos ao seu redor, não sendo possível estabelecer em lei as hipóteses que geram a incapacidade.

Caio Mário da Silva Pereira trata da dificuldade quanto a inferir precisamente até que ponto uma pessoa que consome álcool e drogas habitualmente se enquadra na previsão legal do artigo 4º, inciso II do Código Civil, ou seja, qual o limite para que essa pessoa possa

¹⁷⁸ MOLINA, Mônica Mendonça. **Configuración de la noción de discapacidad en un contexto de vulnerabilidad en Bogotá**. Análisis interdisciplinar / Compiladora Mónica Mendoza Molina. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Instituto Rosarista de Acción Social – SERES, Universidad del Rosario, 2014.

ser considerada relativamente incapaz. Conclui o autor que somente pode ser reconhecida a incapacidade em caso de debilidade mental em virtude de tais vícios.¹⁷⁹ Contrariamente, uma pessoa com tais hábitos e em pleno gozo das faculdades mentais é plenamente capaz, apesar de se verificar a subsunção do fato à norma¹⁸⁰.

O mesmo ocorre em relação ao pródigo, isto porque uma pessoa pode gastar desordenadamente e, com esta atitude, dilapidar seu patrimônio, mas somente será considerada pródiga se houver alguma disfunção mental ou psíquica. Apesar de não ser uma postura louvável e tampouco recomendada, em virtude da autonomia privada uma pessoa pode usar o seu patrimônio para adquirir os bens de acordo com o seu querer, desde que lícitos.

Joyceane Bezerra de Menezes critica o modelo abstrato de capacidade civil estabelecido pelo Código Civil Brasileiro, em especial a divisão dos incapazes em categorias genéricas (capacidade plena, incapacidade relativa e absoluta). Segundo a autora a abstração do instituto impede o aprimoramento de mecanismos que consideram o real grau de discernimento da pessoa, o que acaba por suprimir a subjetividade de cada indivíduo e privá-lo do poder de se autodeterminar de acordo com suas faculdades mentais.¹⁸¹

A existência de categorias diferenciadas de incapacidade pode ser instrumento de proteção e não de discriminação, conforme proposto por Joyceane Bezerra de Menezes, desde que se faça a distinção entre a limitação da faculdade de agir em decorrência do reconhecimento

¹⁷⁹ (PEREIRA, 2017).

¹⁸⁰ “A principal característica da toxicomania está na insuperável necessidade de drogar-se, com tendência ao aumento das doses ingeridas, e a dependência física e, por vezes, psicológica que ela provoca, chegando a um estágio no qual a droga produz no viciado uma inaptidão para cuidar dos próprios interesses, precisando recorrer à sua interdição para a sua salvaguarda. Segundo Ghirardi, a adicção causa uma verdadeira enfermidade emocional, capaz de ocasionar transtornos psicológicos, transitórios, duradouros e crônicos, a ponto de uma superdose de substâncias químicas poder provocar a morte e com a seqüela de que muitos dependentes chegam a cometer delitos para obter fundos para comprarem as drogas. (...) Passíveis de interdição são os alcoolistas permanentes, anormais e, portanto, mentalmente enfermos, e por isto podem ser perniciosamente influenciados em sua vontade em prejuízo de seus interesses e bens.” (MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2020).

¹⁸¹ “A abstração do instituto da capacidade, como formulado no Código Civil, que divide os incapazes em categorias genéricas, impede o aprimoramento de mecanismos que levem em consideração o real grau de discernimento do incapaz, subtraindo a subjetividade de cada indivíduo. O resultado é o comprometimento da finalidade protetiva do regime das capacidades, em virtude da ausência de reflexão em um contexto que exige um especial cuidado com questões referentes à personalidade humana (RODRIGUES, 2007, p. 49). Assim, a classificação das pessoas em capazes, relativamente incapazes e absolutamente incapazes, feita pelo legislador de forma abstrata, não necessariamente reflete o grau de discernimento de cada indivíduo. Essa concepção abstrata é própria da acepção patrimonialista do Direito Civil, em que não se conferia tanta atenção às relações subjetivas existenciais e aos direitos de personalidade. Fachin e Ruzyk (2006, p. 94) explicam que no patrimonialismo, o centro do ordenamento privado é o sujeito proprietário, cuja “máscara” está formalmente ao alcance de todos que, perante a lei, são iguais. Isto é, a abstração do regime das capacidades servia ao *bonus pater familiae*, o “bom pai de família romano”, homem e proprietário, único privilegiado pela lógica patrimonialista.” (MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia D’Alge Mont’Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 566-588, set./dez. 2017. p. 580-581. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.16628. Acesso em: 29 jun. 2020).

da incapacidade e o regime jurídico aplicável ao incapaz. O juiz, ao determinar a curatela, deve estabelecer a forma de atuação do curador em favor do incapaz, de acordo com as limitações deste, o que não pode ser um modelo fixo, rígido e imutável, tal como sempre se viu a interdição. Outra situação é o conjunto de normas de direito material dispostas ao longo de todo o Código Civil e legislação espacial, que foram elaboradas de forma sistemática para proteger as pessoas consideradas relativa ou absolutamente incapazes, sendo que estas, por possuírem menos discernimento, devem receber maior proteção pelo ordenamento, através de normas cogentes.

Com relação à incapacidade dos menores de dezesseis anos, afirma Caio Mário da Silva Pereira¹⁸² que o legislador estabelece um limite certo e demarca o termo da incapacidade absoluta de acordo com os dados que a experiência científica oferece. Trata-se de uma determinação imperativa de pleno direito que cessa em razão do decurso do tempo, independentemente da vontade.

Quanto a este item, Joyceane Bezerra de Menezes critica a incapacidade por questão etária sob o argumento de que se trata de um fundamento abstrato pautado exclusivamente na idade da pessoa, que retira a possibilidade de o adolescente gerir os atos próprios da vida. Para a autora, uma vez atestado o discernimento do adolescente, não lhe pode ser negado o direito de conduzir a sua vida de acordo com seus interesses e suas convicções, de modo que a sua vontade prevaleça sobre a vontade dos seus pais ou responsáveis legais. É sob esse argumento, que a autora defende a possibilidade de o adolescente elaborar diretivas antecipadas de vontade desde que possua discernimento para tanto, como expressão de sua autonomia.

Com relação à incapacidade por questão etária, a criança e o adolescente não possuem vivência e discernimento para autodeterminarem-se em relação aos atos da vida civil, de modo que não se mostra viável presumir-lhes a capacidade plena desde o nascimento¹⁸³. Todavia, com relação às questões existenciais, como é o caso da elaboração das diretivas antecipadas, como também se prefere permanecer sob a guarda do pai ou da mãe em caso de divórcio ou separação dos pais, a vontade da pessoa deve ser observada na maior medida possível, de modo que se o adolescente demonstrar aptidão para entender os fatos a seu respeito

¹⁸² “Valendo-se, então, dos dados que a experiência científica põe ao seu alcance, o legislador estatui um limite certo e demarca o termo da incapacidade absoluta. Tratando-se de uma determinação imperativa da lei, *pleno iure* cessa a incapacidade absoluta do menor, independente de ato seu ou alheio. Apenas em razão do tempo.” (PEREIRA, 2017, p. 231).

¹⁸³ Não é objetivo deste trabalho analisar a idade em que um adolescente passa a deter aptidão para compreender a realidade e autodeterminar-se diante dela, mesmo porque, conforme amplamente abordado ao longo deste capítulo, não existe fórmula abstrata capaz de determinar o grau de discernimento do indivíduo, o que somente pode ser aferido no caso concreto.

e se determinar em face deles, sua vontade deve ser considerada pelos pais, responsáveis e pelos aplicadores do Direito.

Nevares e Schreiber¹⁸⁴ apontam que o critério mais relevante para ser considerado é o discernimento, definido como a capacidade para compreender o ato praticado e suas consequências e, quanto ao menor, é impossível se estabelecer *a priori* critérios rígidos de incapacidade. A maturidade pode ser alcançada independente da faixa etária, uma vez que é adquirida a partir de experiências, vivências e estímulos que o indivíduo recebe durante a vida.

O critério etário é necessário e importante tendo em vista a necessidade de apoio e proteção às crianças e adolescentes, o que é dever da família, da sociedade e do Estado. Nesses termos, de acordo com a doutrina da proteção integral positivada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos, titulares dos direitos de dignidade, liberdade, privacidade e de direitos especiais, por se tratarem de pessoas em formação e que carecem de maior atenção e cuidados por estarem na fase de formação da personalidade.

A solução da controvérsia dignidade-vulnerabilidade¹⁸⁵ e dignidade-liberdade reside, justamente, em identificar a adequada tutela jurídica que cada indivíduo necessita, de acordo com a sua aptidão para praticar os atos civis (patrimoniais e existenciais), o que somente é possível após analisar o grau de discernimento que apresenta. Caso imposto um tratamento jurídico mais severo do que o necessário, haverá uma privação indevida dos direitos fundamentais da pessoa, e restará violado o direito de liberdade e demais direitos da personalidade inerentes à autodeterminação. Por outro lado, a tutela insuficiente é capaz de gerar vulnerabilidade para quem necessita da proteção jurídica, de modo que a teoria das incapacidades e todos os seus institutos inerentes não cumpriram o mister para o qual foram desenvolvidos¹⁸⁶.

¹⁸⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da capacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

¹⁸⁵ “Considerada que seja a cláusula geral de tutela da pessoa humana, constata-se que a vulnerabilidade se apresenta sob múltiplos aspectos existenciais, sociais, econômicos. Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim, *vulnerabilis*, ‘que pode ser ferido’, de *vulnerare*, ‘ferir’, de *vulnus*, ‘ferida’) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser ‘vulnerado’ em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos.” (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110).

¹⁸⁶ Seria exemplo de proteção jurídica insuficiente considerar relativamente incapaz uma pessoa em coma ou com Alzheimer em fase avançada, em face da qual corre os prazos de prescrição e de decadência e os atos jurídicos devem ser praticados pela própria pessoa, acompanhada de seu assistente, sob pena de nulidade.

É, portanto, o meio termo entre os extremos discriminação e vulnerabilidade¹⁸⁷ o adequado tratamento jurídico a ser dispensado às pessoas que não possuem discernimento ou que o possuem de forma limitada, desde que exista a necessidade de intervenção do Direito e do Estado para proteger a pessoa nas questões patrimoniais e eventualmente existenciais. Esse meio termo só pode ser identificado se analisada a pessoa no caso concreto, de acordo com as suas aptidões, analisando-se as particularidades da vida de cada um.

Nevares e Schreiber criticam o modelo abstrato de incapacidade sob o argumento de que em várias hipóteses os incapazes acabam tolhidos de uma parcela de autonomia que se sentem aptos a exercer. Na visão dos autores o regime abstrato e geral de incapacidade em vigor acaba sendo instrumento de uma abordagem excludente, e exemplificam com a incapacidade da mulher casada, dos silvícolas, dos ébrios habituais e dos pródigos.¹⁸⁸

Pessoas em situações inteiramente distintas recebem o mesmo tratamento jurídico e são enquadrados sob o mesmo rótulo, sendo tratadas na lógica do tudo-ou-nada, ou seja, ou são plenamente capazes ou incapazes para a prática de todos os atos. O regime de incapacidade jurídica desenhado de modo geral e abstrato para proteger o incapaz acaba por mutilar sua autonomia e, por conseguinte, sua dignidade¹⁸⁹. A personalização do regime de incapacidades e a modulação dos seus efeitos, no tocante à intensidade e amplitude, é medida que se impõe para que cumpra devida e efetivamente seu mister¹⁹⁰

O ordenamento jurídico não deve ficar preso às possíveis causas da ausência de discernimento, eis que cada possível causa existente abarca um grande número de situações variáveis, sendo que nem todas serão hipótese de incapacidade, tal como é o adolescente, a pessoa com Alzheimer e a pessoa com deficiência. Nestes três exemplos é possível encontrar pessoas que não se encontram em pleno gozo das faculdades mentais, o que, contudo, não permite rotular todos como incapazes de praticar todo e qualquer ato de seu interesse.

¹⁸⁷ “Oferecer a autonomia privada a quem não pode exercê-la com sentido não é prestar um tributo à sua liberdade, mas antes deixar os seus legítimos interesses à mercê dos interesses contrários.” (RIBERO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41).

¹⁸⁸ “O rótulo generaliza situações inteiramente distintas, que mereciam da ordem jurídica remédios diferenciados. Nosso Código Civil de 2002, ao contrário, reproduziu com impressionante dose de desatualidade o regime único de incapacidade contido na codificação de 1916. Em quase um século de distância, nada se alterou para os incapazes. Manteve-se um regime unitário que reúne todas as incapacidades sob o mesmo rótulo e as trata com pouquíssimas diferenciações, sempre sob a lógica do “tudo-ou-nada”. Quem é incapaz o é para todos os “atos da vida civil”, expressão que abrange desde a doação de um imóvel à compra de um refrigerante.” (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 42).

¹⁸⁹ Ibid., p. 43.

¹⁹⁰ “Mais que alterações de terminologia e rótulo, a construção de uma disciplina da incapacidade civil que realize uma proteção adequada e proporcional da pessoa humana exige uma abordagem funcional e dinâmica atenta à sua realidade concreta, libertando-se, em definitivo, da perspectiva puramente estrutural e abstrata que ainda acomete o tema como herança da noção unitária e universal do sujeito de direito.” (Ibid., p. 55).

A determinação da incapacidade por critérios abstratos, portanto, tal como ocorria com as pessoas com deficiência e os índios, e hoje ainda prevalece em relação aos ébrios habituais, viciados em tóxicos e os pródigos, é discriminatória e não condiz com os princípios constitucionais que permeiam o Código Civil Brasileiro. Apenas a ausência de discernimento é causa de incapacidade, e que poderá ser relativa ou absoluta, a depender do grau da limitação de cada pessoa, pois quanto mais próximo da consciência para os atos da vida, menos precisará da proteção do Direito, e quanto mais impossibilitada de gerir seus interesses, mais vulnerável e, portanto, carecedora de proteção.

Por outro lado, discernimento e manifestação de vontade não se confundem, pois aquele pressupõe aptidão para compreender a realidade ao redor e se autodeterminar diante dela, ciente das consequências dos atos, ao passo que a manifestação de vontade representa apenas uma etapa objetiva no processo de formação do ato jurídico, que tem início com a formação do querer (que exige discernimento), passa pela exteriorização desse querer, que é a manifestação da vontade, para configurar o elemento volitivo válido para formar o ato jurídico. O requisito essencial da capacidade é o discernimento, ou seja, a aptidão para formar o seu próprio convencimento através da percepção da realidade e agir de acordo com suas convicções e interesses.

Tendo em vista que o discernimento é o fator determinante da capacidade de fato, o que se propõe é a capacidade presumida para todos os maiores de dezoito anos. Os menores de dezesesseis anos e aqueles que não são capazes de manifestar vontade devem ser considerados absolutamente incapazes e aqueles com idade entre dezesesseis e dezoito anos ou que possuem alguma limitação ou redução do discernimento que lhe impede de praticar os atos da vida civil por si só, sejam considerados relativamente incapazes.

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de 16 (dezesesseis) anos

II - aqueles que não apresentarem discernimento para os atos da vida civil ou apresentarem de forma bastante comprometida

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

I - os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos;

II - aqueles que, por causa transitória ou permanente, apresentarem o discernimento reduzido a ponto de comprometer a prática de atos da vida civil independente de assistência

Art. 5º - A capacidade civil é a regra e pessoa é habilitada à prática de todos os atos da vida civil, devendo a incapacidade civil deve ser reconhecida somente em casos excepcionais.

Definir a incapacidade absoluta ou relativa de acordo com o grau discernimento é importante para atrair a incidência de um regime jurídico mais protetivo para aqueles que não possuem condições de perceber a realidade a seu redor e agir de acordo com seus interesses e

convicções. A distinção é necessária para aplicar a tais pessoas um conjunto de normas de ordem pública que visam blindar o patrimônio e os interesses do indivíduo. A exemplificar o regime mais protetivo, cita-se que em face dessas pessoas não fluem os prazos prescricionais e decadenciais e os negócios jurídicos praticados pessoalmente serão nulos, o que pode ser arguido por qualquer interessado.

Contudo, o complexo de normas do ordenamento jurídico que visam proteger o absolutamente incapaz, como as citadas acima, não se confunde com a necessidade de adequação do alcance da tutela de acordo com as limitações de cada um. Caso a pessoa seja considerada absolutamente incapaz, por ausência ou reduzido grau de discernimento, mas possua condições de manifestar sua vontade a respeito de determinadas questões de seu interesse, o seu querer deve ser considerado em maior grau possível, de modo que os limites da curatela de cada indivíduo somente podem ser definidos em cada caso concreto.

Em outras palavras, quando uma pessoa é considerada absolutamente incapaz lhe é aplicado um regime mais rígido de proteção quanto aos seus interesses patrimoniais, mas a sua vontade deve ser observada em maior grau possível, principalmente nas questões existenciais. Se por um lado não se pode admitir a supressão da vontade de uma pessoa quanto exercício dos direitos da personalidade, por outro, existem pessoas que não possuem qualquer discernimento do que ocorre ao seu redor e nesses casos extremos é necessário que o curador possua meios de proteger os interesses existenciais do curatelado, como a vida, a integridade física e a saúde.

O absolutamente incapaz, tanto pelo critério etário como pelo critério biopsicológico, deve ter a sua vontade considerada na maior medida possível, principalmente no exercício de direitos da personalidade. A incapacidade absoluta se justifica por atrair um regime jurídico mais protetivo de seus interesses e de seu patrimônio, o qual não pode representar um meio de suprimir a autonomia e o exercício de direitos existenciais.

O regime jurídico aplicável à incapacidade relativa, por sua vez, é mais flexível e protege interesses privados, de modo que pode ser afastado no caso concreto; é adequado para pessoas que apresentam uma certa limitação do discernimento, mas este não fica comprometido a ponto de ser necessária uma tutela mais protetiva. Os atos jurídicos praticados sem a presença do assistente são apenas anuláveis, fluem normalmente os prazos decadenciais e prescricionais e resta ao assistido o direito de regresso em face do assistente.

A delimitação dos limites da curatela é o ponto central para que o instituto cumpra a sua função protetiva sem gerar discriminação ou exclusão do indivíduo. Para que uma pessoa seja considerada relativamente incapaz é necessário que exista um certo grau discernimento, mas que este seja afetado ou reduzido a ponto de afastar a presunção de capacidade. A atuação

do curador deve ser apenas para suprir as debilidades que a pessoa apresenta e possibilitar, da forma mais ampla possível, sua autodeterminação tanto para questões existenciais quanto para patrimoniais.

Assim, uma pessoa ser considerada relativa ou absolutamente incapaz repercute apenas no conjunto de normas de direito material aplicável, se mais ou menos protetivo, os poderes do curador e os limites da curatela devem ser delimitados pelo juiz no caso concreto, após análise multidisciplinar das condições pessoais de cada indivíduo, considerando o máximo possível as suas vontades, convicções e autonomia.

3.2. Tratamento jurídico dos atos praticados nos intervalos lúcidos

Desde o direito pré-codificado se debateu a respeito do adequado tratamento aos intervalos lúcidos, ou seja, para as situações em que a pessoa possui momentos de inconsciência e ausência de discernimento intercalados com momentos de lucidez. Caio Mário da Silva Pereira ensina que o nosso direito pré-codificado atribuía eficácia a tais atos, o que não foi mais admitido em nosso ordenamento jurídico codificado¹⁹¹.

No mesmo sentido de não admitir a validade dos atos praticados em intervalos lúcidos estava o Código de Napoleão, que ao tratar da capacidade civil, estabeleceu no artigo 498 que o maior em estado habitual de imbecilidade, de demência ou de furor, deveria ser interdito, mesmo quando esse estado apresentasse intervalos lúcidos.

Rubens Limongi França¹⁹², ao tratar da incapacidade absoluta dos “loucos de todo gênero” do Código Civil de 1916, afirma que para sua caracterização são necessários três requisitos, a saber, a insanidade mental, a durabilidade ou permanência e a gravidade. Quanto aos intervalos lúcidos, se a insanidade preenche os requisitos da permanência e gravidade, não constitui causa para se reconhecer a capacidade, ao passo que os casos de perturbação em grau leve não são atingidos pela previsão legal de incapacidade absoluta.

Os intervalos lúcidos não são reconhecidos pela jurisprudência, conforme é possível perceber pela decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, que reconheceu a nulidade do testamento elaborado na vigência do Código Civil de 1916 em virtude do fato da testadora apresentar episódios de grande confusão mental e esquecimentos, além de memória remota,

¹⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 234.

¹⁹² FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 55.

apesar de reconhecer ser inegável a relevância que o ordenamento jurídico pátrio emprega em favor de preservar a vontade de disposição patrimonial daqueles que assim desejarem fazer.¹⁹³

Ao comentar o Projeto de Código Civil de 2002, João Baptista Villela¹⁹⁴ afirma que o projeto não enfrentou a problemática dos intervalos lúcidos e ressalta a possibilidade de se obter, à época e ainda hoje, longos períodos de sanidade pontuados por pequenos lapsos de enfermidade através do uso de medicamentos. Se antes o comum era a enfermidade mental por longos períodos, os quais eram intervalados por pequenos períodos de lucidez, atualmente é possível reverter o cenário para maior período de lucidez e pequenos lapsos de ausência de discernimento.

Villela critica também a redação do artigo 3º, inciso III, do mesmo Projeto, no que diz respeito à impossibilidade de exprimir vontade, ainda que por motivo transitório. Segundo o autor, apesar de declarados incapazes, apenas o são momentaneamente, o que importa em uma ampla restrição jurídica por um estado pontual.¹⁹⁵

¹⁹³ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. (...) CAPACIDADE PARA TESTAR. DEMÊNCIA SENIL. INTERVALOS DE LUCIDEZ. CC/16. PROVA ROBUSTA. (...) 2. O propósito recursal é definir se deve ser preservada a validade de testamentos públicos lavrados por testadora que não foi declarada incapaz para testar por meio de prova técnica acerca da insanidade mental contemporânea ao negócio jurídico. (...) 5. É inegável a relevância que o Ordenamento Jurídico pátrio emprega em favor de se preservar a vontade de disposição patrimonial dos sujeitos que assim desejarem fazer. Por outro lado, questão de alta indagação na doutrina e na jurisprudência se coloca acerca da demonstração inequívoca de que o testador, ao testar, se encontrava ou não em perfeito juízo, isto é, se tinha pleno discernimento da formalidade que o testamento encerra. 6. A capacidade para testar é presumida, tornando-se indispensável prova robusta de que efetivamente o testador não se encontrava em condições de exprimir, livre e conscientemente, sua vontade acerca do próprio patrimônio ao tempo em que redigido o testamento. 7. Na hipótese, o Tribunal de origem registrou que, sem risco de equívocos, a prova foi robusta diante do comprovado estado precário de sanidade mental da testadora em momento anterior à lavratura dos testamentos públicos. Rever essa conclusão demandaria o reexame de fatos e provas (Súmula 7/STJ). 8. Recursos especiais conhecidos e não providos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1694965/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgamento: 05/12/2017. DJe, 07/12/2017. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533894584/recurso-especial-resp-1694965-mg-2015-0176261-0/inteiro-teor-533894592>>. Acesso em: 30 jun. 2020).

¹⁹⁴ VILLELA, João Baptista. Capacidade civil e capacidade empresarial: poderes de exercício no Projeto do Novo Código Civil. In: Conselho da Justiça Federal. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Cadernos do CEJ, volume 20. Centro de Estudos Judiciários; Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Brasília: CJF, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/comentarios-sobre-o-projeto-do-codigo-civil-brasileiro/@@download/arquivo>> Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁹⁵ “Mas essa definição de incapacidade do Código não é uma descrição de um estado factual, porém, de uma restrição jurídica. Dizer que a pessoa que está, por exemplo, sob anestésico, é incapaz para os atos da vida civil no sentido descritivo, é o mesmo que dizer que o paraplégico está incapacitado de andar. Na verdade, a pessoa que esteja submetida a uma suspensão provisória do seu estado de consciência não é uma incapaz; está momentaneamente limitada no exercício da sua capacidade. Nenhum de nós que tenha passado por uma anestesia, por exemplo, terá sido considerado incapaz para sempre. Mas o Projeto não limita o tempo de duração; ou seja, houve aqui um concurso de equívocos, entre eles o do mau uso do verbo “ser” pelo verbo “estar”. (...) A pessoa que está momentaneamente, transitoriamente, sem condições de exprimir a sua vontade, não é incapaz; ela está incapaz. Mas essa incapacidade, digamos, que se expressa pelo verbo “estar”, o Código não tem de anunciá-la. Dizer que a pessoa que não pode exprimir a sua vontade é incapaz, nesse sentido factual, significa uma tautologia; seria o mesmo que dizer que a pessoa que é paraplégica não pode andar.” (VILLELA, João Baptista. Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto do Novo Código Civil. In: Conselho da Justiça

A mesma linha seguiu o Código Civil de 2002, pois ensina Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁶ que não existe intermitência na incapacidade, de modo que os atos praticados nos intervalos de lucidez recebem o mesmo tratamento jurídico daqueles praticados na crise psicopática, qual seja, a invalidade. Segundo o autor, a segurança social restaria fortemente abalada caso cada ação do indivíduo se sujeitasse a uma verificação para se saber se ocorreu em um momento de discernimento ou de insanidade. Admitir a validade dos atos praticados nos intervalos lúcidos permitiria reabrir o debate para reconhecer ou recusar a validade de cada ato, em atenção à maior ou menor influência da enfermidade sobre o psiquismo da pessoa.

Assim como Caio Mário, Flávio Tartuce reafirma a necessidade de a incapacidade mental estar revestida de caráter permanente, eis que o ordenamento jurídico brasileiro não admite os intervalos lúcidos.

Maurício Requião reconhece que a teoria das incapacidades continua direcionada para um cunho patrimonialista, na medida em que a incapacidade é declarada com o objetivo de garantir a segurança nas transações negociais. A incapacidade, quando considerada como um estado, uma situação jurídica do sujeito, é estática, ao passo que o discernimento é dinâmico. O sujeito declarado incapaz sofre os efeitos da incapacidade a todo tempo, ainda que apresente capacidade de discernimento factual diante de uma situação concreta¹⁹⁷.

Quando se trata de intervalos lúcidos, é comum associá-los às pessoas com deficiência mental ou psíquica, que apresentam variações no discernimento e na aptidão para compreender a realidade ao seu redor. Contudo, podem ocorrer em inúmeras situações além das hipóteses das pessoas com deficiência, como por exemplo uma pessoa com Alzheimer, que varia em estados de consciência e inconsciência.

De acordo com o que estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a caracterização da deficiência está relacionada à forma como os impedimentos (que podem ser de natureza física, mental, intelectual e sensorial) interagem com as barreiras¹⁹⁸ que impedem

Federal. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Cadernos do CEJ, volume 20. Centro de Estudos Judiciários; Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Brasília: CJF, 2002. 155 p. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/comentarios-sobre-o-projeto-do-codigo-civil-brasileiro/@@download/arquivo>>. Acesso em: 30 jun. 2020).

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 235.

¹⁹⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 88.

¹⁹⁸ O conceito de barreiras é trazido pelo próprio EPD, no artigo 3º, inciso IV e constitui qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com

a integração da pessoa em seu meio social. Segundo Marcos Vinícius Torres, é o resultado da equação impedimentos x barreiras que irá definir se a deficiência resta configurada, na medida em que se verifica alguma desvantagem para o indivíduo ou privação do exercício de alguma faculdade.

O referido Estatuto ou Lei Brasileira de Inclusão estabelece que para a caracterização da deficiência é necessário que o impedimento que acomete a pessoa seja de longo prazo, expressão utilizada em seu artigo 2º¹⁹⁹, mas não exige que seja permanente, em virtude dos avanços da medicina capazes de reverter muitos casos considerados improváveis.

Luiza Helena Messias Soalheiro argumenta que a evolução da psiquiatria, da farmacologia e da neurologia permitiu a solução de vários distúrbios mentais ou neurológicos, que passaram a ser resolvidos sem a necessidade da interdição, ou por meios menos rígidos, e exemplifica com a experiência francesa e a alemã: o Código Civil Francês de 1968 substituiu o procedimento de interdição pelo instituto dos “maiores protegidos”, que permite a proteção apenas ocasional para determinados casos; já a Alemanha substituiu a tutela dos maiores pelo “acompanhamento”, que é mais flexível.²⁰⁰

A autora propõe uma releitura da teoria das incapacidades para reconhecer a validade dos atos praticados em períodos de lucidez e esclarece que os intervalos lúcidos se caracterizam por um estado de saúde plena por um período no qual se possa verificar uma real trégua do transtorno mental, e não pela alternância entre razão e ausência de discernimento.²⁰¹

Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020).

¹⁹⁹ “Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.” (Ibid.).

²⁰⁰ SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado. Artigo. In: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **Direito civil - Constitucional II** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Glauber Salomão Leite, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁰¹ Nas palavras da autora: “Assim, não é qualquer melhora no quadro clínico da doença mental que pode ser considerada com um intervalo lúcido passível de ser considerado pelo Direito. É fundamental que se verifique realmente uma remissão, uma ausência completa da insanidade por um período razoável, que vai depender do tipo de transtorno mental, para se afirmar que o tempo é longo e razoável. Daí, talvez, a dificuldade de a ciência jurídica considerar esses intervalos lúcidos quando da prática de algum ato por um incapaz.” (Ibid., p. 22).

De acordo com Palomba²⁰², somente é possível concluir pela existência de intervalos lúcidos quando houver provas cabais da remissão completa da insânia. O comportamento do paciente deve ser cuidadosamente observado, de preferência em épocas diversas, a fim de habilitar a formação do juízo correto.

Soalheiro propõe uma nova forma de interpretar a incapacidade absoluta, para que a pessoa seja considerada em sua singularidade e não mediante a aplicação da presunção absoluta de incapacidade. A rigidez da curatela suprime todo o poder de autodeterminação da pessoa.²⁰³ Em outros termos, uma pessoa considerada relativamente incapaz para a prática dos atos da vida civil pode possuir discernimento para o exercício de determinados atos em momentos de sanidade, o que não é considerando pelo Direito, restando violada a possibilidade da pessoa se autogovernar e construir a sua história.

A proposta de releitura da teoria das incapacidades apresentada por Soalheiro reforça a ideia de que a curatela deve ser estabelecida em conformidade com os limites e as aptidões de cada ser humano considerado singularmente, devendo ser menos rígida de acordo com o maior grau de discernimento apresentado. É inerente à vida da pessoa a prática de atos jurídicos de natureza patrimonial e existencial, e admitir a validade dos negócios jurídicos praticados nos intervalos lúcidos pode gerar insegurança jurídica e negocial.

No âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais não é viável, sob o prisma da segurança jurídica do interessado e da própria sociedade, admitir a validade dos atos praticados nos intervalos lúcidos. A segurança pode ser argumentada tanto quanto ao tráfego jurídico, como também em decorrência da publicidade e eficácia do registro da interdição promovido no Livro “E” do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do domicílio do interessado, já que possui oponibilidade *erga omnes* e deve ser apresentada na prática de todo e qualquer ato, não podendo a incapacidade ser afastada casuisticamente pelos contratantes, sob pena de esvaziar a finalidade protetiva da nomeação de curador.

Embora não seja possível reconhecer a validade dos atos praticados nos intervalos lúcidos, se em tais ocasiões a pessoa incapaz manifestar uma vontade relativa aos seus interesses pessoais, que não seja a realização de negócios jurídicos patrimoniais, a vontade deve ser considerada.

²⁰² PALOMBA, Guido Arturo. **Intervalos Lúcidos**. Artigo. 2000. **Psiquiatra Forense dos Tribunais Judiciários do Estado de São Paulo** São Paulo, v. II, n. 2, mar./abr. 2000. Disponível em: <<https://livrozilla.com/doc/815676/intervalos-l%C3%BAcidos>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁰³ SOALHEIRO. In: op. Cit.

Uma pessoa no intervalo lúcido deve ser ouvida quanto à prática de atos existenciais²⁰⁴ que não sejam irreversíveis se relativas à disposição do próprio corpo, por exemplo, pois nesse caso deve-se buscar ao máximo a autodeterminação da pessoa em sua essência, nas suas relações familiares, afetivas e quanto ao próprio corpo. Assim, o argumento da segurança jurídica não é suficiente para esvaziar a autonomia de uma pessoa para reconhecer um filho, optar por um tratamento de saúde, constituir família, elaborar diretivas antecipadas de vontade, escolher as pessoas com quem tem mais afinidade para residir ou conviver, dentre tantos outros atos que repercutem na existência digna de cada um.

Caio Mário reconhece que a fixação do alcance da alienação mental para definir a incapacidade do paciente é tarefa árdua tanto para o Direito quanto para a Ciência Médica, haja vista que os estados patológicos podem apresentar gradações variadas em relação à extensão nas qualidades psíquicas do enfermo, desde a esquizofrenia declarada e franca, facilmente perceptível, até distúrbios menos aparentes, que apenas com a experiência pode diagnosticar.²⁰⁵

Reconhecer o intervalo lúcido e saber até que ponto a pessoa possui discernimento para se autogovernar é um desafio, assim como o é definir em qual momento há lucidez e a partir de quando o indivíduo passa para um estado de não compreensão da realidade. Diante de tantas incertezas, não é possível reconhecer a validade dos negócios jurídicos praticados por incapazes sem assistência ou representação nos intervalos lúcidos, o que não quer dizer que toda e qualquer manifestação de vontade nesses momentos deve ser ignorada. Quando for possível perceber que o indivíduo apresenta lucidez e discernimento, a sua vontade deve ser considerada em atos de natureza extrapatrimonial, como uma forma de garantir à pessoa o direito fundamental de se autodeterminar quanto ao próprio corpo, seus interesses e convicções.

3.3. A incapacidade do pródigo como reflexo da visão patrimonialista do sistema anterior

A origem da preocupação do Direito com o pródigo remonta ao Direito Romano, quando o patrimônio pertencia à família e não individualmente a seus membros. Neste contexto, a ordem jurídica pensou em um mecanismo para impedir a dilapidação do patrimônio familiar pelo chefe da família, conforme estabelece a Lei das XII Tábuas, segundo a qual se alguém se

²⁰⁴ Embora se reconheça a impossibilidade de traçar uma divisão estanque entre atos patrimoniais e existenciais, haja vista que muitos repercutem em ambas as esferas, como é o casamento, deve-se reconhecer a preponderância das questões existenciais.

²⁰⁵ PEREIRA, 2017, p. 232.

tornasse louco ou pródigo e não tivesse tutor, que a sua pessoa e seus bens seriam confiados à curatela dos agnados e, se não houvessem agnados, à dos gentis²⁰⁶.

Ensina Beviláqua²⁰⁷ que a prodigalidade apareceu em uma época em que havia uma copropriedade na família, de forma que os herdeiros de uma pessoa eram considerados condôminos de seus bens, mesmo com a pessoa viva. A interdição só se referia aos bens que o indivíduo, por força de lei, herdaria de seus parentes. Em um segundo momento, a interdição do pródigo passou a ser vista como garantia do indivíduo, e não mais de sua família, desaparecendo assim a distinção entre os bens herdados da família e os adquiridos pela atividade da pessoa.

No projeto primitivo do Código Civil Brasileiro de 1916, o pródigo não era considerado incapaz, a inclusão decorreu da proposta de emenda apresentada por Andrade Figueira, a qual incluía entre os relativamente incapazes do artigo 6º: os falidos, os religiosos, os pródigos e os cegos. Não havia consenso na doutrina sobre a incapacidade do pródigo, sendo que muitos juristas apresentavam resistência a esta hipótese de incapacidade, por todos cita-se Carvalho Santos²⁰⁸.

Apesar da divergência doutrinária, o Código Civil de 1916 considerou o pródigo, definido como aquele que desordenadamente dissipa a sua fazenda²⁰⁹, como relativamente incapaz, limitando a sua capacidade para gerir seus bens, e deixando a salvo os atos de mera administração, de natureza profissional e familiar.

O Código Civil Brasileiro de 2002 manteve a prodigalidade como causa de incapacidade, que priva a pessoa de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração, tudo de acordo o disposto em seu artigo 1.782.

Célia Barbosa de Abreu destaca que no Código Civil de 1916 a interdição por prodigalidade só poderia ser decretada quando o indivíduo tivesse parentes que poderiam ser

²⁰⁶ CARVALO, Felipe Quintella Machado de; LARA, Mariana Alves Lara. Notas históricas sobre a incapacidade do pródigo. Artigo. 2014. In: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **História do direito I** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Giscard Farias Agra, Ricardo Marcelo Fonseca, Gustavo Silveira Siqueira. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=db35b1f3d006b037>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

²⁰⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955, p. 62.

²⁰⁸ O que se percebe é que o Código se ateu à arcaica doutrina da interdição por prodigalidade ter fundamento na garantia da manutenção da propriedade comum da família e daí não foi além um passo, não evoluindo até o ponto de se transformar em uma interdição por alienação mental, não obstante os esforços empregados por Clóvis e outros muitos juristas. (SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume 1. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934).

²⁰⁹ Conceito apresentado por Limongi França. (FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988, p. 57).

considerados herdeiros legítimos em eventual sucessão (artigos 460 e 461 da Lei nº 3.071²¹⁰), assim como poderia ser levantada quando tais parentes deixassem de existir. No Código Civil de 2002 estas normas não foram reproduzidas, sob o argumento de que existe uma preocupação social e que a interdição do pródigo é em seu próprio benefício, e não unicamente no de sua família próxima²¹¹.

Milton Paulo de Carvalho Filho afirma que a interdição do pródigo tem por finalidade precípua a proteção dos interesses do incapaz e mesmo da sociedade, de natureza patrimonial, na medida em que preserva os interesses materiais da família do pródigo. Por tais motivos, o pródigo não pode praticar por si só atos que podem gerar diminuição patrimonial, mas fora da esfera patrimonial, não há qualquer limitação para a prática dos atos da vida civil pelo pródigo²¹².

A pessoa é considerada pródiga em virtude de efetuar habitualmente gastos imoderados, de forma desregrada, colocando em risco o seu patrimônio pessoal, sua subsistência e de sua família. De acordo com o artigo 4º, inciso, IV do Código Civil vigente, o pródigo é considerado relativamente incapaz e não possui a capacidade para praticar atos de disposição patrimonial sem assistência.

A incapacidade relativa do pródigo, à luz dos princípios constitucionais, somente seria justificável para proteger o patrimônio mínimo, como forma de resguardar uma existência digna. Assim considerando a doutrina de Edson Fachin, que reconhece a necessidade de se garantir um mínimo existencial às pessoas como forma de resguardar a sua própria dignidade, denominado Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo²¹³.

Justificar a restrição da liberdade de agir e exercer pessoalmente os direitos da vida civil, ainda que gerem redução patrimonial, com base na necessidade de proteção dos bens da família é contradizer a matriz do Direito Civil Constitucional e retornar ao patrimonialismo que

²¹⁰ “Art. 460. O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos, que a promovam.

Art. 461. Levantar-se-á a interdição, cessando a incapacidade, que a determinou, ou existindo mais os parentes designados no artigo anterior.” (BRASIL. **Lei Federal nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

²¹¹ ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 144.

²¹² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy [et. al]; Coordenação Cezar Peluzo. 14 ed. Barueri: Manole, 2020.

²¹³ “Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232).

permeava o Código Civil de 1916. A pessoa é o principal centro de proteção do ordenamento jurídico, e a incapacidade do pródigo somente poderia ter como único argumento válido na ordem jurídica vigente a necessidade de se garantir um patrimônio mínimo que lhe garanta o acesso aos bens indispensáveis à subsistência, possibilitando, assim, uma existência digna²¹⁴.

Requião considera que a teoria das incapacidades continua sendo direcionada para uma finalidade patrimonialista e exemplifica essa afirmação com a figura do pródigo. Na visão do autor, em que pese o argumento de que a interdição visa proteger o próprio indivíduo, a questão costuma vir acompanhada dos interesses da família e da sociedade²¹⁵. Busca-se impedir que o pródigo disperse seu patrimônio não apenas pelo risco de se colocar em uma situação financeira ruim, mas também porque se apresentaria como um peso para a família e para a sociedade²¹⁶.

