XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-156-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve analise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizado-o como instrumento de transformação social. Já ilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

A INCAPACIDADE CIVIL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

INCAPACIDAD CIVIL Y EL ESTADO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Alexander Seixas da Costa

Resumo

O regime das incapacidades identifica os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. A crítica a este regime se justifica no fato de muitas vezes proteger mais o patrimônio do que a própria pessoa. Com o advento da Lei 13146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a discussão ganha mais relevância, porque além de vários direitos reconhecidos àqueles que apresentam alguma deficiência e transtorno mental, implicou na alteração legislativa no que tange as incapacidades previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Palavras-chave: Incapacidade, Interdição, Curatela, Autonomia

Abstract/Resumen/Résumé

El sistema de incapacidad identifica la necesidad de ser representado o asistido en actos de la vida civil. La crítica de este sistema se justifica en el hecho de que a menudo proteger más la propiedad de la persona misma. Con la promulgación de la Ley 13146/15, el Estatuto de las Personas con Discapacidad, la discusión se vuelve más relevante, porque además de diversos derechos otorgados a aquellos que tienen una discapacidad y trastorno mental, dio lugar a cambios legislativos con respecto a la discapacidad previstos en los artículos 3 y 4 del Código Civil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incapacidad, Interdicción, Curatela, Autonomía

Introdução

A abordagem conceitual dos institutos de direito civil têm sido observadas pelo prisma de promoção da pessoa humana. Ainda que seja um ramo que, efetivamente, regularmente as relações privadas entre os sujeitos de direito, não se pode mais afirmar que o direito privado representa um campo orientado apenas para os interesses particulares, mas também para outros aspectos ligados a coletividade, e ainda pela percepção da pessoa em concreto. [1] A dicotomia existente entre o direito público e privado, na acepção de que aquele representa um espaço onde prevalece a subordinação do cidadão ao Estado, e neste, uma relação de igualdade entre as partes[2] não deve mais subsistir, e sim uma dualidade, no sentido de que os gestores da coisa pública não a administrem como patrimônio privado, como no caso de favorecimentos pessoais, e, no âmbito do direito privado devem incidir os direitos fundamentais, não mais exclusivos do direito público.[3]

O direito civil tem valorizado a questão de se verificar a pessoa em concreto, as suas particularidades, e não a figura em abstrato. Aliás, existe uma tendência a que o estudo do direito civil a privilegiar os vulneráveis, em detrimento aos "grandes senhores do direito codificado", tal como o proprietário e o contratante.[4] Isso já pode ser percebido, por exemplo, na constatação de diversas legislações especiais que protegem determinados grupos que requerem uma tutela diferenciada, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso.

Segundo Eurípede Constantino Miguel, professor titular do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, uma a cada três pessoas poderá apresentar, em algum momento da vida, algum problema com transtorno mental.[5] Ao contrário do que se possa pensar, a existência de pessoas que possam apresentar algum

---

[1]"Assim, ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno e, ademais, deixa de ter o perfil artificial constante no texto codificado, que via como sua fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias , como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva)." RAMOS, Carmem Lucia Silveira A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 10-11.

[2] SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol 22. Abril/jun, 2005, p. 241.

[3] SARMENTO, Daniel. Op. cit, p. 254-255.

[4] TEPEDINO, Gustavo. Editorial. da Revista Trimestral de Direito Civil. Vol 3, ano 2000, p. 1.

[5] MAGALHAES, Naiara; CAMARGO, José Alberto. *Não é coisa da sua cabeça.* Belo Horizonte: Gutemberg, 2012, p. 9

transtorno mental é mais comum do que se imagina e, justamente por isso, a necessidade de se enfrentar o tema.

No âmbito específico do regime das incapacidades, o legislador determina que pessoas devam se subordinar ao regime de suprimento de sua vontade, definindo que seus atos sejam representados ou assistidos por um representante legal. Mas, fica a interrogação: Basta declarar uma pessoa enquanto absolutamente ou relativamente incapaz? Será que uma pessoa não poderia ser capaz para certos atos, e incapaz para outros? A proposta do artigo consiste na discussão do regime das incapacidades a partir do advento da Lei 13146/15.

A questão da proteção de pessoas que tenham algum transtorno mental ganha força pela recente edição da Lei 13146/05, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) tendo em vista sua inclusão na sociedade brasileira. Além disso, promove uma alteração significativa no tratamento dispensado a figura do incapaz, assegurando a autonomia daquele que possui transtorno mental, como se destaca no art. 6º desta Lei, ao assegurar a capacidade civil para constituir um modelo de família, bem como ao planejamento familiar, podendo até mesmo exercer a guarda, a tutela e a curatela, além da possibilidade de adotar. Este novo tratamento legislativo mais do que conferir uma qualificação de sujeito de direito, atribui a estas pessoas a ideia de que devem ser respeitadas suas singularidades e que a restrição de direitos deve ser cada vez mais medida excepcional. Neste trabalho, será discutido o impacto deste Estatuto sobre as hipóteses de incapacidades previstas no Código Civil, à medida que o simples entendimento de que alguns incisos foram revogados é insuficiente para conferir uma proteção efetiva àquela pessoa que apresenta alguma deficiência ou transtorno mental.