Por outro viés, o conceito de pródigo também se mostra esvaziado e de rara aplicabilidade no cenário atual, isto porque é considerada relativamente incapaz aquela pessoa que gasta desordenadamente, colocando em risco sua fortuna²¹⁷. Contudo, a realidade que assola uma parcela significativa da população brasileira é um elevado índice de endividamento, com total comprometimento da renda familiar mensal.

Uma pesquisa de endividamento e inadimplência do Consumidor realizada em fevereiro de 2020 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo²¹⁸

²¹⁴ “Decerto, além de não ser mais lícito lastrear a prodigalidade numa compropriedade da família, porque insubsistente essa relação no direito moderno, só é admissível conceber a delimitação da suscetibilidade do pródigo exercer pessoalmente situações subjetivas aos atos que não implicam disposição patrimonial (CCB/02, art. 1.782), se e somente se houver o comprometimento do discernimento, caso contrário haverá violação à autonomia privada da pessoa humana. Dessa forma, a incapacidade do pródigo de dispor de seus bens é interpretada conjuntamente com o art. 4º, II do CCB, na medida em que se configurará tão somente quando for verificado o discernimento reduzido.” (MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 138).

²¹⁵ José Maria Rosa Tesheiner, ao tratar da interdição como procedimento de jurisdição voluntária, ressalta que “é preciso, porém, que se compreenda: não há lide em abstrato, porque se trata de processo instituído por lei unicamente para fins de tutela do interesse único do incapaz. No plano concreto, o conflito de interesses é, com frequência, uma realidade que não se pode afastar com meras palavras. Em particular no caso de interdição por prodigalidade, é manifesto o interesse do cônjuge, ascendente ou descendente” (Código Civil, art. 1.768) em impedir a dilapidação do patrimônio comum ou da futura herança, pelo pródigo.” (TESHEINER, José Maria Rosa. Da interdição. Artigo. 2003. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 3, n. 62, 10/01/2003. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/127-artigos-mar-2003/3461-da-interdicao>>. Acesso em: 24 jul. 2020).

²¹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 89.

²¹⁷ Conforme definição apresentada por Caio Mário “os gastos desordenados somente devem justificar a incapacitação para os atos de disposição de bens (e somente neste caso) quando raia pela debilidade mental. Acredito mesmo que no futuro venha a ser eliminada. Enquanto persistir, o texto legal tem que ser interpretado restritivamente, nos casos em que comprometa a fortuna.” (PEREIRA, 2017, p. 287).

²¹⁸ Pesquisa disponível para consulta on-line. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/1207>>. Acesso em: 25 mai. 2020).

aponta que 65,1% das famílias brasileiras estão endividadas²¹⁹, que 24,1% estão com contas atrasadas, e 9,7% dessas pessoas não terão condições de pagar seus débitos. Diante desses indicadores, tais pessoas seriam, abstratamente, consideradas pródigas, pois matematicamente gastam mais do que ganham, apontando para um total comprometimento patrimonial e descontrole financeiro.

Sabe-se, por outro lado, que a renda média das famílias brasileiras é insuficiente para saldar as despesas ordinárias da casa e que a maior parte delas não possui um patrimônio considerável para ser dilapidado, apenas lutam, mensalmente, para cumprir com suas obrigações em dia. Assim, a análise abstrata dos números acima apresentados cotejada ao conceito de pródigo, levaria a uma grande injustiça e discriminação, pois mais da metade das famílias brasileiras se enquadraria na hipótese de prodigalidade.

Se é verdade que os rendimentos das famílias são insuficientes para as despesas de subsistência, é visível também que o nível de consumo cresce substancialmente na rotina dos brasileiros, gerando endividamento e abalo patrimonial. Uma pesquisa realizada em 2016 aponta que 36% dos consumidores fazem compras para aliviar o estresse, e que o estado psicológico do consumidor no momento da realização da compra interfere diretamente em sua realização²²⁰. A aquisição de bens é considerada uma válvula de escape para questões emocionais para uma parcela considerável de pessoas, que adotam um comportamento que muitas vezes gera o endividamento em virtude de despesas para adquirir itens desnecessários ou não tão urgentes.

Em relação ao índice de endividamento das famílias brasileiras, destaca-se a questão da facilitação do crédito para a população em geral. Claudia D'Ipolitto de Oliveira Sciré, ao analisar o crédito e o endividamento no âmbito das práticas populares de consumo, verificou que as relações entre consumo, poupança e crédito sofreram significativa mudança nas últimas décadas, em especial com o surgimento de práticas populares de consumo que se estruturam na proliferação dos mecanismos de crédito. Segundo a autora, em meados da década

²¹⁹ O percentual de famílias que relataram ter dívidas entre cheque pré-datado, cartão de crédito, cheque especial, carnê de loja, empréstimo pessoal, prestação de carro e seguro alcançou 65,1% em fevereiro de 2020, queda em relação aos 65,3%, observados em janeiro de 2020, e comparativamente aos 65,6% registrados em dezembro de 2019. Houve alta, porém, em relação a fevereiro de 2019, quando o indicador alcançou 61,5% do total de famílias.

²²⁰ O estudo mostra que 40,3% dos entrevistados estão ou já estiveram com o nome sujo por extrapolar nas compras sem pensar. “Um dos principais problemas associados ao comportamento compulsivo é o risco de endividamento excessivo. Quando as dívidas vão se acumulando e comprometem o dinheiro destinado aos gastos imprescindíveis, como despesas da casa e contas de primeira necessidade, é hora de o consumidor procurar ajuda porque ele pode cair na inadimplência”, alerta a especialista Marcela Kawauti, economista-chefe do SPC Brasil. (SPC BRASIL. 36% dos consumidores fazem compras para aliviar o estresse, aponta pesquisa do SPC Brasil. Pesquisas. 2016. **SPC Brasil**. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/1207>>. Acesso em: 25 mai. 2020).

de 90 verificou-se um aumento da oferta de produtos financeiros às pessoas de baixa renda, com novas formas de concessão de crédito, dentre as quais se destaca o cartão de crédito.²²¹

Ao tratar sobre o superendividamento da população, Rosa Nery e Nelson Nery afirmam que o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor não são capazes de apresentar as soluções jurídicas necessárias e que a questão desafia uma compreensão global de uma situação de desarranjo educacional do povo quanto ao controle de seu próprio patrimônio e uso do crédito fornecido, prática esta composta por atos pouco ortodoxos adotada por financeiras trazendo consigo um grande fluxo de processos que tramitam perante os tribunais do país por apresentar cláusulas obscuras quanto às consequências econômico-financeiras do negócio jurídico celebrado²²².

Assim, o fundamento jurídico que justificou a inclusão do pródigo no rol dos incapazes no Direito Romano não subsiste no cenário atual, haja vista que não subsiste a necessidade de proteção do patrimônio em prol de um grupo familiar e que houve uma mudança comportamental na sociedade que não condiz com os conceitos e fundamentos de tal hipótese de incapacidade. A facilitação do crédito, o aumento do consumo e do endividamento das famílias é uma realidade não apenas da sociedade brasileira, mas um comportamento que pode ser verificado a nível mundial.

As pessoas destacadas nas pesquisas acima citadas poderiam, de forma fictícia, ser definidas como pródigas, seja porque gastam além dos rendimentos e apresentam uma situação de endividamento, sendo que muitas delas sequer sabem como irão solucionar o débito, seja porque comprometem o patrimônio familiar em virtude de consumo imoderado, haja vista que tais comportamentos se amoldam à definição de prodigalidade apresentada pela doutrina. Contudo, no caso concreto dificilmente seriam consideradas relativamente incapazes, nos termos do artigo 4º, inciso IV do Código Civil de 2002, que vez apresentam discernimento para os atos da vida civil e possuem capacidade para se autodeterminar.

Assim, a incapacidade relativa do pródigo se mostra obsoleta e anacrônica no ponto em que se escora na proteção do patrimônio familiar em detrimento da liberdade de agir da

²²¹ “Foi assim que a partir de meados da década de 90, assistiu-se a um aumento da oferta de produtos financeiros aos mais pobres, como contas-poupança e contas simplificadas. Tal movimento gerou novas formas de concessão de crédito, com juros mais baixos e estáveis, se comparados às épocas de inflação e com prazos de pagamento mais extensos. Foi assim que os empréstimos puderam se expandir. As administradoras de cartão de crédito também ampliaram sua clientela, não só devido ao aumento de contas bancárias, mas também às estratégias acionadas para incorporar certas faixas da população como forma de expansão de suas bandeiras.” (SCIRÉ, Claudia D’Ipolito de Oliveira. “Financeirização da pobreza”: Crédito e endividamento no âmbito das práticas populares de consumo. Artigo. 2011. **UFSCAR – Teoria e Pesquisa**. p. 68. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/244/182>>. Acesso em: 03 jun. 2020).

²²² NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 598.

pessoa. Vale pontuar que se a pessoa não tiver discernimento para aquilatar os valores dos bens, analisar os riscos dos investimentos e medir os impactos das transações comerciais em seu patrimônio, ou seja, falta-lhe lucidez para compreender a realidade tal como se apresenta, deverá receber a proteção do ordenamento ao celebrar os negócios jurídicos, o que se dá através do instituto da curatela²²³. Esta situação, todavia, não se confunde com a situação de pessoa que possui exata compreensão da realidade e opta, de forma consciente, por consumir e realizar gastos capazes de comprometer o seu patrimônio.

Apesar da preocupação com o patrimônio familiar remontar ao Direito Romano, o Código Civil Argentino estabelecia a possibilidade de se inhabilitar judicialmente aqueles que, por prodigalidade, expuser sua família à perda do patrimônio, e somente poderá ocorrer o reconhecimento da incapacidade se a pessoa possuir cônjuge, ascendentes ou descendentes e tiver dilapidado uma boa parte de seu patrimônio, sendo estes os únicos legitimados a propor a ação correspondente.²²⁴

Tal previsão contraria o movimento de personalização do Direito Civil, pois faz prevalecer a proteção do patrimônio familiar e sucessório em detrimento da autonomia privada do indivíduo e, não bastasse, não se preocupa em garantir o mínimo existencial para o próprio

²²³ Existem quatro espécies de prodigalidade: a) a primeira é a dos onemaníacos, e tem por causa uma verdadeira desordem das faculdades mentais, sendo um dos sintomas a impulsão consciente, invencível e desenfreada para a aquisição de objetos de toda a ordem; b) a segunda direciona para o impulso dos jogos, vivendo sob a irresistível compulsão ao jogo, travando um conflito interno de pesar e arrependimento; c) os dipsomaníacos formam a terceira espécie, a de indivíduos que experimentam uma sensação de incompletude que gera uma dependência alcoólica ou por drogas; e, finalmente, d) a quarta compreende os depravados de moralidade corrompida, que dilapidam o seu patrimônio em diversão, mulheres, luxo, doações, 70 empréstimos etc. (MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2020).

²²⁴ “Art.152 bis.- Podrá inhabilitarse judicialmente:

1ro. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;

2do. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;

3ro. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. [...]” (ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. 1869. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020).

(“Artigo 152 bis.- Podem ser inhabilitados judicialmente:

1º. Aqueles que, devido à embriaguez habitual ou ao uso de entorpecentes, estão expostos à concessão de atos jurídicos lesivos à sua pessoa ou propriedade;

2º. Aos com poderes reduzidos quando, sem atingir a premissa prevista no artigo 141 deste Código, o juiz julgar que o exercício de sua plena capacidade pode, presumivelmente, resultar em dano à sua pessoa ou patrimônio;

3º. Àqueles que, pela generosidade nos atos de administração e disposição de seus bens, expõem sua família à perda de bens. Neste caso, a inhabilitação só será processada se o arguido tiver cônjuge, ascendentes ou descendentes e tiver esbanjado parte importante do seu patrimônio. A ação para obter esta inhabilitação corresponderá apenas ao cônjuge, ascendentes e descendentes.” (Tradução livre)).

indivíduo, na medida em que a incapacidade civil somente é reconhecida se a pessoa possuir cônjuge, ascendente e descendente.²²⁵

Não se coaduna com os princípios constitucionais vigentes considerar uma pessoa relativamente incapaz por simplesmente gastar imoderadamente, pois este conceito é relativo e variável a depender do julgador ou do patrimônio da pessoa que realiza os gastos. Tampouco é válido o argumento de que o comportamento do pródigo pode colocar em risco o patrimônio familiar, pois o Código Civil veda expressamente que a herança de pessoa viva seja objeto de negócios jurídicos e o Estado não pode restringir a autonomia privada sem que exista uma questão cogente que careça de sua intervenção²²⁶. Desde a Constituição de 1988 a pessoa humana é o centro de proteção do ordenamento jurídico e, tanto a dignidade quanto a liberdade devem ser valores que se sobrepõem ao interesse patrimonial, principalmente se considerarmos a proteção dos bens a serem deixados por uma pessoa em eventual sucessão *causa mortis*.

A incapacidade relativa do pródigo é tratada pela lei e pela doutrina como forma distinta das demais hipóteses de incapacidades, eis que só retira a possibilidade de praticar sem assistência os atos que geram disposição patrimonial. Contudo, uma das alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência diz respeito à limitação da curatela às questões patrimoniais no caso de pessoa com alguma deficiência psíquica ou mental, o que aponta para uma aproximação das situações, embora tratadas em dispositivos legais distintos²²⁷.

De acordo com os dispositivos legais em vigor, se a incapacidade se der por prodigalidade ou por se tratar de pessoa com deficiência a curatela se limita, necessariamente, às questões patrimoniais, ao passo que se a origem da incapacidade for diversa destas hipóteses

²²⁵ “Por conta justamente dessas diferenças de efeitos, porquanto o curador do pródigo zela por seus bens e não pela sua pessoa, cujos cuidados não lhe competem, é que legislações como a da Argentina e de Portugal, por exemplo, preveem a inabilitação do pródigo e não a sua interdição, exatamente porque o curador não representa o inabilitado, mas o assiste unicamente, em atos específicos relacionados com o seu patrimônio, que evitem o desperdício de sua fortuna, formando um ato jurídico complexo, em uma espécie de adição de vontades, a do pródigo e a do curador. O codificador argentino rechaçou a interdição do pródigo, explica Vélez Sarsfield em nota ao artigo 54 do revogado Código Civil argentino, correspondente ao artigo 48 do Código Civil e Comercial em vigor (Ley n. 26.994/2014) pelas seguintes razões: A prodigalidade não altera as faculdades mentais; A liberdade individual não deve ser restringida senão em casos de interesse público, imediato e evidente; Diante das diferentes maneiras de fazer gastos inúteis que terminem com uma fortuna, não há meios de distinguir com certeza o pródigo daquele que não é perdulário, dentro do estado de nossos costumes e tudo seria arbitrário para os juízes, interditando alguns, enquanto seguiriam inúmeros outros dissipadores; Deve cessar a tutela dos poderes públicos sobre as ações dos particulares, pois não é possível colocar um limite aos gastos de cada pessoa, e aquele que fosse considerado pródigo só seria usado e abusado de sua propriedade, sem que tivesse infringido lei alguma.” (MADALENO, 2020, e-book).

²²⁶ Neste ponto, poderia se questionar se o ordenamento jurídico não estaria tutelando a herança de pessoa viva, na medida em que os eventuais herdeiros de uma pessoa lúcida e consciente poderiam pedir a sua interdição sob o argumento de gastos desordenados, com o objetivo de preservar eventual patrimônio a ser transferido por sucessão *causa mortis*.

²²⁷ No capítulo destinado a tratar da curatela será abordada a questão do exercício dos direitos existenciais e patrimoniais pelas pessoas com deficiência.

a curatela abrangeria os direitos existenciais e o poder de autodeterminação, o que seguramente não condiz com os valores constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico.

A conclusão pela incapacidade a partir de critérios abstratos e casuísticos levam à discriminação, na medida em que limitam direitos de quem tem discernimento para se autodeterminar e negam a proteção pretendida pela teoria das incapacidades para aqueles que buscam tutelar. A prodigalidade como causa de incapacidade relativa padece por inconstitucionalidade em virtude da prevalência da proteção patrimonial em detrimento da pessoa, haja vista todos os princípios que regem o Direito Civil Constitucional, em especial a dignidade da pessoa humana.

Não existe, portanto, fundamento jurídico capaz de justificar a incapacidade do pródigo em distinção às demais formas de incapacidade, tal como sugerido pela doutrina, pois, ou a pessoa não tem discernimento para mensurar os valores dos bens e consequências econômicas de seus atos, por lhe faltar a compressão da realidade e de se posicionar diante dela, ou o que se verifica é uma indevida intervenção do Estado na autonomia do indivíduo e no seu direito de se autodeterminar.

3.4. Distinção entre capacidade civil e capacidade de consentir

O efeito prático do reconhecimento da incapacidade civil de uma pessoa consiste na impossibilidade dessa pessoa praticar pessoalmente e por si só os atos da vida civil, expressão bastante ampla que abarca os atos jurídicos tanto de natureza patrimonial como existencial. Assim, a pessoa fica tolhida da prática pessoal de atos como comprar ou vender um imóvel e também de praticar atos de conteúdo existencial, como decidir quanto ao próprio corpo ou constituição de família. Considerando que a teoria das incapacidades foi desenvolvida como forma de proteger os interesses patrimoniais do indivíduo e da sociedade, sua aplicação para atos com conteúdo de direitos da personalidade merece ser revisitada.

A decisão quanto à submissão a tratamentos médicos atinge a disposição do próprio corpo, afeto ao direito à integridade física no âmbito dos direitos da personalidade. Existem tratamentos médicos que não possuem resultados cientificamente comprovados e/ou expõem o paciente a situações de risco quanto à própria vida ou integridade física, de modo que a submissão a tais procedimentos deve partir, sempre que possível, da vontade consciente do indivíduo, pois é quem irá suportar as consequências benéficas ou não que dele decorrerem.

Trata-se, portanto, de uma faceta do direito à vida, o qual deve ser interpretado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito à uma vida

digna. O direito à vida e à integridade física e mental do homem estão umbilicalmente ligadas à autonomia da vontade, ao poder de se autodeterminar. Nestor Duarte²²⁸ afirma que o direito à vida é indisponível, de modo que o médico estaria autorizado a realizar todos os procedimentos para a recuperação do paciente, independentemente da aquiescência deste, o qual somente seria necessário se o tratamento ou a cirurgia oferecerem risco.

O paciente somente poderá decidir pela submissão ou não ao tratamento se conhecer os riscos aos quais estará exposto, sendo dever do médico prestar as informações de forma clara e mais compreensiva possível.

Trata-se do exercício do consentimento informado²²⁹, conceituado por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior como a capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento médico que receberá, a qual poderá ser tomada após o médico fornecer esclarecimento detalhado e todas as informações relativas ao procedimento eleito como melhor e mais eficaz. Na visão dos autores, o consentimento informado pressupõe a obrigação do médico de prestar informações adequadas e com linguagem compreensível antes de proceder a qualquer intervenção, além de indicar os métodos possíveis para tratamento da doença²³⁰.

É dever do médico indicar ao paciente os resultados esperados com o tratamento, os riscos da intervenção, os custos e as eventuais alternativas e, uma vez exposto o conteúdo, oportunizar ao paciente uma reflexão, para que a decisão seja tomada independentemente de pressão psicológica. Diante das informações prestadas, o paciente poderá exercer a sua autonomia pessoal, que consiste na possibilidade e necessidade de exercer sua liberdade e assumir as correspondências, sendo elas boas ou más.

O Código de Ética Médica impõe ao médico o dever de prestar os subsídios necessários para se chegar ao consentimento informado. Nos termos do artigo 34²³¹ é vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse

²²⁸ DUARTE. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno de et al., 2020, p. 33.

²²⁹ Nas palavras dos autores “o consentimento informado é, portanto, procedimento necessário para o exercício da liberdade de decisão sobre a forma de garantir a vida, sendo, por conseguinte, expoente fundamental do princípio da autodeterminação frente aos tratamentos médicos possíveis e à preservação da vida.” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 582).

²³⁰ NERY; NERY JUNIOR, 2019, P. 579-582.

²³¹ “É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” (Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020).

caso, fazer a comunicação a seu representante legal. Também nesse sentido, o artigo 22²³² veda ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina, assim como o Código de Ética Médica, possuem força normativa na medida em que editadas por entidade autárquica que exerce atividade típica de Estado²³³. Nesse sentido, o artigo 2º da Lei nº 3.268/1957²³⁴, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, estabelece a atribuição de fiscalizar e disciplinar o exercício da profissão, o que é corroborado pelo artigo 7º da Lei nº 12.842/2013²³⁵, que prevê o poder normativo do Conselho Federal de Medicina para editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos médicos.

²³² “É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” (Ibid.)

²³³ “ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores. 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO ADSTRICÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aporta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministerial mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 539224. Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento: 22/05/2012, DJe-118, 15/06/2012. Publicado por: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 923, set. 2012, p. 684-69. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917299/recurso-extraordinario-re-539224-ce-stf/inteiro-teor-110474938>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

²³⁴ “Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.” (BRASIL. **Lei nº 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020).

²³⁵ “Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.” (BRASIL. **Lei nº 12.842**, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020).

O consentimento informado é a expressão da liberdade da pessoa se autodeterminar, direito constitucional fundamental previsto no artigo 1º, inciso III²³⁶ e no artigo 5º, incisos II e III²³⁷. É um mecanismo jurídico que torna efetivo os preceitos do texto constitucional no que diz respeito à vida, dignidade, liberdade e integridade.

Toda pessoa tem o direito de escolher se irá ou não se submeter a determinado tratamento médico, principalmente nos casos a ausência de conclusão científica sobre a eficácia da utilização do medicamento, a irreversibilidade do procedimento ou quando o paciente fica exposto a maiores riscos. A objeção a determinado tratamento médico constitui expressão do direito de autodeterminação da pessoa, no que diz respeito à própria integridade física e o direito à vida o que, todavia, paira discussão sobre a possibilidade de recusa a tratamento médico quanto há risco de morte.

Além dos fundamentos constitucionais que garantem ao indivíduo o direito de optar pela submissão ou não a determinado tratamento médico, a legislação infraconstitucional também regulamenta este direito, eis que o Código Civil vigente dispõe, no artigo 15, que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. A redação do dispositivo legal deixa claro que a possibilidade de recusa ao tratamento médico pressupõe a existência de risco de vida, o que leva à interpretação contrária no sentido de ser possível o constrangimento a tratamento médico se, apesar da recusa por motivos alheios aos riscos do tratamento, não houver risco.

O Enunciado 533 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal²³⁸ reconhece o direito de o paciente plenamente capaz poder deliberar sobre todos os aspectos que dizem respeito a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, ressalvadas as situações de emergência ou se realizados no curso de procedimentos médicos que não possam ser interrompidos, nas justificativas do enunciado é ressaltado o movimento de reconhecimento da

²³⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988).

²³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]” (Ibid.).

²³⁸ “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”. (Conselho de Justiça Federal. Enunciado 533. **Enunciados. VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

autonomia da vontade do paciente e o poder de autodeterminação nas questões sobre tratamento de saúde²³⁹.

O Projeto de Lei nº 3.208/2008²⁴⁰ propôs uma alteração do artigo 15 do Código Civil Brasileiro para exigir plena capacidade para exercer o consentimento informado, a proposta de redação do artigo é no sentido de que ninguém, desde que apto a exprimir plenamente sua vontade, pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Se por um lado constitui um avanço o reconhecimento da vontade no paciente para a submissão a tratamento médico, por outro é necessário questionar se as pessoas consideradas incapazes pelo ordenamento jurídico também não poderiam exercer esse direito, na medida de suas faculdades mentais, de seu discernimento e da gravidade ou reversibilidade das medidas a serem adotadas. A conclusão que se chegaria em um primeiro momento, conforme se infere da redação do enunciado, o exercício do direito de se autodeterminar pressupõe a capacidade plena e, portanto, seria possível para os incapazes.

O Projeto de Lei nº 2.945/2008²⁴¹ propõe ainda uma mudança na redação do artigo 15 do Código Civil para estabelecer que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, ainda que com risco de vida, à tratamento médico ou intervenção cirúrgica. A alteração, apesar de pequena do ponto de vista da alteração do texto, é significativa, pois se aprovada permite a recusa do tratamento médico mesmo nos casos em que há risco de morte para o paciente.

O Estatuto do Idoso assegura ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. Se não for possível a escolha pelo idoso, a opção cabe ao curador, quando interditado, aos familiares e

²³⁹ “Justificativa. O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O “risco de vida” será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão.” (Ibid.).

²⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.208**, de 2008. Dá nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=557770>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁴¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.945**, de 2008. (Apenso o PL 3.208, de 2008). Altera o art. 15 do Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=591080&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2945/2008>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ao médico, este quando houver iminente risco de vida ou não houver curador ou familiar conhecido.²⁴²

O Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁴³, ao disciplinar o direito à vida, veda a submissão da pessoa com deficiência a intervenção clínica ou cirúrgica, tratamento ou institucionalização forçados, podendo o consentimento ser suprido pelo curador. De acordo com este Estatuto, a pessoa com deficiência pode ser plenamente capaz, sendo essa a regra, com necessidade de apoio para tomar decisão e sob curatela. Se a limitação for de ordem física ou sensorial, deve ser superada a barreira de comunicação, informação e emissão da vontade para que seja respeitada a vontade da pessoa em relação ao seu próprio corpo. Contudo, se os impedimentos forem de natureza mental ou intelectual, o discernimento da pessoa pode variar de acordo com a gravidade.

Caso o impedimento mental seja de pouca gravidade e não comprometa o discernimento, a pessoa deve ser considerada plenamente capaz, mas, por outro lado, nos casos de deficiência grave o consentimento deve ser suprido pelo curador. Surge, todavia, uma aparente incompatibilidade entre o artigo 11 e o artigo 85, § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que dispõe que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos patrimoniais e negociais, e não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Jussara Maria Leal de Meirelles²⁴⁴ considera que a interpretação mais condizente com a proposta da Lei nº 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) é reconhecer que nos casos de deficiência mental ou

²⁴² “Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I – pelo curador, quando o idoso for interditado;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.” (BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020).

²⁴³ “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.” (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020).

²⁴⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 713-731.

intelectual profunda que a curatela possa se estender a situações existenciais, excepcionalmente, para atender ao interesse do curatelado, caso não possua condições alguma de compreender e manifestar a vontade, pautando-se o curador pelo princípio bioético da beneficência. A autora trata do suprimimento da vontade pelo curador na hipótese de o curatelado não possuir qualquer discernimento para manifestá-la, mas se a pessoa com deficiência possuir alguma condição de manifestar sua vontade, ainda que com limitações, esta vontade deve ser respeitada.

O consentimento da pessoa com deficiência também é indispensável para realização de tratamento ou intervenção a título de pesquisa científica²⁴⁵. Assim como estabelecido no Estatuto do Idoso, a Lei Brasileira de Inclusão²⁴⁶ autoriza o atendimento médico sem o consentimento esclarecido do paciente somente se houver risco de morte ou emergência de saúde²⁴⁷. Tanto o Estatuto do Idoso quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência buscam garantir a maior efetividade possível à vontade do grupo de pessoas que buscam tutelar quanto aos cuidados com a saúde.

Se o idoso e a pessoa com deficiência são presumidamente capazes, podendo a incapacidade relativa ser reconhecida se verificada uma das hipóteses do artigo 4º do Código Civil, as crianças e adolescentes são sempre incapazes, sendo a incapacidade absoluta até os dezesseis anos e relativa entre os dezesseis e dezoito anos. Apesar da incapacidade prevista no Código Civil, Joyceane Bezerra de Menezes e Renata Vilela defendem a autonomia do adolescente, relativamente incapaz, para se autodeterminar nas questões relativas ao corpo e à integridade física, desde que apresentem discernimento e maturidade para tanto. O critério sugerido pelas autoras para conciliar a autonomia do adolescente e a restrição heterônoma de

²⁴⁵ “Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

§ 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.” (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020).

²⁴⁶ Luiz Alberto David Araújo²⁴⁶ critica a nomenclatura de “Lei Brasileira de Inclusão”, e entende ser uma denominação equivocada ou inadequada, na medida em que traduz a ideia de que a inclusão só pode ser realizada por meio das pessoas com deficiência. Segundo o autor, esse grupo forma talvez um dos mais importantes grupos que carecem de inclusão, mas não é o único, de modo que a denominação da lei leva à ideia de que a inclusão no Brasil se desse apenas pela inclusão das pessoas com deficiência, sendo que há tantos outros que também a necessitam. (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir: a ação direta de inconstitucionalidade n. 5357: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos**. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 25).

²⁴⁷ “Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.” (BRASIL, op. Cit.).

sua liberdade justificada pela vulnerabilidade presumida é a irreversibilidade ou dificuldade de reversão das decisões e a conveniência da sua adiabilidade para depois da maioridade²⁴⁸.

Aline Albuquerque²⁴⁹ sustenta que o exercício da autonomia do paciente não se confunde com as hipóteses de incapacidade civil previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, e exemplifica com a situação das crianças, que embora absolutamente incapazes, devem ser ouvidas e consideradas em decisões que envolvam tratamento médico, pois o respeito à autonomia progressiva demanda a efetiva consideração da vontade da criança.

Judith Martins Costa²⁵⁰ adverte quanto à inadequação do regime da incapacidade de exercício para os propósitos dos direitos da personalidade, destacando a necessidade de se verificar a capacidade de consentir. A incapacidade de exercício é instrumento que visa garantir a segurança nas relações jurídicas de natureza patrimonial, tendo por objetivo afastar dos riscos do mercado as pessoas inaptas para assumir responsabilidade patrimonial.

A fim de viabilizar a efetividade dos direitos da personalidade, Gustavo Pereira Leite Ribeiro²⁵¹ defende a necessidade de verificação da capacidade de consentir, que não se confunde com a capacidade civil. Segundo o autor, a capacidade de consentir tem caráter instrumental, visa distinguir as pessoas aptas a proferir decisões autênticas sobre os tratamentos de saúde e aquelas cujas decisões precisam ser validadas ou substituídas por outra pessoa.

Para que se reconheça a capacidade de consentir são necessários a presença concomitante de quatro habilidades, a saber: compreender as informações, autorreferenciar informações, manipular a informação relevante para a tomada de decisão, e, por fim, comunicar a decisão. Primeiramente o paciente deve conseguir entender o sentido e alcance das informações prestadas pelo médico (enfermidade, tratamento recomendado e alternativos,

²⁴⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 187-210, 2016.

²⁴⁹ O consentimento informado é uma autorização autônoma que expressa concordância ou anuência do indivíduo com determinada intervenção médica. Em casos em que a pessoa humana não é capaz de consentir, os modelos de decisão substituta devem ser empregados. Registre-se que o exercício da autonomia do paciente não se confunde com as hipóteses de incapacidade previstas no Código Civil brasileiro, porquanto a incapacidade para exercer por si só os atos da vida civil não deve ser o norte para a tomada de decisão concernente a intervenções médicas no próprio corpo. Exemplificando, crianças, absolutamente incapazes, devem ser ouvidas e consideradas em situações que envolvam tratamentos médicos, pois o princípio do respeito à autonomia progressiva demanda a efetiva consideração da vontade da criança quando se trata de decisões que abarquem diretamente sua saúde.” (ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. Artigo. 2013. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013, p. 20. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2020).

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

²⁵¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, 2016, p. 733-761.

riscos e benefícios) e compreender que as informações prestadas se referem a uma questão relativa a ele. De posse das informações, deve ser capaz de processá-las, e construir uma decisão autêntica, considerando os possíveis impactos em seu estilo de vida²⁵², para então comunicar essa decisão.

Ribeiro²⁵³ afirma que o diagnóstico de enfermidade mental não pode ser suficiente para determinar a incapacidade de consentir do paciente, pois os efeitos das doenças mentais²⁵⁴ se manifestam com intensidades diferentes e propõe a utilização de uma escala móvel da capacidade para consentir. O estudo apresentado pelo autor considera o resultado do balanço entre os riscos e os benefícios envolvidos na decisão, de modo que quanto mais favorável a equação entre os riscos e benefícios menos se exige no limiar da capacidade de decidir, e o contrário também é válido, quanto mais arriscada a decisão, considerando a referida equação, mais exigente será o limiar da capacidade para consentir.

O teste de capacidade de consentir considera as habilidades demonstradas pelo paciente e os tipos de decisões que podem ser tomadas, de modo que uma pessoa que apresente uma capacidade de consentir alta pode tomar decisões quanto a tratamentos com benefícios baixos e riscos elevados ou recusar tratamentos com benefícios elevados e riscos baixos. Por outro lado, se o teste de capacidade de consentir for baixo, o paciente pode aceitar tratamentos com benefícios elevados e baixos riscos ou recusar tratamentos com benefícios baixos e riscos elevados²⁵⁵.

Na visão do autor, compete ao médico que assiste ao paciente a tarefa de avaliar se o paciente detém ou não a capacidade para consentir, pois está familiarizado com o histórico clínico e as condições pessoais do paciente, o qual poderá contar com o auxílio de profissionais de outras especialidades, como por exemplo do psiquiatra ou do psicólogo que acompanham o paciente.²⁵⁶

Rui Nunes afirma que os elementos essenciais para exercer o consentimento informado são a competência, a comunicação, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento²⁵⁷. O autor subdivide esses elementos em três componentes essenciais, a saber,

²⁵² Ribeiro destaca que as decisões incomuns ou inesperadas devem ser respeitadas, pois o paciente não pode ser incapaz de decidir por possuir um sistema de valores e crenças distintos daquele que o avalia. (Ibid., p. 773-761).

²⁵³ Ibid., p. 733-761.

²⁵⁴ Apesar de o autor tratar do consentimento informado das pessoas com deficiência mental, o raciocínio é válido para todos que não apresentam discernimento, seja em virtude da idade, de doença mental ou qualquer outra circunstância.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ “Estes elementos são os blocos de construção para que o consentimento seja considerado válido. O agente presta um consentimento informado se for competente para agir, receber a informação completa, compreender essa mesma informação, decidir voluntariamente, e, finalmente, consentir a intervenção. O conceito de “competência”

as pré-condições são a competência para compreender e agir e a voluntariedade para decidir; os elementos da informação, que consistem na comunicação da informação e compreensão e, por fim, os elementos do consentimento, que são a decisão em favor de um plano, a autorização do plano escolhido.

O direito ao consentimento informado deve ser garantido a todos indistintamente, e não apenas às pessoas consideradas plenamente capazes ou a grupos específicos como idosos, adolescentes e pessoas com deficiência. A pessoa considerada absoluta ou relativamente incapaz, se tiver aptidão para compreender os riscos e as possíveis consequências do tratamento ou da intervenção médica deve ser ouvida e ter sua vontade considerada na maior medida possível. É imprescindível que possa exercer a liberdade e escolher o que considera mais adequado para seu próprio corpo e para sua saúde, desde que apresente discernimento para tanto.

O direito de decidir sobre a submissão ou não a tratamento médico é de natureza existencial e deve respeitar a vontade do paciente na maior medida possível, ainda que o paciente apresente alguma limitação na compreensão da realidade e dos fatos. Nesse sentido, afirma Gabriel Schulman que o consentimento, na esfera da saúde, não é direito reservado aos capazes, é direito fundamental inerente à condição de pessoa²⁵⁸. Nessa mesma linha de pensamento segue Sêco, na visão da autora dignidade não pode ser reduzida a autonomia ou discernimento, pois a primeira é ampla e irrestrita e se afirma em qualquer circunstância²⁵⁹.

O consentimento informado deve ser respeitado nas decisões relativas aos tratamentos médicos, como por exemplo na internação compulsória para pessoas que fazem uso abusivo de drogas ou álcool ou em clínicas psiquiátricas para pessoas com algum transtorno mental, esterilização de homens e mulheres²⁶⁰, reconhecimento da autodeterminação da criança

refere-se à capacidade para decidir autonomamente. Isto é, competência decisional. Pressupõe-se que o doente não apenas compreende a informação transmitida, mas é também capaz de efetuar um juízo independente de acordo com o seu sistema de valores. A competência na esfera da decisão deve ser considerada, como veremos, mais como um pressuposto do que, verdadeiramente, como um elemento do consentimento.” (NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. p. 100. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2017/01/diretivas_antecipadas_de_vontade_-_rui_nunes.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020).

²⁵⁸ SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 271-297.

²⁵⁹ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: Capacidade, família e direitos da personalidade**. 2013. 188 p. Dissertação, Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

²⁶⁰ O atual exemplo de violação do direito ao consentimento informado é a esterilização compulsória requerida pelo Ministério Público nos autos do Processo 1001521-57.2017.8.26.0360, que tramitou na 2ª Vara Cível de Mococa, Estado de São Paulo: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa "ad causam" delineada

e do adolescente nas questões relativas ao corpo, uso de medicamentos que podem gerar complicações e/ou não possuem resultados comprovados cientificamente e todas as decisões relativas ao próprio corpo.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁶¹ reconhece o direito à não intervenção como decorrência da dimensão subjetiva negativa dos direitos relativos à integridade física, o que vale dizer que o indivíduo não pode ser ofendido na sua integridade, seja pelo Estado, ou nas suas relações civis com outros particulares²⁶². O respeito à integridade física da pessoa deve estar dissociado do reconhecimento de sua capacidade civil e, se verificada a capacidade de consentir do paciente, ainda que incapaz para a prática de negócios jurídicos, deve exercer seu direito de autodeterminar-se em relação ao próprio corpo e sua integridade física.

O paciente é um centro autônomo de decisão e uma das formas de exercício do consentimento informado é a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, que se refere à possibilidade da pessoa estabelecer as instruções sobre futuros cuidados médicos que quer ou não receber quando esteja incapaz de expressar sua vontade²⁶³.

Espécie do gênero diretivas antecipadas de vontade é o testamento vital, documento no qual uma pessoa manifesta seu desejo de que se deixe de lhe aplicar um tratamento em caso de enfermidade terminal, de modo que o exercício da autonomia é exercido em momento anterior, quando o paciente se encontra capaz²⁶⁴.

na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade. Provido.” (BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara. Julgamento: 23/05/2018; Publicação: 25/05/2018. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 435.

²⁶² Considerando que o livre consentimento do titular do direito justifica intervenções na esfera corporal (por exemplo, realizadas por médicos, o corte de cabelo, a colocação de brincos e piercings, tatuagens etc.), é possível sustentar que o espectro das posições subjetivas abarcado pelo direito na sua face negativa (defensiva) inclui também – em certo sentido – a liberdade de decidir sobre tais intervenções, e, portanto, sobre a própria integridade corporal e psíquica.

²⁶³ DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Artigo. 2013. p. 61-71. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, mai. 2013. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²⁶⁴ DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. Doutrina. 2013. p. 1-9. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013, p. 1-9. Disponível em: <<http://civilistica.com/aspectos-registraes-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

O testamento vital²⁶⁵ tem por objetivo garantir ao paciente que seus desejos sejam atendidos em situações de fim de vida, quando não tiver condições de manifestar sua vontade, além de proporcionar ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas. Os três elementos fundamentais do conteúdo do documento dizem respeito à nomeação de um procurador, à manifestação sobre eventual doação de órgãos e a decisão quanto à realização ou não de tratamentos médicos, se deseja ou não ser informado sobre diagnósticos fatais ou quanto à eventual submissão a intervenções médicas que deseja ou não receber²⁶⁶.

Conforme ensina Luciana Dadalto, a segunda espécie de diretiva antecipada de vontade é o mandato duradouro, utilizado nos casos de incapacidade permanente ou temporária, e tem por objeto a nomeação de um procurador para atuar nas questões de saúde, é a pessoa que decidirá em nome do paciente, no caso de incapacidade deste.

A Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina define as diretivas antecipadas de vontade no artigo 1º²⁶⁷, e Alves reconhece a adequação dos termos utilizados para denominar o instituto, eis que diretiva é um indicador, uma instrução, uma orientação; antecipada, por ser realizada de antemão, antes do momento atual da decisão; e vontade, que caracteriza a manifestação de um querer, com base na capacidade de tomar decisão no seu melhor interesse²⁶⁸. Ao elaborar as diretivas antecipadas de vontade o paciente antecipa a decisão, com relação aos tratamentos ou procedimentos médicos que deseja ou não se submeter, para um momento anterior, no qual possui discernimento para exercer o direito de autodeterminar-se²⁶⁹.