1. O regime das incapacidades no Código Civil

A denominada capacidade de fato, ou de exercício, é aquela que confere a pessoa exercer, pessoalmente, os direitos civis. A determinação de quem seja ou não capaz decorre da lei e deve sempre ser analisada de forma restrita, ante o fato de representar uma "restrição ao poder de agir."[6]

Ao analisar o tratamento dispensado ao sistema das incapacidades, pode-se apontar que o critério etário foi o primeiro a ser observado, considerando que a pessoa humana, em

[6] PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol I. Revista por Maria Celina Bodin de Moraes. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 231.

razão de sua idade, pode não apresentar o discernimento necessário. O segundo elemento para definir uma incapacidade diz respeito à saúde mental de uma pessoa, nela sendo incluídos, os deficientes mentais, aqueles que não podem expressar sua vontade, os ébrios habituais e viciados em tóxico que tenham discernimento reduzido, os pródigos. O objetivo do legislador, segundo Silvio Venosa, seria de estabelecer uma incapacidade em razão do estado mental, por vícios mentais adquiridos ao longo da vida ou que fossem congênitos.[7]

As pessoas interditadas pela incapacidade seriam aqueles que não teriam o "discernimento necessário", ou até mesmo, "nenhum discernimento". A discussão inicia reside no significado do termo discernimento necessário, à medida que é possível que alguém, desejando optar por um estilo de vida, abandone ou faça doação de todos os seus bens, e tenha pleno conhecimento do que esteja fazendo.[8]

Os denominados "intervalos lúcidos", ou seja, situações em que o sujeito tido por incapaz estaria em plena condições de realizar um negócio jurídico, dentro de suas faculdades mentais, tem grande rejeição da doutrina sob fundamento de uma "segurança social"[9] Entretanto, para José Roberto de Castro Neves seria possível assegurar a validade do negócio jurídico desde que não tenha ocorrido dano e a outra parte tenha agido de boa-fé, com o propósito de "proteger o ato jurídico e garantir a segurança do mercado."

É comum e recorrente apontar que cada pessoa, apesar de ser titular de um direito, não poderia exercer por si só os atos civis, e que a incapacidade representaria uma proteção do legislador. Neste sentido, assinala Silvio Rodrigues:

> "O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime global privilegiado, capaz de preservar seus interesses."[10]

De fato, essas pessoas devem receber um tratamento diferenciado, à medida que seja em razão da sua idade, ou da condição de sua saúde, podem sofrer uma lesão de outrem. O objetivo, neste caso, previsto no Código Civil é relevante, já que é preciso tratar o desigual de uma forma diferenciada.

---

[7] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. vol 1. 14 ed. São Paulo: Atlas, 20014, p. 148.
[8] NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 51.
[9] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit, p. 238-239;VENOSA, Silvio de Salvo, Op. Cit, p. 148.
[10] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol I. 34 ed. 4 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39-40.

Entretanto, esta concepção do regime da incapacidade vem sofrendo críticas no sentido de que está mais voltada a proteção do patrimônio do que da própria pessoa. Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que a distinção entre a incapacidade absoluta e relativa não deve apresentar o mesmo tratamento entre as situações patrimoniais e existenciais porque nestas não se deve se separar a capacidade de direito da de fato.[11]Um caso bem exemplificativo é a situação do pródigo, conforme bem descreve Paulo Lobo:

> "Entendemos, sem razão, a inclusão da prodigalidade entre os tipos de incapacidade relativa, pois privilegia o patrimônio em detrimento da autonomia, e até mesmo da dignidade, da pessoa. Afinal, por que a pessoa, que acumulou patrimônio em determinado momento de sua vida, não pode dele se desfazer por razões de foro intimo, por ideologia, ou por sentimento religioso? Desde que a pessoa preserve um mínimo para sua existência – por exemplo, os proventos de aposentadoria ou pensão previdenciária – por exemplo, não pode o Estado interferir em sua opção de vida. Levada ao extremo, a interdição da prodigalidade impede que uma pessoa siga o exemplo de São Francisco de Assis, que se desfez de todos os bens para que possuía em favor dos pobres. Segundo a lei brasileira, esse santo, vivendo hoje, seria interditado. Em verdade, a interdição à prodigalidade é resquício da visão prevalentemente patrimonialista do direito civil, do indivíduo proprietário segundo a concepção burguesa de vida, que não concebia pessoa sem patrimônio. Em contrapartida, não há qualquer restrição à avareza, que maior mal causa não só a avaro, mas também às pessoas que com ele convivem. Concluímos, pois, que a incapacidade por prodigalidade é incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana."[12]

O questionamento acima indicado exemplifica o quanto a incapacidade se orienta muito mais para proteger o patrimônio. É possível sustentar que até mesmo seria desnecessário resguardar o mínimo para sua existência, quando sua escolha implica em um despojamento total de bens, como nas hipóteses de uma pessoa desejar seguir uma vida voltada para cuidar de pessoas mais pobres. O fato é que, a autonomia privada de uma pessoa deve ser respeitada mesmo que seja para se desprender de valores materiais.