As diretivas antecipadas de vontade podem ser realizadas por escritura pública, por instrumento particular ou por declaração realizada diretamente ao médico com a assinatura do

²⁶⁵ Dadalto critica a terminologia sob o argumento de que o testamento é o negócio jurídico unilateral que produz efeitos após a morte do agente, ao passo que o testamento vital é elaborado para produzir efeitos enquanto vivo o testador, ainda que em estado terminal. (DADALTO. In: **Revista de Bioética y Derecho**, 2013).

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ “Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” (Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 13 jun. 2020).

²⁶⁸ ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. Artigo. 2012. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²⁶⁹ Nesse sentido estabelece o artigo 2º da Resolução nº 1.995 do CFM: “Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.” (Conselho Federal de Medicina, op. Cit.).

paciente. É pressuposto para sua realização a capacidade civil, de modo que os maiores de 18 (dezoito) anos de idade não interditos podem se valer de forma válida da diretiva antecipada de vontade, desde que possuam discernimento acerca dos fatos.

Contudo, ressalta Juliana Nicolini de Melo que a presunção da capacidade de fato seria insuficiente para proteger a validade das declarações de vontade, já que a capacidade civil não pode ser confundida com a efetiva capacidade do paciente, que deve ser constatada no momento em que realizada a declaração. Deve-se averiguar se as capacidades mentais e discernimento do paciente não estão afetadas para tomar decisões de forma racional.²⁷⁰

Nunes também entende que a realização de testamento vital deve ser restrita às pessoas capazes, não sendo possível para os menores ou pessoas com anomalias psíquicas, bem como a redação deve ficar a cargo de um notário e, ainda que posteriormente seja criado uma central nacional para registro de tais atos, afim de viabilizar o acesso de tais atos pelos médicos.²⁷¹

Contudo, os conceitos de capacidade civil e capacidade para consentir são distintos, conforme já exposto, e assim como a presunção de capacidade de fato é insuficiente, devendo ser verificado no caso concreto e em um dado momento a aptidão da pessoa para manifestar as diretivas antecipadas de vontade, é possível que uma pessoa incapaz apresente discernimento suficiente para exercer o consentimento informado ou fazer disposições a respeito de tratamentos ou procedimentos que deseja ou não se submeter.

De acordo com o que foi defendido ao longo deste estudo, a incapacidade civil pressupõe ausência ou limitação de discernimento e somente com a conjugação dos elementos para alcançar o consentimento informado (consciência para entender e se posicionar a respeito, reversibilidade da decisão, riscos e efetividade do tratamento) é que se poderá admitir a elaboração das diretivas antecipadas.

Embora Rubens Nunes estabeleça como requisito para elaboração do testamento vital a capacidade civil, sugere o autor que esta possibilidade seja estendida a menores de idade,

²⁷⁰ MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade: a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2018. 30 p. PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²⁷¹ “Quadro 5 Princípios para a legalização do testamento vital (NUNES, 2011): 1) Limitação a pessoas capazes, competentes, maiores de idade e não inibidas por anomalia psíquica; 2) Informação e esclarecimento adequados, por intermédio de um médico com formação técnica apropriada; 3) Efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indiciário, exceto em condições muito particulares; 4) Existência de um formulário-tipo com o objetivo de padronizar procedimentos; 5) Possibilidade de revogação a qualquer momento e sem qualquer formalidade; 6) Renovação periódica da manifestação de vontade. Este prazo poder-se-ia situar entre os três e os cinco anos; 7) Certificação perante um notário para garantir a autenticidade e evitar influências indevidas na esfera da decisão pessoal, e/ou; 8) Criação no âmbito do sistema de saúde de um Registro Nacional de Testamento Vital (Rentev) para agilizar o acesso ao testamento vital por parte dos médicos.” (NUNES, 2016, p. 110).

desde que apresentem capacidade para tanto. Apesar de defender a preponderância do princípio da precaução, argumenta que se o menor possuir o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance de suas disposições, seja-lhe possibilitada a elaboração do testamento vital.²⁷²

Joyceane Bezerra de Menezes afirma que as diretivas antecipadas da vontade são a expressão pura da autonomia no plano existencial, ou seja, a vontade da pessoa que as elabora e escolhe dispor dos tratamentos de saúde, que deseja receber ou suspender quando estiver diminuída a sua capacidade para decidir. Bezerra argumenta que o núcleo da autonomia não consiste na necessidade de sempre fazer as escolhas corretas na perspectiva do outro, mas na possibilidade de decidir de acordo com sua própria personalidade, ainda que a consequência seja negativa na visão de terceiro.²⁷³

A autora defende a possibilidade de realização de diretivas antecipadas de vontade por adolescentes, sob o argumento de respeitar a dignidade do adolescente, de acordo com o que ele próprio compreende como vida digna, desde que seja capaz de compreender a sua decisão e seus efeitos²⁷⁴. Embora relativamente incapazes, na visão de Bezerra, podem exercer o direito de decidir quanto ao próprio corpo, desde que apresentem discernimento e compreensão para tanto.

Assim como a incapacidade dos menores de dezoito anos pode ser afastada no caso concreto para permitir o exercício do direito de manifestar o consentimento informado, em todas as hipóteses de incapacidade em que a pessoa apresentar discernimento para decidir a respeito de questões relativas ao próprio corpo e à sua saúde, sua opinião deve ser considerada.

As diretivas antecipadas de vontade, como instrumento para exercício de direitos da personalidade, não podem ser restritas aos plenamente capazes, mas a todas as pessoas aptas a manifestar vontade quanto a tratamentos que deseja ou não se submeter, internação compulsória, esterilização, dentre tantos outros.

Deve-se considerar as habilidades demonstradas pela pessoa e os tipos de decisões que podem ser tomadas, bem como a reversibilidade das intervenções, os benefícios e os riscos que envolvem cada tratamento apresentado.

Não se argumenta pela possibilidade de uma pessoa com reduzido discernimento decidir quanto a medidas drásticas e irreversíveis (como por exemplo a eutanásia, caso fosse

²⁷² Ibid., p. 100.

²⁷³ MENEZES; BARRETO, 2017.

²⁷⁴ O conceito abstrato de capacidade contido no Código Civil é, então, condição afastável para o adolescente elaborar diretivas antecipadas de vontade, desde que possua discernimento para tanto, segundo aferição médica, perfazendo, assim, sua autonomia. (Ibid.).

admitida), mas pela possibilidade de decidir se quer ou não ser internada em clínicas terapêuticas ou casa de idosos, doar sangue, ser submetida algum tratamento médico sem comprovação científica da eficiência, dentre tantas outras possibilidades correlatas ao exercício da autonomia.

A teoria das incapacidades é instrumento de proteção do indivíduo que não possui o necessário discernimento para praticar pessoalmente e por si só os atos da vida civil, em especial os negócios jurídicos e atos de natureza patrimonial. A graduação da capacidade civil em absoluta e relativa é necessária para definir o regime jurídico aplicável, se o mais protetivo, com normas de ordem pública, ou o menos protetivo, constituído por normas que regulam interesses particulares. Tais institutos, todavia, não podem ser fonte de discriminação e violação de direitos existenciais das pessoas que devem proteger.

O fato de uma pessoa ser considerada relativa ou absolutamente incapaz não pode ser suficiente para impedir que possa decidir sobre o próprio corpo, desde que apresente discernimento para tanto. O exercício da capacidade para consentir é pressuposto para o exercício de uma vida digna, e os valores que permeiam o exercício do consentimento informado, seja através das diretivas antecipadas, seja perante o médico, devem se sobrepor à necessidade de segurança no tráfego jurídico.

A operacionalização do que ora se propõe não é tarefa fácil, haja vista que a lei, por critérios abstratos não é capaz de disciplinar quando uma pessoa possui ou não capacidade para consentir. Somente a análise do caso concreto é que irá permitir concluir se uma pessoa possui ou não discernimento para tomar determinada decisão.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a curatela seja restrita às questões patrimoniais e não alcance o direito ao próprio corpo, cabendo à pessoa decidir sobre as questões existenciais, dentre as quais se insere o direito de exercer o consentimento informado. Contudo, o direito de decidir sobre o próprio corpo, embora reconhecida a incapacidade civil e determinada a curatela, deve ser garantido a todos que apresentam capacidade para decidir a respeito, indistintamente, pelo fato de ser pessoa humana, e não apenas às pessoas com deficiência.

4. A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA CURATELA COMO FORMA DE PROTEGER O INDIVÍDUO E GARANTIR SUA AUTONOMIA

4.1. Interdição

O processo de interdição, cuja existência passou a ser discutida na doutrina após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é espécie de jurisdição voluntária²⁷⁵, definida por Célia Abreu como uma atividade de assistência e de controle de atos executados por cidadãos privados, desenvolvida pelos juízes a pedido dos interessados. De acordo com a autora existem três correntes processualistas que debatem a natureza jurídica da interdição: a primeira entende que se trata de jurisdição voluntária, sendo um processo destinado a preservar os interesses do interditando; a segunda classifica a interdição como jurisdição contenciosa de acordo com seus aspectos formais; e, a terceira afirma a natureza mista da interdição, de jurisdição voluntária desenvolvida com contraditório²⁷⁶.

José Olympio de Castro Filho, ao tratar da questão, afirma que o principal argumento para se considerar a interdição como procedimento de jurisdição voluntária consiste na atribuição de poderes ao juiz que ele não possui na jurisdição contenciosa, bem como no fato de que a sua decisão não faz coisa julgada e não se caracteriza pela imutabilidade, mas apenas produz eficácia perante as partes e terceiros. O autor afirma que a natureza do procedimento não decorre da existência ou não de controvérsia, que pode eventualmente ocorrer, assim como também não se fundamenta no objetivo do procedimento, de proteção do sujeito, da sociedade ou do Estado.²⁷⁷

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o fundamento para considerar a interdição como processo de jurisdição voluntária reside na desnecessidade de lide para que haja interesse de agir do autor, embora reconheça que apesar dessa natureza jurídica, é indiscutível a possibilidade de surgir conflito entre os interessados e o interditando no curso do processo. O autor afirma que a interdição possui dois objetivos, sendo o primeiro deles proteger o

²⁷⁵ “Enquanto Wach, Chiovenda, Garsonne et Bru sustentavam que o processo de interdição é de jurisdição contenciosa, sobretudo porque nela se pode instaurar dissídio e ainda porque se trata de fazer atuar a vontade da lei, no interesse do Estado, Carnelutti entendia que é de jurisdição voluntária, porque nele o juiz não decide frente a duas partes, com interesse em conflito, senão face a um interesse público, cuja tutela reclama sua intervenção, sendo tal interesse do incapaz” (CASTRO FILHO, José Olympio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. X. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 181-182).

²⁷⁶ ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 180.

²⁷⁷ Ao nosso ver, o que principalmente deve contribuir para a classificação é a natureza da relação jurídico-processual, (supra nº 8), que acarreta, como vimos, a atribuição ao juiz de poderes que se não atribuem a ele na jurisdição contenciosa e que implica conceder ao pronunciamento do juiz não a força da coisa julgada, o u imutabilidade, mas unicamente eficácia no processo perante terceiros. (Ibid., p.182).

interditando de si mesmo, impedindo a sua ruína patrimonial e preservando seus laços familiares, afetivos e a integridade física, moral e psíquica, como também busca proteger o interesse público, na medida em que tutela os interesses daqueles com quem o interditando mantiver alguma relação, jurídica ou não.²⁷⁸

Segundo o processualista, a interdição se desenvolve em um processo de natureza constitutiva, haja vista que a decretação da interdição pressupõe a declaração da incapacidade do interditando e cria uma nova situação jurídica. De acordo com Neves o reconhecimento da incapacidade é apenas o fundamento da sentença de interdição, que em seu dispositivo cria uma nova situação jurídica, que é a de indivíduo interditado sujeito à curatela.²⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já entendeu que a sentença de interdição possui natureza declaratória²⁸⁰, sob o argumento de que a decisão judicial não cria a incapacidade, apenas declara uma situação pré-existente, no mesmo sentido é a posição de Rolf Madaleno²⁸¹.

O procedimento de interdição era disciplinado pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1.767 a 1.778, os quais integravam a Seção I, Dos Interditos, do Capítulo II, que trata da curatela. O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC/2015), que entrou em vigor um ano após a sua publicação, passou a disciplinar o processo de interdição nos artigos 747 a 758 e revogou expressamente os artigos 1.768 a 1.773 do referido Código Civil, conforme consta do artigo 1.072 do CPC/2015.

²⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. ver. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

²⁷⁹ NEVES, 2017, p. 1206.

²⁸⁰ “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DOAÇÃO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. INCAPACIDADE. PERQUIRIRÃO ACERCA DA INTENÇÃO DO AGENTE. DESNECESSIDADE. DOCUMENTOS. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. NATUREZA DECLARATÓRIA E NÃO CONSTITUTIVA. NATUREZA DA INCAPACIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE PRÁTICO. RECURSO DESPROVIDO [...] 7. A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso. 8. A discussão acerca de a incapacidade ser relativa ou absoluta no caso concreto não terá nenhum resultado prático, pois reconhecida a ausência de aptidão volitiva do doador [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.206.805/PR. Relator: Ministro Raul Araújo; T4 – Quarta Turma. Julgamento: 21/10/2014. DJe, 07/11/2014. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153484154/recurso-especial-resp-1206805-pr-2010-0145800-8/relatorio-e-voto-153484165>>. Acesso em: 23 jun. 2020).

²⁸¹ No mesmo sentido é o entendimento de Rolf Madaleno: “A sentença judicial de decreto da interdição tem natureza declaratória, porque não cria o estado de incapacidade já preexistente e motivador do processo de interdição. Como resultado da sentença, os atos jurídicos do interditado e celebrados depois do decreto judicial ficam vedados e são nulos, independentemente do seu trânsito em julgado, porque a sentença de interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita à apelação (CPC, arts. 755, § 3º e 1.012, inc. VI).” (MADALENO, 2020, e-book).

Paralelamente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que entrou em vigor após 180 dias de sua publicação, alterou a redação dos artigos 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, e 1.777 do Código Civil de 2002, e também inseriu o artigo 1.775-A disciplinando o tema.

Verificou-se, portanto, um *atropelamento legislativo*²⁸², na medida em que dois diplomas normativos foram elaborados de forma simultânea para tratar do mesmo assunto de forma distinta. Não bastasse, apesar do Código de Processo Civil ser norma anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigor depois deste, o que fez surgir controvérsia doutrinária a respeito de qual norma deve ser aplicada para disciplinar o procedimento de interdição.

Os artigos do Código de Processo Civil mencionam expressamente a expressão interdição, como é possível perceber pela redação do artigo 747²⁸³, que estabelece os legitimados a promover a interdição. Todavia, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a redação do *caput* do artigo 1.768 do Código Civil justamente para excluir a expressão interdição e consignar a legitimidade para promover o processo que define os termos da curatela, assim como fez em todos os artigos do Código Civil que continham expressão interdição.

Em face das alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, autores como Paulo Lôbo passaram a argumentar pelo fim do processo de interdição, cuja finalidade consiste em retirar da pessoa a possibilidade de exercer todos os atos da vida civil²⁸⁴. Parece, todavia, mais adequada a opinião de Pablo Stolze, segundo o qual a interdição continua existindo, mas limitada aos atos de natureza patrimonial²⁸⁵, para Stolze o que deixa de existir é

²⁸² Expressão utilizada por Flávio Tartuce na obra: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018.

²⁸³ “Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020).

²⁸⁴ “Assim, não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.” (LÔBO. Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Artigo. 16 ago. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 24 jul. 2020).

²⁸⁵ De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira “esta nova roupagem da curatela insere-se também no contexto e noção de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Quando se interdita alguém, retira-lhe a capacidade civil e consequentemente expropria-se sua cidadania. O curatelado, ou interditado, é retirado do lugar de sujeito de desejo e sujeito social. A própria expressão curatelado e interditado já veiculam significados e significantes de exclusão. No ambiente da psiquiatria recebem a denominação de “Portadores de sofrimentos

o modelo *standard* tradicional de interdição, que deu lugar à flexibilização da curatela defendida por Célia Barbosa de Abreu²⁸⁶.

Flávio Tartuce defende a necessidade de uma terceira lei para afirmar se ainda é possível a ação de interdição, a qual deverá compatibilizar as normas de direito processual civil com as novas premissas trazidas pela Convenção de Nova York e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, haja vista que as incompatibilidades não se restringem à divergência quanto à nomenclatura, o que se percebe diante do conflito entre os dispositivos que tratam dos legitimados à propositura da ação e a atuação do Ministério Público²⁸⁷. Caio Mário da Silva Pereira, cuja obra foi atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, conclui pela derrogação dos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no que forem incompatíveis com o Código de Processo Civil, por ser norma posterior de mesma hierarquia, mas argumenta pela necessidade de analisar os dispositivos processuais com o olhar desestigmatizador da Lei nº 13.146²⁸⁸.

No Direito Civil Português a Lei nº 49/2018 cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação. De acordo com a atual redação do artigo 138²⁸⁹ do Código Civil Português o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, se beneficia das medidas de acompanhamento introduzidas pela Lei nº 48/2018 no referido Código Civil.

psíquico”, introduzindo um novo significante para as pessoas interditáveis, suavizando assim o preconceito e o estigma que recaem, principalmente, para os denominados loucos. A curatela, ou melhor, a interdição da pessoa só deveria ser feita como último recurso, uma vez que significa simbolicamente uma “morte civil”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Artigo. 10 ago. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 24 jul. 2020).

²⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição? Artigo. 2015. **Jusbrasil** – Publicado por Flavio Tartuce. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁸⁷ “Só a edição de uma terceira norma apontando qual das duas deve prevalecer não basta, pois o Novo CPC é inteiramente estruturado no processo de interdição, como se nota do tratamento constante entre os seus arts. 747 a 758. Sendo assim, parece-nos que será imperiosa uma reforma considerável do CPC/2015, deixando-se de lado a antiga possibilidade da interdição.” (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018).

²⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 596.

²⁸⁹ “Artigo 138.º Acompanhamento - O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.” (PORTUGAL. **Código Civil Português**. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=123928118>>. Acesso em: 22 jul. 2020).

Nesse sentido, estabelece o artigo 147²⁹⁰ como regra o exercício pessoal dos direitos pessoais e celebração de negócios pelo maior acompanhado, o que somente pode ser restringido pela lei ou por decisão judicial.

De acordo com a redação original do Código Civil Brasileiro de 2002 os legitimados para promover a interdição são os pais ou tutores, o cônjuge ou qualquer parente e o Ministério Público, o que foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, este alterou o rol de legitimados para inserir a possibilidade de a própria pessoa promover o processo que define os termos da curatela. Contudo, o artigo 747 do Código de Processo Civil estabelece que a interdição pode ser promovida pelo cônjuge ou companheiro, pelos parentes ou tutores, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e pelo Ministério Público, mas não prevê a legitimidade da própria pessoa.

Com relação à possibilidade de a própria pessoa promover o processo para estabelecer os limites da curatela, o artigo 1.768, inciso IV, do Código Civil de 2002 somente teve vigência no período entre a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência até a vigência do Código de Processo Civil, que o revogou expressamente²⁹¹. Apesar da ausência de norma vigente autorizando expressamente como legitimando a própria pessoa para requerer a curatela, é possível sustentar sua viabilidade com base na força constitucional da Convenção de Nova York²⁹².

Sobre o tema, afirma Heloisa Helena Barbosa que subtrair da pessoa com deficiência a legitimidade para requerer sua própria curatela seria negar a sua capacidade, ignorar a sua autonomia, o que representaria uma violação da Convenção, que tem força de norma constitucional, e da Lei nº 13.146.²⁹³ A legitimidade para promover a autcuratela,

²⁹⁰ “Artigo 147.º Direitos pessoais e negócios da vida corrente –

1 - O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

2 - São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.” (PORTUGAL, 1966).

²⁹¹ Flávio Tartuce denomina a possibilidade de a pessoa com deficiência requerer a sua interdição como autcuratela ou autointerdição. Todavia a expressão pode gerar confusão na medida em que outros autores definem a autcuratela como a instituição que possibilita à pessoa capaz, mediante documento apropriado, deixar preestabelecidas as suas questões patrimoniais ou existenciais, a serem implementadas em um momento de eventual incapacidade. A autcuratela, portanto, é um negócio jurídico atípico que constitui espécie de diretiva antecipada de vontade. (COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autcuratela patrimonial: Mandato permanente para o caso de incapacidade superveniente**. Dissertação, Mestrado. PUC Minas, 2012, p. 51).

²⁹² Nesse sentido estabelece o Enunciado 57 da I Jornada de Direito Processual Civil: “Todos os legitimados a promover a curatela, cujo rol deve incluir o próprio sujeito a ser curatelado, também o são para realizar o pedido do seu levantamento.” (Conselho da Justiça Federal. Enunciado 57. **Enunciados**. I Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1004>>. Acesso em: 24 jul. 2020).

²⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO, Carlos Edison do Rego et al. **Direito civil**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2015, p. 450-451.

todavia, deve ser reconhecida a todas as pessoas que não apresentem o necessário discernimento para praticar por si os atos da vida civil, e não ficar restrito somente às pessoas com deficiência.

Houve atropelamento legislativo também ao tratar da legitimidade do Ministério Público para promover a interdição, isto porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu no artigo 1.769 do Código Civil que o Ministério Público somente poderia promover o processo que define os termos da curatela nos casos de deficiência mental ou intelectual, se não existir, não o fizerem ou forem incapazes os pais, tutores, parentes ou cônjuge. O Código de Processo Civil também tratou da questão e determinou no artigo 748 que o Ministério Público somente promoverá a interdição no caso de doença mental grave, se não a promover, não existirem ou forem incapazes o cônjuge ou companheiro, os parentes ou tutores ou o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando.²⁹⁴ A legitimidade do Ministério Público, portanto, é subsidiária e extraordinária, funcionando como substituto processual, e atuará como fiscal da ordem jurídica nas ações de interdição proposta pelos demais legitimados.

O processo de interdição continua existindo no sistema processual brasileiro, mas deixou de ser um modelo abstrato e total para exigir uma atuação casuística do juiz, analisando as limitações e as possibilidades de cada um no caso concreto. Cabe ao aplicador do direito compreender a interdição e a curatela como formas de promover a proteção e a dignidade da pessoa.

Conforme ressalta Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, não se pode pensar que a simples decretação da interdição, por si só, já é suficiente para proteger o incapaz, ao revés, o juiz deve reconhecer a possibilidade de exercício para determinadas situações, fundamentalmente as existenciais, garantindo aos incapazes seus direitos e cidadania.²⁹⁵

4.2. A individualização do alcance da curatela para os atos estritamente necessários

A tutela, a curatela e a guarda são institutos jurídicos criados por lei que visam a proteção pessoal e patrimonial de certas pessoas, os quais integram o que Flávio Tartuce denomina de direito assistencial. A distinção essencial entre os dois primeiros reside no fato de

²⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018.

²⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Direito das Famílias**. Volume 6. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 1.019.

que a tutela visa resguardar os interesses dos menores não emancipados, ao passo que a curatela constitui categoria assistencial para defesa de maiores incapazes, desde que interditados²⁹⁶.

A curatela é um *múnus público*, ou seja, um encargo público incumbido por lei a alguém para reger e proteger os interesses e administrar os bens de pessoas maiores e incapazes que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo.²⁹⁷ A curatela é aplicável às pessoas maiores de dezoito anos consideradas relativamente incapazes, de acordo com a teoria das incapacidades em vigor, e excepcionalmente ao nascituro.²⁹⁸ Caio Mário da Silva Pereira discorre no sentido de que incidem na curatela todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão capazes de administrar os seus bens. Trata-se, portanto, de um instituto protetivo do incapaz que não tem condições de cuidar de si e, principalmente, de seu patrimônio²⁹⁹.

A curatela é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves como o encargo atribuído por lei a alguém capaz para reger a pessoa e administrar os bens de quem, em regra, não pode fazê-lo por si mesmo. O autor aponta cinco características da curatela, a saber, fins assistenciais, caráter publicista, ser supletiva da capacidade, ser temporária, perdurando somente enquanto subsistir a causa da incapacidade e, por fim, a necessidade de certeza da incapacidade para ser decretada³⁰⁰.

De acordo com a atual redação do artigo 1.767 do Código Civil estão sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou do referido dispositivo a sujeição à curatela daqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil, os deficientes mentais, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental³⁰¹.

²⁹⁶ TARTUCE, 2018.

²⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.444.

²⁹⁸ “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 223-246.

³⁰⁰ GONÇALVES, 2012, p. 1395.

³⁰¹ “Art. 1.767 Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

A curatela da pessoa com deficiência é considerada medida excepcional e somente atinge os direitos de natureza patrimonial, nos termos dos artigos 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁰², haja vista que a capacidade plena da pessoa com deficiência passa a ser a regra, em igualdade com os demais.

Carolina Ferraz menciona que a limitação da capacidade de exercício com base exclusivamente na existência de uma deficiência representaria uma limitação arbitrária, que pode ser equiparada às hipóteses de discriminação por raça, sexualidade, gênero ou religião. A partir da Lei Brasileira de Inclusão a capacidade plena passa a ser a nova premissa a respeito da capacidade de exercício da pessoa com deficiência.³⁰³

Anderson Schreiber e Ana Luiza Maia Nevares criticam o modelo abstrato de incapacidade por tolher indevidamente a autonomia de pessoas que se sentem em condições de exercer livremente os atos de seus interesses. O regime abstrato e geral de proteção do incapaz acaba se convertendo em instrumento de exclusão e de mutilação da autonomia e, por conseguinte, da dignidade, isto porque o rótulo generaliza situações distintas, que mereceriam tratamento jurídico diferenciado.³⁰⁴

O reconhecimento da incapacidade se torna instrumento de terceiros, que por motivos patrimoniais, pedem a interdição de um familiar para neutralizar a vontade de pessoas que apresentam discernimento para reger seus interesses. Schreiber e Nevares exemplificam com a situação de pessoas idosas, cujos possíveis herdeiros pedem a interdição como forma de impedir o reconhecimento da união estável com uma terceira pessoa com a qual convive, o que repercute no direito sucessório³⁰⁵. Nesses casos a incapacidade civil se torna meio de se fazer

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

³⁰² “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.” (BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020).

³⁰³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

³⁰⁴ NEVARES; SCHREIBER, 2016.

³⁰⁵ “O reconhecimento das uniões estáveis restabelecidas por incapazes tornou-se intensamente polêmico na jurisprudência, porque, embora experimento a constituição fática de uma entidade familiar, reverbera, em última

prevalecer os interesses patrimoniais de outrem em face do direito existencial da pessoa que, em tese, estaria sendo protegida.

Uma segunda crítica apresentada consiste no fato de que pessoas consideradas incapazes acabam sendo privadas de estabelecer relações afetivas ou praticar atos simples, como doar sangue, para os quais apresentam a necessária aptidão. A crítica apresentada pelos autores identifica com precisão o problema fundamental da teoria das incapacidades, tendo em vista que a violação à dignidade e a discriminação ocorrem quando uma pessoa apta a atuar na defesa de seus interesses é tolhida de fazê-lo em virtude da aplicação de um modelo abstrato que trata de todas as hipóteses de incapacidade da mesma forma, ou com raras diferenciações, aplicando a lógica do “tudo-ou-nada”.³⁰⁶

A solução da questão, todavia, não reside na retirada do ordenamento jurídico da possibilidade de se reconhecer a incapacidade absoluta para os maiores de dezesesseis anos, mesmo quando não apresentam qualquer sinal de discernimento sobre os fatos que o cercam. Existem pessoas que, por estarem impossibilitadas de manifestar vontade por ausência de discernimento, necessitam de uma proteção mais ostensiva do ordenamento jurídico, a qual é destinada aos absolutamente incapazes, conforme já abordado.

Existe um sistema de normas destinado a proteger as pessoas consideradas absolutamente incapazes, o qual não pode ser ignorado, mas a sua aplicação não equivale à aniquilação da possibilidade do absolutamente incapaz de tomar as decisões e praticar os atos que apresenta aptidão para tanto. O desafio consiste em identificar a medida adequada de proteção das vulnerabilidades concretas, capaz de superar a abstração de uma proteção jurídica que carece de efetividade sem cair em um casuísmo que irá depender exclusivamente da percepção pessoal de cada magistrado³⁰⁷.

A redação original do artigo 1.772³⁰⁸ do Código Civil de 2002, revogado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, previa a possibilidade de curatela parcial

análise, sobre o patrimônio do protegido, o que deveria ser evitado a todo custo – com o perdão do trocadilho.” (Ibid., p. 42).

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ De um lado, impõe-se a rejeição a esquemas abstratos e formais que, calcados em um sujeito de direito unitário, simplesmente ignoram os dados da realidade. De outro lado, é evidente que as normas jurídicas exigem algum grau de abstração, como condição da segurança e da previsibilidade que oferecem às relações sociais, não se podendo cogitar de uma solução que remeta a definição das regras aplicáveis ao momento do futuro conflito – solução que, por definição, afrontaria as garantias constitucionais de isonomia e legalidade. É preciso identificar, à luz dos valores fundamentais de cada ordem jurídica, a medida adequada de proteção das vulnerabilidades concretas, que seja, a um só tempo, capaz de escapar à abstração e generalidade de uma proteção jurídica que carece de efetividade, sem recair em um casuísmo anárquico, guiado exclusivamente pela percepção pessoal que cada magistrado possa deter acerca da solução “mais justa” no caso concreto. (Ibid.).

³⁰⁸ “Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão

para os deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em tóxicos e excepcionais sem completo desenvolvimento mental³⁰⁹, na medida em que possibilitava aplicar à estas hipóteses a regra do artigo 1.782³¹⁰, que dispõe a respeito da curatela dos pródigos, limitada aos atos de disposição patrimonial.

Apesar de o artigo 1.772 restringir a aplicação dos limites da curatela a algumas hipóteses de incapacidade, defendeu Célia Barbosa Abreu a aplicação da curatela parcial para os demais casos de incapacidade além daqueles previstos no artigo 1.767, incisos III e IV³¹¹. De acordo com a autora, há uma diversidade de transtornos mentais que afetam a capacidade do indivíduo para determinados atos, mas não para outros e, ademais, os vários transtornos mentais apresentam-se de forma distinta sobre o desenvolvimento das pessoas, não se admitindo soluções rígidas e absolutas.³¹²

A possibilidade de extensão da curatela parcial para outras hipóteses de incapacidade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado do ano de 2014, quando foi aplicada a uma pessoa diagnosticada como sociopata, em seu voto a Ministra Nancy Andrighi argumentou pela necessidade de conciliar os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal e o interesse coletivo, de proteção dos membros da sociedade, tudo com base no necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata.³¹³

circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Redação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

³⁰⁹ “Art. 1.767 Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.” (Ibid.)

³¹⁰ “Art. 1.782 A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” (Ibid.)

³¹¹ “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

V - os pródigos.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

³¹² ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 180.

³¹³ “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL.RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE. (...) 4. A psicopatia está na zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. (...) A

No sentido de ampliar a curatela parcial para as hipóteses de incapacidade não previstas no artigo 1.767 foi aprovado o Enunciado 574 da VI Jornada de Direito Civil de 2013³¹⁴, segundo o qual “a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”³¹⁵.

Mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, que positivou o dever de o juiz fixar os limites da curatela segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito, havia na doutrina vozes argumentando pela necessidade de fixação dos limites da

possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição - ainda que parcial - dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também ratio não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo - ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, in casu, levaram a óbito três pessoas. 10. A solução da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse feito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução - se houver - da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1306687/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgamento: 18/03/2014. DJe, 22/04/2014. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244776-9-stj/inteiro-teor-25054792>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³¹⁴ As justificativas apresentadas para o enunciado são elucidativas: “[...]. Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782. Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado. [...]” (Conselho da Justiça Federal. Enunciado 574. **Enunciados**. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/645>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³¹⁵ Cf. Conselho da Justiça Federal, 2012.

curatela de acordo com o comprometimento para a prática dos atos, estabelecendo a necessidade de se averiguar casuisticamente a aptidão para os atos patrimoniais e existenciais.³¹⁶

De acordo com a redação do artigo 755 do Código de Processo Civil deve constar na sentença que decreta a interdição os limites da curatela, de acordo com o estado e o desenvolvimento mental do interdito em todas as hipóteses de incapacidade civil dos maiores de dezoito anos, haja vista que não mais existe um rol de hipóteses de cabimento desta medida, como o fazia o legislador civil no artigo revogado.

Célia Barbosa de Abreu propunha a interpretação constitucional do artigo 1.772 do Código Civil desde o ano de 2009 e com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 afirma que o artigo 755 do diploma processual impõe ao juiz a delimitação da medida de proteção sem qualquer restrição quanto aos seus possíveis destinatários, é um direito ao qual faz jus todo interditado. Segundo Abreu, o Código de Processo Civil positivou uma cláusula geral de tutela dos interesses do interditado que guarda coerência e harmonia com a cláusula geral de tutela da pessoa humana, a partir desta cláusula todo aquele que figurar como requerido em um procedimento de interdição terá direito à análise minudente da sua situação concreta, objetivando a adequação e a proporcionalidade³¹⁷.

Para fixar os limites da curatela o juiz deverá realizar entrevista com o interditado questionando-lhe a respeito de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas³¹⁸. Além da entrevista, o convencimento do juiz quanto aos limites da curatela irá se

³¹⁶ Nesse sentido, afirma Célia Barbosa Abreu “Logo, cada situação específica de incapacidade dos indivíduos exige um diverso estatuto protetivo que se adapte ao caso concreto. O juiz deve indicar a priori quais são os atos nos quais ele entende que o incapaz precisa de assistência e quais devem ser necessariamente cumpridos por um representante – ressaltando sempre a possibilidade de intervenção a posteriori para averiguar a existência da incapacidade.” (ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 181).

³¹⁷ ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. E-book. Curitiba: Editora CRV Ltda, 2015.

³¹⁸ “Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§ 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

§ 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020).

apoiar no laudo pericial, elaborado por equipe multidisciplinar, o qual indicará especificadamente os atos para os quais haverá necessidade de curatela³¹⁹.

Requião ressalta a mudança na terminologia se comparado ao Código de Processo Civil de 1973, isto porque o artigo 751 do atual Código de Processo Civil substituiu a expressão interrogatório por entrevista, haja vista que não há um aspecto inquisitorial ou busca por uma verdade dos fatos, como a realização de um pagamento por exemplo, o que se pretende é entender a dimensão das eventuais necessidades que o interditando pode ter. Afirma também que o juiz deve partir da premissa que a capacidade é a regra para os maiores de dezoito anos, não competindo ao interditando fazer prova de que possui autonomia para gerir os seus interesses³²⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 também apresenta maior rigor técnico ao estabelecer que a entrevista tem por finalidade permitir ao juiz o conhecimento em relação à capacidade do interditando para a prática de atos da vida civil, não reproduzindo que o interrogatório permitia ao juiz “ajuizar do estado mental” do indivíduo. O atual diploma processual também demonstrou maior preocupação com aspectos existenciais do interditando, ao estabelecer a necessidade de se abordar temas como vontades, preferências, laços familiares e afetivos na entrevista³²¹, ao passo que o Código anterior mencionava que o interrogatório deveria abordar acerca de sua vida, negócios, bens e o que mais parecesse necessário³²².

A curatela parcial, restrita aos atos para os quais o indivíduo não apresenta aptidão para praticar por si só, representa um grande avanço no reconhecimento da autonomia das pessoas consideradas incapazes. Contudo, tal possibilidade não pode ser restrita à incapacidade relativa, mas deve ser aplicável também à incapacidade absoluta, contrariando o que argumenta

³¹⁹ “Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.” (Ibid.).

³²⁰ REQUIÃO, 2018, p. 200.

³²¹ O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a imprescindibilidade da entrevista ao interditando para reconhecer a incapacidade e estabelecer a curatela. Nesse sentido: “APELAÇÃO. “Interdição”. Deferimento de curatela parcial. Descabimento. Medida prestigiada sem prévia realização de interrogatório do interditando e de perícia médica. Indispensabilidade. Exegese dos arts. 751 e 753 do CPC. Inobservância que implica em cerceamento de defesa. Prematuridade do julgamento detectada. Reabertura da fase instrutória que se impõe. Sentença ANULADA.” (BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1002243-22.2019.8.26.0619; Relator: Jair de Souza; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taquaritinga - 3ª Vara. Julgamento: 23/07/2020. Publicação: 24/07/2020. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896627050/apelacao-civel-ac-10022432220198260619-sp-1002243-2220198260619/inteiro-teor-896627099>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³²² REQUIÃO, 2018, p. 201.

Caio Mário, no sentido de que juiz deve determinar os limites da curatela nos casos de interdição de relativamente incapazes haja vista que a interdição é relativa³²³.

Célia Barbosa de Abreu, ao tratar dos impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015 no instituto da curatela afirma que seria possível criticar o fato de que o artigo 755, § 3º do CPC³²⁴ estabelece que no registro da sentença de interdição deverá constar os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente, sendo que, diante da revogação do artigo 3º do Código Civil seria questionável a viabilidade da interdição total³²⁵.

Interdição total e incapacidade absoluta não são sinônimos e não precisam coexistir necessariamente, deve-se estabelecer a curatela parcial e definir os atos que podem ser praticados pessoalmente pelos absolutamente incapazes, assim considerados aqueles que não apresentam nenhum discernimento, ou o discernimento muito reduzido, para a prática dos atos da vida civil, conforme proposto ao longo deste trabalho.

Pessoas com deficiência mental, toxicômanos, ébrios habituais, pessoas com alguma enfermidade neurológica, poderão ser consideradas absoluta ou relativamente incapazes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O grau de comprometimento do discernimento da pessoa irá influir na conclusão a respeito da capacidade plena ou da incapacidade, relativa ou absoluta. O estabelecimento da incapacidade civil, absoluta ou relativa, repercute no sistema jurídico aplicável, se mais protetivo ou não, mas não implica em imposição de um modelo único e estanque de curatela, total ou parcial, respectivamente, já que os limites da curatela devem ser fixados no procedimento de interdição considerando o indivíduo em específico.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência positivou um avanço na forma de perceber a deficiência e a incapacidade como institutos diversos, assim como humanizou institutos como a curatela e a interdição, todavia, deve-se perceber o sistema de forma holística para reconhecer

³²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: volume V – Direito de Família**. E-book. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

³²⁴ “Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: [...]”

§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020).

³²⁵ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 545-568.

que existem inúmeras outras pessoas que precisam da proteção adequada do Estado e do ordenamento jurídico além das pessoas com deficiência.

Os menores, ébrios habituais, toxicômanos³²⁶ e pródigos que não apresentam discernimento para reger seus interesses por si só, carecem de uma medida adequada a suprir a vulnerabilidade sem que isso viole a sua dignidade. Assim como as pessoas com deficiência, os viciados em tóxicos não devem ser submetidos a internamentos compulsórios³²⁷ ou à cirurgia de laqueadura contra a sua vontade.

A interdição total, que atribui ao representante a prática de todos os atos da vida civil sejam patrimoniais ou existenciais, não pode ser uma decorrência direta e imediata do reconhecimento da incapacidade absoluta da pessoa. Esse modelo encontra-se superado por todas os princípios e valores introduzidos pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, o que é possível concluir é ser a interdição o procedimento por meio do qual o juiz reconhece a incapacidade, nomeia um curador e define os seus poderes de atuação.