A doutrina hoje vem apontando para a necessidade de que os incapazes não podem ser tratados de forma homogênea, ante a suas singularidades, e além disso, nas denominadas situações existenciais, deve prevalecer o interesse da pessoa incapaz, e não de seu representante.[13] Neste sentido, afirma Paulo Lobo que o regime da incapacidade não atinge os direitos existenciais, e ainda pondera que a medida de interdição seja uma *última ratio,* fazendo referencia as denominadas "incapacidades acidentais", citando como exemplo o transtorno bipolar, que, alias, atingiu diversas pessoas conhecidas, tais como Abraham

---

[11] GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *Direito civil: parte geral.* São Paulo: Atlas, 2006, p. 17.
[12] LOBO, Paulo. Op. Cit, p. 115.
[13] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral no novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25-26.

Lincoln, Isaac Newton e Ulisses Guimarães.[14] Segundo este autor, no que tange aos atos existenciais relativos à necessidade de funções vitais da pessoa, ainda que tenham aspecto patrimonial, não poderão ser anulados, representando uma ofensa a dignidade da pessoa humana.[15]

Neste contexto, em relação aos menores, por exemplo, pode-se discutir em que medida é possível a valorização de sua autonomia e discernimento em relação aos interesses existenciais, verificada no caso concreto. Esta autonomia pode ser constatada em relação ao exercício da autoridade parental dos pais, que deve ser entendida não no sentido de uma imposição, mas de um "processo educacional" em que o menor possa escolher o modelo educacional que mais lhe seja interessante, por exemplo, o menor que não deseja estudar em colégio de formação militar, apesar do desejo dos pais.[16] Assim sendo, é preciso respeitar as escolhas existenciais dos incapazes, embora a doutrina mesmo antes do advento deste Estatuto já admitisse, como no exercício dos direitos da personalidade e nos chamados atos-fatos jurídicos.[17]

Ao contrário do que se pode imaginar, a pessoa que seja portadora de necessidades especiais não é definida pela falta de algum membro ou que tenha audição ou visão reduzidas, mas que haja "dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade"[18]. Segundo o Decreto 5296/04, as pessoas são classificadas a partir das seguintes deficiências: a física, auditiva, visual e mental. Esta concepção de pessoa deficiente segue o que Flávia Pina Almeida Leite assinala como um modelo médico, centrado na concepção de deficiência enquanto uma

---

[14] LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.
[15] LÔBO, Paulo. Op. cit, p. 110.
[16] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. In*: Revista Trimestral de Direito Civil.* Vol 33, jan/mar 2000, p. 22.
[17] "O incapaz não emite declaração de vontade, não decide, não assina, não concorda, tampouco discorda; em suma, não age juridicamente, nada faz. Todos os atos antes menciondos pratica-os o seu representante legal com total proveito e responsabilidade para o incapaz. É bem verdade que esta regra deve ser entendida *cum grano salis*, pois alguns direitos podem ser adquiridos e exercitados (desfrutados) pessoalmente e autonomamente pelo absolutamente incapaz, tais como alguns direitos da personalidade (vida, integridade física, saúde), além de direitos adquiríveis por meio de atos-fatos (ocupação, especificação, direitos autorais), para os quais a lei não exige sequer a capacidade relativa. Tais exceções, todavaia, não infirmam a norma geral objeto do presente preceito." BARRETO, Wanderdei de Paula. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza (coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral.* v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53-54.
[18] "Assim, a possível incapacidade não está na deficiência em si, mas nas dificuldades que estas pessoas encontram na sociedade, quando não tem acesso de locomoção ao meio físico, não conseguem ter acesso aos serviços públicos, ao emprego, dentre outras; tais dificuldades enfrentadas por estas pessoas fazem com que sejam excluídas, desprezadas, abandonadas do seu convívio social. Daí, é necessário uma definição que leve em consideração a pluralidade de interesses da sociedade contemporânea, a partir de uma superação de concepção sobre a deficiência que as ligam a um modelo que vê a deficiência como uma doença, como um problema tão somente do indivíduo. Cf. LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: *Revista de Direito Brasileira.* Ano 2. Nº 3, julho/dezembro, 2012, p. 38.

doença, de atribuir apenas a pessoa com deficiência a responsabilidade pela sua reabilitação e inserção na sociedade, no âmbito do mercado de trabalho. Com a edição da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 2007, assinala como seu princípio o respeito à independência da pessoa e a inclusão social, e que o desenvolvimento da pessoa com deficiência pode encontrar obstáculo em determinadas barreiras, tais como ruas com buracos, ausência de sinais sem sinal sonoro, ônibus não adaptados à estas pessoas.[19] Entretanto, como destaca Nilza Sanches Tessaro, os maiores obstáculos que a pessoa deficiente enfrenta consiste na falta de credibilidade e oportunidade oferecida a estas pessoas, o que aumenta ainda mais o quadro de exclusão social.[20] É neste contexto que a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode representar um instrumento de maior inserção social desta pessoa, reconhecendo-lhe uma série de direitos.

2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com a recente edição da Lei 13146/15, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também chamado de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) proveniente do projeto de lei 7699/06, de autoria do senador Paulo Paim, a questão a respeito de pessoas que apresentam algum transtorno mental ganhou mais destaque. Segundo consta no relatório do parecer final da deputada federal Mara Gabrilli a razão pela paralisação do referido projeto se justificou em razão da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, adotada pela Organização das Nações Unidas em 2006, e que passou a existir uma pressão para que este tratado de direitos humanos fosse incorporado ao nosso ordenamento jurídico e ser equivalente a uma emenda constitucional.[21] Esta Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008, e incorporado ao nosso ordenamento nacional pelo Decreto 6949 de 2009.