Apesar de possuir o discernimento reduzido, o indivíduo pode apresentar aptidão para decidir questões familiares, afetivas, quanto ao próprio corpo e demais questões existenciais. Existe uma diversidade de transtornos mentais e de causas que podem afetar a

³²⁶ “Curatela – Interditando que é toxicômano – Hipótese de curatela que perdura no ordenamento após as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Possibilidade de expressão da vontade, pelo toxicômano, que se relaciona aos limites da curatela, e não a seu estabelecimento – Caso nos autos, contudo, que não há prova pericial atual – Necessidade de produção de novo laudo, com vistas ao interesse do requerido, que está sujeito a medida excepcional de limitação de seus direitos – Sentença anulada – Recurso provido. (BRASIL. TJSP. Apelação Cível 0021292-80.2009.8.26.0566. Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 4ª Vara Cível. Julgamento: 02/06/2016. Publicação: 02/06/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345616039/apelacao-apl-212928020098260566-sp-0021292-8020098260566/inteiro-teor-345616066>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³²⁷ “Ação de obrigação de fazer. Itápolis. Internação compulsória de dependente químico. Obrigação do Estado (lato sensu). Pedido de antecipação de tutela. Deferimento. Possibilidade. Precedentes. Possibilidade de internação em estabelecimento adequado, pelo tempo necessário, a critério médico. Agravo de instrumento não provido.” (BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2243320-29.2016.8.26.0000. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Itápolis - 2ª Vara. Julgamento: 19/12/2016. Registro: 19/12/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=A5943352C34012D45AF979D4D55112C1.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2243320-29.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2243320-29.2016.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&recaptcha_response_token=03AGdBq26cJ-PMkPOza31QbUUiwewXz9ySZWPdJ9QEwpyOVTjzGaL9i6ZI8xSVgypa5fwvUD-k4v0R4VZYuANUNa0iPkimR_ZKd-03PtOT03uQBEaMIQBndvAuxWo2_DKgdjWo7Mk-oczUod5rcEyAgCHGv3ZCqOBnFIQRvy21Db1uxcswVDfMhFrjU36Lmgq6nZHzwW3stFglWYQ-Qq2k1eVem-UyL4JVmr8j0d1P517tmPd2MED1FHgyb1SjQ4AfVftB62EGRjfOgbKEkBm-bHBF8QX4tBs60B9awUcN0AdLZfkKwGVdNAdBJH0Wg4dzC3UnRHILadfUPRcV3JU5-g_KcrQa4nYvliFQLD-5jpnkBVua0PHNfNpxip6WUe_ltpW_wnRIpf4MgNl4snGtjXkWvopMEexfxttbBVrF_aRo3b0LuB3mKDTdNy9lJN2jmMTtdb1xz242-eCzWSaYb_sY-rotfUkhg&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee4c15cc1604467bb3dc09f2b8f9f06e>. Acesso em: 23 jul. 2020).

capacidade da pessoa, sendo que cada uma delas exige uma intervenção diferenciada e compatível com a situação individual de cada um³²⁸.

Rodrigo Silva e Eduardo Nunes argumentam que a exigência de fundamentação detalhada, tanto para a constituição da curatela como para a estipulação de seus limites, constituiu significativo avanço em prol da proteção das pessoas com deficiência, contudo, a supressão do inciso II do art. 3º do Código Civil³²⁹ retirou do ordenamento jurídico e da teoria das incapacidades a referência ao discernimento, critério aclamado pela doutrina especializada como fundamental à proteção da realização dos atos de autonomia.³³⁰

Assim, as alterações propostas na redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil seriam compatibilizadas com a redação abaixo destacada quanto aos dispositivos que tratam da curatela no diploma civil:

Artigo 1.767 – Estão sujeitos à curatela aqueles que por causa transitória ou permanente não apresentarem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, sejam eles absoluta ou relativamente incapazes.

Parágrafo 1º - A curatela é medida excepcional e atinge somente a prática dos atos patrimoniais expressos na sentença que impõe a curatela e nomeia o curador.

Parágrafo 2º - Em situações excepcionais o curador poderá atuar na prática de atos existenciais em favor do curatelado, desde que devidamente fundamentado em decisão judicial

Artigo 1.772 – Os poderes do curador são limitados e devem ser especificados pelo juiz, com base em acompanhamento realizado por equipe multidisciplinar, de acordo com as potencialidades da pessoa, seja a incapacidade absoluta ou relativa.

Parágrafo único: O juiz, ao fixar os limites da curatela, deve considerar as necessidades e as circunstâncias pessoa e atribuir os poderes do curador de modo a favorecer a autonomia e as preferências do curatelado.

³²⁸ “O cotidiano costuma demonstrar que, dentre os absolutamente incapazes, estão pessoas que não são incapazes para a integralidade dos atos da vida civil. Na realidade, desenvolvem-se nas áreas em que apresentam potencialidades, desde que lhes sejam oferecidas oportunidades para tanto. Logo, a capacidade das pessoas deve ser avaliada concretamente, a fim de se verificar se é o caso de permitir a flexibilização da curatela, mediante a adoção da interdição parcial e o afastamento da interdição total.” (ABREU, 2009, p. 228).

³²⁹ Redação original do artigo:

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.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Redação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

Redação atual, conforme revogação:

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

I - (Revogado); II - (Revogado); III - (Revogado).” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³³⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. SOUZA, Eduardo Nunes de. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, 2016, p. 227-247.

Pedro Gabriel Godinho Delgado aponta as dificuldades apresentadas pelos juízes para aplicar a interdição parcial, que residem tanto na seara pericial, para afirmar o grau de incapacidade, como também nas questões técnicas, pois não existem leis que regulamentam a interdição parcial e o juiz possui dificuldade para definir os limites da curatela com base no laudo.³³¹

Apesar das dificuldades alegadas por Delgado, existe uma margem de segurança para atuação do magistrado, haja vista que se o interditando, apesar possuir o discernimento reduzido, for capaz de se expressar, conhecer a respeito dos fatos ao seu redor, reconhecer as pessoas mais próximas, deve ser considerado apto para praticar atos menos complexos por si só, independente de representação ou assistência. Por outro lado, se a pessoa considerada incapaz não apresenta qualquer nível de percepção da realidade ao seu redor, a atuação do curador deverá ser mais ostensiva, isso se dará na medida das faculdades mentais de cada um. Ainda que nesta segunda situação hipotética a pessoa seja considerada absolutamente incapaz, a ela deve ser garantida a autonomia e a liberdade para praticar os atos para os quais apresenta aptidão, como doar sangue, realizar cursos, participar de grupos de entretenimento, praticar esportes e trabalhar.

Em pesquisa realizada na cidade de São Paulo, Patrícia Ruy Vieira verificou que 99,32% das interdições eram totais e aplicadas a pessoas consideradas absolutamente incapazes³³². No mesmo sentido foi a pesquisa realizada na cidade de Ribeirão Preto, na qual foram analisados os registros de interdição lavrados no Livro E dos Offícios de Registro Civil das Pessoas Naturais no período de novembro de 2002 a julho de 2016 e foi possível constatar que dos 3.034 registros analisados, foram encontradas 2.861 interdições por incapacidade absoluta, que representa 94,3% do total, e 173 por incapacidade relativa, representando somente 5,70%³³³.

Como na maior parte do período pesquisado estava em vigor a redação original do Código Civil de 2002, que não restringia a incapacidade absoluta aos menores de dezesseis anos, verificou-se que dos 173 casos de interdição relativa encontrados, apenas 11 ocorreram

³³¹ DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil**. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992, p. 170.

³³² VIEIRA, Patrícia Ruy. **Estudo de prevalência dos Transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo**. 2003. 132 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de São Paulo - Unifesp, São Paulo, 2003.

³³³ RIBEIRO, Iara Pereira; RUIZ, Pedro do Amaral Fernando. A prática da interdição: um desafio para a eficácia da Lei Brasileira de Inclusão. v. 19, n. 2, p. 459-477. **Revista Jurídica Cesumar**. mai./ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n2p459-477>.

antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e apontaram como fundamento da interdição a embriaguez habitual, a toxicomania ou a deficiência mental.

O resultado das pesquisas permite concluir que em raras vezes foi analisada a necessidade real e concreta de cada interditando, mas sim fora aplicado um modelo geral e abstrato que retira toda a autonomia da pessoa, impedindo-a de praticar atos para os quais apresenta aptidão. Embora somente o Código de Processo Civil tenha estabelecido para todas as hipóteses de incapacidade a possibilidade de se estabelecer a interdição parcial, havia na legislação anterior previsões expressas de sua aplicabilidade, bem como posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais reconhecendo a possibilidade de sua aplicação para demais hipóteses além daquelas elencadas pelo artigo 1.772 do Código Civil. A violação à dignidade da pessoa não reside no reconhecimento da incapacidade absoluta, mas sim na restrição arbitrária de condutas para as quais ela apresenta discernimento.

Apesar de o artigo 755, § 3º do Código de Processo Civil estabelecer que o registro da interdição deve estabelecer os limites da curatela e os atos que o interditado pode praticar por si só, na prática não foram observados estes deveres de detalhamento e especificação. Iara Ribeiro e Pedro Ruiz constataram que mesmo após a vigência da Lei Brasileira de Inclusão, que estabelece a necessidade de delimitar os poderes do curador, consta nas decisões judiciais apenas que o interditado fica impedido de sozinho praticar atos de natureza patrimonial, sem precisar de forma específica os limites da curatela³³⁴. A pesquisa demonstrou que prever apenas da incapacidade relativa para os maiores de dezesseis anos não implica em efetiva delimitação do alcance da curatela. Na verdade, acaba por gerar vulnerabilidade, na medida em que as pessoas que efetivamente não conseguem manifestar vontade recebem o mesmo tratamento jurídico de outras que apresentam um certo discernimento.

A discriminação e a violação da dignidade das pessoas incapazes acontecem quando há restrição indevida da liberdade e da autonomia para agir em situações que apresentam aptidão para tanto, e não por lhes ser aplicado um regime jurídico de direito material mais favorável e protetivo. Se uma pessoa não apresenta qualquer discernimento ou o possui em grau muito reduzido, aplicar o regime da incapacidade absoluta é a melhor forma de garantir a proteção de seus interesses, o que não equivale dizer que esta pessoa estará tolhida de praticar os atos para os quais apresenta aptidão.

³³⁴ “Em todos os registros após a LBI, a disposição relativa à limitação dos atos do interditado é a mesma: “ficando impedido de sozinho, nos termos do art 1.772 caput e 1.782 do Código Civil emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, receber ou celebrar contratos em geral, sem estar assistido por [...]”. A disposição, enquanto se apoia sempre integralmente ao artigo 1.782 do Código, é genérica e contraria o artigo 12 da Convenção Internacional 17 e o artigo 84 da LBI.” (RIBEIRO; RUIZ, 2019, p. 474).

4.3. O adequado tratamento jurídico das questões patrimoniais e existenciais

Requião propõe uma distinção entre duas espécies de autonomia, denominadas autonomia privada e autonomia existencial, o que servirá de base para abordar o adequado tratamento aos direitos patrimoniais e existenciais. De acordo com o autor, a autonomia privada diz respeito à liberdade negocial-patrimonial que possui o indivíduo para agir na atual sociedade de consumo, e a autonomia existencial diz respeito à liberdade do sujeito para gerir a sua vida de forma digna, decidir questões relativas aos direitos da personalidade e relações não negociais, como eutanásia, aborto, manipulação de embriões, direitos pessoais de família, sexualidade e identidade de gênero.³³⁵

A autonomia privada, embora relacionada aos interesses patrimoniais, em dadas situações deve ser considerada relevante para assegurar a autonomia existencial. Maurício Requião reconhece que as facetas da autonomia, apesar de distintas, estão vinculadas, e que em algumas situações será necessário garantir a autonomia privada nas relações patrimoniais para que o sujeito possa realizar a sua dignidade e exercer a autonomia pessoa³³⁶.

Requião também propõe uma classificação quanto à limitação da autonomia, que pode ser objetiva, relacional ou subjetiva. A primeira consiste em um repúdio do ordenamento jurídico à prática de determinada conduta ou ao modo de realizá-la por qualquer sujeito, como por exemplo as exigências legais de forma ou a vedação de contrato que verse sobre herança de pessoa viva. A limitação relacional visa proteger um terceiro cujos interesses podem ser atingidos, como é o caso da preservação da legítima dos herdeiros necessários nas disposições testamentárias. Por fim, a limitação subjetiva ocorre em função do sujeito que pratica o ato, com o objetivo de protegê-lo, na qual se insere as teorias das incapacidades.³³⁷

A limitação subjetiva da autonomia pode ser genérica, como no caso de incapacidade relativa ou absoluta, em que o indivíduo fica impedido de praticar de forma válida os atos da vida civil, ou pontual, restrita a um ou a determinados atos, como a escolha do regime

³³⁵ REQUIÃO, 2018, p. 33.

³³⁶ “Em que pese se acreditar possível e de interesse prático a cisão da ideia de autonomia nesses dois conceitos diferentes, de algum isso significa que a promoção de uma das facetas esteja necessariamente desvinculada da outra. Por um lado, isso pode ser percebido porque o próprio uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade da esfera negocial-patrimonial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta atual sociedade de consumo. A possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade e da sua autonomia pessoal. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a autonomia existencial, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado, o que inclui, no dizer de Paulo Lôbo, o respeito às diferenças.” (Ibid., p. 33-34).

³³⁷ Ibid., p. 47-51.

de bens pela pessoa com mais de setenta anos³³⁸, mas em ambos os casos o seu fundamento reside na proteção da pessoa e a consequência jurídica da violação da limitação subjetiva da autonomia é a invalidade do ato, que pode ser considerado nulo ou anulável³³⁹.

Embora a limitação subjetiva tenha sido construída com o objetivo de proteger o patrimônio da pessoa, acaba por afetar gravemente aspectos existenciais. Assim, fatores negociais e existenciais não devem receber o mesmo tratamento jurídico e tampouco a mesma regulamentação, tal como ocorre com a teoria das incapacidades em vigor, já que o regramento da interdição e da curatela não faz qualquer distinção a respeito.

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 já era possível perceber, embora de forma tímida, uma diferença no tratamento jurídico dispensado aos atos de natureza existencial e patrimonial, bem como já era possível a curatela parcial restrita aos atos patrimoniais em determinadas situações. A redação original do artigo 1.772³⁴⁰ previa a possibilidade de curatela parcial para os deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em tóxicos e excepcionais sem completo desenvolvimento mental³⁴¹, na medida em que possibilitava aplicar à estas hipóteses a regra do artigo 1.782³⁴², que dispõe a respeito da curatela dos pródigos, limitada aos atos de disposição patrimonial³⁴³.

Nesse sentido foi editado o Enunciado 138 das Jornadas de Direito Civil, segundo o qual *“a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art.3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que*

³³⁸ “Código Civil, Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

³³⁹ REQUIÃO, op. Cit., p. 52-53.

³⁴⁰ “Art. 1.772 Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Redação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

³⁴¹ “Art. 1.767 Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.” (Ibid.)

³⁴² “Art. 1.782 A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” (Ibid.).

³⁴³ Célia Barbosa de Abreu já defendia em 2009, portanto antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015, a aplicação do artigo 1.772 a todas as hipóteses de incapacidade civil, o que representaria uma flexibilização da curatela para se adequar às aptidões e limitações de cada um, obra utilizada como referência bibliográfica deste estudo. (ABREU, 2009).

demonstrem discernimento bastante para tanto”³⁴⁴. Apesar de esta possibilidade já estar positivada no ordenamento jurídico e reafirmada pela doutrina a possibilidade de a curatela ser restrita aos interesses patrimoniais, respeitando a vontade do sujeito quanto às existenciais, as pesquisas realizadas demonstram que a regra era a interdição total decorrente da aplicação de um modelo abstrato de curatela, com a total supressão do exercício, pelo interessado, dos direitos patrimoniais e existenciais.

Diego Carvalho Machado ressalta que em sede de exercício da situação subjetiva existencial não existe o mesmo compromisso com a segurança jurídica quanto em relação às situações patrimoniais. A pessoa humana em concreto e seu efetivo discernimento são os parâmetros mais importantes para a elaboração das normas que tratam da capacidade de exercício dos interesses relativos ao “ser”. Machado afirma a inseparabilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais, do que decorre a presunção de aptidão da pessoa para o exercício autônomo dessas situações existenciais, desde que verificado o discernimento no caso concreto³⁴⁵.

A autonomia deve ter como equivalente a responsabilidade, já que a pessoa precisa ter discernimento para tomar as decisões autorreferentes e estar ciente das consequências e de seus efeitos. A normativa da autonomia deve ser aplicada de forma qualitativamente diversa nas relações negociais e existenciais. O negócio jurídico patrimonial obedece à lógica dos princípios contratuais, dentre os quais se destaca a autonomia privada, justiça contratual, boa-fé objetiva e função social. Tais princípios não seriam aplicáveis aos negócios jurídicos não patrimoniais, que seguem a lógica da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade nos parâmetros que a própria pessoa estabeleceu para si e não do lucro e da paridade³⁴⁶.

O reconhecimento da incapacidade relativa ou absoluta por ausência ou limitação do discernimento não pode ter como consequência imediata a impossibilidade de a pessoa exercer pessoalmente os direitos existenciais. O exercício dos direitos existenciais deve ser a

³⁴⁴ Cf. Conselho da Justiça Federal, 2012.

³⁴⁵ “Sem embargo, somado ao critério do discernimento concretamente observado, emana do corolário da inseparabilidade entre titularidade e exercício das situações subjetivas existenciais em regra de cunho geral que presume a aptidão da pessoa ao exercício autônomo das situações subjetivas existenciais. Essa regra, ressalte-se, não tem a craveira absoluta que possuem aquelas existentes no regime do Código Civil de 2002 – próprias para reger o exercício das situações subjetivas patrimoniais; tem, todavia, feição relativa que só é confirmada se for acompanhada do real discernimento, ao passo que será afastada se for demonstrada a ausência do mesmo.” (MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 154-155).

³⁴⁶ BUCAR, Daniel. TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

regra e somente em casos excepcionais, em que a pessoa não possui capacidade para consentir a respeito de questões relativas à família, integridade física e nome, tal prerrogativa é transferida a um terceiro, mediante decisão judicial devidamente fundamentada³⁴⁷.

Maici Colombo ensina que os direitos da personalidade estão no plano do “ser”, atingem os aspectos existenciais da pessoa, ao passo que os direitos patrimoniais estão na categoria do “ter”, e se caracterizam pela possibilidade de se transferir apenas o seu exercício a terceiros, mantendo a sua titularidade com a pessoa representada. Ao tratar da curatela das pessoas com deficiência, alterada pela Lei nº 13.146/2015, afirma a autora que a restrição da curatela aos atos de natureza patrimonial visa impedir interferências arbitrárias na vida das pessoas com deficiência, que poderiam comprometer o livre desenvolvimento de suas personalidades. Reconhece, todavia, que existem situações nas quais a violação de direitos existenciais da pessoa poderia justificar a extensão dos efeitos representativos da curatela, a fim de tutelar a personalidade.³⁴⁸

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, o artigo 85, § 1º estabeleceu que a curatela somente afetará os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, que deve ser proporcional às necessidades de cada pessoa, durar o menor tempo possível e não alcançar os direitos existenciais³⁴⁹. Assim como garantido às pessoas com deficiência, as demais pessoas consideradas incapazes também precisam ter assegurado o exercício pessoal dos direitos existenciais como regra, e somente em casos excepcionais, quando não apresentarem o discernimento para tanto, a curatela deve atingir o exercício dos direitos existenciais.

³⁴⁷ “Ora, se questo è vero, ne consegue una conclusione d’indole generale per cui sarebbe da ritenere destituita di ogni fondamento l’opinione che si limitasse a riconoscere all’uomo soltanto l’astratta, potenziale titolarità senza l’effettiva attuazione dei valori di cui egli è portatore. Il che vale, in particolare, per le situazioni soggettive personali e personalissime, che si possono ben definire esistenziali, dal momento che qui titolarità e realizzazione coincidendo con l’esistenza stessa del valore.” (STANZIONE, Pasquale. **Capacità e minore età nella problematica della persona umana**. Camerino: Jovene, 1975, p. 131). (“Ora, se isso for verdade, segue-se uma conclusão geral de que deveria ser considerada sem fundamento a opinião que se limitava a reconhecer ao homem apenas a propriedade abstrata e potencial, sem a efetiva implementação dos valores dos quais ele é portador. Isto aplica-se, em particular, a situações subjetivas pessoais e altamente pessoais, que podem bem ser definidas como existenciais, uma vez que aqui propriedade e realização coincidem com a própria existência de valor.” (Tradução livre)).

³⁴⁸ COLOMBO. In: BARBOZA, 2017, p. 243- 270.

³⁴⁹ “Interdição. Pedido acolhido. Decretada a interdição da Ré, pois relativamente incapaz, para a prática de atos de natureza patrimonial e negocial. Pretendida declaração de incapacidade absoluta. Não acolhimento. Preservada certa autonomia aos incapazes, diante do novo entendimento disposto pelo Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência. Sentença de parcial procedência mantida. Recurso não provido.” (BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1004479-59.2018.8.26.0302. Relator: João Pazine Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível. Julgamento: 10/07/2020. Publicação: 10/07/2020. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895491229/apelacao-civel-ac-10044795920188260302-sp-1004479-5920188260302>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

A disciplina da questão não deve estar em um diploma legal que tutela os interesses de apenas um grupo de pessoas, que inegavelmente sofreu e ainda sofre com a marginalização e o desrespeito de seus direitos, mas o tema merece tratamento igualitário para todos que não apresentam discernimento, já que todos são pessoas e fazem jus a uma existência digna.

Deve ser reconhecida a todas as pessoas consideradas relativa ou absolutamente incapazes a possibilidade de exercerem pessoalmente e na maior medida possível os direitos existenciais, desde que apresentem discernimento para tanto.

Assim como estabelecido para as pessoas com deficiência, a limitação do exercício dos direitos da personalidade somente pode ocorrer em situações excepcionais, devidamente apreciadas pelo juiz e não podem decorrer do simples reconhecimento da incapacidade civil e da decretação da interdição pelo juiz. Quando uma pessoa é interditada, deve ser a regra a manutenção do exercício dos direitos existenciais, o que somente pode ser atribuído ao curador por decisão judicial devidamente justificada.³⁵⁰

A incapacidade, cujo único fundamento é a ausência de discernimento, pode decorrer do fator etário, estabelecido objetivamente em lei, ou psíquico, que pode decorrer de inúmeras situações, mas só interessa para o Direito saber o grau de discernimento do indivíduo para determinar qual o regime de incapacidade aplicável e estabelecer os limites da curatela de acordo com suas aptidões.

O exercício dos direitos existenciais também deve ser franqueado aos menores de dezoito anos que apresentam capacidade para consentir de forma ampla, e não restrito a determinadas questões pontuais reconhecidas na legislação. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro sinalizou o movimento de reconhecer a vontade das crianças e adolescentes nas questões familiares, como estabelece o artigo 28, § 4º³⁵¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que prevê a necessidade de consentimento do menor com

³⁵⁰ Stefano Rodotà reconhece a existência de espaços que devem ser reservados à pessoa sem a interferência estatal: “Quando si giunge al nucleo duro dell’esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all’indecidibile. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell’interessato.” (RODOTÁ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, p. 33). (“Quando se chega ao núcleo duro da existência, à necessidade de respeitar a pessoa humana como tal. Estamos de frente com o indecível. Nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em uníssono por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado.” (Tradução livre)).

³⁵¹ “Art. 28. [...] § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.” (BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 set. 2019).

mais de doze anos para o deferimento da adoção, mas a vontade desse grupo de pessoas deve ser considerada em todas as questões que envolvem seus direitos da personalidade.

O exercício dos direitos existenciais deve ser reconhecido a todos, capazes ou não, maiores ou menores, haja vista que a dignidade não pode estar reduzida à autonomia ou ao discernimento, é ampla e irrestrita e se afirma em qualquer circunstância independente das incertezas próprias da vida³⁵².

O artigo 162 do Código Civil Espanhol³⁵³, ao disciplinar o poder familiar, excepciona a representação pelos pais quanto aos atos relacionados aos direitos da personalidade que o filho pode exercitar sozinho, de acordo com sua maturidade. No mesmo sentido, o artigo 3º da Lei Orgânica Espanhola 1/1982³⁵⁴, que trata do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e da imagem, estabelece que o consentimento dos menores e das pessoas com deficiência deve ser concedido por si, se suas condições de maturidade permitirem, de acordo com a lei civil.

A necessidade de preservação da autonomia da pessoa no maior grau possível também é expressa no Código Civil Francês (*Code Civil*) ao tratar da proteção das pessoas maiores: o artigo 415³⁵⁵ estabelece que a proteção da pessoa deve respeitar as liberdades

³⁵² SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: Capacidade, família e direitos da personalidade**. 2013. 188 p. Dissertação, Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

³⁵³ “Artículo 162. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. [...]” (ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2019). (“Artigo 162. Pais detentores de autoridade parental têm representação legal de seus filhos menores não emancipados. As exceções são: 1. Os atos relacionados aos direitos da personalidade que o filho, de acordo com sua maturidade, pode se exercitar sozinho. No entanto, os pais responsáveis intervirão nesses casos em virtude de seus deveres de assistência e assistência.” (Tradução livre)).

³⁵⁴ “Uno. El consentimiento de los menores y las personas discapacitadas debe ser otorgado por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de conformidad con la ley civil.

Dos. En otros casos, su representante legal debe otorgar el consentimiento por escrito, quien deberá informar al Ministerio Público del consentimiento planeado. Si, dentro de ocho días, el Fiscal se opone, el juez decidirá.” (ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1982**, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 05 set. 2019).

(“Um. O consentimento de menores e pessoas com deficiência deve ser concedido por si, se suas condições de maturidade permitirem, de acordo com a lei civil.

Dois. Em outros casos, seu representante legal deve conceder consentimento por escrito, que deve informar o Ministério Público do consentimento planejado. Se, dentro de oito dias, o Procurador objetar, o juiz decidirá.” (Tradução livre)).

³⁵⁵ “Article 415. Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009. Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre.

Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne.

individuais, os direitos fundamentais e a dignidade humana e buscar a efetivação dos interesses da pessoa protegida.

Partindo da premissa que a teoria das incapacidades do Código Civil Brasileiro apresenta uma preocupação mais patrimonialista que existencial, Machado sugere a existência de dois regimes jurídicos gerais, um para reger as situações jurídicas patrimoniais, sendo suficiente e apropriada a normativa a respeito em vigor, e outro aplicável às situações subjetivas existenciais. O segundo regime jurídico decorreria da interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana e de seus corolários para compatibilizar a capacidade de exercício com a proteção prioritária de promoção da personalidade humana.

Quanto à discussão sobre a incindibilidade da titularidade e exercício dos direitos existenciais, Diego Carvalho Machado propõe a inseparabilidade, que consiste na situação que em regra se apresentarem juntas e a separação de ambas somente teria lugar por força de motivo justificador suficiente, que somente pode ser a ausência de discernimento para a prática de ato existencial. Seria o reconhecimento da capacidade de discernimento³⁵⁶ prevista no Direito Suíço, que garante de forma genérica o exercício autônomo da situação subjetiva existencial titularizada e somente pode ser afastada quando a pessoa efetivamente não possuir discernimento para praticar os atos existenciais.

Se é certo que a limitação indevida da liberdade representa uma violação à personalidade do indivíduo, a proteção insuficiente também não realiza o seu mister de promoção da dignidade. A incapacidade relativa e a curatela limitada a atos de natureza patrimonial³⁵⁷ podem não funcionar bem quando se trata de pessoas que estão completamente inconscientes, como uma pessoa em coma ou com Alzheimer.

Existem situações nas quais a pessoa não consegue manifestar sua vontade de forma alguma, como é o caso das pessoas em coma induzido ou com Alzheimer em estágio avançado,

Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique." (FRANCE. Code civil. 1804. Version en vigueur au 30 août 2021. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 27 jul. 2020). ("Artigo 415 (Alterado pela Lei nº 2007-308, de 5 de março de 2007 - art. 7 JORF 7 de março de 2007 em vigor em 1º de janeiro de 2009). As pessoas de maior idade recebem a proteção de sua pessoa e de sua propriedade, que sua condição ou situação torna necessária de acordo com os procedimentos previstos neste título. Essa proteção é estabelecida e garantida com respeito às liberdades individuais, direitos fundamentais e dignidade humana. Seu objetivo é o interesse da pessoa protegida. Promove, na medida do possível, a autonomia deste último. É um dever das famílias e da comunidade pública." (Tradução livre)).

³⁵⁶ "A capacidade de discernimento se distingue da capacidade de entendimento, na medida em que a primeira é genérica e garante o exercício dos direitos existenciais ao passo que a segunda é aplicável na relação entre médico e paciente e é direcionada a uma situação específica, definida como domínio cognitivo e habilidade decisional que deve ser analisada de forma situacional." (MACHADO, 2013, p. 150).

³⁵⁷ Embora não sejam institutos sinônimos ou termos que necessariamente se correlacionam, se aplicando aqui o mesmo que foi dito para a interdição total e a incapacidade absoluta.

sendo então considerada relativamente incapazes de acordo com a atual teoria das incapacidades, situações em que o instituto da assistência se mostra insuficiente. Sobre o assunto, Maici Barboza dos Santos Colombo sustenta que independente da classificação da incapacidade como absoluta ou relativa, o juiz, ao fixar a curatela, deve determinar que a pessoa será representada, e não assistida, por constituir o mecanismo mais adequado para concretizar os direitos do indivíduo³⁵⁸.

Outro ponto diz respeito à impossibilidade do exercício dos direitos existenciais pela pessoa com deficiência nas situações em que a pessoa não tem qualquer grau de consciência ou discernimento, haja vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é expresso ao impedir a atuação do curador em relação a tais interesses. Quanto ao exercício dos direitos existenciais da pessoa que não consegue exprimir sua vontade, deve ser analisado considerando a ótica protetiva e a busca da dignidade humana que norteiam o ordenamento jurídico e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao estabelecer a impossibilidade de exercício dos direitos fundamentais por terceiros, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência teve como objetivo favorecer o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sem interferências arbitrárias de terceiros sobre suas decisões, de modo que nos casos em que a pessoa não é capaz de manifestar sua vontade o curador deve atuar quanto aos direitos existenciais.

Heloisa Helena Barboza afirma que a interpretação das normas regulamentadoras da curatela e da interdição exige do intérprete um trabalho atento aos princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, para que não se perverta o propósito de proteção das pessoas com deficiência e sua dignidade. Ao analisar os artigos 4º, inciso III do Código Civil e 85, § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que limita a curatela aos atos de natureza patrimonial, não se pode concluir que as pessoas com deficiência estariam excluídas da proteção integral que a curatela pode propiciar às pessoas que não podem exprimir sua vontade, o que inclui direitos existenciais e relações familiares³⁵⁹. Ainda que se reconheça a possibilidade de o curador exercer a representação e não a assistência, e em casos extremos praticar atos de natureza existencial em favor do curatelado quando este não for capaz de

³⁵⁸ “Conclui-se, portanto, que a pessoa que não puder se exprimir pode ser declarada relativamente incapaz, com fundamento no art. 3º, III, do Código Civil vigente e colocada sob curatela, a qual, segundo as características e necessidades do curatelado, poderá receber efeitos de representação ampla ou de assistência, conforme seja melhor atendido o seu interesse concretamente.” (COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 243-270).

³⁵⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o Novo Regime da Capacidade civil. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 209-223, Jan./Abr. 2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_209.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

manifestar sua vontade, não lhe será aplicado o regime jurídico da incapacidade absoluta, que melhor resguarda seus interesses e direitos.

Rosenvald aponta que existem duas situações diversas, uma consiste na pessoa considerada incapaz que apresenta discernimento para decidir a respeito de interesses pessoais como relações familiares, reprodutivas, sexuais, e quanto ao próprio corpo, nesse caso pareceria absurdo conceder a um terceiro o poder de, na condição de representante de outrem, praticar atos existenciais em nome deste. Outra situação é da pessoa absolutamente impossibilitada de tomar qualquer decisão, nesses casos extremos a representação deve ser mais ampla para compreender a tutela sobre a dimensão existencial da pessoa.³⁶⁰

O exercício dos direitos existenciais e a delimitação dos poderes do curador, portanto, não constitui efeito imediato do regime de incapacidade civil estabelecido. Uma pessoa que apresentar pouco ou nenhum discernimento será reconhecida como absolutamente incapaz em processo de interdição, o que irá atrair a aplicação de um regime jurídico de direito material mais protetivo, mas permanecerá legitimada a exercer pessoalmente os direitos da personalidade, tal como estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e somente em casos excepcionais e justificados de impossibilidade de manifestação de vontade é que o exercício desses direitos poderá ser transferido ao curador.

O reconhecimento da autonomia para o exercício dos atos existenciais deve ser a regra, pois é pressuposto para a existência digna, à qual todos fazem jus independentemente de capacidade para agir. Somente poderá ser decidido casuisticamente e de forma excepcional a atuação do curador para atos além daqueles de natureza patrimonial, não apenas nos casos de pessoas com deficiência, ou seja, o reconhecimento da incapacidade não pode ser óbice para que a pessoa possa se autodeterminar. Por outro lado, limitar a curatela exclusivamente às questões patrimoniais, inclusive para aquelas pessoas que não apresentam qualquer sinal de lucidez, seria retirar destas pessoas o direito de tutelar questões essenciais como a integridade física e questões familiares.

A individualização dos limites da curatela de acordo com as aptidões e faculdades mentais de cada um, portanto, é a questão central para que a interdição deixe de ser um

³⁶⁰ “Transferir compulsoriamente para um curador poderes para decidir sob a própria existência do curatelado implica uma delegação coercitiva de direitos fundamentais, o resgate da “morte civil” dos tempos de Roma. Evidente que a mais bem-intencionada lei não pode cobrir a multifacetada realidade. Todos conhecemos ou convivemos com pessoas que não podem (v.g. estado vegetativo persistente, Alzheimer avançado) absolutamente decidir sobre a sua própria intimidade e vida privada. Nesses casos extremos a representação será mais ampla, compreendendo também a curatela sobre a dimensão existencial da pessoa.” (ROSENVALD, Nelson. **A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta**. Artigo. 2017. Nelson Rosenvald. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/a-caixa-de-pandora-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em: 21 jul. 2019).

instrumento de discriminação e cumpra o mister para o qual foi criado, que é proteger a pessoa e promover o seu desenvolvimento pessoal e familiar, de acordo com seus interesses, valores, crenças e convicções.

A teoria das incapacidades, por sua vez, se pautada exclusivamente no critério do discernimento, sem que a lei tente prever eventuais situações que possam afetar a consciência e a vontade do indivíduo, também estará apta a cumprir sua finalidade, que consiste em atrair um conjunto de normas de direito material que resguardam os interesses dos incapazes em maior ou menor grau, de acordo com a necessidade de proteção do caso.

4.4. A tomada de decisão apoiada

O Estatuto da Pessoa com Deficiência inseriu no ordenamento jurídico pátrio um novo instituto protetivo denominado tomada de decisão apoiada, o qual foi disciplinado pelo artigo 1.783-A do Código Civil³⁶¹. O instituto foi desenvolvido como uma terceira via entre a

³⁶¹ “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 5º O terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contrassinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.” (BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019).

presunção de capacidade plena e a incapacidade, com o objetivo de gerar mais confiança e autonomia para a pessoa com deficiência em suas decisões pessoais.

De acordo com a redação deste artigo em seu *caput*, somente a pessoa com deficiência poderia se valer do processo pelo qual são eleitas pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, não sendo este instituto facultado às demais pessoas que possuem alguma limitação de discernimento por fatores diversos da deficiência.

O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência determina o dever dos Estados de tomar medidas para promover o apoio necessário para o exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência. Prevê, outrossim, que os Estados devem prever medidas apropriadas para prevenir abusos e respeitar os direitos, vontades e preferências das pessoas com deficiência, e isentar de conflito de interesses e de influência indevida, e que sejam proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Rafael Esteves afirma que a função jurídica desse novo instituo é instrumentalizar uma medida para a superação de barreiras de informação, comunicação e, eventualmente, tecnológicas. A atuação dos apoiadores seria uma forma de assegurar à pessoa com deficiência elementos e informações suficientes para a prática dos atos determinados no pedido de apoio, e o autor destaca que o instituto difere da incapacidade relativa na medida em que na tomada de decisão apoiada os apoiados gozam de plena capacidade. Prevalece, portanto, a autonomia da pessoa apoiada, que deve ser observada e respeitada, ainda que divergente do apoiador.³⁶²

Trata-se de um procedimento judicial no qual a pessoa com deficiência poderá escolher duas pessoas de sua confiança para lhe prestarem apoio nos atos da vida civil.

De acordo com Milton Paulo de Carvalho Filho a tomada de decisão apoiada foi criada em prol da pessoa com deficiência que possui uma limitação funcional, mas mantém aptidão de se expressar e de se fazer compreender, sendo uma forma de preservar a sua capacidade civil. Entende que o instituto visa proteger a pessoa com deficiência que “*está em uma posição intermediária entre as pessoas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela impossibilidade de expressão*”³⁶³. De acordo com o autor, as pessoas com deficiência que não conseguem manifestar sua vontade devem ser submetidas à curatela.

³⁶² ESTEVES, Rafael. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei 13.146/2015**. Organizado por Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houssais. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 254.

³⁶³ CARVALHO FILHO. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Cezar Peluso (Coord.). 12. ed., ver. e atual. Barueri: Manole, 2020, p. 2162-2163.

A tomada de decisão apoiada, portanto, é medida personalíssima, cuja legitimidade para requerer é exclusiva da pessoa com deficiência, que poderá postular através de advogado, defensor público ou do Ministério Público.

De acordo com Waldir Macieira da Costa Filho se no curso do processo de tomada de decisão apoiada for verificado que a interdição é mais adequada ao interessado, este ou um dos interessados deverão propor uma nova ação de curatela, posto que são institutos distintos³⁶⁴, que apesar de visarem a proteção e a garantir de direitos das pessoas com deficiência, não se confundem³⁶⁵.

O artigo 1.783-A, § 5º do Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece que o terceiro que mantém relação negocial com a pessoa apoiada pode exigir o comparecimento dos apoiadores no contrato. Entretanto, o comparecimento do apoiador pode decorrer de uma faculdade do apoiado ou de uma exigência da outra parte, não configurando requisito legal de validade ou eficácia do ato. Assim, de acordo com as normas em vigor, um contrato celebrado sem a participação dos apoiadores não poderá ser invalidado exclusivamente por este motivo.

Sobre o assunto Arnaldo Rizzardo ensina que os atos praticados quando ausente os apoiadores não serão anulados, o que somente seria possível caso verificada a incapacidade posteriormente. Por outro lado, de acordo com o autor, se o ato for praticado com a presença do apoiador a possibilidade de se reconhecer a invalidade é afastada; em sua visão, se os atos indicados no termo de decisão apoiada forem praticados com o auxílio do apoiador terão validade plena, contudo, se a decisão de tomada de decisão apoiada não for averbada no registro civil das pessoas naturais e os atos forem praticados pela pessoa isoladamente, não será possível concluir pela invalidade, mas esta poderá ser reconhecida se verificado que no caso concreto a pessoa não tinha condições de manifestar sua vontade.³⁶⁶

Carolina Ferraz diferencia a possibilidade para fazer escolhas com a aptidão para, pessoalmente e sem auxílio, colocar em prática suas decisões. As situações de dificuldades no

³⁶⁴ “Mas a iniciativa, o pedido, parte da pessoa com deficiência interessada, inclusive indicando os dois acompanhantes de sua confiança. O que o juiz, com a equipe multiprofissional, e o próprio parecer do Ministério Público vai avaliar é se o pedido é pertinente e se os acompanhantes indicados possuem condições legais, técnicas e morais para assumir a responsabilidade de orientar o interessado no ato que precise de apoio. Se o juiz indeferir o pedido e não houver recurso, o processo se extingue. Caso, no decorrer do processo, for verificado que é melhor uma interdição ao interessado, se ele quiser, ou um dos legitimados do art. 1.768 do Código Civil, terá que propor nova ação de curatela, nos moldes preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015.” (COSTA FILHO, Waldir Macieira. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 372).

³⁶⁵ Consta no PLS 757, abordado no próximo capítulo, a possibilidade de conversão do processo de pedido de decisão apoiada em interdição, desde que haja requerimento do interessado nesse sentido.

³⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Os deficientes e a tomada de decisão apoiada. Artigo. 21 out. 2015. **GEN Jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

exercício dos direitos, como por exemplo para executar movimentos ou de comunicação, não podem ser confundidas com a incapacidade para tomar decisões, pois, as superações das barreiras do meio possibilitariam a manifestação de vontade pela pessoa com deficiência.³⁶⁷

Assim, a tomada de decisão apoiada constitui instrumento criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão para prestar apoio nos atos da vida civil, sejam eles de natureza patrimonial, sejam eles existenciais. Foi pensado para as pessoas que possuem alguma limitação funcional, que podem se sentir mais seguras com a opinião ou o apoio de uma terceira pessoa de sua confiança, mas que ainda assim detém o necessário discernimento para a prática do ato.

A interpretação sistemática da Lei Brasileira de Inclusão leva à seguinte conclusão:

a) a plena capacidade da pessoa com deficiência para o exercício dos direitos existenciais e patrimoniais passa a ser a regra; b) a pessoa com limitações funcionais que dificultem o exercício dos direitos e os atos da vida civil pode se valer do instituto da tomada de decisão apoiada como forma de auxílio, mas os apoiadores não representam a pessoa, apenas fornecem elementos e informações que contribuem para o exercício da capacidade, constituindo elemento para assegurar a autonomia; c) a pessoa com deficiência que não compreender os fatos à sua volta e não for capaz de expressar sua vontade será considerada relativamente incapaz para certos atos, hipótese excepcional de nomeação de curador por decisão judicial que irá instituir a curatela e definir os seus limites.³⁶⁸

O Código Civil Argentino prevê medida similar à tomada de decisão apoiada em seu artigo 43, segundo o qual se entende por apoio: qualquer medida judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa a tomar decisões a respeito de seus interesses pessoais, administrar bens ou celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio visam promover a autonomia e facilitar a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos³⁶⁹. De acordo com o

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ DUARTE, Nestor. In: GODOY et al., 2020, p. 21.

³⁶⁹ “Artículo 43. Concepto. Función. Designación Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.” (ARGENTINA. **Ley 26.994**, Octubre 1 de 2014, Código Civil Y Comercial De La Nación. 2014. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10950.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020).

(“Artigo 43. Conceito. Função. Entende-se por Apoio de Designação qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite a quem dela necessita a tomada de decisões para dirigir a sua pessoa, gerir o seu patrimônio e praticar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função promover a autonomia e

direito argentino podem ser designadas uma ou mais pessoas, cabendo ao juiz avaliar o alcance do apoio e verificar se existe algum conflito de interesse entre o apoiador e o apoiado. Assim, no direito argentino o instituto possui maior amplitude, pois pode ser medida judicial ou extrajudicial, além de poder contar com apenas um apoiador³⁷⁰, ao passo que a legislação brasileira exige pelo menos duas pessoas.

O grande diferencial da tomada de decisão apoiada, portanto, é que a pessoa que irá se beneficiar da medida não sofre qualquer restrição em sua capacidade, sendo o apoio uma medida para que tome as decisões de forma mais segura e confiante. A ausência do apoiador no ato não impede que ele se aperfeiçoe, e a sua presença é recomendável pois robustece o argumento de que o contratante, pessoa apoiada, apresentava discernimento suficiente para a prática do ato.

Apesar de ter sido pensada como medida de promoção da autonomia das pessoas com deficiência, deveria ser prevista de forma ampla e geral para todas as pessoas que apresentam alguma limitação para a prática pessoal dos atos patrimoniais ou extrapatrimoniais, pois não há razão capaz de justificar sua restrição a apenas um grupo de pessoas. Nesse ponto, a redação do dispositivo legal que trata da tomada de decisão apoiada seria mais abrangente se assim elaborada:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com o discernimento reduzido, sem afetar a sua capacidade de exercício, elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Não se questiona a vulnerabilidade que algumas pessoas com deficiência podem apresentar ao praticar atos jurídicos, o que se argumenta é que existem pessoas que, por outras causas, apresentam a mesma vulnerabilidade, e a medida poderia fomentar a autonomia e a liberdade de mais pessoas.

facilitar a comunicação, a compreensão e a expressão da vontade da pessoa de exercer os seus direitos. O interessado pode propor ao juiz a nomeação de uma ou mais pessoas de sua confiança para prestar apoio. O juiz deve avaliar o escopo da nomeação e procurar proteger a pessoa de possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser registrada no Registro do Estado Civil e Capacidade de Pessoas.” (Tradução livre)).

³⁷⁰ “O artigo 43 do Código Civil argentino define o sistema de apoio ao exercício da capacidade como sendo qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite àquele que dele necessite a tomada de decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos. Conforme ainda o Direito argentino, o interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio. O juiz deve avaliar os alcances da designação e procurar a proteção da pessoa em relação a eventuais conflitos de interesses ou influência indevida.” (MADALENO, 2020, e-book).

Ainda que aplicável a demais pessoas que apresentem o discernimento comprometido, e não apenas às pessoas com deficiência, a tomada de decisão apoiada possui alcance reduzido, na medida em pressupõe que a pessoa tenha um certo grau de discernimento para pleitear a medida, que depende de manifestação da pessoa nesse sentido. Não é uma medida adequada para pessoas com o discernimento comprometido a ponto de sequer perceber tal vulnerabilidade. Em outros termos, somente pode ser beneficiado pela tomada de decisão apoiada a pessoa que possui uma certa compreensão da realidade e deseja um apoiador para ter mais segurança em suas decisões, mas não se mostra ferramenta útil e eficaz para aqueles que não apresentam um discernimento mínimo.

Ainda quanto aos limites da tomada de decisão apoiada, por ter um viés opinativo e consultivo, a não constituição ou não comparecimento do apoiador no ato jurídico não gera efeitos nos planos da validade ou eficácia, de modo que o ato praticado permanece hígido, o que acaba também por esvaziar o alcance e a eficácia da medida.

A tomada de decisão apoiada, portanto, constitui uma ferramenta no estímulo da autonomia e da inclusão das pessoas com deficiência e de todos que apresentam a compreensão reduzida da realidade, mas permanece a necessidade de tutelas mais efetivas na proteção das pessoas com discernimento reduzido, as quais precisam de outrem para assisti-las ou representá-las nos atos da vida civil, assim como demandam a incidência de normas de direito material também mais protetivas.

Ademais, a tomada de decisão apoiada é instituto pouco aplicado no cotidiano pelas pessoas, que optam pelo apoio informal dos familiares e pessoas mais próximas e, em casos mais sérios em que a pessoa não é capaz de se manifestar, é nomeado um curador com poderes gerais de administração dos bens e interesses do curatelado. Não existe, portanto, uma individualização da tutela do Estado de acordo com as necessidades de cada indivíduo, o que se defende amplamente ao longo deste trabalho.

5. INCAPACIDADE CIVIL E INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO COMPARADO

A Lei argentina nº 26.994, publicada em 8 de outubro de 2014 e com vigência a partir de agosto de 2015, estabeleceu o Código Civil e Comercial da Nação e tratou da capacidade civil das pessoas através de regras gerais a serem observadas em qualquer situação de limitação da capacidade de exercício, conforme ressaltado por Aída Kemelmajer de Carlucci³⁷¹. Além de se tratar de uma codificação mais recente, atenta às alterações promovidas pela convenção das Pessoas Com Deficiência de Nova Iorque, Brasil e Argentina são países que muito se aproximam em termos geográficos, culturais e históricos, o que justifica uma análise mais aprofundada da legislação do país vizinho a respeito da teoria das incapacidades.

O artigo 23³⁷² do diploma civil argentino estabelece a presunção de capacidade de exercício de todas as pessoas, regra excepcionada apenas pelas limitações previstas no Código e em sentença judicial. Segundo Fernández, tal previsão positiva o princípio do exercício da capacidade pela pessoa, atualmente reconhecido como um direito humano. Fernández afirma que as exceções mencionadas no artigo 23 do Código argentino se referem aos menores, em virtude da pouca idade, e as limitações definidas em uma decisão judicial referentes ao exercício de atos específicos por pessoas maiores, que são as pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial, de modo que as restrições são pontuais e expressamente enunciadas, persistindo a capacidade em tudo o que não for objeto de limitação.

O artigo 24 do Código Civil argentino estabelece que são pessoas incapazes de exercício o nascituro, a pessoa que não conta com idade e maturidade suficientes e a pessoa declarada incapaz por sentença judicial, na extensão disposta na decisão³⁷³. A redação do artigo ora comentado condiz com toda argumentação exposta ao longo deste trabalho, na medida em

³⁷¹ CARLUCI, Aída Kemelmajer. **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 114.

³⁷² “ARTÍCULO 23. Capacidad de ejercicio Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.” (ARGENTINA. **Ley 26.994**, Octubre 1 de 2014, Código Civil Y Comercial De La Nación. 2014. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10950.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020). (ARTIGO 23. Capacidade de exercício - Toda pessoa humana pode exercer seus direitos por conta própria, ressalvadas as limitações expressamente previstas neste Código e em decisão judicial. (Tradução livre)).

³⁷³ “ARTÍCULO 24. Personas incapaces de ejercicio - Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.” (Ibid.).

(ARTIGO 24.º Pessoas incapazes de exercício - São incapazes de exercício:

a) o nascituro; b) a pessoa que não tenha idade e grau de maturidade suficientes, com a abrangência prevista na Seção 2 deste Capítulo; c) a pessoa declarada incapaz por decisão judicial, na medida prevista nessa decisão. (Tradução livre)).

que não elencou um rol de pessoas consideradas incapazes para exercer os atos da vida civil, limitando-se a estabelecer a incapacidade para as hipóteses reconhecidas judicialmente.

Percebe-se que o diploma alienígena não repetiu a previsão do artigo 54, inciso IV do Código Civil³⁷⁴ revogado que estabelecia a incapacidade civil do surdo-mudo que não sabia se expressar por escrito, o que contrariava toda a ideologia dos princípios trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial o dever da sociedade e do Estado de promover a inclusão das pessoas com deficiência através da eliminação das barreiras. O Código Civil Argentino de 2014 também excluiu a previsão de incapacidade absoluta dos “dementes” (previsto no Código de 1869), assim consideradas as pessoas que, por enfermidades mentais, não tinham aptidão para gerir sua própria pessoa e seus bens. O artigo 142 dispunha que uma pessoa somente seria assim considerada se a demência fosse previamente verificada e reconhecida judicialmente³⁷⁵.

Com relação à incapacidade do pródigo, ainda é mencionada no artigo 48 do atual Código Civil³⁷⁶ em vigor, contrariamente do defendido ao longo deste trabalho. Contudo, a

³⁷⁴ “Art.54.- Tienen incapacidad absoluta:

1ro. Las personas por nacer;

2do. Los menores impúberes;

3ro. Los dementes;

4to. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

5to. Derogado por la ley 17.711.” (ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. 1869. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020). (“Art.54.- Têm deficiência absoluta: 1º Pessoas a nascer; 2º Os menores pré-púberes; 3º Os insanos; 4º Surdos-mudos que não conseguem se fazer entender por escrito; 5º Revogado pela lei 17.711” (Tradução livre)).

³⁷⁵ “Art.140.- Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

Art.141.- Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Art.142.- La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos.” (ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. 1869. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020).

(“Art. 140- Nenhuma pessoa será considerada demente, para os fins que se fixam neste Código, sem que a demência seja previamente verificada e declarada por juiz competente.

Art.141.- São declaradas incapazes por demência as pessoas que por doença mental não tenham aptidão para dirigir sua pessoa ou administrar seus bens.

Art.142.- A declaração judicial de demência não pode ser feita senão a pedido de uma das partes e após exame médico.” (Tradução livre)).

³⁷⁶ “Artículo 48. Pródigos Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.” (ARGENTINA. **Ley 26.994**, Octubre 1 de 2014, Código Civil Y Comercial De La Nación. 2014. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10950.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020). (“Artigo 48. Pródigos - Podem ser inabilitados os que, por prodigalidade na gestão dos seus bens, exponham o cônjuge, o companheiro ou os filhos menores ou deficientes à perda de bens. Para estes efeitos, considera-se pessoa com deficiência qualquer pessoa que sofra de uma alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que, em relação à sua idade e meio social, implique desvantagens consideráveis para a sua vida familiar, social,

previsão legal condiciona o reconhecimento da incapacidade ao reconhecimento de uma deficiência funcional permanente e prolongada que limita a interação familiar, social, educacional ou laboral, e limita a legitimação aos cônjuges, conviventes, ascendentes e descendentes.

O artigo 31³⁷⁷ do diploma civil argentino apresenta as normas gerais que tratam da restrição do exercício da capacidade, partindo da premissa que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção, a qual somente é reconhecida em benefício da pessoa. Em outras palavras, a capacidade é o princípio a partir do qual poderão eventualmente serem estabelecidas restrições pontuais e não interdições gerais, devendo-se sempre priorizar as medidas menos restritivas dos direitos e liberdades. Ademais, estabelece a alínea “a” que a capacidade de exercício se presume ainda que a pessoa se encontre internada em estabelecimento assistencial.

Estabelece o artigo 32³⁷⁸ que o juiz pode restringir a capacidade da pessoa maior de treze anos para certos e determinados atos se considerar que o exercício da capacidade plena

educativa ou integração laboral. A ação corresponde apenas ao cônjuge, coabitante e ascendentes e descendentes. (Tradução livre)).

³⁷⁷ ARTÍCULO 31. Reglas generales La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. (Ibid.).

(“ARTIGO 31.º Regras gerais - A restrição ao exercício da capacidade jurídica rege-se pelas seguintes regras gerais:

- a) Presume-se a capacidade geral de exercício da pessoa humana, ainda que internada em estabelecimento de saúde;
- b) as limitações de capacidade são de natureza excepcional e são sempre impostas em benefício da pessoa;
- c) a intervenção do Estado tem sempre um carácter interdisciplinar, tanto no tratamento como no processo judicial;
- d) a pessoa tem o direito de receber informações por meios e tecnologias apropriados para sua compreensão;
- e) a pessoa tem o direito de participar no processo judicial com assistência judiciária, que deve ser prestada pelo Estado se não tiver meios;
- f) devem ser priorizadas alternativas terapêuticas menos restritivas de direitos e liberdades”(Tradução livre)).

³⁷⁸ ARTÍCULO 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. (Ibid).

(“ARTIGO 32. Pessoa com capacidade limitada e deficiência. O juiz pode restringir a capacidade para determinados atos de uma pessoa maior de treze anos que sofre de um vício ou de um transtorno mental permanente

puder ser prejudicial aos seus interesses pessoais ou patrimoniais e excepcionalmente, quando a pessoa estiver absolutamente impossibilitada de interagir com seu meio e manifestar sua vontade por qualquer meio, o e sistema de apoio se mostrar ineficaz, o juiz poderá declarar a incapacidade e nomear um tutor.

No caso da pessoa com a restrição de capacidade o juiz deve designar os suportes de acordo com as necessidades e circunstâncias da pessoa, de modo que o apoio seja apto a promover a autonomia da pessoa e favorecer as decisões que correspondam às preferências da pessoa protegida.

O artigo 43 possui uma previsão muito próxima do instituto da tomada de decisão apoiada, prevista no direito brasileiro, na medida em que estabelece que o apoio constitui qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite a pessoa que precisa de tomada de decisão para dirigir sua pessoa, gerenciar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. Tais medidas visam a promoção da autonomia da pessoa e a facilitação da manifestação da vontade para o exercício dos direitos³⁷⁹.

A grande diferença entre os institutos reside na previsão do artigo seguinte, eis que o artigo 44 do Código Civil da Argentina prevê a nulidade dos atos praticados pela pessoa incapaz ou com capacidade restringida que contrariem o estabelecido na sentença após sua

ou prolongado, de gravidade suficiente, desde que considere que o exercício de sua plena capacidade pode resultar em dano à sua pessoa ou aos seus bens.

Em relação a tais atos, o juiz deve designar o(s) suporte(s) necessário(s) previsto(s) no artigo 43, especificando as funções com ajustes razoáveis em função das necessidades e circunstâncias da pessoa. O apoio ou apoios designados devem promover a autonomia e favorecer decisões que respondam às preferências da pessoa protegida. Excepcionalmente, quando a pessoa estiver absolutamente impossibilitada de interagir com seu meio e manifestar sua vontade por qualquer meio, meio ou formato apropriados e o sistema de apoio for ineficaz, o juiz poderá declarar a incapacidade e nomear um curador.” (Tradução livre)).

³⁷⁹ “Los sistemas de apoyos prevén, entre otros, el allanamiento de barreras comunicacionales para que la persona exprese su propia voluntad y pueda ejercer su capacidad jurídica. Las formas de comunicación no verbal incluyen a la lengua de señas y a la discapacidad auditiva, pero a la vez amplían su radio de acción, puesto que son imprescindibles para la consecución de la comunicación en todos aquellos casos en que no intervenga la comunicación oral, como en personas que por diversas razones —no solo debido a pérdida auditiva— han perdido la posibilidad de expresarse oralmente. Estas formas son estrategias técnicas, que se aplican para alcanzar efectividad en la comunicación y la consiguiente equiparación de derechos. Estas estrategias se aplican también para las personas cuya discapacidad les dificulta la incorporación de las normas sociales no escritas, como reguladoras de conductas interhumanas, que traen por consecuencia el desconocimiento del vocabulario más básico.” (CAMELO, Gustavo. **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 114). (“Os sistemas de apoio proporcionam, entre outros, o nivelamento das barreiras de comunicação para que a pessoa expresse sua própria vontade e possa exercer sua capacidade jurídica. As formas de comunicação não verbal incluem a língua gestual e a deficiência auditiva, mas ao mesmo tempo ampliam seu raio de ação, pois são essenciais para alcançar a comunicação em todos os casos em que a comunicação oral não intervém, como em pessoas que por vários motivos —não apenas devido à perda auditiva— perderam a possibilidade de se expressar oralmente. Essas formas são estratégias técnicas, que são aplicadas para alcançar a efetividade na comunicação e a consequente equalização de direitos. Essas estratégias também são aplicadas a pessoas cuja deficiência dificulta a incorporação de normas sociais não escritas, como reguladores do comportamento inter-humano, que resultam no desconhecimento do vocabulário mais básico.” (Tradução livre)).

inscrição nos registros públicos, ao passo que os atos praticados sem a presença do apoiador, de acordo com o direito pátrio, não são afetados nos planos da validade e eficácia. Fernandez destaca que no caso de incapacidade, o reconhecimento da nulidade é mais simples, na medida em que a inabilitação é geral, ao passo na que capacidade restringida é necessário verificar se o ato impugnado está entre as limitações expressas na sentença ou quais seriam os requisitos estabelecidos para a sua realização³⁸⁰.

Além da legislação argentina, é válido analisar os institutos protetivos criados pelo direito português com o objetivo de ampliar a autonomia das pessoas com deficiência. Nesse sentido, o Código Civil Português foi alterado pela Lei nº 49/2018 visando à inserção dos princípios da Convenção de Nova Iorque no direito pátrio. A nova Lei excluiu os institutos da interdição e da inabilitação³⁸¹ e passou a prever o instituto do *maior acompanhado*, destinado a tutelar os interesses das pessoas com mais de dezoito anos que, por razões de saúde, deficiência ou por seu comportamento, não apresentam aptidão para exercer pessoalmente e de forma plena os seus direitos e cumprir com suas obrigações. A redação anterior do artigo 138 do Código Civil Português era discriminatória, na medida em que previa a interdição para pessoas com anomalias psíquicas, surdos-mudos e cegos³⁸², contrariando todos os princípios trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

³⁸⁰ “En el caso de la declaración de incapacidad, la situación es más sencilla, pues el efecto es global; en el caso de las restricciones a la capacidad, deberá analizarse sus límites a fin de determinar si la prohibición y/o limitación está contenida en la sentencia y/o cuáles son las condiciones establecidas para su celebración. Ello, en razón de que en los actos no vedados rige la regla o principio general de capacidad. Sea en el caso de declaración de incapacidad o de parciales restricciones, lo trascendente es la contradicción con las condiciones y modalidades impuestas en la sentencia que ha sido inscripta. La solución actual difiere marcadamente de la preexistente (art. 472 CC), pues allí la declaración de incapacidad fulminaba como “de ningún valor” a los actos posteriores celebrados por la persona incapaz (conc. art. 1041 CC). Si bien la norma refería a actos “de administración”, la doctrina había aclarado que incluía con más razón aun los actos de disposición.” (Ibid., p. 115).

(“No caso da declaração de incapacidade, a situação é mais simples, pois o efeito é global; no caso de restrições de capacidade, seus limites devem ser analisados para determinar se a proibição e/ou limitação está contida na sentença e/ou quais são as condições estabelecidas para sua celebração. Isso se deve ao fato de que a regra ou princípio geral da capacidade rege os atos que não são proibidos. Seja no caso de declaração de incapacidade ou restrições parciais, o importante é a contradição com as condições e modalidades impostas na sentença que foi registrada. A solução atual difere marcadamente da pré-existente (art. 472 CC), uma vez que aí a declaração de incapacidade rebaixava como “sem valor” os atos subsequentes praticados pelo incapaz (art. 1041 CC). Embora a norma se referisse a atos “administrativos”, a doutrina havia esclarecido que incluía atos de disposição com ainda mais razão.” (Tradução livre)).

³⁸¹ “Artigo 138.º Acompanhamento. O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.” (PORTUGAL. Lei n.º 49, 14/08/2018. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/116043536/details/maximized>>. Acesso em: 01 set. 2021).

³⁸² “Artigo 138º (Pessoas sujeitas a interdição) 1. Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens.” (PORTUGAL, 1966).

Com efeito, a legislação portuguesa reconhece no artigo 140, 2, a possibilidade de a pessoa a ser acompanhada não possuir aptidão ou discernimento mínimo para manifestar sua vontade, e estabelece a possibilidade de suprimimento judicial. O direito Brasileiro trata desta hipótese como incapacidade relativa, o que não apresenta os melhores mecanismos de proteção da pessoa, e também não condiz com as características da Tomada de Decisão Apoiada, instituto congênere criado na legislação brasileira que pressupõe que a pessoa com deficiência sempre será capaz de participar da formação do negócio jurídico³⁸³, requerer a instituição da medida protetiva e escolher o apoiador.

Antônio Pinto Monteiro reconhece a necessidade de a legislação acolher novas figuras que permitem apoiar pessoas com deficiência, mantendo a sua capacidade de exercício de direitos. Todavia, não ignora que permanecem situações em que é completamente ausente a vontade ou a capacidade para entender e querer, ou ela está profundamente afetada. Afirma o autor que existem situações em que a pessoa fica impossibilitada de gerir a sua pessoa e bens, e nessas situações extremas é necessário recorrer à representação, substituindo-se o incapaz, no interesse deste, pela atuação do tutor, mas ainda assim é possível abandonar o regime da interdição radical e rígida, e substituí-lo por um regime flexível, que permita ao juiz, adequar as medidas à situação concreta de cada pessoa³⁸⁴. Com relação ao alcance do acompanhamento, o artigo 145³⁸⁵, caput do Código Civil Português ressalta que ele deve se limitar ao necessário,

³⁸³ “Segundo o artigo 140º, 2, a autorização do beneficiário pode ser suprida pelo tribunal, “quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível”. Isso significa que a legislação reconhece a possibilidade de a pessoa não ser capaz de dar livremente sua vontade autorizativa. Esse aspecto não é nada desprezível, especialmente se se considerar a congênere brasileira Tomada de Decisão Apoiada, aparentemente lastreada na onírica crença de que a pessoa com deficiência — excetuando-se casos muito graves — sempre será capaz de participar da formação do negócio jurídico do qual derivará o apoio a ser concedido.” (BORGARELLI, Bruno de Ávila. O “maior acompanhado”: uma novidade no Direito português (parte 1). Artigo. 27 ago. 2018. **Revista Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>>. Acesso em: 01 set. 2021).

³⁸⁴ MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018. Artigo. 2019. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 24, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2019. Fortaleza. e-ISSN:2317-2150. DOI: 10.5020/2317-2150.2019.9569. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/9569/pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁸⁵ “Artigo 145.º Âmbito e conteúdo do acompanhamento.

1 - O acompanhamento limita-se ao necessário.

2 - Em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes: a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; b) Representação geral ou representação especial com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;

c) Administração total ou parcial de bens;

d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;

e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.

3 - Os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica

4 - A representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.

o que é reforçado pelo artigo 147³⁸⁶, segundo o qual o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

O artigo 145 apresenta possíveis regimes jurídicos a serem aplicados ao acompanhante, dentre os quais se destaca a administração total ou parcial de bens, a representação geral ou especial, com indicação expressa das categorias de atos para os quais o acompanhamento é necessário³⁸⁷. Ainda de acordo com o diploma português, aplicam-se ao instituto do maior acompanhado as disposições referentes à tutela, com as necessárias adaptações. Percebe-se, portanto, a proximidade entre tal instituto e a curatela prevista no Direito Brasileiro, embora o primeiro sinalize para mais flexibilidade, a depender da necessidade de cada um.

Na legislação brasileira já existem dispositivos legais que impõem a necessidade de individualizar os poderes e os limites da curatela de acordo com as necessidades do caso concreto, o que representa a medida ideal para alcançar a proteção sem gerar vulnerabilidade ou violação de direitos da personalidade. Infelizmente, a realidade aponta para decisões judiciais que não se atentam para as reais necessidades de cada um, impõem um modelo de curatela geral e supressivo de direitos, o que inegavelmente viola a dignidade humana.³⁸⁸

5 - À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes.” (PORTUGAL, 1966).

³⁸⁶ “Artigo 147.º Direitos pessoais e negócios da vida corrente

1 - O exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.

2 - São pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar.” (Ibid.).

³⁸⁷ “[...] o regime do acompanhamento goza de maior *flexibilidade* — rejeita o tudo ou nada da interdição —; respeita, sempre que possível, a *vontade* do beneficiário e a sua *autodeterminação*; limita-se ao *necessário* e permite ao tribunal *escolher e adequar*, em cada situação *concreta*, as medidas que melhor possam contribuir para alcançar o seu *objectivo*, que é, repete-se, o de assegurar o bem-estar, a recuperação e o pleno exercício da sua capacidade de agir. Mas tudo isto sem cair na posição *irrealista* de ignorar os *hard cases*, ou seja, aquelas situações de absoluta *incapacidade* do necessitado, pelo que, sem deixar o acompanhamento de ser hoje um modelo de apoio e de *assistência*, não pode deixar de transigir — em casos-limite e excepcionalmente — com medidas de *substituição*: daí o recurso, entre as medidas que o tribunal pode escolher para melhor talhar o “*fato à medida*”, ao instituto da *representação legal* (art. 145.º). (MONTEIRO, 2019).

³⁸⁸ “O Regime do Maior Acompanhado traz que o maior impossibilitado poderá se beneficiar de medidas de acompanhamento, tais como a representação geral, especial, ou administração total ou parcial de bens por um acompanhante. Interessante observar que a referida legislação adotou o Princípio da Capacidade da Pessoa Maior. E esta adoção está explicitamente tratada no artigo 147º do Código Civil, que determina que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário.” (AGUIAR, Priscila. Regime jurídico do maior acompanhado. Artigo. **Carolina Felix Advogados Associados**. Disponível em: <<https://carolinafelixadvogados.com/regime-juridico-do-maior-acompanhado/#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA.,10%20de%20fevereiro%20de%202019>>. Acesso em: 01 set. 2021).

Interesse instrumento de proteção foi criado no direito italiano pela Lei nº 06/2004, que alterou aspectos do Código Civil e do Código de Processo Civil para criar o instituto do *amministrazione di sostegno*, que pode ser definido como administração de apoio ou gerenciamento de suporte. Prevista no artigo 404 do Código Civil Italiano³⁸⁹, a administração de apoio estabelece a possibilidade de o juiz nomear o administrador de apoio para a pessoa que não puder, ainda que parcial ou temporariamente, exercer os atos de acordo com seus interesses.

Silvestre destaca que, ao contrário da tomada de decisão apoiada do Direito Brasileiro, o apoio italiano não é tutela exclusiva das pessoas com deficiência, mas se estende a todos que dele necessitam³⁹⁰. É controverso na doutrina italiana a aplicabilidade do instituto para os casos de senilidade³⁹¹, prodigalidade, dependência alcóolica e toxicológica e, na visão dos autores, o administrador de apoio não poderia ser nomeado pelo simples fato de tais circunstâncias serem identificadas, mas somente se houver necessidade de apoio a tais pessoas, o que condiz integralmente com o defendido ao longo deste estudo.

O mesmo se diz às pessoas com deficiência, somente há que se falar em administrador de apoio se a deficiência causar alguma limitação que comprometa o exercício de direitos, caso contrário trata-se de indevida violação a direitos e liberdades individuais. O

³⁸⁹ “Art. 404. Amministrazione di sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.” (ITALIA, 1942). (“Art. 404. Administração de apoio. Aquele que, por motivo de enfermidade ou deficiência física ou mental, não puder, ainda que parcial ou temporariamente, fazer face aos seus interesses, pode ser assistido por administrador de apoio, nomeado pelo juiz tutelar do local onde este tem sua residência ou domicílio.” (Tradução livre)).

³⁹⁰ “Tal e qual a senilidade, a prodigalidade, de per si, não legitima a constituição do instrumento de apoio em questão. Afinal, não é considerada uma doença, mas tão somente um desvio de personalidade que pode se manifestar em algumas patologias ou deficiências mentais, quando caberia a aplicação do instituto. (GARGANI, 2015-2016, p. 48). Não é, portanto, a prodigalidade, mas a causa de que é sintoma que figura como requisito para a aplicação da *amministrazione di sostegno*.” (SILVESTRE, G. F.; ABELHA RODRIGUES, G. S. N.; CALIL, I. G. M. Aspectos Materiais e Processuais da Amministrazione di Sostegno Italiana: Comparações com a Tomada De Decisão Apoiada Brasileira: Material and Procedural Aspects of the Amministrazione Di Sostegno In Italy: Comparisons With The Tomada De Decisão Apoiada In Brazil. **Revista Direito Em Debate**, 30(55), 145–162. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.145-162>>. Acesso em: 01 set. 2021).

³⁹¹ “Ciò non di meno, spesso accade che la vecchiaia – eventualmente anche in mancanza di alcuna patologia mentale – determini una limitazione apprezzabile delle funzioni della vita quotidiana, con conseguente impossibilità di provvedere adeguatamente ai propri interessi. Come ha sottolineato la giurisprudenza, l’amministrazione di sostegno ben risponde alle esigenze di protezione del soggetto in età avanzata, perché consente di assolvere la funzione di protezione e assistenza, senza in alcun modo pregiudicare la personalità dell’anziano.” (BUGETTI, Maria Novella. **L’amministrazione di sostegno tra tutela della persona e limiti di capacità**. 2007. Tese (Doutorado) – Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto civile, 19 Ciclo. Universidade de Bologna, 2007. Disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/97>>. Acesso em: 14 set. 2021). (“No entanto, muitas vezes acontece que a velhice - possivelmente mesmo na ausência de qualquer patologia mental - determine uma limitação apreciável das funções da vida quotidiana, com a consequente impossibilidade de prover adequadamente os próprios interesses. Conforme apontado pela jurisprudência, a administração de apoio responde bem às necessidades de proteção do sujeito na velhice, pois permite cumprir a função de proteção e assistência, sem prejuízo da personalidade do idoso.” (Tradução livre)).

administrador de apoio só se justifica se tais situações forem causadas por alguma patologia ou deficiência que lhes impeça de exercer pessoalmente os atos da vida civil em igualdade, não pelo simples fato de serem diagnosticadas.

Bugetti ressalta o Princípio da gradualidade das medidas de proteção, medidas que devem ser adequadas à limitação experimentada por cada pessoa. Assim, o conteúdo de cada medida deve ser particularizado de acordo com a necessidade de proteção que determinada pessoa necessita, não podendo ser um modelo standard aplicável tanto para quem possui pequenas limitações, como para quem encontra-se impossibilitado de externar qualquer sinal de vontade. A autora menciona a necessidade de uma intervenção protetora com as necessidades do caso concreto através da definição precisa do objeto e dos poderes do administrador³⁹². São, portanto, a gradualidade e a flexibilidade os princípios informadores da administração de apoio capazes de salvaguardar direitos e proteger a pessoa.

O Código Civil Francês também desenvolveu institutos com a finalidade de compatibilizar a proteção com a autonomia a autodeterminação. A legislação francesa estabelece três institutos para proteção dos incapazes graduados na seguinte ordem, a tutela, a curatela e a salvaguarda de justiça, que consiste em uma espécie de proteção jurídica temporária ou representação para a realização de certos atos³⁹³. A tutela é o dispositivo mais completo, reservado às pessoas que necessitam de uma representação contínua nos atos da vida civil,

³⁹² “L’attuazione di tale obiettivo è garantita dall’applicazione del principio di gradualità delle misure di protezione - in forza del quale il giudice deve scegliere tra gli strumenti di protezione offerti dall’ordinamento quello che realizza la funzione di protezione apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato - ed il principio di flessibilità della risposta protettiva. Quest’ultimo, in particolare, si sostanzia nell’attribuzione al giudice del potere di definire l’oggetto dell’amministrazione di sostegno in considerazione degli specifici bisogni dell’interessato, come «un vestito disegnato secondo le esigenze della singola persona.” (BUGETTI, 2007). (A implementação deste objetivo é garantida pela aplicação do princípio de gradualidade das medidas de proteção - em virtude das quais o juiz deve escolher entre as ferramentas de proteção oferecidas pelo ordenamento jurídico aquela que realizar a função de proteção fazendo a menor limitação possível a capacidade da parte interessada - e o princípio da flexibilidade da resposta protetiva. Este último, em particular, se fundamenta na atribuição ao juiz do poder para definir o assunto da administração de suporte em consideração as necessidades específicas da pessoa em questão, como «um vestido desenhado de acordo com necessidades singulares da pessoa.” (Tradução livre)).

³⁹³ “Article 433. En savoir plus sur cet article. Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, a besoin d’une protection juridique temporaire ou d’être représentée pour l’accomplissement de certains actes déterminés.

Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d’une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l’instance.” (FRANCE. **Code civil**. 1804. Version en vigueur au 30 août 2021. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 20 jul. 2020).

(“Artigo 433. Saiba mais sobre este artigo. Alterado pela Lei n ° 2007-308, de 5 de março de 2007 - art. 7 JORF em 7 de março de 2007 em vigor em 1º de janeiro de 2009.

O juiz pode colocar sob tutela judicial quem, por uma das causas previstas no artigo 425.º, necessita de tutela jurídica temporária ou se faça representar para a prática de determinados atos específicos.

Esta medida também pode ser proferida pelo juiz, instaurado a processo de curadoria ou tutela, enquanto durar o processo.” (Tradução livre)).

independente do motivo que afetou suas faculdades mentais. A curatela constitui medida intermediária, aplicável às pessoas que apenas necessitam ser assistidas ou aconselhadas, o maior sob curatela não perde o direito ao voto e pode efetuar sozinho alguns atos, a depender das necessidades de cada pessoa a curatela pode ser aliviada ou reforçada. A salvaguarda de justiça é a medida de proteção mais branda, destinada a proteger as pessoas em situações passageiras; a pessoa submetida a essa medida pode exercer todos os seus direitos, por esse motivo afirma-se que a salvaguarda de interesses não está compreendida no regime das incapacidades.

De acordo com o artigo 433 do *Code Civil* Francês, as pessoas que necessitarem de uma proteção jurídica temporária ou representação para determinados atos podem ser colocadas sob a *sauvegarde*, devendo o pedido ser instruído com atestado médico no qual consta descrição detalhada do estado da pessoa e suas limitações. A preocupação em apurar o grau de discernimento da pessoa e identificar as limitações representa um avanço na individualização das medidas protetivas, contudo a exigência de um atestado médico remonta ao modelo médico de deficiência, já superado pelo modelo social.

Quando estabelecida a *sauvegarde de justice* o beneficiário preserva a sua capacidade de exercício e apenas não pode praticar atos determinados, para os quais é definido um mandatário especial, sob pena de nulidade, conforme artigo 435 do Código Civil Francês³⁹⁴. Borgarelli afirma que com a *sauvegarde* passa a existir uma tutela posterior dos atos jurídicos, os quais podem ser anulados ou reduzidos com maior facilidade, em especial em face da lesão.

³⁹⁴ “Article 435. Version en vigueur depuis le 01 octobre 2016. Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 5.

La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437.

Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224.” (FRANCE, 1804, Version en vigueur au 30 août 2021).

(“Artigo 435 Versão em vigor desde 01 de outubro de 2016. Alterado pela Portaria nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016 - art. 5.

A pessoa colocada sob proteção judicial conserva o exercício dos seus direitos. No entanto, não pode, sob pena de nulidade, praticar o ato para o qual tenha sido nomeado representante especial em aplicação do artigo 437º.

Os atos por ela praticados e os compromissos que assumiu durante a vigência da medida podem ser rescindidos por simples dano ou reduzidos em caso de excesso, ainda que possam ser anulados nos termos do artigo 414-1. Em particular, os tribunais tomam em consideração a utilidade ou inutilidade da operação, a importância ou a consistência do patrimônio da pessoa protegida e a boa ou má-fé daqueles com quem esta contratou.

A ação de nulidade, rescisão ou redução pertence apenas ao protegido e, após a sua morte, aos seus herdeiros. Extingue-se pelo prazo de cinco anos previsto no artigo 2224.” (Tradução livre)).

A medida é caracterizada pela provisoriedade, pois é firmada por tempo limitado de um ano, renovável uma vez.

Os diplomas internacionais reconhecem a necessidade da existência de institutos que podem ser gradualmente protetivos, a depender da necessidade do beneficiado. Esta graduação pode estar presente em institutos diversos, criados pelo Direito em um sistema escalonado de acordo com a maior ou menor intervenção na autonomia da pessoa, a depender das limitações que apresenta, ou ser estabelecida na curatela de acordo com os poderes definidos ao curador. Com efeito, mesmo não se tratando de pessoa com deficiência, não pode o curador, como regra, praticar atos jurídicos de natureza existencial em nome do curatelado, mas somente em casos extremos, em situações limítrofes de exigem uma resposta imediata e a pessoa não apresenta condições de compreender os fatos.

Célia Barbosa de Abreu afirma que a doutrina francesa reconhece a necessidade de se equilibrar a proteção da pessoa maior e o respeito aos seus direitos fundamentais, o que deve ser resolvido com atenção para a realidade de cada caso. Apesar de existir diversos estatutos jurídicos protetivos no Direito Francês que demonstram a preocupação de salvaguardar os interesses desses sujeitos, a tutela independe de previsão legislativa específica, eis que decorre do respeito às liberdades individuais e da dignidade humana. Uma vez estabelecido o princípio do melhor interesse da pessoa protegida, este postulado impõe o respeito e a promoção da autonomia individual da pessoa o máximo possível³⁹⁵.

O artigo 425 do Código Civil Francês estabelece que a pessoa incapaz de gerir seus próprios interesses, em virtude de uma alteração das faculdades mentais que impeçam a expressão de sua vontade, pode se beneficiar da proteção legal prevista na lei. Segundo a redação legal, a medida pode ser limitada aos interesses existenciais ou patrimoniais e visa proteger ambos³⁹⁶. O artigo 459 deste mesmo Código estabelece como regra que a pessoa

³⁹⁵ ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. E-book. Curitiba: Editora CRV Ltda, 2015.

³⁹⁶ “Article 425. En savoir plus sur cet article. Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.” (FRANCE. 1804. Version en vigueur au 30 août 2021).

(“Artigo 425. Mais sobre este artigo. Alterado pela Lei n° 2007-308, de 5 de março de 2007 - art. 7 JORF 7 de março de 2007 em vigor em 1° de janeiro de 2009.

Qualquer pessoa que seja incapaz de sustentar seus próprios interesses por conta de uma alteração clinicamente estabelecida de suas faculdades mentais ou faciais, de modo a impedir a expressão de sua vontade, pode se beneficiar de uma proteção legal prevista neste capítulo. Caso contrário, a medida visa proteger tanto a pessoa

protegida decida a respeito de seus interesses pessoais, de acordo e desde que apresente discernimento para tanto. Excepcionalmente, quando a pessoa protegida não apresentar aptidão para decidir sobre questões pessoais ou quando a assistência se apresentar insuficiente, poderá a pessoa responsável, desde que autorizada pelo juiz e após ouvir a família, representar a pessoa protegida para atos pessoais, inclusive para atos relativos à integridade corporal³⁹⁷.

A legislação francesa reconhece a necessidade de uma tutela diferenciada para os direitos existenciais, o que é amplamente defendido ao longo deste trabalho. Tutela esta que não deve se restringir às pessoas com deficiência, que, inegavelmente, consistem em um grupo de pessoas com vulnerabilidades, mas deve atingir todos que se apresentem uma limitação para exercer seus direitos de forma ampla, ainda que por motivo transitório, o que descaracteriza a deficiência, ou por qualquer outro motivo.

Diante dos modelos expostos, forçoso reconhecer que o modelo brasileiro carece de uma tutela efetiva para as pessoas completamente impossibilitadas de se manifestar, as quais devem ser consideradas absolutamente incapazes e receberem um modelo de curatela com

quanto os interesses patrimoniais desta última. No entanto, pode ser expressamente limitado a uma dessas duas missões.” (Tradução livre)).