---

[19] "Imaginemos uma pessoa que tem deficiência física; utiliza cadeira de rodas, encontra em seu percurso uma calçada sem buracos, com piso adequado, chega ao ponto de ônibus e também encontra um veículo totalmente adaptado, enfim, está em um ambiente acessível, suas atividades são preservadas, e a deficiência não prejudica suas funções. Encontra uma cidade em que seu administrador público preocupou-se em produzir adaptações necessárias para o seu total acesso. Numa situação assim, sua deficiência física acaba representando uma limitação muito pouco significativa. Infelizmente, não é isso que ocorre. Cf. LEITE, Flávia Piva de Almeida. Op. cit, p. 50.

[20]TESSARO, Nilza Sanches. Inclusão escolar: concepções de professores e alunos da educação regular e especial. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011, p. 33-34.

[21]GABRILLI, Mara. Parecer da relatora designada para manifestar-se sobre as emendas de Plenário ao Projeto de Lei 7669 de 2006, p.6. Disponível em www.camara.gov.br. Data de acesso: 29/07/15.

O projeto de lei ainda foi discutido por meio de grupos de trabalho, no *e-democracia*, uma tendência contemporânea de um modelo de democracia participativa, e ainda oito audiências públicas.[22]Entretanto, em que pese o avanço de uma legislação específica para aqueles que são portadores de alguma deficiência, é preciso uma reflexão maior da sua aplicabilidade, principalmente na questão pertinente à capacidade civil destas pessoas.

O referido Estatuto foi publicado em 6 de julho de 2015,com período de vacância de 180 dias. A própria Lei estabelece uma revogação expressa de alguns artigos do Código Civil, provocando grande alteração na questão relativa à incapacidade, já que trata como capazes aqueles que, pelo Código Civil eram designados como incapazes, promovendo a revogação do art. 3º, I, II e III do CC, bem como do art. 4º, inciso II ("pessoas com discernimento reduzido") e no inciso III("excepcional sem desenvolvimento completo") também do Código Civil. Esta mudança legislativa, no entendimento de Maurício Requião, representa uma grande inovação, pois nem toda pessoa portadora de algum transtorno será incapaz, conforme se observará mais adiante no texto.[23] Como já foi mencionado na introdução, apresentar um quadro de transtorno pode ser algo bem mais próximo e comum do que se possa imaginar.

A referida Lei assegura a toda pessoa com transtorno mental a igualdade de oportunidades e vedando qualquer tipo de discriminação. O próprio legislador estabelece aqueles que podem ser identificados como vulneráveis, a saber, a criança, o adolescente, idoso. Antes deste Estatuto, havia a Lei 10216/01 que concebe as pessoas com transtornos mentais enquanto "novos sujeitos de direito", ou seja, pessoas que foram excluídas da cidadania.[24] Esta Lei dispõe sobre os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, assegurando direitos a estas pessoas, tais como, por exemplo, o sigilo de suas informações, receber a maior quantidade de informações a respeito de sua doença e tratamento, e no que tange à internação, como medida excepcional, e com o propósito de promover a reinserção do internado novamente na sociedade.

---

[22] GABRILLI, Mara. Op.cit, p.10.

[23]REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. Disponível em: www.conjur.com.br. Data de acesso em 20/07/15.

[24] "Os indivíduos com transtorno mental apresentam-se como sujeitos de direito na medida em que lhes é reconhecida, social, ética e juridicamente, a autonomia ético-jurídica. São sujeitos de direitos na medida em que exercem seus direitos, sua cidadania e na proporção em que participam da própria construção dessa cidadania – por meio das Conferencias Nacionais, por intermédio da composição de comissões – associações de usuários – e até mesmo da construção e implantação das diretrizes da própria Lei 10216/01 e das tomadas das decisões para os novos rumos das políticas públicas. Dessa forma fortalecem sua *identidade e sua autonomia individual e de grupo".* MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito.* Rio de Janeiro Elsevier, 2008, p. 41, grifos no original.

O Estatuto da Pessoa com deficiência privilegia a autonomia daquele portador de alguma necessidade, em especial na questão existencial, como se pode apreender dos incisos do art. 6º. A possibilidade assegurada àquele que tem algum transtorno mental de constituir família, seja matrimonializada, seja pela união estável, o direito ao planejamento familiar, a adoção, guarda e até mesmo a possibilidade da própria pessoa com transtorno mental ser curador. Assegura ainda direitos ligados à um ensino especial, à inserção no mercado de trabalho e exercício dos direitos políticos, além do acesso à justiça. Atribui ao Estado, à sociedade e a família a responsabilidade para assegurar a efetividade dos direitos das pessoas com os transtornos mentais.