³⁹⁷ “Article 459. Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 9 (V).

Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette habilitation ou de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office. Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué.” (FRANCE, 1804, Version en vigueur au 30 août 2021).

(“Artigo 459. Modificado pela Lei n° 2019-222 de 23 de março de 2019 - art. 9 (V).

Exceto nos casos previstos no artigo 458, somente a pessoa protegida toma decisões relacionadas à sua pessoa na medida em que sua condição o permita. Quando a condição da pessoa protegida não permitir que ela tome uma decisão pessoal esclarecida por conta própria, o juiz ou o conselho da família, se tiver sido constituído, pode prever que eles serão beneficiados por todos os atos relacionados à sua pessoa, ou aqueles que ele enumera, da assistência da pessoa encarregada de sua proteção. Caso essa assistência não seja suficiente, ele poderá, se necessário após o pronunciamento de uma autorização familiar ou a abertura de uma medida de tutela, autorizar a pessoa responsável por esta autorização ou esta medida a representar a pessoa em questão, inclusive para atos que afetem seriamente sua integridade corporal. Exceto em caso de emergência, em caso de desacordo entre o adulto protegido e a pessoa responsável por sua proteção, o juiz autoriza um ou outro a tomar a decisão, a pedido ou oficiosamente. No entanto, exceto em caso de emergência, a pessoa responsável pela proteção do adulto não pode, sem a autorização do juiz ou do conselho da família, se tiver sido constituída, tomar uma decisão que tenha o efeito de afetar seriamente a privacidade da família, privacidade da pessoa protegida. A pessoa responsável pela proteção dos adultos pode tomar as medidas estritamente necessárias em relação a eles para pôr um fim ao perigo que seu próprio comportamento criaria para a pessoa em questão. Informa imediatamente o juiz ou o conselho da família, se tiver sido criado.” (Tradução livre)).

poderes mais abrangentes para o curador. À medida que a pessoa passa a ter aptidão para decidir sobre os seus próprios interesses os poderes do curador devem ser reduzidos, em especial quanto aos atos de natureza pessoal, como casamento, sexualidade, planejamento familiar.

A tomada de decisão apoiada, apesar de se apresentar como instituto intermediário entre a curatela e a plena capacidade, possui pouco alcance prático e não alcançou a efetividade que se esperava, seja pela ausência de efeitos jurídicos em virtude do não comparecimento do apoiador, seja por depender da vontade da própria pessoa com deficiência para a sua imposição.

6. O PROJETO DE LEI Nº 757/2015

Em virtude dos atropelamentos legislativos ocorridos entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil de 2015, o Senador Antônio Carlos Valadares propôs o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 757 de 2015 (PLS nº 757/2015), com o objetivo de harmonizar os dispositivos das Leis nº 10.406/2002 (Código Civil), 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) em consonância com o estabelecido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada no Brasil pela Decreto nº 6.949/2009. O projeto também visa solucionar problemas apontados pela doutrina quanto à teoria das incapacidades, por isso dispõe sobre o adequado tratamento a ser destinado às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

Quanto à teoria das incapacidades, na proposta inicial o artigo 4º do Projeto de Lei nº 757/2015 era no sentido de alterar artigo 3º do Código Civil, que atualmente estabelece como única hipótese de incapacidade absoluta a menoridade de até dezesseis anos, para também considerar como absolutamente incapazes aqueles que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Ao apresentar as justificativas para a alteração proposta, o Senador Antônio Carlos Valadares exemplifica a necessidade de alteração com a situação de uma pessoa em coma, que não é capaz de manifestar qualquer vontade, de modo que jamais deveria ser considerada como relativamente incapaz³⁹⁸.

Esse ponto solucionaria a questão do adequado tratamento das pessoas que não apresentam discernimento, conforme abordado por Flávio Tartuce no parecer elaborado em face do referido Projeto de Lei, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não se atentou para as situações em que a pessoa não é capaz de manifestar sua vontade em virtude de outros fatores

³⁹⁸ É importante lembrar que pessoas sem discernimento não se confundem com as pessoas que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (texto proposto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao inciso III do art. 4º do Código Civil). Essas últimas envolvem casos de pessoas que, embora possam ter pleno discernimento, estão impossibilitadas de expressar sua vontade por algum motivo de saúde, a exemplo de um estado de coma hospitalar. Nesses casos, a pessoa não tem condição alguma de exprimir sua vontade, de maneira que jamais poderia ser considerada relativamente incapaz, dada a sua impossibilidade de praticar atos da vida civil sob assistência. Por essa razão, essas pessoas devem ser consideradas absolutamente incapazes, como sucede atualmente, para que possam ser representadas na defesa de seus interesses. (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

ou enfermidades além da deficiência, e exemplifica com a hipótese de uma pessoa com Alzheimer.³⁹⁹

A redação proposta pelo PLS nº 757/2015 para o artigo 3º do Código Civil estabelecia como critérios para o reconhecimento da incapacidade absoluta o fator etário e o critério psicológico, caracterizado pela ausência de discernimento, sem se preocupar em listar possíveis situações que poderiam levar a esta limitação psíquica, de acordo com o que foi defendido.

A proposta de redação do artigo 3º do Código Civil foi alterada pela Emenda nº 1, advinda da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), para estabelecer a incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos e para as pessoas que não apresentam qualquer discernimento para a prática dos atos da vida civil reconhecida por decisão judicial.⁴⁰⁰ Houve uma alteração em relação a proposta inicial que estabelecia a incapacidade absoluta para as pessoas que não apresentarem o *necessário* discernimento, ao passo que a segunda redação se refere às pessoas que não apresentam *qualquer* discernimento, exigindo maior comprometimento da cognição para reconhecer a incapacidade absoluta.

A Emenda nº 1 também incluiu como absolutamente incapazes aqueles que não conseguem exprimir sua vontade por causa transitória, como é o caso de uma pessoa em coma.⁴⁰¹ Em ambos os casos de incapacidade absoluta exige-se a total supressão do

³⁹⁹ “Aqui, nos parece, houve um equívoco na elaboração do EPD, pois pensou-se na pessoa com deficiência, mas foram esquecidas muitas outras situações, que não são propriamente de deficientes, mas de outros sujeitos que não têm qualquer condição de exprimir a vontade. Podem ser citadas, nesse contexto, as pessoas portadoras de mal de Alzheimer, as que se encontram em coma profundo – sem qualquer condição de exprimir sua vontade – e aquelas que têm psicopatias graves, não necessariamente deficientes. (...) Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.” (TARTUCE, Flávio. **Parecer**. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. São Paulo, 06 jun. 2016. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019).

⁴⁰⁰ “Art. 2º Dê-se aos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.777 e 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...]

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.” (BRASIL. **Emenda nº 1 – CDH (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

⁴⁰¹ A exemplificar o argumentado: “INTERDIÇÃO - Ação proposta pela filha em face do pai, que sofreu um AVC - Interdição decretada – Apelo diante da ausência de interrogatório - Conversão do julgamento em diligência - Falecimento do interditando no curso da ação - Pedido de extinção do feito - Perda do objeto por fato superveniente - Recurso prejudicado.” (BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1021775-35.2016.8.26.0506. Relator: Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara de Família e Sucessões.

discernimento e a impossibilidade de manifestação da vontade para atrair a aplicação de um conjunto de normas mais protetivas e de ordem pública. Vale ressaltar que a impossibilidade de manifestar vontade por causa transitória não se enquadra como hipótese de deficiência, cujo um dos requisitos para sua caracterização é a permanência, mas alberga situações que necessitam de amparo jurídico.

A alteração proposta inicialmente se alinhava com o exposto no presente trabalho, contudo foi excluída do projeto de lei e não consta do texto final revisado e encaminhado para deliberação da Camarada dos Deputados em 29 de novembro de 2018, onde foi autuado sob o número 11091/2018 e permanece em tramitação. A versão final revisada pela Coordenação de Redação Legislativa do Senado Federal não aponta qualquer alteração no artigo 3º do Código Civil e, por conseguinte, qualquer alteração no rol dos absolutamente incapazes, de modo que as pessoas que não apresentam discernimento permaneceriam sendo tratadas como relativamente incapazes e não poderão contar com uma maior proteção jurídica, conforme enfatiza o Senador Antônio Carlos Valadares em sua justificativa⁴⁰².

Sobre a proposta de alteração da teoria das incapacidades, destaca o Senador Antônio Carlos Valadares que o Brasil não pode ser um dos poucos países do mundo que não protege e nem apoia as pessoas sem a mínima lucidez. Assevera que seria um retrocesso negar às pessoas com deficiência uma proteção que podem necessitar, como também considerar capaz pessoas que, com ou sem deficiência, não apresentam aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil⁴⁰³. Apesar de tais argumentos, a iniciativa não foi levada a diante na tramitação no projeto de lei.

Julgamento: 21/07/2020. Registro: 21/07/2020. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

⁴⁰² “Atualmente, a legislação envolve as pessoas desprovidas de discernimento total ou parcial (por serem incapazes) com um robusto arsenal de proteção jurídica aos incapazes, a exemplo destes casos: a) Invalidade dos negócios e atos jurídicos praticados pelos incapazes sem assistência ou representação do curador (arts. 166, I, 171, I, 185 e 1.767 e seguintes do Código Civil); b) Nulidade do casamento (e, por consequência, de eventual união estável) no caso de total falta de discernimento (arts. 1.548, I, e 1.727 do Código Civil); c) Suspensão do prazo de prescrição e de decadência contra o absolutamente incapaz (arts. 198, I, e 208 do Código Civil); d) Descabimento de repetição de indébito contra o incapaz no caso de invalidação do negócio jurídico, salvo prova de proveito dele (arts. 181, 588 e 589 do Código Civil); e) Invalidade da quitação dada pelo incapaz (art. 310 do Código Civil). f) Inexigibilidade de aceitação da doação pura pelo absolutamente incapaz (art. 543 do Código Civil). g) Direito do incapaz de pedir a devolução do valor pago em jogo ou aposta (art. 814 do Código Civil); h) Responsabilidade civil subsidiária com valor de indenização fixado com base na equidade e na garantia de sobrevivência do incapaz (art. 928 do Código Civil). Como o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu do rol de incapazes as pessoas que não possuem discernimento intelectual adequado, todas essas proteções jurídicas não estão mais disponíveis a essas pessoas, com ou sem deficiência.” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. [...] Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

⁴⁰³ Desconhecem-se países que tenham deixado ao relento as pessoas sem adequado discernimento. Pelo contrário, nos Estados Unidos da América, na Alemanha, no Reino Unido e na Suécia, por exemplo, continua sendo concedido tratamento legislativo especial para essas pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, num evidente

Com relação à incapacidade relativa, a proposta original de redação do artigo 4º⁴⁰⁴, inciso II, considerava como relativamente incapazes “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido”. Todavia, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos só podem ser considerados incapazes se o uso de substâncias como álcool, drogas ou demais substâncias tóxicas for capaz de afetar as faculdades mentais e reduzir o discernimento, equiparando-se a todas as demais hipóteses de incapacidade relativa. Assim como se reconheceu que a deficiência, por si só, não é causa de incapacidade, também não o são as hipóteses acima.

O mesmo é possível concluir em relação ao pródigo, já que o PLS nº 757/2015 em nada altera a regulamentação da incapacidade civil em virtude da prodigalidade, que continua sendo uma causa de incapacidade relativa. Conforme já tratado, a limitação da autonomia de uma pessoa não pode ser justificada pela proteção do patrimônio familiar ou para assegurar a expectativa de possíveis herdeiros, mas somente com o objetivo de proteção e promoção de direitos do próprio indivíduo, em especial os direitos existenciais.

A interdição do pródigo somente se legitima quando os gastos imoderados do patrimônio decorrerem de uma causa psíquica que afete o discernimento da pessoa para mensurar o valor dos bens e se determinar a respeito. A incapacidade relativa do pródigo, portanto, tem a mesma origem e razão de ser das demais, qual seja, discernimento reduzido capaz de comprometer a igualdade na prática de atos jurídicos, a qual também seria albergada pela redação do inciso II do artigo 4º do Código Civil, de acordo com o Projeto de Lei em análise.

Na redação original o PLS nº 757/2015 também propõe a revogação do inciso III, do artigo 4º do Código Civil, que estabelece a incapacidade relativa para “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, haja vista que a hipótese do inciso II alcançaria todas as pessoas com discernimento reduzido e cuja redação se mostra mais adequada em relação à impossibilidade de manifestar vontade, afastando assim possíveis divergências quanto ao alcance dos dispositivos.

contrassenso, fará o Brasil ser um dos poucos países do mundo que não apoia e não protege as pessoas sem a mínima lucidez. Num retrocesso inadmissível, tanto negaria às pessoas com deficiência o apoio de que porventura possam necessitar quanto declararia civilmente capazes quaisquer pessoas que, com ou sem deficiência, estão de fato inaptas para exercer sozinhas os atos da vida civil.

⁴⁰⁴ “Art. 4º [...]”

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido;

III – (revogado);

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. [...] Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

A Emenda nº 1 do PLS nº 757 alterou a redação do inciso II do artigo 4º apenas para inserir a necessidade de decisão judicial para declarar a incapacidade relativa mediante avaliação biopsicossocial⁴⁰⁵. A Emenda nº 2, advinda da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), por sua vez, inseriu o § 2º no artigo 4º para disciplinar o alcance da curatela, em especial para estabelecer que a curatela da pessoa com deficiência somente é possível nas hipóteses de discernimento reduzido previstas nos incisos II, III e IV do artigo 4º do Código Civil.⁴⁰⁶

Ao estabelecer que a curatela somente poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do artigo 4º, leva à conclusão de que as pessoas com deficiência não poderiam ser consideradas absolutamente incapazes, mas apenas relativamente, o que não é a melhor solução. Existem pessoas com deficiência mental que não apresentam discernimento e a elas deve ser aplicado o regime da incapacidade absoluta, preservando na maior medida possível sua autonomia para exercício de direitos da personalidade.

O reconhecimento da incapacidade absoluta não implica em imposição da interdição total e supressão do exercício de direitos patrimoniais e existenciais pela pessoa, com deficiência ou não. Representa apenas a aplicação de um conjunto de normas de ordem pública que visam proteger os interesses de pessoas que apresentam maior vulnerabilidade, essa diferenciação é o ponto central para conciliar autonomia e proteção, em detrimento da violação da dignidade e vulnerabilidade.

⁴⁰⁵ “Art. 4º [...]”

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; [...]” (BRASIL. **Emenda nº 1 – CDH (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

⁴⁰⁶ “Art. 4º [...]”

§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo os apoios e salvaguardas, de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observarem o quanto segue:

I - a curatela, regulada pelos artigos 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo;

II - a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do *caput* deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada nos artigos 1.783-A e seguintes deste Código;

III - o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista nesta e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do *caput* deste artigo outorga ao curador o poder de representação e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.” (BRASIL. **Emenda nº 2 – CCJ (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

Às pessoas com deficiência que não possuem qualquer discernimento também deve ser aplicado o regime jurídico da incapacidade absoluta, sem que isso viole qualquer norma ou princípio da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pelo contrário, em cumprimento a tais normas.⁴⁰⁷ O que não se admite, em hipótese alguma, é considerar uma pessoa como absolutamente incapaz pelo simples fato de se tratar de pessoa com deficiência.

As hipóteses de incapacidade civil relativa, assim como a incapacidade absoluta, devem ser restritas a duas possibilidades, uma que diz respeito ao critério etário, quanto aos menores entre dezesseis e dezoito anos e a segunda para proteger as pessoas que apresentarem uma redução do discernimento que impeça a prática de atos existenciais e celebração dos negócios jurídicos em igualdade com os demais, sempre personalizada de acordo com as aptidões de cada indivíduo.

Essa cognição reduzida pode decorrer da embriaguez habitual, do vício em tóxicos, de alguma deficiência mental ou enfermidade, o que realmente importa é: se uma pessoa que não conseguir perceber a realidade e se autodeterminar em face dela, deve receber a proteção do ordenamento jurídico, pouco importando a causa dessa redução do discernimento.

Dessa feita, o PLS 757/2018 não foi capaz de suprir a deficiência na proteção jurídica as pessoas que não apresentam discernimento para os atos existenciais e/ou negociais. Embora tenha tratado da questão na redação original, a versão aprovada em nada altera o regramento do problema ora tratado. O que se propõe, portanto, é que a redação do artigo 3º do Código Civil estabeleça a incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos e para aqueles que não apresentem qualquer discernimento para a prática de atos jurídicos negociais, por causa transitória ou permanente, enquanto o artigo 4º do mesmo diploma legal considere como relativamente incapazes apenas os menores entre dezesseis e dezoito anos e aqueles que apresentem o discernimento reduzido a ponto de comprometer a prática dos atos jurídicos negociais.

Todas as hipóteses de incapacidade dependem de reconhecimento judicial, através de avaliação a ser realizada por equipe multidisciplinar, visando sempre a proteção e o bem-estar da pessoa, e não de seus parentes e familiares ou dos interesses patrimoniais destes. Uma

⁴⁰⁷ Conforme fundamentos apresentados pelo Senador Antônio Carlos Valadares “Não se propõe, aqui, restabelecer qualquer espécie de preconceito ou de discriminação contra as pessoas com deficiência – a maioria das quais é perfeitamente apta para exercer plenamente a sua autonomia na vida civil. O que se pretende é garantir que quaisquer pessoas, com ou sem deficiência, tenham garantido o apoio de que porventura necessitem para a prática dos atos da vida civil, conforme determina o art. 12.3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a, o qual assim dispõe: 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. [...] Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

vez reconhecida a incapacidade, passa-se a definir os limites da curatela, que deve ser o mínimo necessário para suprir as dificuldades apresentadas pelo interditando, sempre limitada aos atos de natureza patrimonial. Excepcionalmente e desde que reconhecido judicialmente, o curador pode atuar quanto aos direitos existenciais, em casos que a pessoa não apresente qualquer discernimento e não apresente capacidade para consentir ou capacidade de discernimento, conforme sugerido por Diego Carvalho Machado⁴⁰⁸.

Admitindo-se tanto a incapacidade absoluta como a relativa de acordo com o discernimento, não estar-se-ia discriminando qualquer grupo ou pessoa, haja vista que a previsão legal focaria apenas no que realmente importa para a definição da incapacidade que é a aptidão da pessoa para se autodeterminar e praticar pessoalmente atos jurídicos em igualdade com os demais indivíduos.⁴⁰⁹ A discriminação acontece quando uma pessoa apresenta condições psíquicas de decidir de acordo com seus interesses e convicções e sua liberdade e autonomia são tolhidas por um modelo abstrato e geral de interdição.

O artigo segundo da redação originária do PLS nº 757/2015 propõe a revogação dos incisos II, IV, VI e VII do artigo 123 da Lei nº 13.146/2015, os quais revogaram artigos do Código Civil, a saber: os incisos do artigo 3º, que estabeleciam a incapacidade absoluta para outras hipóteses além da idade; o inciso I do artigo 1.548, que estabelecia a nulidade do casamento de pessoa com deficiência; os incisos II e IV do artigo 1.767, que submetiam à curatela aqueles que, por outra causa duradoura além da deficiência, não puderem exprimir a sua vontade e aos excepcionais sem desenvolvimento mental completo; o artigo 1.776, que autorizava a internação do interditado; e o artigo 1.780, que tratava da nomeação de curador à pessoa enferma ou com deficiência física.

O artigo 2º do PLS nº 757 propõe também a revogação das alterações promovidas pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos artigos do Código Civil, que afetaram a redação dos artigos 1.769, que trata da legitimidade do Ministério Público para propor a ação de interdição, 1.777, o qual estabelece que o recolhimento da pessoa interditada em estabelecimento que a afaste do convívio familiar deve ser a última medida a ser tomada, e

⁴⁰⁸ MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 24-43.

⁴⁰⁹ Em nenhum momento, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, pretendeu abolir as proteções jurídicas dadas às pessoas que possuem discernimento significativamente limitado, por deficiência ou por qualquer outra causa. Pelo contrário, o espírito da Convenção é no sentido de garantir que as pessoas com deficiência não sofram discriminação motivada por essa condição, mas tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas. Infelizmente, em vez de adaptar o Código Civil aos comandos da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou garantias que favorecem pessoas com ou sem deficiência que precisam de assistência.

somente em caráter excepcional, e as alterações dos artigos 3º, 4º, 1.548 e 1.767, cujo teor foi exposto acima.

Apesar de este Projeto de Lei ter sido proposto antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não foi convertido em lei até esse momento e, uma vez ultrapassado o período de vacância, a Lei nº 13.146/2015 entrou em vigor e produziu os efeitos de revogar e alterar os artigos do Código Civil.

Como ressaltado pelo Relator Senador Telmário Mota no relatório da Comissão de Direitos Humanos, não se pode revogar dispositivos do Estatuto que revogam ou alteram dispositivos de outras leis, sem que, simultaneamente, se preveja a repristinação expressa ou nova redação de tais dispositivos revogados ou alterados, sob pena de incorrer em falha de técnica legislativa que colide com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) no § 3º de seu art. 2º⁴¹⁰. Considerando a entrada em vigor do Código de Processo Civil, que disciplinou o processo de decretação de curatela, a redação final do PLS 757/2015 foi no sentido de revogar os artigos 747 a 756 do diploma processual e também os parágrafos sétimo a décimo do artigo 1.783-A, que disciplinam a tomada de decisão apoiada.

Quanto ao casamento de pessoa com deficiência, o PLS nº 757 propôs na redação inicial a inclusão do inciso I no artigo 1.548 do Código Civil para restabelecer a possibilidade de se reconhecer a nulidade do casamento celebrado por pessoa incapaz. De acordo com a redação proposta para o artigo 1.772, o juiz poderia, em caráter excepcional, estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, se constatar que a pessoa não possui discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos, alterações estas que não foram acolhidas.

O casamento da pessoa incapaz somente seria considerado nulo no caso de ausência de discernimento para se autodeterminar, pois conforme será analisado em seguida, a proposta sugere a previsão expressa de que a interdição não confere ao curador poderes de representação quanto aos atos de natureza existencial, dentre os quais o casamento está previsto expressamente. Assim, mesmo uma pessoa com discernimento reduzido, se conseguir se manifestar, poderá se casar livremente, independente de representação ou assistência.

Contudo, a previsão do artigo 1.550, que estabelece a anulabilidade do casamento celebrado por pessoa incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento,

⁴¹⁰ BRASIL. **Emenda nº 1 – CDH (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

seria suficiente para solucionar a questão, pois apesar de a pessoa ser considerada relativamente incapaz por possuir o discernimento severamente reduzido, não quer dizer que não seja apta a manifestar de forma inequívoca o seu querer. Assim, o casamento seria anulável se a pessoa, apesar de incapaz, não manifestou o seu consentimento de forma inequívoca, ainda que apresente uma limitação em seu discernimento.

O argumento apresentado para justificar a alteração proposta consiste na possibilidade de uma pessoa com deficiência ser manipulada por outra, que de forma maliciosa poderia aparentar uma relação de afeto apenas com a finalidade de ludibriar e conseguir uma declaração positiva de casamento. Segundo a atual redação do Código Civil, se a pessoa se expressar em um momento de falsa lucidez perante a autoridade celebrante, o casamento não poderá ser invalidado por falta de previsão legal.

Com relação aos negócios jurídicos, a Emenda nº 2 do PLS nº 757 propõe a inclusão de uma hipótese de anulabilidade do negócio jurídico por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada, homologada judicialmente e averbada em cartório⁴¹¹, bem como a inclusão de um inciso no artigo 178 do Código Civil, que prevê o prazo decadencial de quatro anos para anular os negócios jurídicos viciados, possibilitando a anulação dos atos praticados por incapazes ou pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, iniciando a contagem o prazo no dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio.

Sobre os dispositivos acima, vale destacar a alteração do tratamento jurídico dispensado à tomada de decisão apoiada, haja vista que se a presença do apoiador passar a ser requisito de validade do negócio jurídico, o instituto pouco irá se diferenciar da assistência, pois em ambos os casos o ato necessariamente será praticado pela pessoa com a presença do assistente ou apoiador como requisito de validade.

Se por um lado tais dispositivos visam conferir maior efetividade para a tomada de decisão apoiada, impedindo que o incapaz atue isoladamente, por outro irá limitar a sua autonomia, sendo que a tomada de decisão apoiada fora desenvolvida justamente como medida intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade civil relativa, que muito dela irá se aproximar caso entre em vigor esta proposta de redação.

⁴¹¹ “Art. 171. [...]”

III - por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada, homologada judicialmente e averbada em cartório. [...]

Art. 178. [...] . III- no de atos de incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio.” (BRASIL. **Emenda nº 2 – CCJ (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

Ainda sobre a necessidade de comparecimento do apoiador na prática de atos jurídicos, a Emenda nº 2 propõe a alteração do artigo 1.783-A, que trata da tomada de decisão apoiada, para prever que o termo de tomada de decisão apoiada deve delimitar os atos e negócios jurídicos em que é obrigatório o comparecimento dos apoiadores, para demonstrar que forneceram os elementos de informação necessários ao exercício da capacidade pela pessoa. Os atos que não estão previstos no termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores⁴¹².

Todavia, partindo-se da premissa que a curatela se restringe aos atos de natureza patrimonial e o juiz que a determinar deverá individualizar os atos que o interditado necessita de assistência para praticar, não é possível vislumbrar diferença prática considerável entre os institutos.

Ainda que se argumente que a principal distinção entre a tomada de decisão apoiada e a incapacidade relativa consiste no fato de que na primeira a pessoa é plenamente capaz, o que não ocorre na segunda, a necessidade de comparecimento do apoiador ou curador é um requisito de validade do ato jurídico de ambos e o efeito prático será o mesmo, o comparecimento de ambos no ato como requisito de validade.

Com relação à sujeição à curatela, de acordo com a atual redação do artigo 1.767 do Código Civil, alterada tanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência como pelo Código de Processo Civil de 2015, estão sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos.

O PLS nº 757 estabelece que a curatela constitui medida extraordinária e somente é aplicável às pessoas com deficiência se por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais, viciados em tóxicos ou pródigos, reiterando a aplicação das regras da incapacidade relativa para as pessoas que não possuem discernimento. Não soluciona, portanto, a questão das pessoas com deficiência ou daquelas que não apresentarem o mínimo de discernimento para praticar atos de natureza existencial ou negocial.

⁴¹² “Art. 1.783-A. As pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir a sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de ato ou atos sucessivos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas. [...]”

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores.

§ 5º Nos atos abrangidos no termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, hábil a demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.” (Ibid.).

Essa alteração não representa mudanças na sujeição à curatela, visa organizar e alinhar as hipóteses de sujeição de acordo com a teoria das incapacidades propostas. Conforme sustentado ao longo deste trabalho, deve-se sujeitar à curatela toda pessoa que não apresentar o necessário discernimento para praticar pessoalmente e sem auxílio de um terceiro os atos jurídicos, sendo discriminatória a previsão de incapacidade e sujeição da curatela, de forma abstrata, aos ébrios habituais, viciados em tóxicos e pródigos, pois a curatela somente seria aplicável a eles em caso de limitação das faculdades mentais à nível de comprometer o discernimento.

O PLS nº 757 também tratou do artigo 1.769 do Código Civil, cuja redação originária previa a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a interdição nos casos de doença mental grave, se não existirem as pessoas legitimadas ou se estas forem incapazes. A Lei nº 13.146 alterou o artigo para determinar a legitimidade para promover o processo que define os limites da curatela nos casos de deficiência mental ou intelectual, excluindo a expressão interdição e adequando a redação quanto à designação das pessoas com deficiência. Ocorre que com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 o artigo 1.769 foi expressamente revogado e o tema passou a ser disciplinado pelo artigo 748⁴¹³, que voltou a se referir ao processo de interdição.

De acordo com a Emenda nº 2 ao PLS nº 757, de relatoria da Senadora Lídice da Mata, a legitimidade do Ministério Público para requerer a curatela passaria a ser tratada exclusivamente pelo artigo 747 do Código de Processo Civil. O Ministério Público seria legitimado a requerer a curatela apenas mediante representação de pessoa interessada, não podendo agir sem provocação e somente nas hipóteses de deficiência intelectual ou mental em que a pessoa não consiga exprimir sua vontade por qualquer meio. A legitimidade seria também subsidiária, uma vez que o requerimento pelo *parquet* somente seria possível nos casos de não existir ou não promover o pedido de curatela o cônjuge, o companheiro, os parentes, os tutores⁴¹⁴ ou o representante de entidade em que se encontrar abrigada a pessoa.

A referida Emenda nº 2 também propõe a inclusão do artigo 1.781-A no Código Civil para estabelecer que a curatela é medida excepcional, que depende de fundamentação idônea, devendo ser limitada às necessidades de cada pessoa e pelo menor tempo possível.

⁴¹³ “Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:

I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;

II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.” (BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020).

⁴¹⁴ A legitimidade do Ministério Público também pode ocorrer caso as pessoas ora descritas forem menores ou relativamente incapazes.

Restringe a curatela aos atos de natureza patrimonial e estabelece como regra a prática pessoal dos atos extrapatrimoniais, dentre os quais se destaca os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio ou união estável, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.⁴¹⁵

Com relação às pessoas com deficiência, a proposta inicial altera o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência para possibilitar ao curador praticar atos de natureza existencial em hipóteses excepcionalíssimas, o que solucionaria a questão suscitada quanto às pessoas com deficiência mental que não apresentam qualquer grau de discernimento, o que não foi aprovado e não está previsto na redação final do projeto legislativo.

Algumas alterações acima propostas, se aceitas e aplicadas de forma adequada e de acordo com as peculiaridades de cada ser humano, seriam capazes de solucionar a questão quanto às restrições indevidas da liberdade e autonomia da pessoa em virtude do reconhecimento da incapacidade, uma vez que a atuação do curador seria o estritamente necessário para suprir as necessidades de cada um. Contudo, o legislador mais uma vez não enfrentou a questão das pessoas que não apresentam discernimento e ficam expostas a uma situação de vulnerabilidade extrema. Não é o reconhecimento da incapacidade civil como absoluta ou relativa o fator determinante para permitir ou restringir o exercício dos direitos que o indivíduo apresenta aptidão, é a aplicação da curatela na exata medida do necessário.

A curatela é um *múnus público* aplicável a todas as pessoas consideradas relativa ou absolutamente incapazes, de modo que o tema deve ser tratado apenas em diplomas genéricos como o Código Civil e o Código de Processo Civil, pois não é apenas quando se trata de pessoa com deficiência que a curatela se restringe a direitos patrimoniais como regra e somente em casos excepcionalíssimos os poderes do curador podem se estender para os atos

⁴¹⁵ “Art. 1.781-A. A curatela das pessoas previstas no art. 1.767:

I- constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses da pessoa sujeita à curatela e aplicada, sempre que possível, a tomada de decisão apoiada; II- deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível;

III- obriga os curadores a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano, bem como a motivação dos atos praticados de maneira a demonstrar que estão alinhados com a vontade potencial da pessoa sujeita à curatela;

IV- afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, nesses abrangidos os pactos antenupciais e o regime de bens, não alcançando direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio ou união estável, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto;

V- não pode ser exigida para a emissão de documentos oficiais ou não.

Parágrafo único. A curatela só é aplicável a pessoas com deficiência caso apresentem alguma das condições previstas nos incisos I, III ou V do art. 1.767.” (BRASIL. **Emenda nº 2 – CCJ (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em: 04 ago. 2020).

existenciais. A regulamentação do tema deve ser uniforme para todas as pessoas eventualmente consideradas relativa ou absolutamente incapazes.

Não há fundamento para justificar a existência de tratamento jurídico distinto entre a curatela das pessoas consideradas incapazes por terem Alzheimer, terem sofrido um AVC, serem viciadas em tóxicos e uma pessoa com deficiência, todas são titulares dos mesmos direitos, patrimoniais e existenciais, e a cada uma dessas pessoas deve ser garantida uma existência digna.

Se o tratamento jurídico deveria ser o mesmo, porquanto titulares dos mesmos direitos e garantias, o alcance da curatela e os poderes do curador devem ser específicos para cada um no caso concreto, de acordo com as dificuldades e limitações que apresentam. As pessoas com deficiência não possuem mais ou menos direitos que as demais, e assim como todos, são presumidamente capazes após os dezoito anos, sendo exceção a incapacidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um avanço na sociedade e no Direito ao superar o modelo médico de deficiência e estabelecer o modelo social, no qual a responsabilidade por eliminar as barreiras que limitam o exercício dos direitos é de todos, tanto do Estado, como da sociedade e da própria pessoa com deficiência. Não se questiona, de forma alguma, a sua importância e magnitude, haja vista que seus dispositivos visam criar condições para que as pessoas com deficiência possam desenvolver as suas potencialidades o máximo possível.

Mas, quando se fala de incapacidade civil, a sua razão de ser é a ausência de discernimento, e a deficiência mental pode ser uma de suas infinitas causas, de modo que a curatela, instituto jurídico desenvolvido como forma de suprir a capacidade de fato, é um instituto geral relacionado à teoria das incapacidades, e não deve existir uma curatela especial para as pessoas com deficiência, pois todas as pessoas consideradas incapazes devem ter a sua personalidade respeitada e não apenas as pessoas com deficiência.

Ainda sobre o assunto, a proposta de redação do artigo 1.783-A do Código Civil, que disciplina a tomada de decisão apoiada, estabelece que as pessoas com deficiência intelectual ou mental podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de atos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos duas pessoas idôneas. Ora, sendo a tomada de decisão apoiada um instituto intermediário entre a capacidade plena e a interdição, deve estar à disposição de todas as pessoas que dela podem necessitar, e não apenas das pessoas com deficiência.

Se incapacidade e deficiência são institutos dissociados, que podem ou não coexistir, as medidas jurídicas desenvolvidas para tutelar a autonomia do indivíduo

resguardando a sua autonomia devem estar à disposição de todos que delas possam necessitar, e não apenas de um determinado grupo.

No mesmo sentido de limitar a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência está a Emenda nº 2 do PLS nº 757, ao propor a inclusão do § 2º, inciso II ao artigo 4º do Código Civil, segundo o qual a simples presença da deficiência física ou mental não configura, por si só, o discernimento reduzido de forma relevante, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada.

Estabelece que o pressuposto para o juiz acolher o pedido de tomada de decisão apoiada é a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, como forma de garantir à pessoa apoiada proteção e autonomia ao mesmo tempo. E inclui o artigo 763-A no Código de Processo Civil para determinar a aplicação das regras do processo de interdição ao processo de tomada de decisão apoiada, no que couber, e possibilita ao juiz definir a curatela se entender mais adequado e houver pedido expresso do requerente.

As alterações propostas pelo PLS nº 757/2015 muito poderiam contribuir para pacificar a questão da incapacidade no Direito Pátrio, contudo, da versão final revisada e encaminhada para a Câmara dos Deputados foram excluídos todos os pontos sensíveis que poderiam solucionar ou amenizar a vulnerabilidade das pessoas que não apresentam discernimento, que sequer gozam de uma proteção jurídica específica. Ademais, insiste em listar hipóteses pontuais de incapacidade relativa, como os pródigos, ébrios e viciados em tóxicos. Seria mais adequado apenas estabelecer a aplicação de um regime jurídico mais ou menos protetivo de acordo com o nível de lucidez apresentada, sem se preocupar em listar as possíveis causas dessa ausência de discernimento.

A proposta de estabelecer expressamente que os poderes do curador se limitam aos atos de natureza patrimonial para todas as hipóteses de incapacidade, e não apenas às pessoas com deficiência, condiz com tudo o que foi defendido ao longo deste trabalho, bem como a necessidade de definir os atos nos quais a pessoa incapaz necessitará de assistência ou representação sob pena de invalidade. São esses limites que garantem a autonomia do indivíduo e não permitem a supressão da liberdade de forma arbitrária com violação da sua dignidade.

Diante dos argumentos apresentados ao longo deste trabalho, a alteração legislativa proposta promove todos os valores trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial o reconhecimento da autonomia das pessoas com deficiência e de todos que dependem do suprimento judicial da capacidade, na medida em que obsta a imposição de uma curatela rígida, fixa e total, e impõe a sua delimitação à estrita necessidade de cada pessoa. Por outro lado, reconhece a possibilidade de excepcional reconhecimento da incapacidade civil absoluta

e exercício de atos existenciais pelo curador em situações extremas, em que o discernimento é comprometido ao extremo.

7. CONCLUSÃO

A teoria das incapacidades deve ser construída, interpretada e aplicada considerando se tratar de mecanismo desenvolvido para proteger o indivíduo, garantindo-lhe uma existência digna, além de ser uma forma de garantir a segurança jurídica necessária para a celebração de negócios jurídicos. O único fundamento capaz de afastar a presunção de capacidade civil plena da pessoa maior de dezoito anos é a ausência de discernimento para praticar pessoalmente e por si só os atos da vida civil. Qualquer outro fundamento consiste em violação de direitos da personalidade e desrespeito à liberdade de dignidade de cada indivíduo.

Assim como se reconheceu que a deficiência, por si só, não é critério definidor de incapacidade civil, o vício em álcool, drogas ou a prodigalidade também não são. Por outro lado, existem diversos outros fatores que podem levar a pessoa a uma situação de vulnerabilidade por ausência de discernimento que não estão previstas em lei. O que é necessário verificar para reconhecer a incapacidade civil é se a pessoa apresenta aptidão para tomar as decisões de acordo com os seus interesses e convicções, o que vai muito além da crença pessoal de cada um do que é certo ou errado, bom ou ruim.

Com relação ao argumento de gerar insegurança jurídica na celebração de negócios jurídicos, em primeiro lugar reside a pessoa humana e a proteção de sua dignidade é o fundamento que perpassa todo o ordenamento jurídico. Não bastasse, ao contratar, as pessoas também não podem identificar se uma pessoa é viciada em tóxico ou prodiga na fase de tratativas, o que é possível é, partindo da premissa de que todos atuam com boa-fé, se as partes contratantes possuem condições de compreender o que é negociado e as consequências do que é contrato.

Com efeito, o reconhecimento da incapacidade civil só faz sentido se a pessoa não tiver aptidão para interpretar a realidade e se manifestar diante dela, e o direito deve ter instrumentos de proteção adequados ou adequáveis às necessidades de cada pessoa para a promoção de seus direitos da personalidade e de cunho patrimonial. Nos casos de discernimento reduzido, o reconhecimento da incapacidade relativa pode ser suficiente, e o curador deve atuar somente quanto aos atos de natureza patrimonial em que a pessoa apresentar vulnerabilidade. A discriminação reside no modelo de interdição fixo, total, sem análise das necessidades individuais de cada ser humano.

Por outro lado, a pessoa sem qualquer percepção sensorial necessita de uma proteção maior do direito, e o reconhecimento da incapacidade absoluta é mais adequado para tutelar os interesses de alguém que está em coma ou com Alzheimer em grau avançado, por

exemplo. Contudo, o reconhecimento da incapacidade absoluta também não deve ser fundamento para tolher completamente a pessoa do direito de tomar as próprias decisões, principalmente quanto a questões existenciais. A interdição é apenas o processo no qual o juiz declara a incapacidade e nomeia um curador, o qual deve reconhecer autonomia da pessoa para se manifestar a respeito de tudo o que apresentar aptidão, em especial para tratar de assuntos existenciais como corpo, saúde, familiar e questões afetivas.

Tal como se reconheceu no Estatuto da Pessoa com Deficiência, a regra é a não intervenção do Estado na vida e nas decisões da pessoa, sejam elas existenciais ou patrimoniais. Somente em situações excepcionais em que a pessoa não é capaz de sinalizar qualquer manifestação de vontade é que a atuação do curador se torna legítima e até necessária no âmbito dos direitos existenciais. Uma pessoa que está completamente inconsciente precisa de alguém que cuide de seus interesses, tanto em relação a assuntos relativos ao próprio corpo, tratamentos médicos, cirurgias com ou sem exposição a risco como também interesses patrimoniais.

Não se argumenta pela possibilidade de o curador impor cirurgias como a de laqueaduras de trompas, internação compulsória, temas reconhecidamente superados por violar direitos fundamentais de primeira geração. Contudo, é necessário reconhecer que existem pessoas que não apresentam qualquer sinal de lucidez, e precisam de pessoas que atuem em prol de seus direitos patrimoniais e existenciais.