O novo Código de Processo Civil (CPC) estabelece a revogação no seu último artigo, do instituto da interdição no Código Civil. A técnica de revogação foi apropriada, à medida que a legislação processual não empregou a expressão "revogam-se as disposições em contrário", típica da revogação tácita, mas forma expressa e explícita. Entretanto, esta revogação provocou um problema pois teria neste caso revogado também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é lei anterior ao atual Código de Processo Civil, e pelo critério cronológico a lei posterior revoga a anterior

Uma possível saída para esta questão consiste em seguir o pensamento de Maria Berenice Dias, no sentido de que o CPC deve ser interpretado conforme a Convenção sobre os Direitos da Pessoa Portadora com Deficiência, com força de emenda constitucional.[25] Para o processualista Fredie Didier Júnior sustenta que ambas as leis devem ser interpretadas no sentido de conferir uma "coerência ao sistema", e neste aspecto, a revogação promovida pela legislação processual considerou aquilo que estava previsto no diploma civil, que não contemplava a inovação prevista da autointerdição no Estatuto.[26] O fundamento do próprio incapaz solicitar sua interdição se justifica pelo mesmo fundamento que a internação voluntária com o consentimento do usuário, conforme o artigo 6º, I, da Lei 10216/01.

[25] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 670.
[26] DIDIER JUNIOR, Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/. Data de acesso: 10/4/2016.

3. A curatela e a decisão apoiada no Estatuto da Pessoa com Deficiência

A curatela apresenta dois significados; pode ser entendida enquanto norma processual, ao fazer referencia à figura do curador especial, e também, em sentido estrito, em que prende aos maiores de idade sujeitos à curatela.[27] Segundo Rolf Madaleno, é conceituada como "um encargo conferido a alguém, para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade, que não pode reger a vida sozinha e tampouco administrar seus bens."[28] Para Silvio Venosa, trata-se de uma espécie de múnus publico, um 'encargo imposto pelo Estado em favor da coletividade."[29] Percebe-se, pois, das definições uma ideia de que se trata de um instituto que tem por fundamento proteger a pessoa maior incapaz para que não venha a dilapidar seus bens e ficar em alguma situação de dependência econômica ou marginalização.

O fundamento da incapacidade daqueles que apresentam alguma enfermidade ou deficiência mental reside na "fundada na inaptidão para se conduzirem com independência, autonomia e eficiência na administração de seus bens e da sua pessoa."[30]A respeito da curatela, a crítica se fundamenta no fato de que os poderes de decisão devem ser conferidos ao representante legal, e não ao interditando, o que requer uma interpretação da curatela à luz dos valores constitucionais, principalmente nas internações, seja voluntária, involuntária ou compulsória.[31]

O advento do EPD implicou em algumas alterações no tratamento legislativo à figura do incapaz. Em primeiro lugar, com a revogação dos dispositivos sobre a incapacidade, já mencionados anteriormente, só se pode falar em incapacidade absoluta em caso de menoridade, além da alteração da incapacidade relativa. E neste caso, poderão realizar todos os negócios jurídicos, de forma plena, sem qualquer intervenção de um curador, socorrendo-se apenas dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico, tal como a previsão dos defeitos do negocio jurídico? Será que, efetivamente, tratar uma pessoa com alguma deficiência como capaz iria lhe trazer mais autonomia e liberdade para celebrar os contratos, exercer seus direitos de proprietário, tal como o direito de dispor de um bem para ser deixado em usufruto com outrem, ou, ao revés, esta mudança poderia acarretar uma grande insegurança jurídica, tanto para o antigo incapaz, quanto até mesmo para o outro contratante.

---

[27] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1191.
[28] MADALENO, Rolf. Op. cit,p. 1192.
[29] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 496.
[30] MADALENO, Rolf. Op. cit,p. 1204.
[31] ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.162-163.

Em relação à esta questão, há quem sustente que foi criado a figura de uma curatela para capazes, já que, por força de lei, estas pessoas outrora designadas como incapazes agora serão capazes.[32] Na verdade, o que visa o referido Estatuto é conferir, cada vez mais, uma autonomia àquele reconhecido por ser incapaz e apenas positivou aquilo que já deveria ter feito antes, tratando a curatela de forma excepcional, em última razão, pois, de fato, há casos em que a manifestação de uma pessoa fica muito comprometida e seria necessária a intervenção de um curador. Entretanto, naquilo que for possível, deve-se conceder a autonomia para a pessoa que passa pela interdição, a fim de não suprimir os espaços de subjetividade próprios de cada um de nós.[33]

Neste contexto, o EPD estabelece no seu art. 84 § 3 que a curatela será excepcional, proporcional às necessidades e circunstancias do caso concreto e terá a menor duração possível. A ideia é que, efetivamente, a aplicação da curatela seja uma última medida e, caso seja necessária sua aplicação, que seja feita em favor, efetivamente do curatelado.

Em relação à legitimidade para solicitar a curatela, o art. 1768 do CC, com alteração do EPD, que retirou a expressão "interdição" para empregar a expressão "processo que define os termos da curatela". A alteração da redação pode ser justificada pela ideia defendida de que não ficaria em consonância falar que as pessoas capazes precisariam ser "interditadas", já que é uma medida própria para os incapazes. Aliás, na visão de Paulo Lobo, o EPD retirou do nosso ordenamento jurídico a figura da interdição, mas de uma curatela específica que será realizada avaliando as circunstancias do caso, dentro do menor tempo possível, com natureza de medida protetiva, apenas para os aspectos patrimoniais. [34]

Antes da edição do Estatuto específico para pessoas com transtornos mentais, Célia Barbosa Abreu já defendia a necessidade de que o instituto da interdição avaliasse as potencialidades de cada pessoa, principalmente quanto às situações existenciais, onde, "a pessoa encontra terreno fértil para a realização de suas potencialidades nas mais diversas áreas (familiar, afetiva, cultural, profissional, entre outras)" o que revela que, efetivamente, a

---

[32] SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 99, jan/fev 2016, p. 33.

[33] "(...). Ao fazer o comentário sobre o art. 1772 do Código Civil, destaca-se o seguinte trecho: (...)"Por isso, de grande importância este artigo, pois a atuação do curador deverá ser na exata proporção da incapacidade, para que não reprimam os espaços de subjetividade e de autonomia do incapaz, que tem algum discernimento." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.* Vol IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 507.

[34] LOBO, Paulo. Com avanços, pessoas com deficiência mental não são mais capazes. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Data de acesso em 29/03/2016.

interdição pode ser um instrumento de proteção à pessoa se, efetivamente, for observada esta questão:

> "A falta de distinção entre a incapacidade para os atos patrimoniais e extrapatrimonais sugere uma inconstitucionalidade que a adoção arbitrária do critério do discernimento não é capaz de superar. Subordinar o exercício da atividade existencial à capacidade de discernimento significa exaltar o papel da autodeterminação numa matéria que tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa humana – ou seja, valor absoluto, indisponível e fundamental da ordem jurídica. De fato, não há como fixar um critério rígido para as situações existenciais, pois a dinâmica da história provoca mudança nas qualidades e no número de interesses da pessoa. As limitações da capacidade de agir dispostas em nível codicístico devem ser avaliadas sob o perfil da legitimidade constitucional."[35]

Assim sendo, uma pessoa portadora de transtorno bipolar, por exemplo, poderia exercer livremente sua profissão de escultor, sem necessidade de um curador, que poderia ficar responsável pela administração, por exemplo, de algum negócio deste interditado. A autora menciona um exemplo interessante, da mãe que apresente algum transtorno mental não deve ser retirada sua guarda de seu filho se, efetivamente, o transtorno em nada prejudica o exercício do poder familiar desta mãe, bem como a crítica ao art. 1548, I do Código Civil, que foi revogado pela Lei 13146/15.[36]

O artigo 85, na mesma Lei, de forma expressa, determina aquilo que a doutrina civilista já reclamava, conforme acima expostos, que a curatela será aplicada apenas a aspectos patrimoniais, restando excluídas, da curatela, nos parágrafos seguintes, o direito ao próprio corpo, sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Cuida-se, pois, de medida excepcional, na linha do entendimento de que a regra é que todos sejam capazes para celebrar os atos civis e a "restrição" a esta capacidade seja entendida de forma restrita.

Cumpre ressaltar que o Estatuto das Famílias, projeto de Lei 2285/07 apresenta no seu art. 109 a referência de que a curatela deve atender "princípio do melhor interesse do curatelado. Neste aspecto, este elemento deve ser levando em consideração pelo juiz a fim de verificar se, de fato, cabe a curatela, seus limites, e em que medida poderia caber uma decisão apoiada, de que se falará adiante. Se o melhor interesse de um curatelado é que fique privado de realizar determinados contratos agrícolas, porque não apresenta compreensão mínima para a realização de tal contrato, mas, por outro lado, realiza atividades esportivas e competitivas, com plena ciência, deverá ser considerado capaz para estes atos.

---

[35] ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 167.
[36] ABREU, Célia Barbosa. Op. cit, p. 168.

A proposta de uma flexibilização pela curatela foi sustentada por Célia Barbosa Abreu, no sentido de que àquele que se submete a interdição deve ser observado os seus direitos fundamentais, bem como a sua inclusão social.[37] A questão das pessoas com algum tipo de transtorno mental comporta uma série de divisões, e não existe o transtorno mental em abstrato, mas concreto. Além disso, é até mesmo possível que pessoas que apresentem o mesmo quadro clínico em termos de alguma deficiência mental podem apresentar desenvolvimentos distintos. Aliás, é importante ressaltar que é perfeitamente possível uma pessoa apresentar um quadro de transtorno e não ser incapaz, conforme assinala Maurício Requião Sant'ana, pois a pessoa com transtorno é aquela que "apresenta um padrão psíquico que se afaste daquele considerado normal" sendo uma categoria da área médica, diferente da incapacidade, que pode ter várias causas, dentre elas, o transtorno mental.[38]

Um instrumento que também poderá auxiliar as pessoas que apresentam algum tipo de transtornou consiste na tomada de decisão apoiada, inovação com o EPD que procedeu a alteração legislativa, com previsão do art. 116, que incluiu o art. 1783-A do CC. Trata-se de uma figura em que são eleitas ao menos duas pessoas para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil.

A inovação recebeu a designação de um *tertius genius* entre os institutos assistencialistas da tutela e curatela de Nelson Rosenvald, que a compreende enquanto:

> "(...) Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais."[39]

A hipótese da tomada de decisão apoiada, segundo o próprio Nelson Rosenvald, não substitui a curatela, mas atua de forma paralela, de tal forma que seria possível até mesmo que

[37] ABREU, Celia Barbosa. Op. cit. p. 177.
[38] SANT'ANA, Maurício Requião de. Autonomia, Incapacidade e Transtorno Mental: Propostas pela promoção da dignidade. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015, p. 163-165.
[39]ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956. Data de acesso em 28/3/16.

eventual levantamento de interdição seja substituído pela adoção deste instrumento de decisão apoiada.[40]

Assim sendo, a decisão apoiada reforça cada vez mais a excepcionalidade da curatela, não provocando atitude tão invasiva sobre a liberdade da pessoa. No entanto, para que cumpra a sua finalidade, de promoção da pessoa humana, é necessário que, efetivamente, aqueles que auxiliam na decisão se orientem pelo melhor interesse do curatelado, isto é, que ao decidir possam, ao máximo, valorizar as escolhas daquele que solicitou esta decisão; por isso é que a designação destas pessoas deva ser, em regra, personalíssima e pessoas que tenham uma grande proximidade.

Uma questão que se apresenta consiste em discutir se, efetivamente, as pessoas consideradas incapazes, por meio de um procedimento judicial de interdição, com o advento do EPD ainda ficariam nesta situação jurídica. A situação de capaz ou incapaz (absoluta ou relativamente) reflete um aspecto do estado de uma pessoa, isto é, sua qualificação jurídica, na seara do estado pessoal. Esta qualificação apresenta grande relevância na questão contratual, eis que o incapaz pode ser titular de direitos e sujeito de deveres, não fica completamente excluído de estabelecer relações obrigacionais. Neste sentido, há quem sustente que a partir da vigência do EPD haverá uma aplicação imediata da nova lei, e os que foram interditadas em virtude de alguma enfermidade ou deficiência mental serão tratados como capazes, "*ope legis*", por força da lei, de forma automática, ficando apenas obrigado a proceder uma averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo "levantamento" da interdição, a fim de conferir a devida publicidade[41]

---

[40] "Ao invés de restringirmos a possibilidade da pessoa curatelada acessar o regime de tomada de decisão apoiada enquanto não ocorre o levantamento da interdição, podemos tranquilamente admitir que, com base no tradicional, "quem pode o mais, pode o menos", defira-se à pessoa curatelada -ou o curador, ou o Ministério Público- a legitimidade de, alternativamente ao requerimento de levantamento de interdição (que se acolhido lhe restituirá capacidade plena), pleitear ao juiz competente a substituição da curatela pelo modelo de Tomada de Decisão Apoiada, no qual se libertará das amarras da incapacidade relativa, com preservação do importante auxílio de dois apoiadores." ROSENVALD, Nelson. Op. cit.

[41]Em outras palavras, será desnecessária qualquer medida judicial tendente ao levantamento da interdição decretada com arrimo na legislação civil moribunda. Todavia, providencia fundamental a ser promovida será a averbação do levantamento de interdição no "Livro E" do Registro Civil das Pessoas Naturais em que esta foi inscrita. Apesar de não ter este ato natureza desconstitutiva - vez que a cessação da incapacidade dar-se-à, automaticamente, com a entrada em vigor da Lei 13146/15 -, tal averbação garante, além da primazia da realidade dos registros públicos, a adequada publicidade da cessação da incapacidade daquela pessoa, evitando-se, assim, possíveis prejuízos ao próprio registrado e a terceiros. Somente com esta averbação permitir-se-á que terceiros tenham efetivo conhecimento de que aquele individuo não é mais interdito e goza de plena capacidade, garantindo-se segurança jurídica aos atos e negócios jurídicos futuros. Cf. RIBEIRO, Moacyr Pretrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 99, jan/fev 2016, p. 40-41.

Por outro lado, há orientação de que, nada obstante a regra de aplicação imediata da lei nova, e neste caso, aplicar-se-ia àqueles que outrora foram designados como incapazes, pois poderia parecer ilógicos a coexistência de deficientes que sejam capazes para a vida civil e outros não. Entretanto, em relação ao aspecto da coisa julgada, Atalá Correa defende uma revisão dos interditados, para seguir um regime de incapacidade relativa ou de decisão apoiada.[42]

De fato, é preciso respeitar a coisa julgada, embora neste caso particular das interdições é admissível o levantamento da interdição, quando cessar os motivos que a determinaram. Entretanto, há um ponto a se acrescentar: a nova lei não é retroativa, e simplesmente descaracterizar todas as interdições promovidas antes deste Estatuto significa uma ofensa à segurança jurídica. A mera interpretação gramatical desta legislação pode acarretar circunstâncias destoantes do que a lei prescreve, e neste passo, ao prever a revogação dos artigos que tratam da incapacidade, deve-se interpretá-la de forma história e teleológica. Em termos históricos, é de se compreender que a figura de uma pessoa que apresente algum distúrbio ou transtorno não deveria ser mais vista de forma excludente, mas numa sociedade pautada pela solidariedade prevista na atual Constituição. Ademais, ao atribuir uma capacidade de fato a finalidade da lei consiste justamente em conferir cada vez mais uma autonomia nas atividades negociais ou não evitando, o quanto possível, a interdição.

Na simples interpretação literal, os contratos celebrados antes do referido Estatuto não poderiam ser anulados, por ação própria, com fundamento na incapacidade de um contratante se a outra parte é beneficiada, e agiu de má-fé, á medida em que o prejudicado deixou de ser incapaz, por força da lei. Neste caso, poderia talvez invocar algum defeito do negócio jurídico, tal como erro, dolo da outra parte. Por outro lado, os contratos que se realizarão depois da vigência desta Lei também precisarão de um curador, um representante legal, ou o emprego da decisão apoiada, sempre que se constatar um prejuízo à pessoa interditada por uma atuação prejudicial de um terceiro. Embora pelo aspecto formal da lei seja tratado como incapaz, na essência, se esta pessoa não tem aptidão para exercer atos patrimoniais sem sofrer nenhum prejuízo.

[42] CORREA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência Traz Inovações e Dúvidas. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nª 99, jan/fev 2016, p. 25-26.

No que se refere aos atos existenciais, todavia, estas pessoas com deficiência ou transtorno deverão ser tratadas como capazes, valorizando sua autonomia para fazer as escolhas que reputam ser as melhores para sua vida. É neste sentido que aquele que apresenta alguma deficiência mental pode ter plena convicção com quem deseja casar, ter filhos e constituir uma família; praticar determinado esporte que lhe faz bem, podendo até mesmo participar de competições oficiais, e para estes efeitos, ser considerados capazes.

Conclusão

A pessoa que apresenta alguma deficiência é, antes de tudo, uma pessoa, e como tal, merece respeito e proteção. Não se pode mais entender que existam preconceitos e não inserção daqueles tidos por "incapaz" na sociedade, em vários campos, seja na esfera escolar, do trabalho. Por outro lado, cada vez mais tem se percebido que a deficiência que uma pessoa apresenta pode implicar em alguma restrição à sua liberdade de agir, desde que haja uma fundamentação e uma razoabilidade, e não de forma plena, privando-a totalmente de realizar atos, em especial, aqueles ligados ao aspecto existencial.

O sistema das incapacidades foi durante muito tempo pensado na lógica de uma internação que, ao contrário de promover a pessoa humana, retirava toda sua escolha e voltada mais para proteger o patrimônio que as escolhas pessoais. Não se quer afirmar que o patrimônio de uma pessoa não tenha sua relevância, mas é preciso verificar que a incapacidade deve ser entendida como medida excepcional, que deve ser empregada justamente para tutelar aquele que precisa de um tratamento diferenciado em razão de algum transtorno ou deficiência que possui.

O surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu uma série de modificações no tratamento jurídico àqueles que apresentam algum tipo de deficiência ou transtorno, dentre elas, a designação de que agora são tratados como capazes para os atos da vida civil. Entretanto, a aplicação literal desta legislação pode provocar um efeito inverso daquele pretendido pela lei, e assim, ao invés de promover a cidadania destas pessoas, acarretar prejuízos e danos em razão de determinadas escolhas. Em outras palavras, ainda que formalmente sejam considerados capazes – já que a lei é inequívoca quanto a revogação daqueles que eram tratados como absolutamente e relativamente incapaz, no que tange à sua saúde – deve-se ter em mente que materialmente ainda precisem de um auxilio e deveriam, neste caso, ser tratados como incapazes.

A aplicação de um regime diferenciado para estas pessoas capazes, por sua vez, objetiva justamente a promoção da pessoa humana, em que a restrição para realizar determinados atos são devidamente justificadas e fundamentadas pelo Judiciário, analisando caso e caso, e verificando que, em algumas situações seja empregado a curatela ou, em outros, a tomada de decisão apoiada.

A curatela deve ser uma medida, de fato, excepcional, ou seja, quando, efetivamente, ficar constatado que a deficiência de alguém comprometa, de fato, a manifestação de sua vontade, a ponto de requerer que outrem fale por ela. O fato de uma pessoa apresentar um quadro clínico de transtorno mental não implicará na obrigatoriedade da curatela total sendo possível uma curatela parcial, uma decisão apoiada e até mesmo a possibilidade da própria pessoa solicitar sua interdição, para determinados atos.

Referências bibliográficas:

BARRETO, Wanderdei de Paula. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Tereza (coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral.* v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORREA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência Traz Inovações e Dúvidas. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nª 99, jan/fev 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/. Data de acesso: 10/4/2016.

GABRILLI, Mara. Parecer da relatora designada para manifestar-se sobre as emendas de Plenário ao Projeto de Lei 7669 de 2006, p.6. Disponível em www.camara.gov.br. Data de acesso: 29/07/15.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *Direito civil: parte geral.* São Paulo: Atlas, 2006.

LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In: *Revista de Direito Brasileira*. Ano 2. Nº 3, julho/dezembro, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Com avanços, pessoas com deficiência mental não são mais capazes. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Data de acesso em 29/03/2016.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família.* 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAGALHAES, Naiara; CAMARGO, José Alberto. *Não é coisa da sua cabeça.* Belo Horizonte: Gutemberg, 2012.

MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito.* Rio de Janeiro Elsevier, 2008.

NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol I. Revista por Maria Celina Bodin de Moraes. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. Disponível em: www.conjur.com.br. Data de acesso em 20/07/15.

RIBEIRO, Moacyr Pretrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 99, jan/fev 2016.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral no novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956. Data de acesso em 28/3/16.

SANT'ANA, Maurício Requião de. *Autonomia, Incapacidade e Transtorno Mental: Propostas pela promoção da dignidade.* Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol 22. Abril/jun, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. In*: Revista Trimestral de Direito Civil.* Vol 33, jan/mar 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TESSARO, Nilza Sanches. *Inclusão escolar: concepções de professores e alunos da educação regular e especial*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Vol 1. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito civil: direito de família*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.