A curatela como instituto de proteção da pessoa incapaz deixa de ser instrumento de violação de direitos e passa a ser mecanismo de proteção no momento em que os poderes do curador são estritamente os necessários para suprir a demanda de cada ser humano individualmente. A curatela, portanto, deve ser o instrumento para garantir proteção sem suprimir a possibilidade de atuação da pessoa nos atos para os quais apresenta discernimento e a definição desses limites é tarefa árdua do magistrado e equipe multidisciplinar que atua no processo de nomeação de curador.

No direito comparado existem vários institutos com o objetivo de adequar a tutela do Estado às necessidades de cada indivíduo, em alguns países criou-se institutos com uma gradação na intervenção na esfera privada do indivíduo, o que apresenta um avanço ao reconhecer que as pessoas possuem necessidades diferentes e o direito deve reconhecer e apresentar mecanismos que suprem essa necessidade. Contudo, a individualização dos poderes do curador seria igualmente suficiente e satisfatório para atender às necessidades de cada curatelado, sem a necessidade de se criar vários institutos jurídicos. A individualização da curatela é o ponto central para o reconhecimento da incapacidade civil, absoluta ou relativa, deixar de ser instrumento de discriminação para passar a ser meio de proteção.

Devem ser reconhecidos como relativamente incapazes os menores entre dezesseis e dezoito anos e aqueles que possuírem o discernimento reduzido, e como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e aqueles que não apresentarem discernimento para a prática dos atos da vida civil. Estabelecer que a incapacidade civil é relativa ou absoluta afeta apenas o regime jurídico de proteção aplicável, eis que nos casos de incapacidade absoluta as normas são mais protetivas e de natureza cogente, e se a incapacidade é relativa as normas buscam a proteção do indivíduo de forma mais branda, podendo inclusive serem afastadas pela vontade das partes, como por exemplo no caso dos negócios jurídicos anuláveis.

Uma vez reconhecida a incapacidade civil ou ausência ou redução do discernimento, deve o juiz no caso concreto verificar quais as reais necessidades daquela pessoa, considerada singularmente, e definir de forma especificada os poderes do curador, os quais devem ser o mínimo necessário. É a limitação dos poderes do curador que afasta o modelo de interdição total e estabelece a medida necessária de proteção para cada um, poderes esses que devem, a princípio ser para a assistência ou representação em atos de natureza patrimonial e, somente em casos extremos, para atos existenciais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. E-book. Curitiba: Editora CRV Ltda, 2015.

AGUIAR, Priscila. Regime jurídico do maior acompanhado. Artigo. **Carolina Felix Advogados Associados**. Disponível em: <<https://carolinafelixadvogados.com/regime-juridico-do-maior-acompanhado/#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA.,10%20de%20fevereiro%20de%202019>>. Acesso em: 01 set. 2021.

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. Artigo. 2013. **Revista Bioethikos**, Centro Universitário São Camilo, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013. Disponível em: <<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2020.

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Marcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico–paciente. Artigo. 2012. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Artigo/Doutrina. 2005. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 836, jun. 2005, p. 733-763. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/216734/mod_resource/content/0/Agnelo%20Amorim%20-%20Crit%C3%A9rio%20cient%C3%ADfico.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir: a ação direta de inconstitucionalidade n. 5357: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos**. São Paulo: Verbatim, 2018.

ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. 1869. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

ARGENTINA. **Ley 26.994**, Octubre 1 de 2014, Codigo Civil Y Comercial De La Nacion. 2014. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10950.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena. A importância do CPC para o Novo Regime da Capacidade civil. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 209-223, Jan./Abr. 2018. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_209.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

BORGARELLI, Bruno de Ávilla. O “maior acompanhado”: uma novidade no Direito português (parte 1). Artigo. 27 ago. 2018. **Revista Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>>. Acesso em: 01 set. 2021.

BORGARELLI, Bruno de Ávilla. O “maior acompanhado”: uma novidade no Direito português (parte 2). Artigo. 08 out. 2018. **Revista Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-08/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. 1ª VRP-SP. Processo 1096909-59.2015. Dúvida. Propositor: 1º Registro de Imóveis. DJe/SP: 25/11/2015. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.colegioregistrals.org.br/jurisprudencia/1-vrp-sp-registro-de-imoveis-escritura-de-doacao-usufrutuaria-menor-impubere-ausencia-de-representacao-da-menor/>>. Acesso em: 11 jun. 2019).

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Emenda nº 1 – CDH (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Emenda nº 2 – CCJ (substitutivo) Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Redação Original. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.842**, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. 21/6 – Dia Nacional de Luta Contra a Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA). **Biblioteca Virtual em Saúde**. Disponível em: <<https://bvsmis.saude.gov.br/21-6-dia-nacional-de-luta-contra-a-esclerose-lateral-amiotrofica-ela/>>. Acesso em: 16 de mai. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757 de 2015**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1593938041122&disposition=inline>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.945**, de 2008. (Apenso o PL 3.208, de 2008). Altera o art. 15 do Código Civil. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=591080&filenam e=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2945/2008>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.208**, de 2008. Dá nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=557770>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.206.805/PR. Relator: Ministro Raul Araújo; T4 – Quarta Turma. Julgamento: 21/10/2014. DJe, 07/11/2014. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153484154/recurso-especial-resp-1206805-pr-2010-0145800-8/relatorio-e-voto-153484165>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1201462/MG. Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma. Julgamento: 14/04/2011. DJe, 27/04/2011. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19100628/recurso-especial-resp-1201462-mg-2010-0118690-2>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1306687/MT. Relatora: Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma. Julgamento: 18/03/2014. DJe, 22/04/2014. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244776-9-stj/inteiro-teor-25054792>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1414884/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgamento: 03/02/2015. DJe, 13/02/2015.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863676699/recurso-especial-resp-1414884-rs-2013-0071709-1/inteiro-teor-863676709>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1694965/MG. Relatora: Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma. Julgamento: 05/12/2017. DJe, 07/12/2017. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533894584/recurso-especial-resp-1694965-mg-2015-0176261-0/inteiro-teor-533894592>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1927423/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgamento: 27/04/2021. DJe, 04/05/2021.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205812237/recurso-especial-resp-1927423-sp-2020-0232882-9/inteiro-teor-1205812385>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 539224. Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento: 22/05/2012, DJe-118, 15/06/2012. Publicado por: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 923, set. 2012, p. 684-690. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917299/recurso-extraordinario-re-539224-ce-stf/inteiro-teor-110474938>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. TJMG. Apelação Cível 0540383-93.2008.8.13.0470. Relator: Desembargador Mota e Silva, 10ª Câmara Cível. Paracatu. Julgamento: 26/10/2010. DJeMG, 17/11/2010.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em:

<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=05403839320088130470>. Acesso em 11 jun. 2019.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível 70035614445. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível. Julgamento: 15/12/2011. Publicação, 17/01/2012.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927112559/apelacao-civel-ac-70035614445-rs?ref=feed>>.

Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2038382-72.2016.8.26.0000. Relator: Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Guarulhos – 3ª Vara de Família e Sucessões. Julgamento: 22/06/2016. Registro: 22/06/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2243320-29.2016.8.26.0000. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Itápolis - 2ª Vara. Julgamento: 19/12/2016. Registro: 19/12/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em:

<[https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=A5943352C34012D45AF979D4D55112C1.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2243320-](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=A5943352C34012D45AF979D4D55112C1.cposg3?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2243320-29.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2243320-29.2016.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&recaptcha_response_token=03AGdBq26cJ-PMkPOza31QbUUiwewXz9ySZWPdJ9QEwpyOVTjzGaL9i6ZI8xSVgypa5fwvUD_-k4v0R4VZYuANUNa0iPkimR_ZKd-03PtOT03uQBEaMIQBndvAuxWo2_DKgdjWo7Mk-oczUod5rcEyAgCHGv3ZCqOBnFIQRvy21Db1uxcswVDfMhFrjU36Lmgq6nZHzwW3stFglWyQ-Qq2k1eVem-UyL4JVmr8j0d1P517tmPd2MED1FHgyb1SjQ4AfVftB62EGRjfOgbKEkBm-bHBF8QX4tBs60B9awUcN0AdLZfkKwGVdNAdBJH0Wg4dzC3UnRHILadFUPRcV3JU5-g_KcrQa4nYvliFQLD-5jpnkBVua0PHNfNpxip6WUe_ltPW_wnRIpf4MgNl4snGtjXkWvopMEexfttbBVrF_aRo3b0LuB3mKDTdNy9IJN2jmMTtdb1xz242-eCzWSaYb_sY-rotFUKhg&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee4c15cc1604467bb3dc09f2b8f9f06e)

29.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2243320-

29.2016.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&recaptcha_response_token=03AGdBq26cJ-

PMkPOza31QbUUiwewXz9ySZWPdJ9QEwpyOVTjzGaL9i6ZI8xSVgypa5fwvUD_-

k4v0R4VZYuANUNa0iPkimR_ZKd-03PtOT03uQBEaMIQBndvAuxWo2_DKgdjWo7Mk-oczUod5rcEyAgCHGv3ZCqOBnFIQRvy21Db1uxcswVDfMhFrjU36Lmgq6nZHzwW3stFglWyQ-Qq2k1eVem-

UyL4JVmr8j0d1P517tmPd2MED1FHgyb1SjQ4AfVftB62EGRjfOgbKEkBm-

bHBF8QX4tBs60B9awUcN0AdLZfkKwGVdNAdBJH0Wg4dzC3UnRHILadFUPRcV3JU5-g_KcrQa4nYvliFQLD-

5jpnkBVua0PHNfNpxip6WUe_ltPW_wnRIpf4MgNl4snGtjXkWvopMEexfttbBVrF_aRo3b0LuB3mKDTdNy9IJN2jmMTtdb1xz242-eCzWSaYb_sY-

rotFUKhg&uuidCaptcha=sajcaptcha_ee4c15cc1604467bb3dc09f2b8f9f06e>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 0021292-80.2009.8.26.0566. Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 4ª Vara Cível. Julgamento: 02/06/2016. Publicação: 02/06/2016. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345616039/apelacao-apl-212928020098260566-sp-0021292-8020098260566/inteiro-teor-345616066>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara. Julgamento: 23/05/2018; Publicação: 25/05/2018. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <<https://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1002243-22.2019.8.26.0619; Relator: Jair de Souza; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taquaritinga - 3ª Vara. Julgamento: 23/07/2020. Publicação: 24/07/2020. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896627050/apelacao-civel-ac-10022432220198260619-sp-1002243-2220198260619/inteiro-teor-896627099>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 1021775-35.2016.8.26.0506. Relator: Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara de Família e Sucessões. Julgamento: 21/07/2020. Registro: 21/07/2020. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível com Revisão nº 0002407.27.2010.8.26.0196. Apelante: Aparecida Gomes Vidal. Apelado: Juízo da Comarca. Franca – 03ª Vara Cível. Relator: Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgamento: 23/03/2011. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=6720>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. TJSP. Ação Civil Pública 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público. Foro de Mococa - 2ª Vara. Julgamento: 23/05/2018. Publicação, 25/05/2018. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905857754/apelacao-civel-ac-10015215720178260360-sp-1001521-5720178260360/inteiro-teor-905857907?ref=serp>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BUGETTI, Maria Novella. **L'amministrazione di sostegno tra tutela della persona e limiti di capacità**. 2007. Tese (Doutorado) – Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto civile, 19 Ciclo. Universidade de Bologna, 2007. Disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/id/eprint/97>>. Acesso em: 14 set. 2021.

CARAMELO, Gustavo. **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy [et. al]; Coordenação Cezar Peluzo. 14 ed. Barueri: Manole, 2020.

CARLUC, Aída Kemelmajer. **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**. Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

CASTRO FILHO, José Olympio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. X. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela patrimonial: Mandato permanente para o caso de incapacidade superveniente**. Dissertação, Mestrado. PUC Minas, 2012.

CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **Direito civil - Constitucional II** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Glauber Salomão Leite, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **História do direito I** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFPB; Coordenadores: Giscard Farias Agra, Ricardo Marcelo Fonseca, Gustavo Silveira Siqueira. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=db35b1f3d006b037>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

Conselho da Justiça Federal. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Cadernos do CEJ, volume 20. Centro de Estudos Judiciários; Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Brasília: CJF, 2002. 155 p. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/comentarios-sobre-o-projeto-do-codigo-civil-brasileiro/@@download/arquivo>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Conselho da Justiça Federal. **Enunciados**. I Jornada de Direito Processual Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V : Enunciados Aprovados** / Coordenador Científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Conselho de Justiça Federal. **Enunciados. VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.995**, de 09 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 16**, de 17 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre

o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_16_17022012_26102012172402.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.

CUCHET, Violaine Sebillotte. Cidadãos e cidadãs na cidade grega clássica. Onde atua o gênero?. Artigo. 2015. **Tempo 21** [online]. 2015, v. 21, n. 38, p. 281-300. ISSN 1980-542X. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/TEM-1980-542X2015v213804>. Acesso em: 05 jan. 2022.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. Doutrina. 2013. p. 1-9. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013, p. 1-9. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Acesso em: 07 jul. 2020.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Artigo. 2013. p. 61-71. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 28, mai. 2013. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil**. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: Direito de Família. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPAÑA. **Código Civil Español**. Disponível em: <https://www.notariosyregistradores.com/web/columna-izq/codigo-civil-libro-primero/>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1982**, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>. Acesso em: 05 set. 2019.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 05 set. 2019.

ESTEVES, Rafael. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei 13.146/2015**. Organizado por Guilherme Magalhães Martins, Lívia Pitelli Zamarian Houssais. Indaiatuba: Foco, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Direito das Famílias**. Volume 6. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. Saraiva: São Paulo, 1988.

FRANCE. **Code civil**. 1804. Version en vigueur au 30 août 2021. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis** / Augusto Teixeira de Freitas; Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição? Artigo. 2015. **Jusbrasil** – Publicado por Flavio Tartuce. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

GALASSI, Almir et al. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss (Orgs.). 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

GERMANY. **German Civil Code BGB** – Version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I page 42, 2909; 2003 I page 738), last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>. Acesso em: 05 jan. 2022.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy et al. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Cezar Peluzo (Coord.). 12. ed., ver. e atual. Barueri: Manole, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 16. ed. E-book. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Artigo. 2007. **IBDFAM**. Publicação: 22/04/2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições, 2008.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Volume XVI - Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Artigo. 16 ago. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). **Comentários a Lei de Liberdade Econômica : Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]**. Coordenadores: Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. 1. ed. e-book. Disponível em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/55824/4558-Comentrios--Lei-da-Liberdade-Econmica-Floriano-Peixoto-Marques-Neto-2020.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas antecipadas de vontade: a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2018. 30 p. PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPC e da CDPC a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 12, p. 146, abr./jun. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia D’Alge Mont’Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 566-588, set./dez. 2017. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.16628.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 187-210, 2016.

MOLINA, Mônica Mendonça. **Configuración de la noción de discapacidad en un contexto de vulnerabilidad en Bogotá**. Análisis interdisciplinar / Compiladora Mónica Mendoza Molina. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Instituto Rosarista de Acción Social – SERES, Universidad del Rosario, 2014.

MONTEIRO, António Pinto. Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49/2018. Artigo. 2019. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 24, n. 2, p. 1-11, abr./jun. 2019. Fortaleza. e-ISSN:2317-2150. DOI: 10.5020/2317-2150.2019.9569. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/9569/pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MONTEIRO, Carlos Edison do Rego et al. **Direito civil**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Volume 1. Parte Geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**. Volume 6. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: volume I : Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. ver. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824**. Constituições Brasileiras. Volume I. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

NUNES, Rui. **Diretivas antecipadas de vontade**. Brasília, DF: CFM / Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, 2016. 132 p. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2017/01/diretivas_antecipadas_de_vontade_-_rui_nunes.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

PALOMBA, Guido Arturo. Intervalos Lúcidos. Artigo. 2000. **Psiquiatra Forense dos Tribunais Judiciários do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. II, n. 2, mar./abr. 2000. Disponível em: <<https://livrozilla.com/doc/815676/intervalos-l%C3%BAcidos>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: volume V – Direito de Família**. E-book. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Artigo. 10 ago. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=123928118>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

PORTUGAL. **Lei n.º 49, 14/08/2018**. Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/116043536/details/maximized>>. Acesso em: 01 set. 2021

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema entre os elementos volitivos e a declaração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. Artigo. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

RESEDÁ, Salomão. **A teoria *contra non valentem agere, non corrui praescriptio* e o amplo acesso à justiça das pessoas que, mesmo por causa transitória, não conseguem exprimir sua vontade**. 2017. 400 p. Tese, Doutorado, (Programa de Pós-Graduação em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RIBEIRO, Iara Pereira; RUIZ, Pedro do Amaral Fernando. A prática da interdição: um desafio para a eficácia da Lei Brasileira de Inclusão. v. 19, n. 2, p. 459-477. **Revista Jurídica Cesumar**. mai./ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n2p459-477>.

RIBERO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. Os deficientes e a tomada de decisão apoiada. Artigo. 21 out. 2015. **GEN Jurídico**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta**. Artigo. 2017. Nelson Rosenvald. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/a-caixa-de-pandora-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Volume 1. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCIRÉ, Claudia D’Ipolitto de Oliveira. “Financeirização da pobreza”: Crédito e endividamento no âmbito das práticas populares de consumo. Artigo. 2011. **UFSCAR – Teoria e Pesquisa**. p. 65-78. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/244/182>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: Capacidade, família e direitos da personalidade**. 2013. 188 p. Dissertação, Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Edições do Senado Federal, v. 106, 324 p. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.

SILVESTRE, G. F.; ABELHA RODRIGUES, G. S. N.; CALIL, I. G. M. Aspectos Materiais e Processuais da Amministrazione di Sostegno Italiana: Comparações com a Tomada De Decisão Apoiada Brasileira: Material and Procedural Aspects of the Amministrazione Di Sostegno In Italy: Comparisons With The Tomada De Decisão Apoiada In Brazil. **Revista Direito Em Debate**, 30(55), 145–162. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.145-162>>. Acesso em: 01 set. 2021.

SIMÃO, José Fernando: Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Artigo. 06 ago. 2015. **Revista Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SPC BRASIL. 36% dos consumidores fazem compras para aliviar o estresse, aponta pesquisa do SPC Brasil. Pesquisas. 2016. **SPC Brasil**. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/1207>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

STANZIONE, Pasquale. **Capacità e minore età nella problematica della persona umana**. Camerino: Jovene, 1975.

SUISSE. **Code civil suisse**. du 10 décembre 1907 (Etat le 1er janvier 2022). Disponível em: <https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233>. Acesso em: 10 jan. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. E-book. São Paulo: Editora Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte geral**. Volume I. E-book. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Parecer**. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. São Paulo, 06 jun. 2016. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BROCHADO, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. Da interdição. Artigo. 2003. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 3, n. 62, 10/01/2003. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/127-artigos-mar-2003/3461-da-interdicao>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. Volume 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Patrícia Ruy. **Estudo de prevalência dos Transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo**. 2003. 132 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de São Paulo - Unifesp, São Paulo, 2003.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. La convención ONU de Los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos Y Desaciertos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 18, p. 127-150, out./dez. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/308/264>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

APÊNDICE A – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL NOS MOLDES DEFENDIDOS

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de 16 (dezesseis) anos

II - aqueles que não apresentarem discernimento para os atos da vida civil ou apresentarem de forma bastante comprometida

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 - aqueles que, por causa transitória ou permanente, apresentarem o discernimento reduzido a ponto de comprometer a prática de atos da vida civil independente de assistência

Art. 5º. A capacidade civil é a regra e pessoa é habilitada à prática de todos os atos da vida civil, devendo a incapacidade civil deve ser reconhecida somente em casos excepcionais.

Artigo 1.767. Estão sujeitos à curatela aqueles que por causa transitória ou permanente não apresentarem o necessário discernimento para a pratica dos atos da vida civil, sejam eles absoluta ou relativamente incapazes.

Parágrafo 1º. A curatela é medida excepcional e atinge somente a prática dos atos patrimoniais expressos na sentença que impõe a curatela e nomeia o curador.

Parágrafo 2º. Em situações excepcionais o curador poderá atuar na prática de atos existenciais em favor do curatelado, desde que devidamente fundamentado em decisão judicial

Artigo 1.772. Os poderes do curador são limitados e devem ser especificados pelo juiz, com base em acompanhamento realizado por equipe multidisciplinar, de acordo com as potencialidades da pessoa, seja a incapacidade absoluta ou relativa.

Parágrafo único: O juiz, ao fixar os limites da curatela, deve considerar as necessidades e as circunstâncias pessoa e atribuir os poderes do curador de modo a favorecer a autonomia e as preferências do curatelado.

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com o discernimento reduzido, sem afetar a sua capacidade de exercício, elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

ANEXO A – PROJETO DE LEI Nº 757/2015

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº _____, DE 2015

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade harmonizar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência) e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, relativos à capacidade das pessoas com deficiência e das demais pessoas para praticar os atos da vida civil, bem como às condições para exercício dessa capacidade, com ou sem apoio.

Art. 2º Ficam revogados os incisos II, IV, VI e VII do art. 123 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e as alterações promovidas pelo art. 114 dessa lei nos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.769 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 3º O inciso II do art. 1.072 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 1.072.**



II – os arts. 227, *caput*, 229, 230, 456, 1.482 e 1.483 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

..... (NR)”

Art. 4º O inciso II do art. 3º, o inciso II e o parágrafo único do art. 4º, o inciso I do art. 1.548 e os arts. 1.767, 1.769, 1.772 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º

II – os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

..... (NR)”

“Art. 4º

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido;

III – (revogado);

.....

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (NR)”

“Art. 1.548.

I – por incapaz, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.772;

..... (NR)”

“Art. 1.767. Estão sujeitas à curatela os incapazes de que tratam: I – os incisos II e III do art. 3º;

II – os incisos II e IV do art. 4º. (NR)”

“Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:



I – nos casos de doença mental ou de deficiência que comprometam severamente o discernimento ou tornem a pessoa incapaz de manifestar a própria vontade.

.....

III – se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II. (NR)”

“**Art. 1.772.** O juiz determinará, segundo a capacidade de fato da pessoa de compreender direitos e obrigações e de manifestar a própria vontade, os limites da curatela, buscando equilíbrio entre a maior esfera

possível de autonomia dessa pessoa e as limitações indispensáveis à proteção e à promoção de seus interesses.

§ 1º Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz poderá estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá condicionar a

prática de determinados atos não patrimoniais a uma prévia autorização judicial, que levará em conta o melhor interesse do curatelado. (NR)”

“**Art. 1.777.** As pessoas incapazes sujeitas à curatela receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que as afaste desse convívio. (NR)”

Art. 5º A Seção II do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o art. 1.780 da mesma lei passam a vigorar com a seguinte redação:



“Seção II
Da Curatela do Nascituro e do Enfermo ou da
Pessoa com Deficiência

.....

Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou da pessoa com deficiência, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou de alguns de seus negócios ou bens. (NR)”

Art. 6º Os arts. 747 e 748 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 747. A interdição pode ser promovida pelas pessoas indicadas no art. 1.768 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Parágrafo único. (NR)”

“Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição no caso do art. 1.769 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (NR)”

Art. 7º O art. 85 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 85. A curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil.

.....

§ 4º As limitações previstas no § 1º deste artigo não se aplicam nas hipóteses excepcionabilíssimas do art. 1.772 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (NR)”



Art. 8º O art. 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nos termos do disposto no art. 116 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, fica acrescido dos seguintes §§ 12, 13 e 14:

“**Art. 116.**

‘**Art. 1.783-A.**

§ 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.

§ 13. Excepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela.

§ 14. A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbadada no Registro Civil de Pessoas Naturais. (NR)”

Art. 9º A Seção X do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 763-A:

“**Art. 763-A.** Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada.

Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela.”

Art. 10 O art. 127 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 127.** Esta Lei entra em vigor em 17 de março de 2016. (NR)”

Art. 11. Fica revogado o inciso III do art. 4º da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.



Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação oficial.

JUSTIFICAÇÃO

1. Da urgência da proposição

A presente proposição objetiva retificar, a tempo, gravíssima falha que, a partir de janeiro de 2016, causará enormes prejuízos às pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade.

Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015) foi publicada recentemente em 7 de julho de 2015, e entrará em vigor após 180 dias de sua publicação. Sem esquecer os muitos méritos desse diploma legal, enquanto não forem sanados os equívocos que esta proposição pretende corrigir, poderão ocorrer incalculáveis danos jurídicos às pessoas que, por qualquer causa – relacionada ou não com deficiência –, precisam de apoio para praticar os atos formais da vida civil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi, sem dúvida, um dos maiores avanços legislativos brasileiros em matéria de proteção, valorização e inclusão das pessoas com deficiência, mas, provavelmente em razão da vasta dimensão dos seus 127 artigos, acabou por veicular lapsos e

inconsistências legislativas que deixarão juridicamente desprotegidas pessoas desprovidas do mínimo de lucidez ou de capacidade comunicativa. Não nos referimos apenas às pessoas com discernimento intelectual reduzido, mas especialmente àquelas em profundo grau de obnubilação.

Não se propõe, aqui, restabelecer qualquer espécie de preconceito ou de discriminação contra as pessoas com deficiência – a maioria das quais é perfeitamente apta para exercer plenamente a sua autonomia na vida civil. O que se pretende é garantir que quaisquer pessoas, com ou sem deficiência, tenham garantido o apoio de que porventura necessitem para a prática dos atos da vida civil, conforme determina o art.

12.3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual assim dispõe:

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.



Alguns aspectos do Estatuto, todavia, são extremamente problemáticos e não refletem adequadamente o disposto na citada Convenção. Renomados civilistas vêm denunciando isso por meio de textos divulgados na internet, como:

- a) o professor José Fernando Simão (no seu texto “Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade”), o qual chega a apontar que, no tocante à pretensão do Estatuto em tornar capaz quem não possui o mínimo discernimento cognitivo ou a mínima condição de exprimir a vontade, o “descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico”, visto que, “com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal”;
- b) o professor e juiz Atalá Correia (no seu texto “Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas”), que demonstra perplexidade diante de imprecisões do Estatuto no Direito Civil e assevera que “a pessoa que se tornou deficiente por moléstia incurável e que não consegue escrever seu nome não passará, após a vigência da lei, a manifestar sua vontade”;
- c) o professor Flávio Tartuce (no seu texto “Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015”), que, **confessando que “tudo está muito confuso, deixando-nos perdidos”**, prognosticou que, se nada for modificado, os juristas terão trabalho “grande e intenso nos próximos anos, com o fim de sanar todas essas controvérsias e curar os feridos pelos *atropelamentos* da lei”; e
- d) o professor e juiz Vitor Frederico Kümpel em conjunto com o jurista Bruno de Ávila Borgarelli (no seu texto “As aberrações da Lei 13.146/2015”), que, com vocabulário aterrorizador, sublinham, em relação ao Estatuto, que **“o seu pretenso alvo de proteção é, ao mesmo tempo, sua maior vítima!”**.

2. Mecanismos de proteção jurídica dos incapazes (arts. 3º e 4º da presente proposição)

Atualmente, a legislação envolve as pessoas desprovidas de discernimento total ou parcial (por serem incapazes) com um robusto arsenal de proteção jurídica aos incapazes, a exemplo destes casos:

- a) Invalidade dos negócios e atos jurídicos praticados pelos incapazes sem assistência ou representação do curador (arts. 166, I, 171, I, 185 e 1.767 e seguintes do Código Civil);
- b) Nulidade do casamento (e, por consequência, de eventual união estável) no caso de total falta de discernimento (arts. 1.548, I, e

1.727 do Código Civil);

- c) Suspensão do prazo de prescrição e de decadência contra o absolutamente incapaz (arts. 198, I, e 208 do Código Civil);
- d) Descabimento de repetição de indébito contra o incapaz no caso de invalidação do negócio jurídico, salvo prova de proveito dele (arts. 181, 588 e 589 do Código Civil);
- e) Invalidade da quitação dada pelo incapaz (art. 310 do Código Civil).
- f) Inexigibilidade de aceitação da doação pura pelo absolutamente incapaz (art. 543 do Código Civil).
- g) Direito do incapaz de pedir a devolução do valor pago em jogo ou aposta (art. 814 do Código Civil);
- h) Responsabilidade civil subsidiária com valor de indenização fixado com base na equidade e na garantia de sobrevivência do incapaz (art. 928 do Código Civil).

Como o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu do rol de incapazes as pessoas que não possuem discernimento intelectual adequado, todas essas proteções jurídicas não estão mais disponíveis a essas pessoas, com ou sem deficiência.

Em outras palavras, se o Estatuto entrar em vigor sem qualquer retificação, acontecerá o seguinte: se uma pessoa – por qualquer motivo que seja – imergir em um estado de total ausência de lucidez mental (como casos de pessoas que perdem totalmente a memória ou que avocam para si identidade misteriosa por conta de delírios, ou que estiverem em plena confusão mental causada por lesão cerebral ou trauma psicológico), ela, por exemplo:

- a) poderá celebrar um contrato de empréstimo e de doação em favor de terceiros, sem possibilidade de reivindicar a invalidade dessas avenças;
- b) poderá ser manipulada por uma pessoa que, apesar de não lhe tributar qualquer afeto, conseguirá dela uma declaração positiva de casamento em um momento em que aparentará uma falsa lucidez perante a autoridade celebrante do casamento, caso em que o casamento não poderá ser invalidado por falta de previsão legal;
- c) perderá direitos e pretensões por conta da decadência e da prescrição;
- d) terá de restituir os valores que, em estado de confusão mental,



despendeu com questões não proveitosas, no caso de invalidação de negócio;

- e) poderá dar quitação de dívidas pagas, ainda que não tenha lucidez para compreender os efeitos jurídicos desse ato;
- f) terá de manifestar aceitação para receber uma doação pura por exigência da lei, embora não tenha condições práticas, reais, para tanto;
- g) não poderá recuperar os valores que tenha perdido em jogos, ainda que a sua falta de lucidez o tenha arremessado em um estado de ganância compulsiva e irresponsável, do qual pessoas inescrupulosas costumam saber se aproveitar;
- h) responderá direta, exclusiva e integralmente por todos os danos que causar, ainda que tais danos tenham decorrido de eventual surto proveniente de situação de transtorno mental;
- i) será obrigada a cumprir deveres previamente contraídos, ainda que não tenha discernimento ou capacidade comunicativa alguma, ou seja, não tenha condições objetivas de praticar esses atos;
- j) não conseguirá constituir advogado para se defender em juízo caso venha a ser acusada ou demandada, justa ou injustamente, pois será presumida juridicamente capaz, ainda que não tenha capacidade real de compreender ou de agir, inclusive para outorgar procurações.

Enfim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, se entrar em vigor sem retificações, recolherá o manto protetor que o Direito reservou para as pessoas sem discernimento ou sem capacidade de manifestar a própria vontade, não importando se essas condições resultam de deficiência, de enfermidade ou de qualquer outra causa.

Para impedir essa tragédia jurídica, propõem-se ajustes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Código Civil e no Código de Processo Civil, sem vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessita para os atos da vida civil.



É importante lembrar que pessoas sem discernimento não se confundem com as pessoas que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (texto proposto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao inciso III do art. 4º do Código Civil). Essas últimas envolvem casos de pessoas que, embora possam ter pleno discernimento, estão impossibilitadas de expressar sua vontade por algum motivo de saúde, a exemplo de um estado de coma hospitalar. Nesses casos, a pessoa não tem condição alguma de exprimir sua vontade, de maneira que jamais poderia ser considerada relativamente incapaz, dada a sua impossibilidade de praticar atos da vida civil sob assistência. Por essa razão, essas pessoas devem ser consideradas absolutamente incapazes, como sucede atualmente, para que possam ser representadas na defesa de seus interesses.

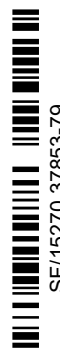
E não se deixe de enfatizar! Em nenhum momento, a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, incorporada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, pretendeu abolir as proteções jurídicas dadas às pessoas que possuem discernimento significativamente limitado, por deficiência ou por qualquer outra causa. Pelo contrário, o espírito da Convenção é no sentido de garantir que as pessoas com deficiência não sofram discriminação motivada por essa condição, mas tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas. Infelizmente, em vez de adaptar o Código Civil aos comandos da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou garantias que favorecem pessoas com ou sem deficiência que precisam de assistência.

Ora, o que a Convenção condena, com veemência, é que uma pessoa não possa exercer seus direitos apenas porque tem deficiência, de maneira que seria absurdo considerar civilmente incapaz uma pessoa com deficiência física motora ou sensorial, ou mesmo muitas pessoas com deficiência intelectual, que não necessariamente têm comprometimento das habilidades de compreensão ou de raciocínio, podendo ter, por exemplo, déficits relativos apenas em habilidades sociais, comunicativas ou de cuidados pessoais.

Todavia, no caso de pessoas que não possuem o discernimento mínimo para autodeterminar-se, o ordenamento jurídico precisa protegê-la com razoabilidade e de modo muito excepcional, impedindo, por exemplo, que ela – por um ato de desvario decorrente de um surto – perca todo o seu patrimônio com um negócio jurídico celebrado, ou seja prejudicada por não ter condições de compreender os riscos inerentes a alguns negócios, ou ainda

fique indefesa diante de ataques aos seus interesses, por não ter condições de agir em defesa de si mesma e não ter representante que o faça em seu nome.

A presente proposição busca proteger essas pessoas que não se comunicam ou não possuem discernimento suficiente, independentemente de a sua carência de lucidez decorrer de deficiência ou de qualquer outro motivo.



E mais. Desconhecem-se países que tenham deixado ao relento as pessoas sem adequado discernimento. Pelo contrário, nos Estados Unidos da América, na Alemanha, no Reino Unido e na Suécia, por exemplo, continua sendo concedido tratamento legislativo especial para essas pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, num evidente contrassenso, fará o Brasil ser um dos poucos países do mundo que não apoia e não protege as pessoas sem a mínima lucidez. Num retrocesso inadmissível, tanto negaria às pessoas com deficiência o apoio de que **porventura** possam necessitar quanto declararia civilmente capazes quaisquer pessoas que, **com ou sem deficiência**, estão de fato inaptas para exercer sozinhas os atos da vida civil.

3. Risco de revogação de regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência em razão de conflitos com o novo Código de Processo Civil: a harmonização das normas e a questão da *vacatio legis* (arts. 3º, 4º, 6º e 10)

3.1. A harmonização das normas (arts. 3º, 4º e 6º)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência entrará em vigor em janeiro de 2016; todavia, poucos meses depois, em março, entrará em vigor o novo Código de Processo Civil (CPC).

Ora, pelo critério cronológico, que disciplina as regras de lei notempo, a norma posterior revoga a anterior naquilo que for incompatível, conforme art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Em outras palavras, o novo CPC revogará tacitamente dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência por conta de incompatibilidades, como no que diz respeito aos legitimados para a promoção do processo de definição da curatela. Vários juristas, como Flávio Tartuce, chegam a falar em *atropelamento legislativo* para se reportar a essa revogação parcial do Estatuto pelo novo CPC. Além do mais, o novo CPC

não terá disciplina expressa quanto ao instituto da tomada de decisão apoiada, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência pretende inaugurar no ordenamento jurídico brasileiro.

Para evitar esse transtorno decorrente de desencontros legislativos, é forçoso reajustar o texto de dispositivos do novo CPC para tentar eliminar essas antinomias e suprir lacunas, missão de que a proposição em pauta se desincumbe por meio dos seus arts. 3º, 4º e 6º.



3.2. A questão da *vacatio legis* (art. 10)

Para evitar confusões doutrinárias por conta de outras possíveis antinomias que possam ser identificadas entre o novo CPC e o Estatuto da Pessoa Deficiência, convém prorrogar, por apenas dois meses, a *vacatio legis* desse último diploma legal, para que a sua entrada em vigor ocorra no mesmodia em que novo CPC.

Com essa providência, eventuais antinomias existentes entre os dois diplomas não serão resolvidas pelo critério cronológico, de maneira que não se poderá falar em revogação do Estatuto da Pessoa com Deficiência pelo novo CPC.

Por essa razão, a presente proposição, no seu art. 10, reposiciona o marco inicial da entrada em vigor do Estatuto para a mesma data de encerramento da *vacatio legis* do novo CPC.

4. Tomada de decisão apoiada: necessidade de esclarecimentos (arts. 8º e 9º)

O instituto da Tomada de Decisão Apoiada será inaugurado no direito brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Acontece que a disciplina legal desse instituto tem algumas omissões que poderão causar confusões nos juristas, razão por que a presente proposição, nos seus arts. 8º e 9º, faz pequenos ajustes para enfatizar o caráter preferencial desse instituto, indicar o caminho processual de sua implementação e para delinear as suas consequências jurídicas, tudo dentro do espírito que inicialmente inspirou o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

5. Curatela do nascituro e do enfermo ou da pessoa com deficiência (art. 5º)

O Código Civil não reserva a curatela a casos de incapacidade civil, mas também o admite em outras situações em que a gestão dos

negócios de uma pessoa precisava estar, por imperativo físico, aos cuidados

de outrem. Um exemplo é o ausente, que, por estar desaparecido, depende de um curador para a gestão de seus bens, conforme o art. 22.

Um caso de curatela que não deve ser revogado é a hipótese facultativa do art. 1.780 do Código Civil, que defere às pessoas com deficiência ou enfermidade a faculdade (e não a obrigatoriedade) de pedir ao juiz a nomeação de curador para a gestão de alguns ou de todos os seus negócios ou bens. Por exemplo, uma pessoa que, em razão de deficiência, tenha dificuldade para desempenhar sozinha os atos da vida civil, poderia pedir a nomeação de um curador que cuidaria dos seus negócios, com os limites



aplicáveis e sob a devida fiscalização (como o dever de prestar contas). Nesse exemplo, embora a pessoa não seja incapaz, a lei dá uma ferramenta para facilitar o exercício dos atos da vida civil.

É preciso, no entanto, adaptar o referido art. 1.780 do Código Civil à nomenclatura e à nova realidade normativa, o que se logra fazer no art. 5º da presente proposição, inclusive porque as deficiências físicas são, de modo geral, as que menos afetam as habilidades relativas a discernimento e à comunicação.

6. Conclusão

Trata-se de proposição urgentíssima, que reivindica a adesão célere dos nobres Congressistas para retificação do Estatuto da Pessoa com Deficiência antes de serem causados prejuízos incalculáveis às pessoas que, por falta de discernimento suficiente ou de mínima capacidade comunicativa, resultante de deficiência ou de qualquer outra causa, precisam de apoio para praticar os atos jurídicos formais da vida civil.

Sala das Sessões,

Senador Antonio Carlos Valadares
PSB-SE

Senador Paulo Paim
PT-RS

**ANEXO B – EMENDA Nº 1 – CDH (SUBSTITUTIVO) – PROJETO DE LEI DO
SENADO Nº 757 DE 2015**

PARECER Nº , DE 2016

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E
LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, sobre o

Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, dos
Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim,
que *altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
(Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015
(Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº
13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo
Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às
pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem
expressar sua vontade, os limites da curatela, os efeitos
e o procedimento da tomada de decisão apoiada.*

RELATOR: Senador **TELMÁRIO MOTA**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 757, de 2015, dos Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim, que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem expressar sua vontade, os limites da curatela, e os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

A iniciativa, no seu art. 1º, indica o objeto da lei, informando a finalidade de harmonizar o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Já no seu art. 2º, revoga os incisos II, IV, VI e VII do art. 123 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os quais por sua vez revogaram incisos do Código Civil. Assim, a proposição em análise intenciona tornar sem efeito a revogação, pelo mencionado Estatuto, dos seguintes dispositivos do Código Civil:

- i) Os incisos I, II e III do art. 3º, os quais definem os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil;
- ii) O inciso I do art. 1.548, o qual define ser nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- iii) Os incisos II e IV do art. 1.767, que definem, como estando sujeitos a curatela, aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade, e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; e
- iv) Os arts. 1.776 e 1.780, que tratam da promoção de tratamento de recuperação ao interdito e da investidura de curador a requerimento.

Ademais, o art. 2º do PLS ainda revoga as seguintes alterações promovidas pelo art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos seguintes dispositivos do Código Civil:

- i) Art. 3º, o qual recebeu nova redação em seu *caput*, limitando a incapacidade civil absoluta apenas aos menores de dezesseis anos;
- ii) Art. 4º, o qual perdeu uma vírgula em seu *caput* e teve alterada a redação de seus incisos II e III – naquele, para a retirada da menção às pessoas que, com deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; neste, para

substituir a menção aos excepcionais sem desenvolvimento mental completo pela menção àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

- iii) Art. 1.548, o qual teve revogado seu inciso I, que determinava ser nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- iv) Art. 1.767, para reforçar a revogação aos seus incisos II e IV – aquele colocava como sujeitos à curatela aqueles que, por causa duradoura, não pudessem exprimir a sua vontade; e este estendia tal sujeição aos excepcionais sem completo desenvolvimento mental –, e para dar nova redação a seus incisos I e III – aquele pôs como sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e este excluiu da sujeição à curatela aqueles com deficiência mental;
- v) Art. 1.769, que teve alterado o seu *caput*, para estabelecer que o Ministério Público não mais promoverá a “interdição”, e sim o “processo que define os termos da curatela”, nas hipóteses restritivas dos incisos subsequentes; o seu inciso I, no qual se substituiu a hipótese de doença mental grave pelas hipóteses de deficiência mental ou intelectual; e seu inciso III, que teve acrescida a hipótese de serem menores as pessoas mencionadas no inciso II;
- vi) Art. 1.777, que passou a prever que as pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que as afaste desse convívio, em substituição à redação anterior, a qual previa, a amplo leque de interditos, o recolhimento em estabelecimentos adequados, quando não se adaptassem ao convívio doméstico.

O art. 3º do PLS, por sua vez, dá nova redação ao inciso II do art. 1.072 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, de forma a retirar a menção aos arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil

– os quais dispõem sobre a curatela e a interdição – da cláusula de revogação promovida por tal artigo do Código de Processo Civil.

Na sequência, o art. 4º da proposição promove as seguintes alterações no Código Civil:

- i) No art. 3º, dá nova redação ao inciso II, alterando a menção à ressalva

“por enfermidade ou deficiência mental” para “por qualquer motivo”;

- ii) No art. 4º, altera o inciso II, modificando a menção a “por deficiência mental” para “por qualquer causa”, acrescentando a qualificação “severamente” para a condição de discernimento reduzido; revoga o inciso III, de forma a excluir os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, da condição de incapacidade; e, por fim, mantém a redação atualmente vigente ao parágrafo único, que fala em “indígenas” em substituição a “índios”;
- iii) No art. 1.548, altera a redação do inciso I, dispondo que é nulo o casamento contraído por incapaz, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.772 do Código Civil;
- iv) No art. 1.767, define os sujeitos à curatela como os incapazes sobre os quais se dispõe nos incisos II e III do art. 3º – os sem o necessário discernimento ou os que não puderem exprimir sua vontade – e nos incisos II e IV do art. 4º – ébrios habituais, toxicômanos, com discernimento severamente reduzido e os pródigos – do Código Civil;
- v) No art. 1.769, mantendo a redação atualmente vigente para o *caput* e o inciso III, alterando o inciso I para prever a hipótese de casos de doença mental ou de deficiência que comprometam severamente o discernimento ou tornem a pessoa incapaz de manifestar a própria vontade;
- vi) No art. 1.772, dá nova redação ao *caput*, o qual cuida de ordenar, ao juiz competente para decidir sobre a curatela, a busca de sinergia entre autonomia e proteção, transforma o atual parágrafo único em § 1º, e acrescenta
§§ 2º e 3º ao artigo, os quais dispõem sobre a possibilidade de a curatela ser estendida, condicionada a possível autorização judicial, a atos de caráter não patrimonial; e
- vii) No art. 1.777, estabelece que as pessoas incapazes sujeitas à curatela receberão o apoio em favor da preservação da convivência familiar e comunitária.

O art. 5º do PLS, logo após, promove, no nome da seção II do capítulo II do título IV do livro IV da parte especial do Código Civil, bem como em seu art. 1.780, a substituição da expressão “portador de deficiência física” por “pessoa com deficiência”.

Em seguida, o art. 6º da proposição promove alteração em dois artigos do Código de Processo Civil que dispõem sobre a interdição. Seu art. 747 passa a dispor que a

promoção da interdição pode ser feita por aqueles indicados no art. 1.768 do Código Civil. Já seu art. 748 passa a dispor que a promoção da interdição pelo Ministério Público só ocorrerá no caso do art. 1.769 do Código Civil.

Mais à frente, o art. 7º do PLS propõe-se a alterar o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificando-lhe o *caput*, o qual não mais limita os efeitos da curatela sobre direitos de natureza patrimonial, mas apenas preferencialmente a esses, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil, além de acrescentar um § 4º ao art. 85, o qual prevê que as limitações previstas no § 1º do artigo não se aplicam nas hipóteses do art. 1.772 do Código Civil.

Aproximando-se do final da parte dispositiva da proposição, seu art. 8º acrescenta os §§ 12, 13 e 14 ao art. 1.783-A do Código Civil, o qual trata da tomada de decisão apoiada.

Na sequência, o art. 9º do PLS acrescenta o art. 763-A ao Código de Processo Civil, o qual adiciona novas disposições aplicáveis ao processo de tomada de decisão apoiada.

Por sua vez, o art. 10 do PLS altera o art. 127 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispondo que sua entrada em vigor dar-se-á em 17 de março de 2016.

Ao final, o art. 11 do PLS revoga o inciso III do art. 4º do Código Civil.

Por fim, o art. 12 do PLS determina que a entrada em vigor da lei resultante do projeto dar-se-á na data de sua publicação oficial.

Os autores observam que, apesar de seus méritos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta equívocos que poderão causar danos às pessoas que precisam de apoio para praticar atos formais da vida civil. Isso se dá em razão da remoção indiscriminada da proteção legal que se estendia às pessoas sem discernimento ou sem capacidade de manifestar a própria vontade.

Assim, os autores defendem mudanças no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Código Civil, bem como no Código de Processo Civil, a fim de garantir a qualquer pessoa, com ou sem deficiência, o apoio de que eventualmente necessite para os atos da vida civil. Sem tais mudanças, entendem, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promove evidente contrassenso.

Ademais, a fim de evitar que o novo Código de Processo Civil venha a tacitamente revogar dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência em razão do critério cronológico, entendem os autores que a entrada em vigência de tais leis deve se dar no mesmo dia.

Os autores, por fim, observam a necessidade de se promover ajustes que tornem adequados os institutos da tomada de decisão apoiada e da curatela.

Após o crivo desta comissão, o PLS será enviado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, à qual caberá a decisão terminativa.

Não foram apresentadas emendas no prazo regimental.

II – ANÁLISE

Segundo o inciso XIV do art. 24 da Constituição Federal, compete à União a competência legislativa concorrente sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência.

E, de acordo com o Regimento Interno do Senado Federal, nos incisos III e VI de seu art. 102-E, é competência da CDH opinar sobre garantia e promoção dos direitos humanos e proteção e integração social das pessoas com deficiência.

Somos da opinião de que o PLS nº 757, de 2015, é altamente meritório. Ele vem a corrigir temeroso equívoco trazido, essencialmente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual, na tentativa de empoderar e respeitar as pessoas com deficiência, criou solução legislativa que deixará à própria sorte aqueles que, com deficiência ou não, se mostrarem incapazes de executar certos atos da vida civil.

As pessoas que demandam assistência para o exercício da capacidade civil, independentemente de serem ou não pessoas com deficiência, devem receber amparo legal a fim de que não se encontrem desvalidas. Para tal finalidade, presta-se a proposição ora analisada.

Contudo, importantes observações se fazem necessárias. A apresentação do PLS ocorreu ainda no período de vacância do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Hoje essa lei já entrou em vigor, de forma que revogar dispositivos dela que revogam ou alteram dispositivos de outras leis, sem que, simultaneamente, se preveja a repristinação expressa ou nova redação de tais dispositivos revogados ou alterados, é incorrer em falha de técnica

legislativa que colide com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) no § 3º de seu art. 2º.

Ademais, cumpre observar que a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a alteração e consolidação das leis, na alínea “c” do inciso III de seu art. 12, impede o aproveitamento de número de dispositivo revogado. Dessa forma, uma vez que é impossível a repristinação aliada à edição de nova redação para um mesmo dispositivo, em alguns casos serão criados artigos com nova numeração.

Ainda em tempo, cumpre observar que o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, revoga trechos do Código Civil. Assim, o fato de o PLS prever, quanto ao art. 1.072 do novo Código de Processo Civil, a exclusão da menção à revogação dos arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, não terá o condão de repristinar os dispositivos já revogados, uma vez que essa nova redação proposta pelo PLS ao referido art. 1.072 só entrará em vigor em momento posterior ao início da vigência do novo Código de Processo Civil, com suas revogações já em efeito. Assim, propomos repristinação que já admita tais revogações como um fato dado.

Por fim, nota-se que a tentativa de adiar a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, fazendo-o em 17 de março de 2016, mostra-se, agora, inócua e, portanto, prejudicada, pois tal Lei já está em vigor.

Por tais motivos, e para adequar a proposição às regras de técnica legislativa, com pequenos ajustes de redação, apresenta-se substitutivo ao meritório PLS nº 757, de 2015.

III – VOTO

Em vista do exposto, votamos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, na forma da seguinte emenda substitutiva:

EMENDA Nº 1 – CDH (SUBSTITUTIVO) PROJETO DE

LEI DO SENADO Nº 757, DE 2015

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou

que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade harmonizar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência) e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, relativos à capacidade das pessoas com deficiência e das demais pessoas para praticar os atos da vida civil, bem como às condições para exercício dessa capacidade, com ou sem apoio.

Art. 2º Dê-se aos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.777 e 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação:

"Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

.....

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.” (NR)

"Art. 4º

.....

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

.....” (NR)

"Art. 1.548.

.....

III – por incapaz, sem o apoio ou a autorização legalmente necessários, conforme o caso, e ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.768-B.” (NR)

"Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela os incapazes de que tratam:

I – os incisos V e VI do art. 3º;

.....

III – os incisos II e IV do art. 4º.

.....” (NR)

"Art. 1.777. As pessoas incapazes sujeitas à curatela receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que as afaste desse convívio.” (NR)

“Art. 1.783-A.

.....

§ 12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.

§ 13. Não será deferida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela.

§ 14. A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais.” (NR)

Art. 3º A Seção I do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 1.768-A. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:

I – nos casos em que a pessoa não tiver o necessário discernimento ou for incapaz de manifestar a própria vontade;

II – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do art. 1.768;

III – se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II do *caput*."

"Art. 1.768-B. O juiz determinará, segundo a capacidade de fato da pessoa de compreender direitos e obrigações e de manifestar própria vontade, os limites da curatela, buscando equilíbrio entre a maior esfera possível de autonomia dessa pessoa e as limitações indispensáveis à proteção e à promoção de seus interesses.

§ 1º Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

§ 2º Excepcionalmente, e com fundamento em avaliação biopsicossocial, o juiz poderá estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá condicionar a prática de determinados atos não patrimoniais a uma prévia autorização judicial, que levará em conta o melhor interesse do curatelado."

"Art. 1.775-B. Havendo meio de habilitar ou reabilitar o interditado, o curador proporcionará o tratamento adequado."

Art. 4º A Seção II do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a ser denominada **"Da Curatela do Nascituro"**.

Art. 5º Repristinam-se os arts. 1.768, 1.770, 1.771 e 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 6º Os arts. 747, 748 e 755 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 747. A interdição pode ser promovida pelas pessoas indicadas no art. 1.768 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Parágrafo único....." (NR)

"Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição nos casos do art. 1.768-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.” (NR)

“Art. 755.

I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela considerando o disposto no art. 85 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e as capacidades do interdito de discernir e de manifestar a própria vontade.

.....” (NR)

Art. 7º A Seção X do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 763-A:

“Art. 763-A. Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada previsto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, e se houver pedido expreso do requerente, definir a curatela.”

Art. 8º O art. 85 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 85. A curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil.

.....
§ 4º As limitações previstas no § 1º deste artigo não se aplicam nas hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 1.768-B da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.” (NR)

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação oficial.

Art. 10. Revogam-se o inciso III do art. 4º e o inciso V do art. 1.767 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Sala da Comissão, 08 de junho de 2016.

Senador Paulo Paim, Presidente

Senador Telmário Mota, Relator

**ANEXO C – EMENDA Nº 2 – CCJ (SUBSTITUTIVO) – PROJETO DE LEI DO
SENADO Nº 757 DE 2015**



SENADO FEDERAL
PARECER (SF) Nº 70, DE
2018

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, do Senador Antonio Carlos Valadares, que Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

PRESIDENTE: Senador Edison Lobão

RELATOR: Senadora Lídice da Mata

06 de Junho de 2018



SENADO FEDERAL

GABINETE DA SENADORA LÍDICE DA MATA

PARECER Nº , DE 2018

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA

E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, dos Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim, que *altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.*

RELATORA: Senadora LÍDICE DA MATA

I – RELATÓRIO

Submete-se, nesta oportunidade, ao exame desta Comissão o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 757, de 2015, dos Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim, que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio



SF/18225.38487-17

às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, e os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

O projeto de lei é composto de doze artigos.

O **art. 1º** indica a finalidade da lei de harmonizar o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a

1

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no que diz respeito à capacidade civil das pessoas com deficiência e as condições para exercício dessa capacidade, com ou sem apoio.

Nesse sentido, o **art. 2º** busca revogar incisos do art. 123 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) que revogaram incisos do Código Civil (CC) relativos à capacidade civil. Isso porque a apresentação do PLS ocorreu ainda no período de vacância do EPD. De toda forma, o objetivo é alterar as definições relativas à capacidade civil que resultaram das intervenções que o EPD promoveu no CC.

Por sua vez, o **art. 3º** pretende alterar o CPC, que também não tinha entrado ainda em vigor à época da apresentação do projeto, para excluir da lista de revogações que o estatuto processual promoveu no CC os arts. 1.768 a 1.773, que tratavam da interdição e que haviam sido alterados pelo EPD.

Já o **art. 4º** do projeto busca propriamente promover as alterações das definições relativas à capacidade civil: *i)* reinsere-se no rol dos absolutamente incapazes aqueles que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (art. 3º, II, do CC). A ausência de discernimento, na forma proposta, pode ter origem em qualquer motivo, sem qualquer referência a enfermidade ou doença mental, que existia na redação original do CC; *ii)* no rol dos relativamente incapazes, busca-se reinserir os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido (art. 4º, II), sem referência à deficiência mental que existia na redação original do Código.

Na sequência, o artigo 4º do PLS propõe alinhar as referências do CC às definições de capacidade civil que se busca alterar: *i)* prevendo-se a nulidade do casamento do incapaz (art. 1.548, I) – ressalvados os limites da curatela – em substituição à antiga previsão de nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; *ii)* inserindo-se as hipóteses de incapacidade propostas entre aquelas passíveis de curatela (art. 1.767, I e II); *iii)*

adequando-se as hipóteses que autorizam a promoção do processo que define os termos da curatela pelo Ministério Público (art. 1.769, I e II) e a referência do art. 1.777.

O art. 4º busca ainda aperfeiçoar a redação do art. 1.772 do CC, que tratava dos limites da curatela, prevendo que esses limites deveriam se pautar pela busca do equilíbrio entre a maior esfera possível de autonomia da pessoa e as limitações indispensáveis à proteção e à promoção de seus interesses. Propõe-se que, excepcionalmente, os limites da curatela possam se estender a atos de caráter não-patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatada a ausência de discernimento suficiente para prática autônoma desses atos, podendo-se condicionar a prática de determinados atos a uma prévia autorização judicial (art. 1.772, §§ 2º e 3º).

O art. 5º do PLS busca substituir a expressão “portador de deficiência física” por “pessoa com deficiência” no título da seção II do capítulo II do título IV do livro IV da parte especial do Código Civil, bem como em seu art. 1.780.

Em seguida, o art. 6º da proposição intenta alterar dois artigos do CPC que dispõem sobre a interdição. O art. 747 passaria a dispor que a promoção da interdição poderia ser feita por aqueles indicados no art. 1.768 do CC. Já seu art. 748 passaria a dispor que a promoção da interdição pelo Ministério Público só ocorreria no caso do art. 1.769 do CC, lembrando que o PLS, em seu art. 2º, propunha impedir que os arts. 1.768 e 1.769 fossem revogados pelo novo CPC.

Por sua vez, o art. 7º do PLS propõe alterar o art. 85 do EPD, modificando-lhe o *caput*, para que não sejam limitados os efeitos da curatela exclusivamente sobre direitos de natureza patrimonial, mas apenas preferencialmente a esses, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil. Para operacionalizar o comando, busca-se acrescentar um § 4º ao mesmo art. 85, para prever que, nas hipóteses excepcionálíssimas do art. 1.772 do CC (na forma proposta no PLS, que possibilita estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial), não se aplica a limitação do § 1º do art. 85 do EPD, que restringe a definição da curatela para não alcançar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

O art. 8º do PLS insere parágrafos no art. 1.783-A do CC, que trata da tomada de decisão apoiada, e busca prever: *i)* que os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, mesmo que os apoiadores não contra-assinem o contrato ou acordo, na forma solicitada pelo contratante com quem a pessoa apoiada mantém relação negocial (§ 12); *ii)* que, excepcionalmente, não será cabível a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela (§ 13); e *iii)* que a tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais (§ 14).



Na sequência, o **art. 9º** do PLS acrescenta o art. 763-A ao CPC, para prever que a disciplina processual da interdição e as disposições comuns à tutela e à curatela previstas no Código aplicam-se no que couberem ao processo de tomada de decisão apoiada. Prevê ainda que, se o juiz entender que não é cabível a tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela.

O **art. 10** do PLS buscava alterar a data de entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para 17 de março de 2016.

Ao final, o **art. 11** do PLS propunha a revogação o inciso III do art. 4º do Código Civil – que relacionava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, no rol dos relativamente incapazes – em substituição à nova redação que seria dada pelo art. 114 do EPD, cujas alterações o PLS propôs revogar (art. 2º).

Por fim, o **art. 12** do PLS carrega cláusula de vigência imediata do projeto, a partir da publicação da respectiva lei.

Na justificação, os autores argumentam que o EPD, ainda em período de *vacatio legis* à época da apresentação do PLS, apesar de seus inegáveis méritos, continha equívocos e inconsistências legislativas que deixariam “juridicamente desprotegidas pessoas desprovidas do mínimo de lucidez ou de capacidade comunicativa”. A alteração da disciplina da capacidade civil contida no CC tornaria plenamente capazes pessoas que não possuem o mínimo discernimento cognitivo ou a mínima condição de

expressar a própria vontade. Com a ficção legal da capacidade jurídica, as pessoas desprovidas de discernimento total ou parcial se veriam privadas das proteções que o regime jurídico da incapacidade civil representa.

Para impedir essa situação, o PLS propõe ajustes que, nas palavras dos autores, não vinculam “automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade”, mas que garantem que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessita para os atos da vida civil.

Na visão dos autores, o EPD extrapolou os ditames da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, já que a Convenção não “pretendeu abolir as proteções jurídicas dadas às pessoas que possuem discernimento significativamente limitado, por deficiência ou por qualquer outra causa. Pelo contrário, o espírito da Convenção é no sentido de garantir que as pessoas com deficiência não sofram discriminação motivada por essa condição, mas tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas”.

A proposição em análise foi distribuída às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), cabendo à última a decisão terminativa sobre a matéria.

Não foram apresentadas emendas ao projeto no prazo regimental.

Na CDH, a matéria foi relatada pelo Senador Telmário Mota e a Comissão concluiu pela aprovação do projeto, nos termos do substitutivo apresentado pelo relator.

O substitutivo aprovado na CDH buscou atualizar a proposta para a situação normativa contemporânea à análise da matéria pela Comissão, ocorrida em 8 junho de 2016. Naquela ocasião já haviam entrado em vigor tanto o EPD (2 de janeiro de 2016) quanto o novo CPC (18 de março de 2016), razão pela qual muitos dispositivos propostos no texto inicial do PLS já tinham restado prejudicados.

Além das adequações de técnica legislativa, as alterações mais relevantes propostas no substitutivo da CDH são: *i)* a previsão de que tanto a incapacidade absoluta por ausência de discernimento quanto a incapacidade relativa em razão de discernimento reduzido de forma relevante devam ser reconhecidas por decisão judicial, que leve em conta avaliação biopsicossocial (art. 3º, V e art. 4º II do CC); *ii)* a exigência da avaliação biopsicossocial como fundamento para a decisão do juiz de estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos (art. 1.768-B,

§ 2º do CC); *iii)* a previsão de legitimidade para promoção da curatela pelo Ministério Público nos casos em que a pessoa não tiver o necessário discernimento ou for incapaz de manifestar sua vontade (art. 1.768-A do CC), em substituição à referência, contida no texto original, aos casos de doença mental ou de deficiência que comprometam severamente o discernimento ou tornem a pessoa incapaz de manifestar a própria vontade (art. 1.769, do CC).

II – ANÁLISE

Nos termos do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), compete à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania opinar acerca da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por despacho da Presidência (art. 101, I) e emitir parecer, quanto ao mérito, sobre as matérias de competência da União, especialmente, direito civil e processual (art. 101, II, *d*). De resto, o PLS nº 757, de 2015, não apresenta vício de natureza regimental.

Quanto aos requisitos formais e materiais de constitucionalidade, nada há a opor ao PLS nº 757, de 2015, pois *i)* incumbe à União legislar sobre direito civil e processual, bem como sobre proteção e integração social das pessoas com deficiência, conforme arts. 22, inciso I e 24, inciso XIV, da Constituição Federal; *ii)* cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União (CF, art. 48, *caput*);

- iii)* os termos da proposição não importam em violação de cláusula pétrea; e
- iv)* não há reserva temática de iniciativa, nos termos do art. 61 da Carta Magna.

No que concerne à juridicidade, o projeto afigura-se correto, pois *i)* o *meio* eleito para o alcance dos objetivos pretendidos (normatização via edição de lei) é o adequado; *ii)* possui o atributo da *generalidade*; *iii)* é consentâneo com os *princípios gerais do Direito*; *iv)* afigura-se dotado de potencial *coercitividade*; e *v)* a matéria nele vertida *inova* o ordenamento jurídico.

No que tange ao mérito, os autores do projeto consideram que o EPD, ao reconhecer a plena capacidade civil das pessoas com deficiência, apresenta equívocos que podem gerar uma proteção insuficiente àqueles que precisam de apoio para praticar atos formais da vida civil. Consideram ainda que o novo CPC, por ter entrado em vigor depois do EPD, alterou tacitamente dispositivos dessa lei, gerando incongruências entre essas normas.

Entendemos que ambos os textos, tanto o original como o referido substitutivo da CDH, ainda que sob a justificativa de proporcionar maior proteção, reinauguram o tratamento da pessoa com deficiência como civilmente incapazes e outras práticas incompatíveis não só com o seu direito à igualdade e à dignidade, como também com disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIPD).

Como sabido, o EPD teve a finalidade de adequar o ordenamento jurídico às diretrizes e aos princípios da CIPD e seu Protocolo Facultativo. Tais documentos foram aprovados pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal – o que torna os seus preceitos equivalentes a emenda constitucional –, e promulgados por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Essa Convenção estatui que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Sendo assim, as alterações promovidas pelo EPD não decorreram de simples opção legislativa, mas da imprescindibilidade do estrito cumprimento do disposto na CIPD. Esta, por sua vez, além de determinar a observância, no plano interno, das suas normas, em face do seu caráter de norma constitucional, obriga o Brasil perante a comunidade internacional, uma vez que foi ratificada, sem ressalvas, pelo país.

Além disso, é possível perfeitamente conciliar o direito à capacidade com o apoio necessário, sem retrocessos em relação às normas brasileiras que já garantem benefícios às pessoas com deficiência.

O rompimento entre deficiência e incapacidade decorre essencialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, à qual são inerentes a autonomia individual e a liberdade de fazer as próprias escolhas. Trata-se do direito humano à capacidade civil, que está em consonância com os princípios da não discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, da igualdade de oportunidades e da acessibilidade.

As pessoas com deficiência também possuem o desejo de que suas escolhas sejam respeitadas. A CDPD, ao consagrar o reconhecimento da igualdade no campo da capacidade (artigo 12) e ao reconhecer, já no seu preâmbulo, “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”, albergou algo cuja necessidade era urgente para as pessoas com deficiência e seus familiares.

As tentativas presentes no PLS 757 de se retomar o critério da “ausência ou insuficiência de discernimento” (previsto na redação original do Código Civil), em detrimento do critério da “impossibilidade de manifestação de vontade” (eleito pelo EPD), representam um grave retrocesso no tocante ao direito de fazer as próprias escolhas. Sim, é possível que o discernimento de certas pessoas com deficiência seja bem diferente ou até questionável diante de padrões comuns, mas isto não significa que o discernimento não exista e que a vontade manifestada possa ser ignorada.

Mesmo nos casos em que a curatela é indicada (para pessoas com total impossibilidade de manifestação de vontade), ela deve ser utilizada de modo que se demonstre que as decisões são tomadas levando-se em conta os desejos e a história pretérita do curatelado. É por conta dessa necessidade de respeito à sua eventual vontade, que ele foi considerado pelo EPD como “relativamente incapaz”, mesmo que, na prática, pela grave condição do curatelado, o curador deva praticar sozinho os atos. Outra interpretação, admitindo-se que o curador é livre para praticar atos sem necessidade de justificativa compatível com a vontade do curatelado, fará com que ocorra a total substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador, o que fere os princípios acima citados e já foi severamente criticado no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).

Assim, uma boa legislação, respeitadora do direito à capacidade e da vontade da pessoa com deficiência, mas que lhe ofereça apoios que não sejam absolutamente substitutivos para o exercício dessa capacidade, é a que atenderá ao novo paradigma. Uma legislação como essa é perfeitamente possível de ser construída. Aliás, é o que já vem ocorrendo no Brasil, onde algumas normas já vêm sendo alteradas para afastar a necessidade de decretos de “incapacidade” para o acesso a benefícios legais.

Pelo exposto, faz-se necessária a integral adoção no âmbito interno do paradigma da plena capacidade civil, conforme apresentado neste substitutivo.

De acordo com o texto que ora se apresenta, deve ser mantida a revogação do artigo 3º do Código Civil pelo EPD, pois as pessoas com ou sem deficiência não podem ser incluídas no conceito de absolutamente incapazes, mesmo que não possam expressar a sua vontade, tendo em vista que o direito à capacidade plena, ainda que moral, é um direito humano fundamental.

A redação do art. 4º do Código Civil, constante do EPD, também está correta, pois é respeitadora do princípio da igualdade, já que parte de um critério objetivo, qual seja, a possibilidade de manifestação ou não de vontade, não mais se admitindo a possibilidade de julgamento da qualidade do discernimento. Por outro lado, a qualificação como relativamente incapaz demonstra que o curador deve sempre considerar a vontade potencial da pessoa curatelada, justificando, sempre que necessário, que seus atos estão alinhados com ela.

Mesmo mantidos os arts. 3º e 4º, conforme aqui exposto, faz-se necessária uma ampla revisão da legislação civil, tanto material quanto processual, pois ambas ainda se utilizam com frequência de termos como “incapacidade”, “interdição” e seus derivados, que possuem uma carga histórica muito negativa para as pessoas com deficiência e seus familiares.

Por outro lado, os procedimentos de tomada de decisão apoiada e de curatela, mesmo após o EPD, estão disciplinados no Código Civil. Sendo assim, neste Substitutivo, foi adotada a técnica equivalente à utilizada na proposta de redação original do Código de Processo Civil (que fazia referência apenas à curatela), concentrando-se a disciplina processual de ambos na legislação processual e reservando-se para o Código Civil apenas aspectos de direito material relativos aos dois institutos.

Outro ponto que merece especial destaque é o fato de que o PLS 757 determina que a tomada de decisão não será averbada, mas que seriam inválidos os atos praticados sem a presença do apoiador, que estiverem abrangidos no termo. A justificativa para essa disposição seria preservar os direitos à imagem e à dignidade da pessoa com deficiência, porém, na verdade o que ela provoca é a transformação da tomada de decisão apoiada em um procedimento sem qualquer valor jurídico. E o que é



pior: gerará uma total insegurança jurídica para a prática de atos com pessoas com deficiência.

Na verdade, uma vez tendo optado pelo procedimento de tomada de decisão apoiada, é por que existe consenso de que a pessoa apoiada possui certa vulnerabilidade. Assim, para a segurança de terceiros e para que não se gere uma desconfiança frequente sobre a possibilidade ou não de ser a pessoa com deficiência apoiada, é que se faz necessário o

registro ou averbação. Repita-se: a dúvida poderá gerar um empecilho para as pessoas com deficiência que não optaram pela tomada de decisão apoiada.

Por fim, há vários artigos do Código Civil e do Código de Processo Civil que não foram alterados pelo EPD e permanecem incompatíveis com a Convenção da ONU. O próprio EPD e outras normas vigentes no país contêm alguns termos que não estão totalmente coerentes com a CDPD, o que demandará outras alterações futuras.

III – VOTO

Em vista do exposto, votamos pela **aprovação** do Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015, na forma da seguinte emenda substitutiva:

EMENDA Nº 2 – CCJ (SUBSTITUTIVO)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 757, DE 2015

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições



com ademais pessoa e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade alinhar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, no que diz respeito à plena capacidade civil, em especial de pessoas com deficiência, e aos apoios e salvaguardas para o exercício dessa capacidade.

Art. 2º A Seção I do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a ser denominada “**Das Pessoas Sujeitas a Curatela**”.

Art. 3º Os arts. 9º, 171, 178, 1.781, 1.782 e 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 9º**

.....

III - a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como seus respectivos limites;

.....” (NR)

“**Art. 171.**

.....

III - por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada, homologada judicialmente e averbada em cartório.” (NR)

“**Art. 178.**



.....

III- no de atos de incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio.” (NR)

“**Art. 1.781.** As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com as restrições previstas nesta Seção.”(NR)

“**Art. 1.782.** A curatela das pessoas previstas no inciso V do artigo 1.767 somente as privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar, ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” (NR)

“**Art. 1.783-A.** As pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir a sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de ato ou atos sucessivos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas.

§ 1º Os apoiadores devem ser pessoas com as quais a pessoa com deficiência mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre ato ou atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 2º O apoio será exercido nos limites e condições acordados entre a pessoa apoiada e apoiadores, constantes de termo homologado judicialmente.

§ 3º Será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade, por qualquer meio.

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores.



§ 5º Nos atos abrangidos no termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, hábil a demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.

.....” (NR)

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

“**Art. 4º.**

.....

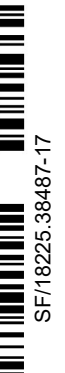
§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo os apoios e salvaguardas, de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observarem o quanto segue:

I - a curatela, regulada pelos artigos 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo;

II - a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do *caput* deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada nos artigos 1.783-A e seguintes deste Código;

III - o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista nesta e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do *caput* deste artigo outorga ao curador o poder de representação e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.” (NR)



Art. 5º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 1.781-A. A curatela das pessoas previstas no art. 1.767:

I- constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses da pessoa sujeita à curatela e aplicada, sempre que possível, a tomada de decisão apoiada;

II- deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível;

III- obriga os curadores a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano, bem como a motivação dos atos praticados de maneira a demonstrar que estão alinhados com a vontade potencial da pessoa sujeita à curatela;

IV- afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, nesses abrangidos os pactos antenupciais e o regime de bens, não alcançando direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio ou união estável, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto;

V- não pode ser exigida para a emissão de documentos oficiais ou não.

Parágrafo único. A curatela só é aplicável a pessoas com deficiência caso apresentem alguma das condições previstas nos incisos I, III ou V do art. 1.767.” (NR)

“Art. 1.782-A. A curatela das pessoas previstas no inciso III do artigo 1.767 exige do curador a demonstração anual de que tratamentos específicos e terapêuticos, não compulsórios, estão sendo ofertados.”

Art. 6º A Seção II do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a ser denominada “Da Curatela do Nascituro (NR)”.

Art. 7º A Seção IX do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a ser denominada “Da Tomada de Decisão Apoiada e da Curatela (NR)”.

Art. 8º Os arts. 747, 755, 757, 759 e 1.012 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 747. Os pedidos de tomada de decisão apoiada e de curatela são procedimentos destinados a pessoas em situação de vulnerabilidade para apoio ao exercício da capacidade civil e salvaguarda.

§ 1º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa com deficiência intelectual ou mental que necessite do apoio de que trata o art. 1783-A do Código Civil, com indicação expressa de pelos menos duas pessoas aptas e idôneas a lhe prestarem apoio para a prática de atos da vida civil.

§ 2º O pedido de curatela destina-se às pessoas indicadas no artigo 1.767 do Código Civil e poderá ser requerido:

- I - pelo cônjuge ou companheiro;
- II - pelos parentes ou tutores;
- III- pelo representante de entidade em que se encontra abrigada a pessoa sujeita à curatela;
- IV - pelo Ministério Público
- V - pela própria pessoa.

§ 3º O Ministério Público somente promoverá o pedido de curatela mediante representação de pessoa interessada, inclusive profissional com atuação na área, nas seguintes hipóteses:

- I - nos casos de deficiência intelectual ou mental em que a pessoa não consiga exprimir sua vontade por qualquer meio;
- II - se não existir ou não promover o pedido de curatela algumas pessoas designadas nos incisos I, II e III do § 2º do art. 747;
- III - se, existindo, forem menores ou relativamente incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do § 2º do art. 747." (NR)



“Art. 755. Na sentença que deferir a curatela, o juiz nomeará curador, que poderá ser o próprio requerente, e fixará os limites da curatela, observando o disposto nos arts. 1.781-A, 1.782 e 1782-A do Código Civil.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses da pessoa sujeita à curatela.

§ 2º Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências da pessoa submetida à curatela, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

§ 3º Após a nomeação em sentença, o curador prestará compromisso de respeito aos direitos, interesses, preferências e vontade, ainda que potencial, da pessoa sob curatela.

§ 4º Havendo, ao tempo da curatela, pessoa absoluta ou relativamente incapaz sob a guarda e a responsabilidade de pessoa sujeita à curatela, o juiz atribuirá essa guarda e responsabilidade a quem melhor puder atender aos interesses de ambos.” (NR)

“Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens de incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da curatela, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz e da pessoa sob curatela.” (NR)

“Art. 759.

.....

§ 2º Prestado o compromisso, o tutor ou curador assume a administração dos bens do tutelado ou da pessoa sob curatela, observados os limites da sentença que definiu a medida.” (NR)

“Art. 1.012.

.....

VI – decreta a curatela ou aquela que homologa a tomada de decisão apoiada.



.....” (NR)

Art. 10. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 748-A. Devem ser especificados, na petição inicial, os fatos que demonstram a necessidade de apoio ou de concessão da curatela.

§ 1º O pedido de tomada de decisão apoiada ou de curatela deve ser instruído com avaliação biopsicossocial, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, para fazer prova das alegações, ou informada a impossibilidade de fazê-lo.

§ 2º Juntamente com o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem:

- I- os limites do apoio a ser oferecido;
- II- as hipóteses de participação obrigatória dos apoiadores para a validade do ato ou atos sucessivos;
- III- o prazo de vigência do acordo, caso não optem por prazo indeterminado;
- IV- os compromissos dos apoiadores quanto ao respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devam apoiar.”

“Art. 749-A. Recebido o pedido de tomada de decisão apoiada ou de curatela, o juiz deverá:

- I - justificada a urgência, nomear apoiadores ou curadores provisórios;
- II - designar audiência na qual deverão comparecer a pessoa em situação de vulnerabilidade, seus potenciais apoiadores ou curadores, membro do Ministério Público e equipe multiprofissional interdisciplinar.

§ 1º Na audiência serão ouvidos todos os interessados e, especialmente, a pessoa a quem se destina o pedido de apoio ou de curatela, acerca dos seus hábitos, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares ou afetivos e sobre o que mais for imprescindível para verificar sua



necessidade de apoio para tomada de decisões ou de curatela, devendo as perguntas e respostas serem reduzidas a termo.

§ 2º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.

§ 3º Concluídas a tomada de depoimentos e as manifestações, o juiz:

I - pronunciar-se-á sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, ouvidos o Ministério Público e os membros da equipe multiprofissional e interdisciplinar, homologando o termo respectivo, nos moldes em que apresentado com a petição inicial ou complementado na audiência; ou

II - aguardará, em caso de curatela, o prazo de impugnação previsto no art. 751-A.”

“**Art. 750-A.** Para a oitiva da pessoa em situação de vulnerabilidade, será observado o quanto segue:

I - não podendo deslocar-se, o juiz a ouvirá no local onde estiver;

II - é assegurado o emprego de recursos variados, inclusive de tecnologia assistiva, capazes de permitir a sua comunicação.”

“**Art. 751-A.** A pessoa a quem se destinar pedido de curatela poderá constituir advogado e, querendo, impugnar o pedido, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da audiência prevista no artigo 749-A.

§ 1º Caso não ocorra a constituição de advogado, deverá ser nomeado curador especial idôneo, que poderá intervir como assistente, em qualquer hipótese.

§ 2º. O curador especial a que se refere o parágrafo anterior pode ser o cônjuge, companheiro, familiar ou pessoa com quem mantenha estreitos laços afetivos ou de solidariedade.

§ 3º Em se tratando de pessoa com deficiência, a curatela não será deferida em caso de impugnação ou em caso de possibilidade de manifestação de vontade, por qualquer meio ou recurso.”

“**Art. 752-A** Decorrido o prazo previsto no art. 751-A, o juiz determinará a produção de prova pericial para

avaliação da presença de uma das condições previstas no art. 1.767 do Código Civil.

§ 1º A perícia deve ser realizada por equipe composta por expertos com formação multiprofissional e interdisciplinar, nos moldes do § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela, bem como eventuais medidas de proteção.

§ 3º Entre as medidas de proteção podem ser incluídos:

- a) acompanhamento periódico por órgãos de assistência social;
- b) previsão de prazos breves para a revisão dos termos da curatela, ocasião em que poderá ser mantida ou extinta, devendo o juiz, nesse último caso, em relação às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, esclarecer sobre a possibilidade de adoção de tomada de decisão apoiada.”

“Art. 756-A A sentença que homologar a tomada de decisão apoiada ou que deferir a curatela será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes da pessoa apoiada ou sujeita à curatela, de seus apoiadores ou curadores, os limites do apoio ou da curatela.

§ 1º Se o apoiador ou curador agir com negligência, exercer pressão indevida, ou não adimplir os compromissos assumidos, poderá a pessoa interessada ou qualquer outra pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 2º Procedente a denúncia, o juiz destituirá o curador ou apoiador, nomeará substituto interino à pessoa sujeita à curatela e concederá à pessoa submetida à tomada de decisão apoiada prazo para a indicação de outro apoiador.

§ 3º O apoiador ou curador pode solicitar ao juiz, a qualquer tempo, a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 4º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, devendo ser dada ao fato a mesma publicidade prevista no *caput*, cancelando-se a respectiva averbação.

§ 5º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo próprio curatelado, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos do pedido original, hipóteses em que:

a) o juiz nomeará equipe multiprofissional e interdisciplinar para proceder à avaliação da pessoa sujeita à curatela e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo;

b) acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da curatela e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do *caput*, cancelando-se a respectiva averbação;

c) se não for caso de extinção da curatela, mas de sua flexibilização, os seus limites poderão ser revistos a qualquer tempo;

d) tornando-se possível à pessoa sujeita à curatela a manifestação da vontade, será propiciada, a qualquer tempo, a opção pela tomada de decisão apoiada, nas hipóteses de deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.”

“**Art. 763-A.** Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada previsto no art. 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.”

Art. 11. Revogam-se os seguintes dispositivos:

I- os §§ 7º, 8º, 9º e 10 do art. 1.783-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

II- os artigos 748, 749, 750, 751, 752, 753, 756 da Lei nº 13.105, de 16 março de 2015;

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação oficial.



**DECISÃO DA
COMISSÃO**

(PLS 757/2015)

NA 19ª REUNIÃO ORDINÁRIA, REALIZADA NESTA DATA, A COMISSÃO APROVA O SUBSTITUTIVO OFERECIDO AO PLS Nº 757, DE 2015, RELATADO PELA SENADORA LÍDICE DA MATA.

06 de Junho de 2018

Senador EDISON
LOBÃO

Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania