



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



EDMILSON CRUZ JÚNIOR

A pessoa com deficiência mental-intelectual:

Um estudo crítico sobre a Lei Brasileira de Inclusão e uma tentativa de integração da
Convenção de Nova Iorque no direito privado.

Recife

2019

EDMILSON CRUZ JÚNIOR

A pessoa com deficiência mental-intelectual:

Um estudo crítico sobre a Lei Brasileira de Inclusão e uma tentativa de integração da Convenção de Nova York no direito privado.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações das relações jurídicas privadas.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Recife

2019

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB4-1736

C955p Cruz Júnior, Edmilson.
A pessoa com deficiência mental-intelectual: um estudo crítico sobre a Lei Brasileira de Inclusão e uma tentativa de integração da Convenção de Nova Iorque no Direito Privado / Edmilson Cruz Júnior. – 2019.
147 f.

Orientador: Silvio Romero Beltrão.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.
Inclui referências.

1. Pessoa com deficiência. 2. Lei Brasileira de Inclusão. 3. Portador de deficiência. 4. Direito Privado. I. Beltrão, Silvio Romero (orientador). II. Título.

342.81085 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2019-24)

EDMILSON CRUZ JÚNIOR

A pessoa com deficiência mental-intelectual: Um estudo crítico sobre a Lei Brasileira de Inclusão e uma tentativa de integração da Convenção de Nova Iorque no direito privado.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em: 08/02/2019.

BANCA EXAMINADORA

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do(a) primeiro(a), submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco/PPGD

Prof. Dr. Roberto Paulino (Presidente e 1º Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco/PPGD

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (Examinador externo)
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

Prof^{fa}. Dr^a. Fabiola Lôbo (2º Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco/PPGD

Dedicatória

À minha amada esposa, **Camila**, e aos meus filhos, **Netinho e Marina**, pela paciência e tolerância exigidas em virtude de minhas ausências. A vocês também pertence essa conquista!

*Ando devagar porque já tive pressa e levo esse
sorriso porque já chorei demais.*

Hoje me sinto mais forte, mais feliz, quem sabe.

Só levo a certeza de que muito pouco sei.

Ou nada sei...

Tocando em frente (Almir Sater/ Renato Teixeira)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, a Deus, fonte de energia, inspiração e força espiritual, a quem chamo de Grande Arquiteto do Universo.

Aos meus pais, Edmilson (*in memoriam*) e Marta, pelo amor que conforta, pela dedicação que inspira, pelo exemplo que me anima a continuar lutando pela realização dos meus sonhos.

Aos meus irmãos, Valéria, Cristina, Hilda e José Neto, pelo apoio incondicional durante essa jornada acadêmica e em todos os momentos da minha vida. Agradeço, especialmente, pela amizade e pelo afeto que nos une.

Aos meus colegas que atuam no 3º Juizado Especial Criminal da Capital, pela parceria, amizade e pelo crescimento mútuo.

À Universidade Federal de Pernambuco, local de formação e trabalho.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito/PPGD/UFPE, pela seriedade com que conduz os processos e pelas condições que viabilizaram a concretização dessa etapa formativa.

Ao meu orientador, Prof. Dr. SILVIO Romero BELTRÃO, pela disponibilidade em dialogar e dar prosseguimento à orientação dessa dissertação. Pela sabedoria, flexibilidade, compreensão, enfim, pela postura profissional e humana com que conduziu todo o processo de estudo.

Aos amigos que integram o Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP), liderado pelo Prof. Dr. PAULO Luiz Neto LÔBO, pelos conhecimentos proporcionados e os saberes compartilhados.

Aos professores FABÍOLA Santos Albuquerque LÔBO, Francisco IVO DANTAS Cavalcanti, LARISSA Maria de Moraes LEAL, ROBERTO PAULINO de Albuquerque Júnior, ALEXANDRE Ronaldo DA MAIA e ARTUR STAMFORD da Silva pelos ensinamentos que me foram confiados em sala de aula, trazendo valiosas sugestões e contribuições.

Por fim, à minha esposa CAMILA Abreu Teixeira CRUZ, pela revisão e sugestões sempre pertinentes que propiciaram uma significativa melhoria deste trabalho.

RESUMO

O regime jurídico das incapacidades e da curatela, no Brasil, passou por mudanças profundas após a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Apesar da existência dos princípios constitucionais e da cláusula geral de tutela da pessoa, o Código Civil de 2002 não havia permitido o pleno reconhecimento da autonomia das pessoas com deficiência. Não obstante, o Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, alterando significativamente a abordagem da questão, o que impactou na proteção da pessoa incapacitada. A adesão internacional do Brasil àquela Convenção forçou a elaboração de uma lei nacional de inclusão. Em vigor desde 03 de janeiro de 2016, a Lei nº 13.146/2015 trouxe, inicialmente, alterações importantes no conceito de incapacidade e, por consequência, nas ações de interdição, especialmente no que se refere aos limites da curatela. A norma legal também inseriu um novo mecanismo de proteção à pessoa com deficiência. A tomada de decisão apoiada provocou uma reviravolta no regime das capacidades e no plano do direito protetivo. Daí a necessidade de desenvolver uma pesquisa baseada na releitura de dispositivos do direito privado.

Palavras-chave: Lei brasileira de inclusão. Pessoa com deficiência. Capacidade. Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT

The legal regime of disabilities and guardianship, in Brazil, had passed through deep changes after Convention on the Rights of Persons with Disabilities ratification. Even though there were constitutional principles and general clause of guardianship of the person, the Civil Code of 2002 had not allowed the full recognition of disabled people autonomy. However, Brazil signed the ONU's Convention on the Rights of Persons with Disabilities, changing substantially the subject, impacting on protection of disabled person. The international accession of Brazil in that Convention forced the drafting of a national law on inclusion. With the existence since January 3, 2016, the Law 13.146/2015 brought, initially, important changes in the meaning of incapacity and, consequently in interdiction legal actions, especially with regard to the limits of guardianship. This law also included a new mechanism to disabled person protection. The institute of "decision-making supported" caused a turnaround on capacity regime and in the protective law area. That's the reason to develop a research based on the re-reading of private law.

Keywords: Brazilian inclusion law. Disabled person. Capacity. Decision-making supported.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ampl.	Ampliada
atual.	Atualizada
aum.	Aumentada
CC	Código Civil
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CJF	Conselho da Justiça Federal
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
CPR	Termo inglês que significa <i>cardiopulmonary resuscitation</i>
CF	Constituição Federal
Des.	Desembargador(a)
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DNR	Declaração de Não Ressuscitar
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ED	Embargos Declaratórios
ed.	Edição
Ed.	Editor
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
<i>et al.</i>	Abreviação da locução latina <i>et alii</i> [= e outros]
f.	folha(s)
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
i.e.	isto é
j.	Julgamento
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
LBI	Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência
LUG	Lei Uniforme de Genebra
Min.	Ministro(a)
n.	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador
p.	página(s)
PE	Estado de Pernambuco
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
Rel.	Relator(a)
REsp.	Recurso Especial
rev.	Revista
RI	Recurso Inominado
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TODA	Tomada de Decisão Apoiada
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
tir.	Tiragem

Trad.
UFPE
v.
v.g.

Tradução
Universidade Federal de Pernambuco
Volume
Abreviação da locução latina *verba gratia*, [= por exemplo]

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	25
2.1	Uma visão geral	25
2.2	A Capacidade Civil à luz da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência	27
2.3	A Teoria da Incapacidade	28
2.4	A permanência da incapacidade absoluta com fundamento no critério subjetivo	33
3	A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	36
3.1	Considerações gerais	36
3.2	Curatela ou tomada de decisão apoiada?	39
3.3	Critério moderno para delimitar a deficiência	42
3.4	O processo e o procedimento da tomada de decisão apoiada	44
3.4.1	Requisitos da petição inicial	44
3.4.2	O termo de apoio e a autonomia da vontade	47
3.4.3	Equipe multidisciplinar	49
3.4.4	O pronunciamento judicial	50
3.4.5	Responsabilidade dos apoiadores em relação a terceiros	52
3.4.6	Responsabilidade dos apoiadores em relação ao apoiado	54
3.4.7	Incidente processual na tomada de decisão apoiada	56
3.4.8	Resilição unilateral do termo de apoio	57
3.5	A fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada	58
3.6	O biodireito à luz da pessoa com deficiência	59
3.6.1	A autonomia do paciente e o paternalismo do profissional	60
3.6.2	O paternalismo <i>versus</i> o paciente com deficiência	63
4	OS EFEITOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA DEFICIENTE SOBRE O DIREITO PRIVADO	69
4.1	A anulação de casamento por defeito no elemento volitivo	69
4.1.1	Noções gerais	69

4.1.2	Plano de validade.....	71
4.1.3	Anulabilidade do casamento.....	72
4.1.4	Validade do casamento para o deficiente mental e intelectual.....	77
4.1.5	Nulidade do casamento.....	79
4.2	A pessoa com deficiência na teoria geral das obrigações.....	80
4.2.1	Efeitos obrigacionais.....	80
<i>4.2.1.1</i>	<i>Pagamento direto.....</i>	<i>80</i>
<i>4.2.1.2</i>	<i>Pagamento por consignação.....</i>	<i>83</i>
4.2.2	Efeitos contratuais.....	86
<i>4.2.2.1</i>	<i>Contrato com pessoa a declarar.....</i>	<i>87</i>
<i>4.2.2.2</i>	<i>Contrato de doação.....</i>	<i>90</i>
<i>4.2.2.3</i>	<i>Contrato de depósito voluntário.....</i>	<i>95</i>
<i>4.2.2.4</i>	<i>Contrato de fiança.....</i>	<i>102</i>
4.3	A obrigação da pessoa com deficiência e os títulos de crédito.....	110
4.3.1	Endosso próprio e impróprio.....	112
4.3.2	A incapacidade no endosso-mandato.....	113
4.4	O deficiente como empresário.....	118
4.4.1	Noções gerais.....	118
4.4.2	Incapacidade do empresário unipessoal.....	119
<i>4.4.2.1</i>	<i>Absoluta.....</i>	<i>119</i>
<i>4.4.2.2</i>	<i>Relativa.....</i>	<i>121</i>
<i>4.4.2.3</i>	<i>Capacidade condicionada.....</i>	<i>121</i>
4.4.3	Autorização judicial para o empresário incapaz.....	122
4.4.4	Exclusão do sócio incapaz.....	125
5	A PROVA TESTEMUNHAL SOB O ENFOQUE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	129
5.1	Problematização.....	129
5.2	Antinomia.....	130
5.3	Nossa proposta.....	132
5.3.1	Deficiência que provoca incapacidade (absoluta ou relativa).....	133

5.3.2	Deficiência que não provoca incapacidade para testemunhar.....	134
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
	REFERÊNCIAS.....	142

1 INTRODUÇÃO

O conceito de pessoa é hoje usado contra a própria humanidade a ponto de encontrarmos-nos às voltas com uma antiga forma de discriminação humana: o preconceito contra pessoas com deficiência. Depois da conquista árdua de uma crença na dignidade do homem e nos direitos humanos, com repulsa às formas injustificadas de tratamento discriminatório com fundamento e diversos fatores, velhos tabus estão se renovando, especificamente através da discriminação segundo o desenvolvimento físico e intelectual da pessoa. Com efeito, Palazzani (2007, p. 106) adverte:

Há também aqueles que insistem na necessidade absoluta da razão, entendida como um exercício efetivo (portanto, no sentido máximo), para definir a pessoa. Essa teoria acaba por identificar a pessoa [...] com o momento da manifestação da capacidade de inteligência e autodeterminação.

O presente trabalho terá a finalidade de considerar o Estado da Pessoa com Deficiência, atribuindo particular relevo ao Direito Privado. Buscaremos, portanto, abrir uma discussão acerca do tratamento jurídico conferido a estas pessoas, acometidas de deficiência mental ou intelectual, abordando o tema sob a luz da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, em especial, as alterações implementadas e sua dinâmica nas relações jurídicas. Assim, ao compreender as causas que determinam a deficiência do indivíduo, permite-se o autoconhecimento, pavimentando o caminho à possibilidade de enobrecer sua conduta. “O fato de uma pessoa assegurar que padece esta ou aquela deficiência nem sempre prova que esteja certa, já que com frequência isso provém do desconhecimento que tem de si mesma” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2012, p. 14).

Impende ressaltar, ainda, que a proteção específica das pessoas com deficiência é tema renovado no Brasil, tendo iniciada sua discussão através da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Essa norma introduziu o assunto em nosso ordenamento jurídico e, de maneira superficial e presa às tradições, disciplinou o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social. Também abordou a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos, tipificando alguns crimes.

O tema permaneceu esquecido até que, em 2006, ganhou novamente destaque no âmbito internacional, após a aprovação da Convenção de Nova Iorque,

denominada de **Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)**. Desta elaboração, participou o Estado Brasileiro, que a ratificou em 30 de março de 2007, trazendo-a para aprovação através do Poder Legislativo. Em 09 de julho de 2008, o Presidente do Senado Federal ratificou internamente a Convenção de Nova Iorque, por meio da promulgação do Decreto Legislativo nº 186. O Chefe do Poder Executivo, posteriormente àquela aprovação, promulgou o Decreto Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, cumprindo o rito de ratificação dos tratados em geral e dando aplicação ao diploma dentro do nosso ordenamento jurídico, de acordo com o que dispõe o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a Convenção de Nova Iorque, considerando o processo legislativo adotado, não entrou no nosso ordenamento jurídico como norma supralegal, mas sim com *status* de norma constitucional, especialmente pelo fato de ter sido aprovada com quórum qualificado e concernente às emendas constitucionais. Em razão disso, ela se sobrepõe a toda legislação infraconstitucional, impondo o cumprimento de suas diretrizes, sobretudo no que concerne às obrigações estatais, a exemplo do compromisso assumido no desenvolvimento de políticas públicas voltadas à promoção da igualdade material em favor das pessoas com deficiência, além de medidas eficazes para evitar situações discriminatórias (PIOVESAN, 2012).

A ratificação trouxe, portanto, uma série de desafios ao Estado brasileiro. Dentre eles, destaque-se a necessidade de elaboração de uma norma interna que regulamentasse, em sintonia com a Convenção de Nova Iorque, a situação jurídica da pessoa com deficiência. Após 08 anos da ratificação internacional, o Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 foi convertido na Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, tendo como base a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Com vigência a partir de 03 de janeiro de 2016, o resultado foi fruto de um processo de construção coletiva, recebendo a intervenção da sociedade civil, em especial de grupos organizados em busca do reconhecimento e da proteção da pessoa deficiente; culminando, assim, na elaboração da **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI)**, também denominada de **Estatuto da Pessoa**

com Deficiência (EPD)¹, cujo texto aborda o igual reconhecimento, perante a lei, das pessoas com deficiência em relação às demais.

A Convenção de Nova Iorque, ao propor aos Estados signatários o reconhecimento da **capacidade legal plena** das pessoas com deficiência, buscou (i) ratificar a ideia de isonomia quanto à capacidade de direito, garantindo a qualquer pessoa, deficiente ou não, plena aptidão para adquirir direitos e obrigações no âmbito civil; e, sobretudo, (ii) superar o modelo tradicional de subcidadania ao qual se acreditava estarem submetidos esses indivíduos. Com efeito, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente tenta superar a ideia de limitar a capacidade de exercício, buscando reconhecer a autonomia e a capacidade da pessoa com deficiência, como pressupostos de sua dignidade humana (REQUIÃO, 2016). Desta maneira, “Ao dispor que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica nas mesmas bases que as demais pessoas, a Convenção avança e impede a supressão da capacidade civil da pessoa com base na sua deficiência” (REIS, 2008, p. 55).

Nesse sentido, embora a Lei nº 13.146/15 tenha excluído a deficiência dentre as hipóteses de incapacidade (de exercício) absoluta (Código Civil, art. 3º) – o que demonstra forte sintonia com a Convenção de Nova Iorque – o novo diploma garantiu apenas parcial emancipação, pois reconheceu nestes sujeitos uma relativa capacidade de exercício (Código Civil, art. 4º, III), tolhendo-lhes, em certa medida, a autonomia atrelada à cidadania.

É inegável, contudo, que houve uma reconstrução do conceito de incapacidade de exercício. Da mesma forma, demonstra importância a regulamentação do artigo 12, 3 da Convenção de Nova Iorque, que dispõe sobre o novo modelo jurídico da “tomada de decisão apoiada”, muito semelhante ao tratamento dado pela Itália (Lei nº 06/2004), com a *amministrazione di sostegno* (administração de apoio), cuja norma legal busca dar maior flexibilidade e elasticidade na proteção da pessoa deficiente. O assunto também alcançou a América Latina além de nossas fronteiras, tendo a Argentina introduzida, no artigo 43 do seu Código Civil, a figura jurídica *apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial*, já em vigor desde o início de 2016 (ARGENTINA, 2016).

¹ Utilizam-se indistintamente estas duas nomenclaturas e/ou abreviaturas, pois representam a mesma norma legal (Lei nº 13.146/2015).

No capítulo 01 do presente estudo, teremos o objetivo de definir deficiência à luz do nosso ordenamento jurídico, em especial relacionado à parte geral do Código Civil de 2002, além de apontar uma interpretação que melhor atenda aos interesses e proteções voltados à pessoa com deficiência (BETTI, 1950). Avaliaremos as lacunas e contradições deixadas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, principalmente no que concerne aos critérios legais para definição de deficiência, aplicação da curatela e escolha da tomada de decisão apoiada, sempre com enfoque na teoria da incapacidade (BEVILAQUA, 1980). Ainda neste tópico, buscaremos demonstrar que, a despeito de ter sido excluído do CC/02, ainda persiste o critério subjetivo para caracterização da incapacidade absoluta.

O exame do discurso a partir da leitura bibliográfica permitirá, portanto, conclusões acerca das críticas que precisam ser feitas, mormente diante do risco em aplicar um direito assistencial mais severo, em flagrante dependência às ideias tradicionais e em descompasso com a atualidade (FARIAS *et.al.*, 2016).

No capítulo 02, considerando a insuficiência normativa quanto ao processo de tomada de decisão apoiada e o critério moderno para delimitar o conceito de deficiência, o estudo analisará a sua aplicabilidade e indicará soluções apropriadas para suprir as lacunas existentes, sem olvidar sua condição de ferramenta inserida no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015 e, portanto, de natureza instrumental nos modelos de proteção (TARTUCE, 2016).

A discussão compreenderá, portanto, os efeitos práticos e jurídicos que o Estatuto da Pessoa Deficiente introduziu no nosso o jurídico, em especial, a tentativa de assegurar e de promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais (MENEZES, 2015). O assunto estará voltado aos principais aspectos quanto às condições de igualdade nas relações privadas, dando ênfase à aplicabilidade da medida protetiva mais adequada ao caso concreto, bem como a fungibilidade entre elas, tendo por fundamento o microssistema de proteção à pessoa com deficiência (ALENCAR *et.al.*, 2016). Ainda neste tópico, faremos um estudo acerca da LBI à luz do biodireito, abordando o conflito entre a autonomia de vontade do paciente com deficiência e os paternalismos dos profissionais da saúde, tendo como pano de fundo a decisão acerca do tratamento terapêutico e sua recusa, mesmo com risco à vida do enfermo (BELTRÃO, 2014 e VAUGHN, 2016).

No capítulo 03, faremos uma abordagem na parte especial do Código Civil de 2002, iniciando pelo casamento realizado por sujeito portador de defeito físico. A análise, contudo, limitar-se-á à anulação do matrimônio em decorrência de vícios ligados aos atributos da pessoa do nubente e em que condições esse casamento será considerado hígido. Mostraremos as lacunas provocadas pela reforma no art. 1.557 do CC/02, implementada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Mas também apontaremos soluções para o problema, em especial quanto à interpretação dos incisos III e IV que tratam do erro essencial quanto à pessoa do cônjuge (LÔBO, 2011). Faremos, ainda, um estudo acerca da nulidade do casamento e da possibilidade de matrimônio envolvendo nubente com alguma forma de incapacidade.

Na sequência, estudaremos as influências trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente em relação ao direito das obrigações, com destaque em algumas modalidades de extinção do vínculo obrigacional, a exemplo do pagamento e da consignação em pagamento (FIUZA, 2008). Ainda neste tópico, abordaremos contratos tipificados no Diploma Material e que têm por elemento comum o envolvimento de sujeitos deficientes, bem como as consequências jurídicas deste fato, dando ênfase ao contrato com pessoa a declarar, contrato de doação, contrato de depósito voluntário e, finalmente, contrato de fiança (ROSEVALD, 2010).

Discorreremos, ainda, sobre os efeitos da LBI no direito cambiário, especialmente no que concerne à transmissão de títulos de crédito por meio do endosso-mandato e sua relação com a Lei de Inclusão. Faremos uma análise crítica da norma legal que manteve a eficácia do endosso-mandato, mesmo quando ocorrer uma superveniente incapacidade do endossante-mandante.

Permanecendo no direito empresarial, teceremos comentários acerca do empresário unipessoal e sua capacidade para exercer uma atividade com o objetivo de lucro. O estudo apontará também em quais hipóteses o incapaz permanecerá atuando como empresário e as circunstâncias disto à luz do princípio da preservação da atividade empresarial (REQUIÃO, 1995). Por outro lado, estudaremos a situação do sujeito acometido de um reduzido comprometimento de sua cognição. O trabalho indicará neste tópico a diferença entre a emancipação e a

autorização judicial que permitem ao incapaz o exercício da atividade empresarial (MARTINS, 1998).

Além disso, ampliaremos o estudo para alcançar a sociedade empresarial e as consequências quando, em seu quadro social, há um sujeito com deficiência. O assunto será abordado com enfoque na classificação das sociedades tendo por critério a responsabilidade subsidiária dos sócios (TOMAZETTE, 2013). Faremos, ainda, uma apreciação acerca das razões que justificam a exclusão obrigatória do sócio que se tornou incapaz de maneira superveniente.

Finalmente, no capítulo 04, terminaremos esse trabalho com uma análise do novo Código de Processo Civil, destacando a admissibilidade da prova testemunhal de pessoa deficiente e a antinomia provocada com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente. Apontaremos uma solução em face do conflito das normas no tempo e, sendo mais relevante, mostraremos em que medida uma pessoa com deficiência poderá ser ouvida em juízo como testemunha ou como mero informante (NEVES, 2016).

Com relação à metodologia, esta dissertação se desenvolveu com a utilização da técnica de documentação indireta, através da qual foram feitas análises e estudos interpretativos e críticos tanto de fontes documentais (textos legislativos e decisões judiciais), quanto de fontes bibliográficas (livros, artigos, revistas e publicações), acerca da temática e da problemática proposta.

Uma das fases da pesquisa consistiu na revisão bibliográfica de materiais que versam sobre a teoria da incapacidade ligada à deficiência da pessoa. Buscamos estudos na temática da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, seja em âmbito nacional, seja internacional. Também foi feita uma revisão bibliográfica de materiais que trouxessem perspectivas críticas sobre o processo de interdição e uma análise a respeito do modelo tradicional. Assim, sobre a necessidade de conferir cidadania aos sujeitos com deficiência, foram de grande valia os trabalhos desenvolvidos por Laura PALAZZANI, Miriam PAN, Cleide Ramos REIS e Carlos Bernardo GONZÁLEZ PECOTCHE.

Paralelamente foi desenvolvido um exame da Lei nº 13.146/15 que trouxe a implantação de um novo modelo de tratamento jurídico à pessoa incapaz. Nesse contexto, o estudo documental e bibliográfico teve a finalidade de munir o pesquisador de fundamentação teórica para inferir seus resultados, como também

para auxiliar na obtenção de informações e dados. Nestes termos, foram relevantes as lições de Cláudia Lima MARQUES e Bruno MIRAGEM, teóricos a partir dos quais se desenvolveu a pesquisa a fim de compreender a busca para a eliminação do estigma da deficiência como barreira insuperável.

Quanto ao conceito de tutela e curatela, bem como da própria interdição e o seu processo, foi imprescindível a leitura de autores clássicos que se debruçaram sobre as medidas protetivas das pessoas declaradas incapazes, a exemplo de Paulo LÔBO, Caio Mário da Silva PEREIRA, Orlando GOMES, Silvio RODRIGUES, Sílvio de Salvo VENOSA.

Em relação à teoria geral do direito civil e, em especial do negócio jurídico, foi de extrema valia as lições obtidas de doutrinadores nacionais como Clovis BEVILAQUA, Marcos Bernardes de MELLO, Antônio Junqueira de AZEVEDO, bem como o italiano Emilio BETTI.

Essa abordagem teórica centrada na recente mudança normativa tem como pressuposto uma nova forma de orientação do aplicador do direito, cujo pano de fundo é a quebra de um paradigma na proteção da pessoa incapaz, instituindo uma terceira via através da tomada de decisão apoiada. Portanto, para a solução das lacunas normativas, foi imprescindível um embasamento hermenêutico alcançado por meio dos trabalhos de Carlos MAXIMILIANO, Doroti Moroldi GUIMARÃES, Ingo VOESE e Hans-Georg GADAMER.

De igual importância foi a leitura sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, através dos estudos de Flávio TARTUCE, Flávia PIOVESAN e Maurício REQUIÃO. Desta forma, possibilitou-se a reconstrução do processo de interdição, numa perspectiva teórica acerca da proteção jurídica da pessoa deficiente.

Tendo em vista o novo processo de tomada de decisão assistida, para formular uma intersecção entre as conclusões acumuladas, foram fundamentais os trabalhos desenvolvidos por autores atualizados no tema, como Joyceane Bezerra de MENEZES, Eduardo Nunes de SOUZA, Rodrigo da Guia SILVA, Cícero Pereira ALENCAR, Daniel Adolpho Daltin ASSIS e Luciana Barbosa MUSSE, cientistas que estudaram com profundidade a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência a partir de pressupostos teóricos que, embora por vezes dessemelhantes aos aqui propostos, trouxeram grande contribuição para o presente estudo.

A pesquisa incluiu ainda uma análise acerca da curatela em vez de optar pela tomada de decisão apoiada, considerando que, após a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, passou a ser possível construir um julgamento crítico e comparativo entre os dois modelos. Munido dessas respostas aos casos de uso da curatela em interdições, o pesquisador teve condições de visualizar carências legislativas, tendo sido possível inferir resultados e soluções mais adequadas. Isso permitiu o desenvolvimento de uma análise crítica das soluções apontadas. Não é por outra razão que “Uma interpretação que era, à primeira vista, evidente pode tornar-se incorreta face a um conhecimento mais aprofundado das circunstâncias” (LARENZ, 1997, p. 401).

Em relação ao direito empresarial, foram relevantes os ensinamentos obtidos por doutrinadores de escol, a exemplo de clássicos como Fran MARTINS e Rubens REQUIÃO, bem como os modernos Marlon TOMAZETTE e Waldo FAZZIO JÚNIOR.

Por fim, a pretensa neutralidade do discurso jurídico apoiou-se na ideia de que os juízes não são meros cumpridores da lei, afastando-os do aprisionamento ditado pelas normas elaboradas na esfera legislativa, sempre em busca da aplicação do princípio de justiça (PASSOS, 2000). Dessa maneira, a concepção de linguagem como instrumento, com um sentido literal enrijecido pela dogmática jurídica, perpassa a ilusão da neutralidade (LAMY, 2011).

Seguindo essa lógica, é preciso esclarecer que, para a apreciação do objeto de estudo, buscou-se o raciocínio analógico com outros ramos do direito privado e do direito processual civil. Esse modo de pensamento realiza-se de maneira perfeitamente harmônica pelo recurso ao método comparativo, que permite pensar sistematicamente um caso particular, tomando-se como base as homologias estruturais entre diferentes campos. Neste contexto, foram importantes os esclarecimentos obtidos através de Moacyr Amaral SANTOS, Pinto FERREIRA, Daniel Amorim Assumpção NEVES e Pedro Bentes PINHEIRO NETO.

Quanto às justificativas ao presente trabalho, registramos que, no último senso realizado em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou uma população no Estado de Pernambuco na ordem de 8.796.448 pessoas, com previsão de chegar a 9.410.336 em 2016 (IBGE, 2016). Desse universo, 3.326.689 entrevistados declararam que residem com, no mínimo, uma pessoa que

apresenta alguma deficiência, o que representa 37,82% dos pernambucanos. Quanto à causa, a espécie mais recorrente foi a visual com 1.932.519 (21,97%), seguida das deficiências motora com 732.438 (8,33%), auditiva com 523.055 (5,95%) e intelectual com 138.677 (1,58%).

Se projetarmos para a população estimada em 2020, chegaremos a 3.558.989 de pessoas que convivem com alguma deficiência, situação que, considerando a quantidade populacional, já justificaria uma atuação mais perceptível do Estado na adoção de medidas capazes de eliminar barreiras e permitir uma melhor inclusão social (SILVA, 2012).

Do total de pessoas com alguma deficiência, 1.346.629 representam a população masculina, enquanto 1.980.060, a feminina, incluindo-se as que residem na zona urbana e rural. Com isso, constata-se que a maioria das pessoas deficientes são mulheres (59,52%). O que mais surpreende, contudo, é a quantidade de pernambucanos deficientes acima de 20 anos que não exercem qualquer ocupação. Nestes termos, segundo o próprio IBGE, a definição de “pessoa ocupada” compreende aquelas “que tinham trabalho na semana anterior à da entrevista, ou seja, os indivíduos que tinham um patrão, os que exploravam seu próprio negócio e os que trabalhavam sem remuneração em ajuda a membros da família”².

Assim, no universo de todos os deficientes entrevistados, 1.161.568 pessoas (34,92%) não exerciam qualquer ocupação, o que representa um número preocupantemente alto. Em outros termos, mais de 1/3 da população deficiente em Pernambuco não possui atividade produtiva. É crível também que a maioria foi submetida a um processo de interdição, sujeitando-se à curatela. Registre-se, contudo, que à época da realização do senso (2010), ainda não havia a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente e, portanto, não era possível aplicar o novo processo de tomada de decisão assistida.

O grande desafio dessa mudança legislativa será convencer os aplicadores do direito a priorizar o modelo de tomada de decisão apoiada, buscando demonstrar ser esta a forma mais adequada de proteção do incapaz. Possivelmente, sendo eficaz a divulgação e a conscientização, certamente haverá uma queda do número

² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Diretoria de pesquisas, coordenação de trabalho e rendimento, pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=pe>. Acesso em: 28 out. 2016.

de curatelas e, portanto, uma redução do número de deficientes à margem do setor produtivo.

É evidente que uma pessoa com deficiência cognitiva apresenta dificuldades para resolver problemas que surgem no cotidiano, assim como estabelecer interação social, seguir regras, cumprir com seus compromissos e entender ideias abstratas. Isso significa que o Estado, a sociedade e a família devem estabelecer uma relação de muita atenção para suprir aquelas necessidades. Por este motivo, deve ser destacada a atuação do Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD), fundado em 1998, cujo objetivo é difundir a ideia de uma maior participação do deficiente na sociedade para a construção de um país mais justo e menos desigual.

Importante ressaltar que, na atualidade, pessoas com deficiência pode alcançar seus objetivos, a exemplo de colar grau ou exercer trabalho remunerado que permita arcar com despesas básicas. Sendo assim, a principal missão dos envolvidos será fornecer meios e condições para um desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência. Sobre o tema, Araújo (2001, p. 151) retrata esta preocupação no Direito português:

(...) o tratamento da problemática dos direitos e dos deveres dos deficientes não pode dispensar, sobretudo após a revisão constitucional de 1997, uma referência ao direito ao desenvolvimento da personalidade (cf. o artigo 26º, nº 1, da Constituição).

O Tribunal Constitucional português já teve ocasião de explorar as virtualidades deste direito, a propósito da interrupção voluntária da gravidez, no Acórdão nº 288/98, onde afirmou, designadamente, que o mesmo engloba “a autonomia individual e a autodeterminação” e assegura “(...) a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”.

Não é por outro motivo que a inclusão de pessoas com deficiência intelectual é um objetivo que deve ser buscado, iniciando-se através do acesso à educação e identificando suas habilidades e competências apresentadas desde a infância a fim de que isso seja trabalhado efetivamente e que a inclusão seja posta em prática. Portanto, a finalidade deste trabalho é também conscientizar as pessoas, deficientes ou não, de que uma proteção àqueles abre o caminho em busca de uma sociedade mais harmônica e solidária, com reflexos positivos em todos os setores, o que justifica a relevância da presente pesquisa.

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 Uma visão geral

A Lei nº 13.146/15 introduziu no nosso ordenamento jurídico a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), também denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Seu objetivo é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e uma efetiva cidadania (art. 1º).

A citada norma legal tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (art. 1º, parágrafo único).

Embora incomum, a lei define *deficiência* dispondo que: “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” (art. 2º).

Há, portanto, 04 (quatro) espécies de deficiências: física, mental, intelectual ou sensorial. Ademais, este dispositivo somente considera “deficiência” para fins de proteção o “impedimento de longo prazo”; sem, no entanto, apontar objetivamente este requisito. Todavia, em que pese as diferentes causas que geram as deficiências, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente vaticina que “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação”. Nestes termos, o art. 4º, § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que “Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas” (grifou-se). A regra é merecedora de aplausos, porém não leva em consideração a origem da deficiência e, para além

disso, não estima a sua potencialidade em produzir incapacidades no âmbito jurídico.

Parece-nos evidente que, em regra, uma pessoa com simples deficiência física motora é plenamente capaz de exercer os atos da vida civil, o que não ocorrerá na mesma medida quando a deficiência mental impedir a compreensão ou cognição dos atos a que se submete o sujeito. Assim, em interpretação *a contrario sensu* do citado § 1º do art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não praticará ato discriminatório quem promove tratamento diferenciado em razão da deficiência, desde que tenha o propósito ou o efeito de proteger, permitir ou estimular “o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência”.

O art. 6º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, iniciando uma análise quanto à capacidade, dispõe que:

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.

Percebe-se que, *prima facie*, a cabeça do artigo afasta qualquer hipótese de incapacidade em virtude da deficiência, trazendo em seus incisos apenas situações meramente exemplificativas (*numerus apertus*), cuja intenção é apenas reforçar a ideia contida no *caput*. Contudo, o dispositivo não esclarece que espécie de deficiência permitirá esta aplicação. Em outros termos, indaga-se: será possível concluir que, seja qual for a origem da deficiência, sempre haverá capacidade civil plena?

O legislador não restringiu, transparecendo evidente que sua intenção foi conferir uma capacidade civil de exercício a todos que se enquadrem na situação de deficiente. O art. 84 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente acrescenta que “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Com efeito, esta situação nos autoriza a concluir que a *mens legis* inclinou-se no sentido de que

todas as modalidades de deficiências humanas ensejam uma capacidade civil plena, sem levar em consideração a origem ou mesmo o grau da deficiência.

Todavia, não deve ser esta a conclusão mais acertada. Em verdade, não nos parece possível que uma pessoa portadora de deficiência impeditiva de entendimento da realidade, por força de lei, como que por um passe de mágica, comece a compreender integralmente os fatos à sua volta e a imputação jurídica. Portanto, iniciaremos algumas críticas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme se verá adiante.

2.2 A Capacidade Civil à luz da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, dentre outras inovações, alterou a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil. Desta forma, tratou de maneira diversa o enquadramento jurídico da incapacidade de exercício para a pessoa deficiente. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, extirpou o critério subjetivo da incapacidade absoluta, restringindo-se apenas ao critério objetivo: menores de 16 anos. Neste contexto, não podemos olvidar que a deficiência, sempre de origem biológica (nata ou adquirida), traz consequências relevantes para o direito. Por esta razão, entendemos ser necessária uma avaliação individualizada de cada forma de deficiência, sendo este o caminho inarredável para alcançar os objetivos traçados na Convenção de Nova Iorque, assim como na nossa Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (ALENCAR *et al.*, 2016).

Embora transpareça diferente após uma rápida leitura do Estatuto da Pessoa com Deficiência, fica evidenciado que o legislador não quis dar tratamento igualitário às pessoas, separando aquelas ditas “normais” de outras enquadradas como deficientes. Assim, para ilustrar esta afirmação, imaginemos um sujeito com visão subnormal (deficiência sensorial) ou com dificuldade na marcha motora (deficiência física), enquanto outro com enfermidade cognitiva grave (deficiência mental) ou com sérias dificuldades de compreensão (deficiência intelectual). Com efeito, embora todos estejam enquadrados como deficientes para fins da Lei Brasileira de Inclusão, é manifesto que não possuem o mesmo grau de capacidade para o exercício dos atos civis.

Não fosse assim, seria letra morta o art. 12 da LBI, pois confirma esta conclusão ao assegurar que “O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica” (grifou-se). Este dispositivo alcança todas as formas de deficiência (física, mental, intelectual e sensorial). Assim, para cada tipo de deficiência, deverá haver um tratamento diferenciado. Dessa forma, embora seja importante ressaltar que as pessoas deficientes devem ser tratadas com dignidade, de maneira a eliminar as barreiras que as impedem de exercer plenamente a cidadania, também não podemos olvidar que o tratamento igualitário **meramente formal** provocará situações indesejadas, conforme se apontará neste trabalho.

Pois bem. De volta à incapacidade de exercício, dentre as hipóteses de natureza relativa, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, na mesma medida, excluiu os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e aqueles que, “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. Em contrapartida, incluiu uma hipótese de incidência segundo a qual devem ser considerados relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Questiona-se: quais seriam os atos civis que exigem a capacidade e como aferi-la para o seu exercício? A depender do tipo de ato civil, necessita-se de certo e específico nível de compreensão. Desta forma, o nosso ordenamento exige que o agente tenha capacidade para praticar os negócios jurídicos em geral. Por este motivo, torna-se relevante tecer considerações acerca das espécies de deficiências (física, sensorial, mental e intelectual) e os efeitos jurídicos ligados à incapacidade, dando ênfase ao elemento volitivo³. Faremos, portanto, uma abordagem inicial acerca da teoria da incapacidade e, na sequência, voltaremos à discussão acerca das alterações implementadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.3 A Teoria da Incapacidade

O estudo da teoria da incapacidade pressupõe um conhecimento apurado acerca da própria capacidade. Sobre este tema, Bevilacqua (1980, p. 72/73) ensina:

³ Situação diversa se dá quanto aos fatos jurídicos e atos-fatos jurídicos, nos quais não há que se falar de incapacidades (MIRANDA, 2012).

“Podemos definir capacidade como *a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil*” (itálico no original). E conclui:

É o que muitos civilistas denominam *capacidade de fato*, diversa da *capacidade de direito*, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercê-los por si ou por outrem. Como aptidão para adquirir direitos, a personalidade confunde-se com a capacidade de direito. Esta não pode ser recusada ao indivíduo, sem despi-lo dos atributos da personalidade. Capacidade de direito, de gozo ou de aquisição distingue-se, portanto, da capacidade de fato, de exercício ou de ação, em que ao indivíduo pode ser assegurada a faculdade de adquirir direitos, mas nem sempre poderá exercê-los por si só, senão por via de um órgão de representação (BEVILAQUA, 1980, p. 72/73).

Ainda sobre a capacidade jurídica, Betti (1969, p. 17/18) faz esta análise à luz do Código Civil italiano. Neste contexto, destaca que:

A capacidade, que está em discussão como pressuposto de validade do negócio jurídico, é a capacidade da parte para agir. É certo que também são pressupostos de validade do negócio, a existência da pessoa e a sua aptidão genérica para se tornar sujeito de relações jurídicas, ou seja a sua capacidade de direito. Mas dado que, actualmente, esta é, em regra, reconhecida a toda a gente (art. 1º do Cód. Civil), a questão da capacidade, praticamente, diz apenas respeito à capacidade legal para agir. Ora esta é definida pela lei mais em sentido negativo, do que em sentido positivo. O código determina os casos de incapacidade: e a doutrina vai deduzir da disciplina desses casos, a contrário, a noção da capacidade legal para agir, porque as hipóteses de incapacidade constituem os limites da capacidade.

A teoria da incapacidade, portanto, parte de uma prévia compreensão da ideia de capacidade, pois aquela é a negação desta. Em outros termos, a regra é a capacidade civil plena, enquanto a incapacidade será exceção e, desta maneira, tanto a capacidade quanto a sua ausência devem ser disciplinadas em lei.

Por uma pertinência temática ao presente trabalho, limitar-nos-emos à capacidade da pessoa natural, sobretudo quando não há que se falar em deficiência da pessoa jurídica na acepção trazida pela Convenção de Nova Iorque e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Acrescente-se que a capacidade civil plena envolve as chamadas capacidades de direito e de exercício. Nas palavras de Pontes de Miranda (2012, p. 71):

Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. (...) Todas as regras jurídicas sobre capacidade de direito, de ato ou de negócio são cogentes. Ninguém pode manifestar vontade, ou criar cláusulas interpretáveis a respeito de todas essas matérias.

E arremata:

A capacidade de direito é a mesma para todos os homens. Todos são iguais perante a lei (princípio de igualdade formal; Constituição de 1988, art. 50

caput). Por motivo de convicção religiosa, filosófica, ninguém pode ser diminuído em sua capacidade de direito.

Na capacidade de direito, portanto, não há gradação. É semelhante ao que ocorre com a mulher grávida ou com o servidor público honesto: não existe mulher quase gestante ou agente público parcialmente probo. Com efeito, conforme a ideia que foi adotada em nosso direito (teoria natalista - CC/02, art. 2º), há apenas uma alternativa: a pessoa natural possui a capacidade de direito (nasceu com vida) ou não a possui, seja porque nunca a adquiriu (natimorto), seja porque a perdeu pelo falecimento (CC/02, art. 6º).

É incabível, desta maneira, a concepção de incapacidade de direito para a pessoa humana, pois, estando viva, será pessoa e, portanto, capaz para contrair direitos e obrigações na órbita civil (sentido jurídico). Não estando viva, a pessoa deixará de ser sujeito de direitos e, assim, estará despida de qualquer sentido lógico a expressão “pessoa incapaz”⁴.

A capacidade de exercício, por outro lado, admite gradações. Portanto, a depender da intensidade de perda ou comprometimento da capacidade de exercício, a doutrina clássica, escorada nos arts. 3º e 4º do CC/02, cria a definição de duas incapacidades: absoluta e relativa.

Assim, tendo como objeto de estudo a pessoa com deficiência e a busca pelo tratamento igualitário, a primeira dimensão da fundamentação teórica deste trabalho está no que aqui se chama de análise do conceito e do alcance da incapacidade de exercício (BEVILAQUA, 1980). É importante ressaltar que esse fenômeno social está impregnado de discursos pseudocientíficos e repletos de definições extraídas do senso comum, criando na nossa sociedade um ambiente profundamente desigual e injusto, fazendo crer que o padrão social normal é a capacidade plena.

O que mais importa, entretanto, é o estudo da incapacidade civil, na medida em que retira do indivíduo uma parcela da aptidão para exercer os atos civis, obrigando-o à participação de outrem, seja através da representação, seja da mera assistência. Neste norte, conforme já explicado, a incapacidade tradicionalmente é classificada em absoluta e relativa.

⁴ Não se nega a compreensão de que deve existir uma proteção à memória do morto e, neste sentido, sustenta-se a ideia de que, mesmo após o falecimento, há direitos que merecem preocupação para o direito. Contudo, isto não exclui a concepção de que, em regra, a capacidade de direito termina com a morte do indivíduo.

Na incapacidade absoluta, enquadram-se as situações em que há um grave ou sério comprometimento de compreensão dos fatos existenciais. Por sua vez, em relação à segunda espécie, é inegável que ocorra um prejuízo de entendimento por parte do indivíduo, porém não o impede de realizar por si só os atos civil, bastando-lhe apenas um auxílio (AMARAL, 2008). Portanto, o critério utilizado historicamente sempre foi o grau de prejuízo na cognição do sujeito, trazendo-lhe dificuldade ou impedimento em exercer os atos da vida civil. Ademais, este comprometimento pode ter origem numa presunção ou na realidade, valendo-se de critério objeto e subjetivo, respectivamente.

Ocorre que, conforme mencionamos, a Convenção de Nova Iorque trouxe uma visão diferente quanto à capacidade civil das pessoas com deficiência, sem apontar qualquer ressalva em relação às espécies ou, sobretudo, ao alcance limitador da deficiência. Este modelo é paradigmático e inaugura uma nova relação entre a pessoa deficiente, a família, a sociedade e o Estado, devendo-se buscar incansavelmente a garantia da dignidade humana a quem se encontra em situação desvantajosa. Sobre o tema, Pinheiro (2010, p. 467) pontua:

O Direito “clássico” está obrigado a ter em conta outras pessoas, além do *sujeito capaz*: este sujeito está em contacto com essas outras pessoas; a tutela geral da personalidade também abrange aqueles que se não enquadrem na “construção do sujeito capaz” (cf. artigo 70º, nº 1, do Código Civil); o artigo 71º da Constituição da República Portuguesa vincula o legislador ordinário; e os compromissos internacionais do Estado Português têm de projectar-se na esfera legislativa deste.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de que o sujeito capaz é o destinatário comum das normas jurídicas implica a fixação de um regime especial para as pessoas com deficiência, necessariamente assente na tensão entre uma tendência de autonomia e uma tendência de proteção.

Passaremos, portanto, a uma análise pormenorizada das alterações legislativas no que concerne à incapacidade de exercício para a pessoa natural.

O art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme já advertimos no tópico anterior, alterou substancialmente os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002. Até então, era tradição em nosso direito classificar a incapacidade (de exercício) civil em absoluta e relativa, atribuindo em ambas os critérios objetivo e subjetivo. Assim, antes da reforma implementada pela Lei 13.146/15, o art. 3º do Código Civil elencava as seguintes hipóteses de **incapacidade absoluta** para 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” (grifou-se).

A primeira hipótese utilizava um fator objetivo ligado à idade, enquanto as demais se valiam de elementos subjetivos, pois levava em consideração particularidades concretas e específicas do sujeito. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, entretanto, retirou todos os incisos pautados no critério subjetivo, mantendo apenas o único critério objetivo que já havia. Passou a dispor tão-somente que “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Essa mudança de postura legislativa permitiu interpretações que, a nosso ver, são inconsistentes, a ponto de sustentar que não há mais incapacidade civil absoluta em decorrência de fatores subjetivos. Porém, não nos parece ser possível defender a ideia de que, por ato legislativo, todos aqueles que são desprovidos de capacidade cognitiva serão considerados e tratados como plenamente capazes (ARAUJO, 2001). O elemento subjetivo é inerente à própria qualificação jurídica da capacidade, notadamente quando a compreensão da realidade fática é fator determinante para enquadrar o sujeito de direito como (i) plenamente capaz, (ii) parcialmente capaz ou (iii) totalmente incapaz.

Em relação ao art. 4º, o Código Civil de 2002 previa as hipóteses de **incapacidade relativa**, trazendo igualmente causas objetiva e subjetiva. Assim, rezava o dispositivo:

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.
 (Grifou-se).

Por sua vez, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, complementando a mudança de postura, passou a dispor no art. 4º que:

São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
 I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
 III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
 IV - os pródigos.
 (Grifou-se).

Entendemos que a alteração é merecedora de elogios e de críticas.

Andou bem o legislador ao substituir termos que mais levavam a um tratamento discriminatório (“deficiência mental” e “excepcionais”), por expressão despida de casuísmos ou conteúdo pessoal, passando a dar ênfase exclusivamente à causa (“transitória ou permanente”) e à consequência (“não puderem exprimir sua vontade”).

Por outro lado, pensamos que o legislador perdeu a oportunidade de tornar mais simplificada uma matéria que exige maior clareza, evitando-se dúvidas quanto a sua aplicação. Refiro-me ao fato de ainda ter mantido os termos como “ébrios” e “viciados”. É fácil constatar que são hipóteses que se enquadram perfeitamente da formula genérica “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Contudo, a permanência destas expressões na norma legal dificulta um tratamento humanizado aos que se enquadram naqueles casos.

Independentemente disso, mostra-se relevante o fato de que a mudança legislativa imposta ao art. 4º do Código Civil de 2002 em nada alterou a ideia de que a incapacidade relativa tem sua origem em fator objetivo (idade) e subjetivo (cognoscitivo). Diante disso, impõe-se tecer novas críticas ao art. 3º que suprimiu o elemento subjetivo na incapacidade absoluta, conforme veremos adiante.

2.4 A permanência da incapacidade absoluta com fundamento no critério subjetivo

Se o legislador não pretendesse tratar a incapacidade apenas na sua forma relativa, bastaria ter suprimido integralmente o art. 3º. Manteve-o, contudo, deixando de maneira clara sua intenção em permanecer com a dicotômica classificação dentro da tradicional teoria das incapacidades. Prova disso é o art. 9º, inciso III, do Código Civil, que reza: “Serão registrados em registro público (...) a interdição por incapacidade absoluta ou relativa” (grifou-se).

De igual forma, o Código Substantivo manteve as formas de supressão da incapacidade através da representação e assistência, de maneira que não restam dúvidas quanto à existência das duas espécies de incapacidade (ver art. 76, parágrafo único do CC/02). No mesmo sentido, o legislador confere tratamento diferenciado nas nulidades do ato jurídico, isso quando o vício que o inquina decorrer de incapacidade do agente, prevendo nulidade para a incapacidade absoluta (art. 166, I) e anulabilidade para a relativa (art. 171, I).

Comprovada a permanência das duas espécies de incapacidade de exercício, transparece fora de sintonia o fato de estabelecer critério subjetivo para a incapacidade mais leve, e não fazer o mesmo para a incapacidade mais grave, dando azo a concluir que as causas de natureza subjetiva somente gerariam incapacidade relativa (MENEZES, 2016).

Este cenário demanda do aplicador do direito uma interpretação que vai além da norma legal do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em outros termos, valendo-nos de uma análise sistêmica, deveremos compreender que o inciso III do art. 4º do CC/02 aplica-se aos sujeitos que não puderem exprimir completamente a sua vontade. Enquanto isso, para os que não puderem exprimir minimamente sua vontade, aplicar-lhes-á as regras de incapacidade absoluta (CC/02, art. 3º). Em ambas as hipóteses (incapacidades absoluta e relativa), as causas podem ser transitórias ou permanentes.

Desta maneira, sob a ótica da incapacidade de exercício, parece-nos importante separá-las quanto à intensidade (ou grau) e quanto ao tempo (ou duração). Portanto, enquanto o primeiro critério será válido para diferenciar as incapacidades entre absoluta e relativa, o segundo atingirá estas duas espécies de incapacidade. Essa solução permite uma maior proteção jurídica aos absolutamente incapazes, assim definidos pelo critério subjetivo.

Exemplificando, temos o art. 198, inciso I, do CC/02 que vaticina: “Também não corre a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º”. Portanto, sustentar que não há incapacidade absoluta por fator cognoscitivo significa retirar daquele hipossuficiente a proteção legal, correndo contra ele o prazo prescricional. Sendo assim, bastaria um dispositivo legal para abordar ambas as situações até aqui tratadas. Como solução e *de lege ferenda*, segue modelo como simples sugestão:

São incapazes:

I – absolutamente de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- a) os menores de dezesseis anos; e
- b) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem minimamente compreender os fatos ou exprimir a sua vontade.

II - relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

- a) aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- b) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem completamente compreender os fatos ou exprimir a sua vontade.

Forte nestas razões, pensamos que, a despeito da alteração legislativa que induz à conclusão de que houve eliminação da incapacidade absoluta com base na deficiência mental ou intelectual, acreditamos que ela permanece. Além disso, sustentamos que este grau de incapacidade terá sua base jurídica no comprometimento da cognição por causa presumida (objetiva - idade) ou real (subjativa - cognoscitivo), sempre pautando sua finalidade na melhor proteção da pessoa deficiente. Isto força uma interpretação extensiva do art. 3º do CC/02 (incapacidade absoluta) em sintonia com o inciso III do art. 4º do CC/02 (incapacidade relativa decorrente de deficiência mental ou intelectual).

3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

3.1 Considerações gerais

A Lei nº 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente) introduziu a chamada **Tomada de Decisão Apoiada (TDA)**. Esta inovação rompeu com a tradição dual do nosso sistema de proteção à pessoa incapaz; reduzida, até então, aos institutos da **tutela** e da **curatela**. Nestes termos,

A tutela e a curatela têm por finalidade a representação legal e administração dos bens de uma pessoa por outra, em virtude da incapacidade da primeira de gestão de sua vida e de seus interesses. A tutela tem como pressuposto a menoridade do protegido. Já a curatela tem como pressuposto a deficiência mental parcial ou total do protegido ou outra circunstância que imponha a representação de alguém (LÔBO, 2011. p. 412).

No Direito Português, os meios de proteção da pessoa com deficiência obedecem a terminologias diferentes: inabilitação e interdição. Sobre o tema, Pinheiro (2010, p. 474) pontua:

Ambas as figuras são aplicáveis à incapacidade permanente de pessoas maiores, sendo que a inabilitação tem em vista situações relativamente menos graves do que aquelas que justificam a interdição. Mais especificamente, a inabilitação aplica-se a indivíduos que, devido a anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira, habitual prodigalidade, uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostram incapazes de reger convenientemente o seu patrimônio (artigo 152º do Código Civil); a interdição tem em vista todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens (artigo 138º, nº 1, do Código Civil).

Extraí-se que as medidas protetivas disciplinadas no Direito Civil português se assemelham às nossas sob a perspectiva do conteúdo, de maneira que a inabilitação relaciona-se com a incapacidade relativa, enquanto que a interdição, com a incapacidade absoluta. É por esta razão que, no ordenamento luso, o efeito principal da “inabilitação” consiste na designação de um “curador”, que fica incumbido de “assistir” o incapaz na prática dos atos de disposição de bens entre vivos. Por outro lado, o efeito principal da “interdição” consiste na negação de capacidade geral de exercício ao incapaz e na nomeação de um “tutor”, a quem caberá agir enquanto “representante” do interdito, tudo numa lógica inspirada no modelo pensado para a incapacidade por menoridade.

Refletindo sobre as medidas protetivas do Direito luso, Vítor (2009, p. 48) pontua:

Uma análise mais detida do instituto da interdição leva-nos à conclusão de que o legislador teve em mente, principalmente, a proteção patrimonial. A

lei preocupou-se em enunciar quais os actos do tutor que estão sujeitos a autorização e quais actos proibidos. Estes actos têm natureza patrimonial e o regime a que a lei os sujeitou não tem na mira, necessariamente, o interesse do interdito; tal não será de estranhar se nos lembrarmos de que o advento destes institutos esteve ligado a motivos de preservação do património familiar.

O Código Civil de 2002, após a reforma implementada pelo Estatuto da Pessoa Deficiente, passou a tratar sobre três espécies de proteção do incapaz. O Diploma Civil manteve a tutela no Capítulo I (arts. 1.728 até 1.766) e a curatela no Capítulo II (arts. 1.767 até 1.783); mas houve alteração do Título IV do Livro IV da Parte Especial, incluindo um Capítulo III, sob a denominação “Tomada de Decisão Apoiada” (art. 1783-A).

Essa postura do legislador obrigou o intérprete a refletir sobre o tema e a encontrar uma solução para este novo cenário normativo. Permanece, contudo, a compreensão de que a proteção exercida através do modelo de **tutela** atinge apenas a incapacidade de exercício decorrente da menoridade civil, ou seja, sujeitos de direito que contam com menos de 18 anos, independentemente de serem enquadrados como absolutamente ou relativamente incapazes. Por este motivo, esta modalidade de proteção não será objeto de estudo no trabalho aqui proposto, vez que não alcança a pessoa com deficiência.

Para os maiores, em contrapartida, portadores de deficiência que imponha algum grau de incapacidade (transitória ou permanente), restam-lhes a aplicação da **curatela** ou da **tomada de decisão apoiada** e, neste ponto, houve significativa mudança. Este sujeito estará no centro de nosso estudo.

Analizando o direito estrangeiro, foi possível observar uma importante alteração legislativa no direito alemão, oportunidade em que passou a harmonizar-se com a **doutrina da alternativa menos restritiva**. Referimo-nos à chamada Lei do Acompanhamento (*Betreuungsgesetz*), de 12 de setembro de 1990, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1992. Na referida norma, aboliu-se a tutela de maiores, substituindo este instituto por um novo, denominado de “Betreuung” ou acompanhamento.

Esta proteção aplica-se à pessoa maior que, por doença mental ou intelectual, não possa tratar total ou parcialmente dos seus assuntos na esfera civil. A medida é aplicada pelo juiz, após requerimento da pessoa a que se irá aplicar, ou

ainda de ofício se ela padecer de doença psíquica que a impeça de manifestar a sua vontade. Sobre o assunto, Neves (2014, p. 81) acrescenta:

Na senda da garantia do princípio da autodeterminação o § 1896.2, do BGB, afasta o instituto *Betreuung* quando a pessoa que necessita de assistência nomeou um representante legal por ter previsto, no passado, a eventualidade das suas incapacidades. Por outro lado, a pessoa submetida à *Betreuung* continua a ter capacidade negocial (§ 104.2 do BGB) – embora nas matérias para as quais foi nomeado o *Betreuer* a pessoa assistida necessite do consentimento daquele (podendo a inexistência de consentimento provocar a ineficácia do negócio celebrado, v.g. § 1903, § 118 e § 111, do BGB).

Esta medida protetiva tem como efeito a designação de um ou mais “acompanhantes” (*Betreuer*), que estarão incumbidos da prática dos atos necessários para cuidar dos assuntos daquele que está submetido ao acompanhamento.

Vemos, pois, que o ordenamento português, embora tenha ratificado a Convenção de Nova Iorque em 2009, não se adaptou às novas tendências, como fez o direito alemão e brasileiro, merecendo críticas de sua doutrina:

No entanto, a recepção da doutrina da alternativa menos restritiva parece ter sido meramente *nominal*, no campo civil, dada a continuação da vigência do regime da interdição e inabilitação, que até agora não foi alterado (ou significativamente alterado, se tivermos em consideração também a lei processual).

(...)

Como se afirmou atrás, uma das fraquezas da tutela portuguesa de pessoas maiores reside no facto de esta ter como base um meio de suprir o poder paternal, a tutela de menores. Ora, a disciplina da tutela, constante dos artigos 1921º a 1962º do Código Civil, está marcada pela especificidade da protecção daqueles que são incapazes por não terem completado os dezoito anos de idade. Não obstante o disposto no artigo 139º do Código Civil, é difícil equiparar o interdito ao menor e aceitar que ambos venham a ser tratados da mesma forma, “com as necessárias adaptações” (PINHEIRO, 2010, p. 479).

De igual forma, é o pensamento de Vítor (2009, p. 41):

Qualquer estudo que se debruce com o regime das incapacidades português confronta-se necessariamente com um quadro de respostas clássico, de raiz romanista, que permanece praticamente intocado desde a publicação do Código Civil. Assim, a abordagem jurídica das situações de capacidade diminuída continuar a caracterizar-se por um quase monolitismo, pouco consentâneo com o facto de, na realidade, não existir uma categoria uniforme de incapacidade, mas antes várias situações de capacidade diminuída e que, portanto, convocam soluções diferenciadas que dificilmente encontrarão eco perfeito na lei.

Diferentemente, o nosso direito adequou-se à doutrina que exige uma alternativa menos restritiva, introduzindo no Código Civil de 2002 a tomada de

decisão apoiada, cuja natureza de medida protetiva é bem semelhante àquela que ocorre no direito alemão (acompanhamento).

3.2 Curatela ou tomada de decisão apoiada?

A Lei nº 13.146/15, em seu art. 84, § 3º, esclarece que a curatela “de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (grifou-se).

A escolha da melhor ou mais adequada medida de proteção à pessoa com deficiência deve ser pautada na espécie e grau da limitação, constatadas no caso concreto, transferindo-se para a curatela apenas as hipóteses residuais. Esta ideia se extrai da expressão “extraordinária”. Com isso, surge a ponderação de que a tomada de decisão assistida já foi concebida como uma medida protetiva prioritária; limitando, portanto, o alcance da curatela apenas às situações excepcionais, em homenagem ao princípio da mínima intervenção estatal. Diante disso, podemos concluir que, com a inserção da tomada de decisão apoiada, não houve supressão da curatela, mas apenas uma ampliação protetiva com esta divisão, devendo-se sempre observar o melhor e o mais adequado interesse da pessoa com deficiência.

A doutrina portuguesa comunga da mesma opinião. Com efeito, nas palavras de Vítor (2009, p. 41):

No contexto das incapacidades, a doutrina da alterativa mais restritiva exige que na aplicação de uma medida de protecção a uma pessoa com capacidade diminuída, a entidade competente adopte sempre a solução menos restritiva dos direitos desta, que se adapte à situação em causa.

E arremata (p. 42):

Assim terá de obedecer ao princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo (artigo 18º/2 CRP), que impõe que tal limitação seja “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”. Ora, a incapacitação é uma situação especial de restrição da liberdade, já que se fundamenta na “*protecção legislativa dos indivíduos contra si próprios*”, exigindo-se “*especial fundamentação social do desvalor das actividades restringidas*”, pelas repercussões que podem ter no livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, ao analisar a deficiência de uma pessoa que tenha alcançado a maioridade civil (ou também na hipótese de emancipação), o aplicador do direito buscará o enquadramento da proteção prioritariamente através da tomada de decisão apoiada e, considerando as circunstâncias do caso concreto, utilizará a

curatela somente quando não for indicada aquela modalidade, pelo fato de a situação exigir uma medida protetiva de maior intensidade (RAWLS, 2003).

Mas, que diferença há entre estas duas modalidades de proteção?

A diferença de tratamento jurídico é relevante, na medida em que, optando-se pela curatela, haverá uma substituição da manifestação de vontade do incapaz (já interditado) pela vontade do curador (incapacidade absoluta); ou, no mínimo, na dependência da manifestação do curador (incapacidade relativa). Por outro lado, na tomada de decisão assistida, sustentamos que o beneficiário conservará parcialmente a sua capacidade de exercício, de forma a alcançar efetivamente os valores da dignidade humana (TARTUCE, 2016). Em outros termos, mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvada pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá total restrição em seu estado de capacidade, para a qual terá apenas o apoio em determinados atos da vida civil, estando apto, nos demais atos, para atuar por si só.

De logo, portanto, é possível concluir que a tomada de decisão apoiada será útil quando, em que pese haja uma constatação de incapacidade, esta seja de pequena monta, autorizando-nos a afirmar que, em regra, limitar-se-ão às hipóteses de deficiência física (ou sensorial), desde que não comprometa razoavelmente a compreensão dos fatos existenciais. Por sua vez, caberá à curatela os demais casos de incapacidade (absoluta ou relativa), atingindo os sujeitos com mais de 18 anos e que, em sua grande maioria, enquadram-se na deficiência mental (ou intelectual).

Mostramos, neste contexto, que a questão aqui tratada diz respeito às deficiências que geram incapacidades absoluta e relativa; porém, exclusivamente, decorrente de critério subjetivo, ou seja, o comprometimento da cognição do sujeito.

Surge, assim, um *tertium genus* na teoria da incapacidade: (i) a incapacidade absoluta e (ii) a incapacidade relativa, ambas protegidas através da curatela; e (iii) a capacidade condicionada à tomada de decisão apoiada. Esta última espécie protetiva, diversamente das duas primeiras, já parte da ideia de que o sujeito é capaz de exercício, exceto para determinados atos que serão indicados durante o processo para a tomada de decisão assistida. Com efeito, enquanto (i) os atos praticados por alguém considerado incapaz absolutamente são tidos como nulos; ou (ii) os atos praticados por sujeito relativamente incapaz são tidos como anuláveis; (iii) os atos praticados por alguém submetido à tomada de decisão

apoiada são tidos como válidos, semelhante ao que ocorre com qualquer pessoa plenamente capaz, devendo-se observar tão-somente os atos submetidos ao apoio.

Para além da questão jurídica, estas modalidades de proteção trazem uma diferença de tratamento social. Neste sentido, valendo-se da tomada de decisão apoiada, embora se reconheça a existência de uma deficiência, o indivíduo não será tratado como incapaz, ou pelo menos não será comparado àquele submetido à curatela. “A liberdade de decisão deve ser concedida a todas as pessoas com deficiência, independente de quanto auxílio eles precisem”, afirmou Degener, um dos membros do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. “Essas pessoas, inclusive aquelas com problemas cognitivos ou psicossociais, devem ser apoiadas em suas decisões, ao invés de terem as decisões tomadas por elas – mesmo que supostamente isto ocorra para ‘seu próprio bem’” (DEGENER, 2014).

Mostrando-se utópica esta frase, convém ponderar o seu alcance, pois sempre haverá deficiências mentais e/ou intelectuais que impedem o sujeito a uma mínima ou média compreensão da realidade. Por esta razão, afirmar que “todas as pessoas com deficiência” devem estar submetidas à tomada de decisão apoiada é, no mínimo, perigoso; na medida em que lhes retira a possibilidade de uma medida protetiva mais eficaz, no caso a curatela.

Esta nossa reflexão ganha reforço com a regra trazida nos §§ 1º e 2º do mesmo art. 84 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente. “É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada” (§ 2º). Não sendo possível ou adequada esta modalidade de proteção e, “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei” (§ 1º).

Ressaltamos a falta de zelo na técnica legislativa, notadamente quando não foi observada a cronologia adequada dos parágrafos, muito possivelmente pelo fato de o legislador ainda estar preso ao modelo tradicional que priorizava o processo de interdição na modalidade de curatela, em detrimento da dignidade humana dos indivíduos deficientes. Talvez por este motivo, tratou o legislador inicialmente da curatela (§ 1º) para, somente depois, abordar a tomada de decisão assistida (§ 2º).

Podemos oferecer alternativa às razões que fundamentam a opção pela tomada de decisão apoiada; ou até mesmo opções que sejam mais eficazes quando

se tornar imprescindível o uso da curatela. Nesse compasso, embora seja possível extrair uma nítida diferença quanto aos efeitos, surge o seguinte questionamento: o que definirá a causa para a curatela e para a tomada de decisão apoiada? Ou seja, quem realmente deve ser considerado deficiente sujeito à curatela ou à tomada de decisão apoiada? Responderemos nos tópicos seguintes.

3.3 Critério moderno para delimitar a deficiência

A discussão do presente trabalho envolve apenas o tratamento conferido pela Lei Brasileira de Inclusão às chamadas deficiências cognitivas, especificamente a intelectual e a mental. Mas o que seria uma deficiência cognitiva?

Podemos defini-la como uma limitação da capacidade de compreensão dos fatos da realidade (mental) ou de comunicação/interação com as pessoas (intelectual). O termo deficiência cognitiva é melhor do que "loucos de todo gênero" (Código Civil de 1916) e "os que, por enfermidade ou deficiência mental" (Código Civil de 2002). Por recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU), a substituição busca evitar confusões com "doença mental", que é um estado patológico do intelecto (VÍTOR, 2009).

As causas variam e são complexas, englobando fatores genéticos (síndrome de Down) ou adquiridos (infecções e uso de drogas na gravidez). De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), cerca de 5% da população do mundo tem alguma deficiência cognitiva.

A norma legal, todavia, não define com clareza a espécie ou grau de deficiência que deve pautar a tomada de decisão apoiada. Disso resulta controvertido o próprio conceito de deficiência proposto pela Constituição Federal, seguida pelo Código Civil de 2002 e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, na medida em que todos os diplomas são silentes ao estabelecer critérios claros e precisos, dando-nos menor segurança jurídica.

O ordenamento jurídico português aponta um conceito de pessoa com deficiência no artigo 2º da Lei nº 38, de 18 de agosto de 2004: "aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com outros factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas".

Sobre esta discussão, Neves (2014, p. 80) afirma que:

Ora, hoje assiste-se a um processo de mudanças na concepção da pessoa com deficiência que impõe alterações na construção dos institutos jurídicos de proteção dos adultos. Exige-se uma proteção flexível e adaptada às exatas limitações e concretas aptidões do indivíduo e que o regime jurídico reconheça que todos os indivíduos possuem algum grau de autodeterminação. Por isso, na Comunidade Internacional entende-se que a capacidade civil só pode ser limitada na medida necessária para a salvaguarda da pessoa com deficiência e dos seus bens, na medida adequada ao caso concreto e pontualmente dirigida às inaptidões (e ao grau das mesmas) físicas, intelectuais, mentais ou sensoriais verificadas.

Devemos, portanto, superar a visão exclusivamente biomédica e agregar ao conceito de deficiência uma matriz social. Por este motivo, a definição de **deficiência** deve ser enxergada como uma experiência cultural e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico de anomalias. “Torna-se claro, ademais, que deficiência não é o oposto a eficiência, a que é a palavra ineficiência que se contrapõe” (ALENCAR *et.al.*, 2016, p. 230). No mesmo sentido, “deve a sociedade adaptar-se à diversidade humana de modo a incluir todos os seres humanos na participação plena em sociedade, devendo sempre buscar a superação das barreiras sociais que a impedem” (AZEVEDO, 2016, p. 28/29).

Esta proposta de estudo busca, portanto, identificar no Estatuto da Pessoa Deficiente onde se encontram as reais dificuldades enfrentadas por portadores das mais diversas limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, especialmente quanto à proteção de sua dignidade humana. Reconhecer a pluralidade de elementos que caracterizam a deficiência, através de inclusão de modelos biomédico e social, permite uma ampliação dos limites e do alcance do conceito, facilitando na identificação das causas para a tomada de decisão apoiada ou, por exclusão, para a curatela.

A autonomia e o reconhecimento das pessoas com deficiência autorizam uma atuação social como protagonistas de sua própria existência. A incapacidade (transitória ou permanente) passa a ser compreendida, então, como inerente à condição humana e não a um determinado grupo social, sobretudo porque pode ser mensurada, graduada e, principalmente, superada (VÍTOR, 2009). Assim, o grau de comprometimento cognitivo da pessoa definirá a espécie de medida protetiva mais adequada: a tomada de decisão apoiada ou a curatela.

Não se está a negar que as deficiências humanas são decorrentes de fatores biológicos (natos ou adquiridos), mas chamamos à atenção para o fato, por

vezes despercebido, de que a deficiência poderá ser potencializada por fatores sociais (PINHEIRO, 2010). Baseado nessa compreensão, indaga-se: a norma legal está preparada para apontar quem pode beneficiar-se do pedido de tomada de decisão apoiada?

Outra questão que se coloca é saber como se desenvolve o pedido de tomada de decisão assistida.

3.4 O processo e o procedimento da tomada de decisão apoiada

O art. 1.783-A do Código Civil disciplina que “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual (...)”. Podemos definir processo como uma realidade material, consistente numa cadeia de atos, tendo em vista a produção de um efeito jurídico final. Por sua vez, o procedimento é exatamente o conjunto de normas que disciplinam essa cadeia de atos que consiste no processo. Em outras palavras, o procedimento é o conjunto de normas que estabelecem as condutas a serem observadas no desenvolvimento da atividade processual pelos sujeitos do processo (ROCHA, 2007).

Embora não se negue a natureza processual, mormente quando a Lei Brasileira de Inclusão criou esta (terceira) ferramenta de proteção à pessoa com deficiência, vemos que o citado artigo trata também de regras de procedimento, vez que indica de que forma os sujeitos do processo (as partes e o Estado-juiz) deverão praticar os atos processuais. Assim, embora a tomada de decisão assistida esteja prevista em diploma de natureza material (art. 1.783-A do Código Civil), seu conteúdo é de direito processual e procedimental, motivo pelo qual receberá as influências próprias deste ramo do direito.

Ultrapassada esta questão, passaremos a abordar os atos processuais, bem como a forma e o modo como eles deverão ser produzidos, além de algumas questões controvertidas.

3.4.1 Requisitos da petição inicial

O requerimento deve ser formulado exclusivamente pela pessoa com deficiência, devendo a legitimidade ativa ser enquadrada na espécie ordinária, de maneira que age em nome próprio e busca realizar direito próprio. Nesse sentido, é

o Enunciado nº 639 do Conselho da Justiça Federal: “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência (...)”.

Afasta-se, portanto, a chamada legitimidade extraordinária, quando se exerce em nome próprio um direito alheio. Assim, não nos parece possível que o *Parquet* possa valer-se de suas prerrogativas para requerer uma tomada de decisão apoiada em favor de pessoa com deficiência, sobretudo quando há apenas um reduzido comprometimento da cognição. Nestes termos, a atuação do Ministério Público limitar-se-á à função de fiscal da ordem jurídica, sobretudo pelo fato de a presença de pessoa com capacidade reduzida configurar situação em que há interesse público (NEVES, 2014).

Na petição inicial, a pessoa com deficiência deve indicar, pelo menos, duas pessoas idôneas, “com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança”, cuja finalidade será “prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil”, fornecendo-lhe “os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (grifou-se).

Este último trecho comprova mais uma vez que a Lei Brasileira de Inclusão inseriu um terceiro gênero no sistema de proteção destinado às pessoas que, mesmo deficientes, serão consideradas capazes de exercer os atos da vida civil. Sendo assim, quando o legislador reza “para que possa exercer sua capacidade”, cria através da tomada de decisão apoiada uma condição para o pleno exercício da capacidade da pessoa com deficiência. Por esta razão, dissemos que, na teoria da incapacidade, teremos: (i) a incapacidade absoluta e (ii) a incapacidade relativa, ambas protegidas através da curatela; e (iii) **a capacidade condicionada à tomada de decisão apoiada ou, também, incapacidade limitada à tomada de decisão assistida**. Na primeira acepção destacada, dá-se ênfase ao alcance da cidadania da pessoa com deficiência, conferindo-lhe capacidade de exercício, porém condicionada. Na segunda, ressalta-se que a pessoa deficiente ainda se encontra inserida no sistema de proteção; afastando-se, contudo, da medida mais severa, qual seja, a curatela.

No Direito luso, a solução é bem aproximada desta que propomos. Sobre o tema, Vítor (2009, p. 47) assevera:

No quadro do ordenamento jurídico português há que partir de duas categorias de pessoas com capacidade diminuída. Por um lado, temos aqueles que são os incapazes para o Direito – os interditos e os inabilitados,

i.e., aqueles que foram sujeitos a um processo judicial de incapacitação. Por outro lado, existem os que, padecendo de “capacidade de querer e entender”, não foram judicialmente incapacitados – s, portanto, apenas “incapazes de facto”. Só os primeiros beneficiam de um quadro estruturado de respostas jurídicas para a sua situação.

Quanto à indicação dos eleitos, ou simplesmente apoiadores, deve ocorrer de maneira que possam ser identificados claramente. Mas não só isso: os próprios indicados deverão integrar o processo na qualidade de **assistentes simples ou adesivos**. Nestes termos, o art. 119 do CPC/15 reza que “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la”. A doutrina define esta modalidade de intervenção da seguinte forma: “A assistência pode ser enquadrada entre as formas de intervenção voluntária; mesmo porque ela é uma forma de intervenção de terceiro no processo de outrem” (ALVIM, 2012, p. 173).

A assistência se diz simples quando o direito do terceiro não está sendo discutido em juízo, mas pode ser afetado pela sentença, em virtude da relação que mantém com o direito que está sendo objeto de apreciação judicial. Com efeito, esta forma de intervenção de terceiro foi pensada quando há conflito de interesses.

Ressaltamos, contudo, que é atípica a modalidade de assistência simples de estamos tratando, na medida em que não há litígio. Com efeito, o processo de tomada de decisão apoiada sempre será de jurisdição voluntária. Assim, não podendo ser enquadrados na condição de parte, os eleitos pelo requerente ingressam com poderes processuais limitados ao *múnus* a que se voluntariaram, conforme veremos adiante.

Ao formular seu pedido, basta que o requerente afirme ter confiança nos apoiadores eleitos e que com eles tenha algum vínculo. Estes são terceiros que possuem um interesse eminentemente altruístico, como fraternal ou filial; podendo, todavia, existir um interesse jurídico. A norma não especifica a sua natureza, de modo que qualquer vínculo é possível, desde que não contrarie a lei ou a moral (CC, art. 186).

Não é requisito da petição inicial que o requerente comprove a relação de confiança com os eleitos, notadamente quando se trata de critério extremamente subjetivo, não sendo permitido ao Estado-juiz imiscuir-se nesta questão. Porém, não se elimina a possibilidade de investigação *a posteriori*, diante de eventual vício de confiança, conforme será abordado adiante.

Fica claro, portanto, que, através deste mecanismo jurídico, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente busca superar a solução tradicional do reconhecimento da incapacidade. O pleito consiste na escolha de pessoas idôneas, denominadas apoiadoras, para auxiliar o deficiente na obtenção de informações úteis e necessárias para deliberar corretamente.

Um aspecto fundamental é o critério a ser utilizado na tomada de decisão, podendo basear-se em um conjunto de premissas lógicas que determinam uma conclusão racional ou, diversamente, um complexo de fatos pessoais que apontam para uma decisão emotiva. Assim, tomar decisões é, de modo geral, uma das mais difíceis tarefas enfrentadas individualmente ou por grupos de indivíduos, pois quase sempre tais deliberações devem atender a múltiplos objetivos e, frequentemente, seus impactos não podem ser corretamente identificados (LIXA, 2005). Portanto, “A depender do tipo de ato civil, exige-se um certo e específico nível de compreensão. Grosso modo, o discernimento que se requer para a prática dos atos civis de matiz patrimonial não é o mesmo que se exige para a prática de atos existenciais – situam-se em domínios diferentes” (MENEZES, 2015).

Desta maneira, a nova ideia busca afastar a drástica solução da curatela e, ao mesmo tempo, eliminar qualquer tentativa de questionamentos acerca dos negócios jurídicos praticados pelo deficiente, devidamente apoiado. Contudo, surgem outras indagações acerca da possibilidade de rejeitar o pedido quando, por exemplo, após elaboração de um parecer por equipe multidisciplinar, verifica-se que os apoiadores eleitos não são pessoas idôneas, embora mantenham estreitos vínculos e gozem da confiança do deficiente.

Mas, qual o limite de atuação judicial? Seria possível ao Estado-juiz a recusa da homologação do termo de apoio?

3.4.2 O termo de apoio e a autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, por muito tempo, foi considerado intangível, a tal ponto que impedia qualquer intervenção estatal no conteúdo ou na forma do contrato. Criou-se, assim, o *dogma da liberdade contratual* (MARQUES, 1998). Contudo, se por um lado privilegiava a vontade do contratante, por outro permitia a formação de relações jurídicas desequilibradas, descaracterizando o

contrato sinalagmático. Diante deste cenário, houve a necessidade de elaboração de controles para evitar abusos. Sobre o tema, Betti (1950, p. 310/311) ensina:

O preceito da autonomia privada, que constitui o conteúdo do negócio jurídico, tem uma série de caracteres, cuja falta pode determinar-lhe a inexistência ou a nulidade. Ele é um preceito: *a)* concreto, isto é, concernente a interesses determinados, sujeitos ao poder dos particulares e susceptíveis de passar de um para outro. É ainda um preceito: *b)* atinente à vida de relação e, neste sentido, social, e socialmente reconhecível (mas não jurídico), e portanto de tal sorte, que consociados (o vínculo jurídico não é o conteúdo, mas o efeito do negócio, e pressupõe já uma valoração de relevância por parte do direito). É, finalmente um preceito: *c)* vinculativo para quem o estabelece e dotado de uma eficácia legitimante para outros, mas ainda no terreno social, que no terreno jurídico: como tal, idôneo para se elevar a facto juridicamente relevante, em virtude de uma valoração e recepção por parte do direito.

Neste contexto, o § 1º do art. 1.783-A do CC/02 dispõe que, para o procedimento da 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”, devendo indicar necessariamente “o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar”. Há, portanto, uma relação jurídica voluntariamente estabelecida entre a pessoa com deficiência e seus apoiadores. O problema ocorrerá quando, em que pese existir o elemento volitivo livre e consciente do apoiado, observarmos uma situação em que há grave prejuízo (efetivo ou em potencial).

Embora pareça possível ao Estado impor uma obediência quanto à forma (ex.: número mínimo e/ou indicação clara dos apoiadores, anuência expressa em assumir este *múnus*, ausência de incapacidade por parte do deficiente que justifique a curatela), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente nada menciona acerca da possibilidade de o julgador examinar o conteúdo do acordo firmado entre o deficiente e seus eleitos. Assim, para guiar esta decisão judicial, renovamos o questionamento: o Poder Judiciário poderia se imiscuir no conteúdo, alterando as cláusulas do acordo?

Segundo a concepção tradicional do princípio da autonomia da vontade, não caberia ao Estado intervir previamente na formação desta relação jurídica, de maneira que ao apoiado haveria plena liberdade de escolher seus apoiadores, assim como estabelecer os limites do auxílio, situação que preencheria os requisitos para a condição, dando capacidade plena ao deficiente. Entendemos, contudo, que a

norma legal, do mesmo modo que criou este mecanismo, deveria ter estabelecido os critérios e limites objetivos acerca do conteúdo da tomada de decisão assistida, como uma maneira de evitar, preventivamente, os litígios.

Sendo assim, parece-nos mais adequado aplicar a concepção evoluída do princípio da autonomia da vontade (MARQUES, 1998). Em outros termos, embora se verifique uma omissão legislativa, inclinamo-nos pela possibilidade de um controle na tomada de decisão apoiada, sempre a cargo do Poder Judiciário, seja prévio (quanto à forma), seja *a posteriori* (quanto ao conteúdo). Com efeito, mesmo atendidos os requisitos formais, sempre que o pedido implicar evidente e grave risco à pessoa com deficiência, deve o juiz indeferir a pretensão, cabendo-lhe fundamentar sua decisão (i) na ausência de idoneidade dos apoiadores ou (ii) na necessidade de ser aplicada outra modalidade de proteção, no caso a curatela. Sendo assim, é possível concluir que a pessoa com deficiência estará vinculada à decisão judicial.

Não fosse assim, seria letra morta o § 3º do art. 1.783-A do CC/02, segundo o qual: “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”.

Esta fase instrutória é peculiar neste procedimento e, portanto, indispensável para a tomada de decisão assistida. Ouvi-los tem o sentido de aferir o real interesse dos eleitos, evitando que o requerente coloque-se em situação pior do que estava antes do apoio. Em outros termos, obter auxílio de quem busca interesses obscuros ou questionáveis é bem mais danoso do que se manter em condição de incapacidade ou se submeter à medida protetiva mais severa. Mas não só isso: é importante para conferir se houve manifestação livre e consciente do apoiado (ALENCAR *et al.*, 2016).

3.4.3 Equipe multidisciplinar

Ao receber o pedido e estando em termos a petição inicial, caberá ao juiz determinar a realização de estudo no caso concreto. A avaliação será feita por uma equipa multidisciplinar, habitualmente constituída por psicólogo, por técnico de serviço social, por fisioterapeuta e, se necessário, por psiquiatra, cujo objetivo será

identificar eventual problema nessa área, mesmo que implique no reconhecimento de deficiência incompatível com a tomada de decisão apoiada.

O parecer técnico se consubstanciará em vistorias e/ou exames mínimos e necessários para aferir se há alguma perda cognitiva na pessoa do requerente em virtude da deficiência e, em caso positivo, deverá apontar o grau de comprometimento. Deverá, ainda, esclarecer se a tomada de decisão apoiada será o modelo indicado ou mais adequado ao caso em análise.

Pela importância que representa, o laudo guiará o juiz em sua decisão, assim como ocorre com a prova pericial. Porém, embora a norma processual civil disponha que o julgador apreciará a prova técnica, indicando os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo (art. 479), é evidente que a vinculação será praticamente absoluta. Esta afirmativa, registre-se, não ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O nosso ordenamento jurídico convive com situações como estas, a exemplo do exame de DNA, utilizado comumente nas ações de investigação de paternidade. Ignoro uma decisão que tenha reconhecido a paternidade biológica, diante do resultado negativo do exame, ou vice-versa (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2012).

Desta forma, o magistrado deverá indeferir o requerimento formulado pelo autor deficiente sempre que a tomada de decisão apoiada mostrar-se incompatível com a sua finalidade: proteger a pessoa com deficiência.

O laudo deverá indicar, sempre que possível, os obstáculos da pessoa apoiada, bem como o caminho a ser trilhado pelos apoiadores para superar as barreiras. No geral, especialistas na área sabem que existem características comuns a todo esse público, a exemplo da falta de concentração, entraves na comunicação/interação e uma menor capacidade para entender a lógica de funcionamento dos fatos. A família do apoiado também tem um importante papel na busca pela verdade real, sobretudo quando pode elucidar fatos obscuros que os técnicos não consigam esclarecer.

3.4.4 O pronunciamento judicial

Uma vez admitida a demanda (preenchidos os requisitos formais) e obtendo pareceres favoráveis - técnico (pela equipe multidisciplinar) e jurídico (pelo *Parquet*), a tomada de decisão assistida será deferida mediante homologação judicial. Assim,

por se tratar de jurisdição voluntária, os efeitos que decorrem da decisão são imediatos, bastando apenas a sua publicação. Contudo, embora não exista litígio, o deficiente e os seus apoiadores devem atuar dentro dos limites fixados no termo de apoio, homologado por sentença judicial, sob pena de responderem pelo excesso.

O § 4º do art. 1.783-A do CC/02, por esta razão, dispõe que “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado” (grifos meus). Portanto, se a pessoa protegida e seus apoiadores atuarem dentro dos limites indicados no termo de apoio, estaremos diante de um ato jurídico perfeito e, desta forma, com validade e eficácia *erga omnes*, notadamente quando a condição estiver plenamente atendida.

Se, todavia, houver alguma divergência entre o termo de apoio previamente fixado e o ato praticado, devemos analisar quem extrapolou os limites. Desta maneira, quando os apoiadores se mantêm dentro das balizas estabelecidas no termo homologado pelo juiz, enquanto o apoiado ultrapassa suas fronteiras, teremos um ato jurídico viciado e, portanto, sujeito a ser potencialmente declarado inválido. E a razão é simples: conforme já expusemos, enquanto na curatela haverá o reconhecimento de certo grau de incapacidade na pessoa com deficiência, de forma que não poderá exercer sozinha os atos da vida civil, senão através de interposta pessoa (curador); na tomada de decisão apoiada isso não ocorre, ou seja, o requerente é considerado capaz de compreender a realidade à sua volta, desde que obtenha um auxílio, que será prestado por pessoas idôneas e de sua confiança (NEVES, 2014). Assim sendo, a condicionante envolve tanto a homologação do termo de apoio, quanto o seu exercício dentro dos limites fixados.

Em outras palavras, restará apenas aferir a responsabilidade do deficiente em confronto com a conduta (dolosa ou culposa) do terceiro que com aquele contratou. Diante disso, se o ato praticado pelo deficiente ultrapassou os limites do termo de apoio, v.g. por indução a erro pelo contratante, deverá ser declarado inválido e, portanto, não terá aptidão para produzir os efeitos dele esperados. Por outro lado, se o negócio jurídico trouxe desvantagens para o deficiente, cujo ato volitivo se deu de maneira livre e consciente, sem qualquer interferência do outro contratante, o ato deve ser considerado hígido, produzindo os efeitos naturais.

Nestes casos, agindo dentro dos limites a que se obrigaram no termo de apoio, os apoiadores estarão isentos de qualquer forma de responsabilidade.

3.4.5 Responsabilidade dos apoiadores em relação a terceiros

Diferentemente ocorre quando o apoiado mantém-se nos limites do termo, enquanto o(s) apoiador(es) exorbita(m) de seu(s) poder(es). Esta questão é tratada no § 5º do art. 1.783-A do CC/02, afirmando que o “Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial” poderá solicitar que os apoiadores escolhidos contra-assinem o negócio jurídico, “especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”. Este dispositivo permite que o terceiro se acautele ao solicitar que os eleitos ratifiquem a vontade da pessoa com deficiência, deixando margem para indagar acerca do surgimento de alguma obrigação que recaia sobre os apoiadores.

Em relação aos incapazes, os arts. 928 e 932, incisos I e II, todos do Código Civil de 2002, dispõem:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

(...)

Os artigos em questão cuidam da responsabilidade aquiliana (ou extracontratual). E não poderia ser diferente, na medida em que a responsabilidade contratual do incapaz exigirá uma atuação prévia e ostensiva do representante (incapacidade absoluta) ou do assistente (incapacidade relativa). No art. 928, há previsão de responsabilidade subsidiária entre o incapaz e seu representante (*ope legis*, cf. NEVES, 2016). Sendo assim, o incapaz – causador do ato ilícito – responde subsidiariamente pela indenização que cabe ao ofendido, impondo-se este dever prioritariamente ao seu representante, salvo se não tiver obrigação de fazê-lo ou não dispuser de meios suficientes. A parte final deste dispositivo não deixa dúvidas de que, somente em último caso, ou seja, quando houver risco de o ofendido não ser ressarcido pelo responsável do incapaz, é que a responsabilidade por ato ilícito recairá sobre este. Portanto, *in abstracto*, a responsabilidade do representante é

superior à do próprio incapaz causador do ilícito, demonstrando que o legislador exige máxima cautela e diligência do protetor (PEREIRA, 1996). Acrescente-se que este dispositivo é aplicável apenas quando o incapaz tem meios ou recursos próprios para fazer frente aos prejuízos suportados pela vítima do ato ilícito.

Já no art. 932, o Código Civil disciplina uma solidariedade entre o incapaz e seu representante. No inciso I, prevê responsabilidade com os pais (*ope legis*), enquanto no inciso II dispõe sobre a solidariedade com o tutor ou curador (*ope judicis*), de forma que passam a ser codevedores, respondendo igualitária e indistintamente perante o ofendido (NEVES, 2016).

A diferença de tratamento quanto aos graus de responsabilidade se justifica pela origem de cada representação. Na primeira hipótese, não há margem de escolha para o incapaz, posto que decorre automaticamente da lei, como ocorre na representação exercida pelos genitores em relação ao filho menor (CC/02, art. 932, I). Por outro lado, na segunda situação, a norma legal apenas estabelece critérios de escolha, cabendo ao juiz decidir o melhor representante, como se dá no caso da tutela e da curatela (CC/02, art. 932, II).

Retornando à análise no caso na tomada de decisão apoiada, é possível perceber que não há um perfeito enquadramento entre estas normas e aquela medida protetiva, mormente quando o apoiado é **capaz condicional** de exercer os atos da vida, necessitando apenas de um auxílio (elemento condicionante). Sem embargo, diante da falta de clareza na norma legal (CC/02, art. 1.783-A, § 5º), no que se refere à responsabilidade dos apoiadores, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) autoriza o uso da analogia para suprir a lacuna. É o que faremos.

De início, afastaremos a aplicação do art. 932, I, tendo em vista tratar-se de incapacidade decorrente da idade (elemento objetivo), o que passa ao largo do tema aqui estudado, qual seja a pessoa com deficiência. Por outro motivo, também devem ser afastadas as responsabilidades subsidiária e solidária à semelhança do que ocorre nos art. 928 e art. 932, II, respectivamente, tendo em vista que a escolha dos apoiadores não ocorre de maneira automática (*ope legis*) ou pelo juiz, baseado em critérios legais (*ope judicis*), mas sim de forma livre pelo apoiado, conforme apontado no item 3.4.2.

Por outra razão, também deve ser afastada a solidariedade prevista no art. 932, II, conforme veremos.

Segundo o art. 265 do Código Civil, “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Assim, não há previsão legal expressa de solidariedade entre o apoiado e seus apoiadores. Com efeito, a simples menção do termo “contra-assinem”, no § 5º do art. 1.783-A do CC/02, não autoriza que a intenção do legislador fora de conferir responsabilidade solidária aos apoiadores (ALENCAR *et al.*, 2016).

Da mesma forma, no caso concreto, a simples solicitação para que os apoiadores contra-assinem o negócio jurídico não autoriza a interpretação de que estariam assumindo a obrigação na condição de codevedores da pessoa com deficiência. É preciso mais: deverá estar previsto claramente que os auxiliares assumem a responsabilidade em conjunto com o apoiado, ou expressões equivalentes. Em síntese, não haverá responsabilidade solidária para o(s) apoiador(es) que, simplesmente, contra-assina(m) o negócio jurídico juntamente com o apoiado. Assim sendo, o terceiro que contrata com o deficiente e que busca ampliar suas garantias através da solidariedade, não deve limitar-se a solicitar que os apoiadores contra-assinem, mas sim exigir que se obriguem *in solidum* juntamente com o apoiado.

Com fundamento nesta conclusão, é-nos permitido afirmar que o art. 934 do CC/02 não tem aplicabilidade ao caso em estudo: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. A ação de regresso retratada no dispositivo legal será aquela proposta pelo protetor contra o incapaz, sempre que o primeiro assumir prioritariamente a obrigação de ressarcir o ofendido (CC/02, art. 928), ou, sendo coobrigado (CC/02, art. 932, II), promover o ressarcimento total ou parcialmente.

Outra situação surge quanto à possibilidade de reconhecer uma responsabilidade subsidiária, porém com prioridade para o apoiado em responder pelos danos causados ao terceiro. Esta hipótese, contudo, será analisada no tópico seguinte.

3.4.6 Responsabilidade dos apoiadores em relação ao apoiado

O § 6º do art. 1.783-A do CC/02 dispõe que “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”. Nestes termos, é possível extrair que o legislador exige uma conduta proativa dos apoiadores, não tolerando a inércia ou a cegueira deliberada.

A “divergência” pode ter diversas origens ou causas, desde um simples dissenso entre opiniões acerca da melhor forma de realizar o negócio jurídico, até uma grave discordância, a exemplo do que ocorre quando se pretende ultrapassar os limites fixados no termo de apoio. Em qualquer hipótese, caberá sempre ao Estado-juiz eliminar a divergência entre a pessoa com deficiência e seus auxiliares, decidindo pela opção mais adequada em favor do deficiente ou restabelecendo os limites do termo de apoio. Porém, uma vez surgindo a divergência, é possível extrair da norma legal que todos os eleitos possuem o dever jurídico de levar o problema para a autoridade judicial (NEVES, 2014). Sua inércia, contudo, deve ser analisada com cautela.

(i) Havia divergência e o terceiro tinha pleno conhecimento.

Neste caso, independentemente de os apoiadores terem ou não levado a divergência ao conhecimento do juiz, é inescusável a conduta do terceiro contratante, sobretudo quando estava ciente de que, no outro polo da relação jurídica, havia uma pessoa com deficiência, cuja capacidade estava condicionada ao correto exercício da tomada de decisão apoiada.

A solução para este problema será obtida com a simples declaração de nulidade do negócio jurídico, sem qualquer consequência para os apoiadores, isso em homenagem ao princípio *alterum non laedere*⁵. Conclusão diferente permitiria que o terceiro, ciente da deficiência e da divergência, aproveitasse destas condições para obter vantagem indevida.

(ii) Havia divergência, o terceiro não tinha conhecimento e os apoiadores foram dolosamente omissos.

⁵ O princípio em estudo provém do preceito de Ulpiano e consta no Digesto: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, cuja tradução é “Os preceitos do direitos são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”.

Na hipótese de a omissão do apoiador ter decorrido de dolo (ou de culpa grave) e uma vez constatada a validade da obrigação assumida pelo apoiado, mesmo que lhe tenha produzido prejuízo, caberá ao apoiado assumir perante o terceiro que com ele contratou, desde que insciente da divergência. Neste caso, o desconhecimento da deficiência e/ou da divergência isenta o terceiro e, portanto, permanecerá hígido o negócio jurídico. Todavia, o apoiado terá direito de regresso contra o(s) apoiador(es) que deve(m) responder pessoal e subsidiariamente pela omissão.

Resta indubitado que a lei exige uma postura atuante dos auxiliares, bem semelhante do que ocorre com as outras espécies protetivas, como a tutela e curatela. É por este motivo que o § 7º do art. 1.783-A do CC/02 reza que “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”.

(iii) Havia divergência, o terceiro não tinha conhecimento e os apoiadores foram culposamente omissos.

Finalmente, no caso em que os apoiadores agiram com simples culpa (ou culpa leve), como pode ocorrer quando não se atentam para a possibilidade de o negócio jurídico “trazer risco ou prejuízo relevante”, caberá ao apoiado suportar os danos decorrentes do negócio jurídico e cumprir a obrigação assumida com o terceiro que com ele contratou, notadamente quando este desconhecia a deficiência e pelo fato de não ter sido apresentada qualquer divergência (NEVES, 2014).

Cabe-nos analisar se restará algum direito ao apoiado.

Na hipótese de o termo de apoio ter sido gratuito, inclinamo-nos pela impossibilidade de ação regressiva contra os eleitos, mormente quando não há remuneração em favor destes. Esta afirmação decorre do disposto no art. 114 do CC/02: “Os negócios jurídicos benéficos (...) interpretam-se estritamente”. Portanto, no silêncio da lei e na omissão do termo de apoio, exsurge a conclusão de que os auxiliares não devem responder quando agirem mediante culpa leve.

Por outro lado, uma interpretação *a contrario sensu*, autoriza-nos a concluir que, em havendo uma onerosidade para o deficiente, prevista no termo de apoio, aplicam-se as regras atinentes aos contratos em geral, de maneira que os auxiliares responderão regressivamente, mesmo em se tratando de culpa leve.

3.4.7 Incidente processual na tomada de decisão apoiada

Analisada a responsabilidade da pessoa com deficiência, dos apoiadores e do terceiro, outro questionamento surge com relação ao incidente formado para destituir o(s) eleito(s) quando “agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas”.

A discussão do tema será feita através de um incidente processual denominado de “denúncia”. É o que dispõe o § 7º acima transcrito, bem como o § 8º do art. 1.783-A do CC/02: “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”. Mas qual o procedimento a ser adotado?

Embora o legislador não deixe claro o procedimento para este incidente, deve-se extraí-lo com base na regra insculpida no art. 719 do CPC/15: “Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção”. Portanto, em homenagem ao princípio do contraditório, faz-se necessário ouvir previamente o apoiador, antes de abrir vista dos autos ao representante do Ministério Público para parecer (ROCHA, 2007). Neste sentido: “Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias” (CPC/15, art. 721).

Se houver necessidade, o juiz marcará audiência de instrução sumária para elucidar pontos controvertidos, não estando obrigado “a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (CPC/15, art. 723, parágrafo único). De qualquer forma, com ou sem instrução, “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias” (CPC/15, art. 723). É importante acrescentar que, supletivamente, o Estado-juiz deverá observar as regras procedimentais previstas para a destituição da tutela ou da curatela, notadamente quando o termo de apoio integra o chamado microssistema protetivo da pessoa com deficiência.

3.4.8 Resilição unilateral do termo de apoio

O § 9º do art. 1.783-A do CC/02, finalmente, narra que “A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de

tomada de decisão apoiada”. Esta hipótese não se confunde com a denúncia retratada no tópico anterior, pois o pedido somente poderá ser formulado pelo próprio apoiado e se justifica por simples questão de conveniência ou oportunidade.

Não há, portanto, necessidade de constatação de qualquer vício formal ou ato ilícito praticado pelo(s) eleito(s) para que o pedido seja acolhido. Ressalte-se que, uma vez desconstituído o termo de apoio, a pessoa com deficiência permanecerá capacitada para exercer os atos da vida civil, pelo menos até que sobrevenha outra medida protetiva mais severa.

Paralelamente a isto, é possível que a resilição tenha a iniciativa de qualquer eleito. É o que reza o § 10 do art. 1.783-A do CC/02: “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”. Assim, somente após a decisão judicial ser publicada – não necessariamente através da imprensa oficial –, o apoiador estará dispensado do *múnus* e isento de eventuais responsabilidades.

3.5 A fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada

Discute-se agora acerca de uma eventual fungibilidade entre a curatela e a tomada de decisão apoiada. Assim, deve ser analisado sob a perspectiva de que uma ação de interdição seja proposta por algum legitimado e, no seu curso, percebe-se que a tomada de decisão apoiada é medida que melhor se adegue ao caso concreto. De igual sorte, é possível também que a tomada de decisão apoiada seja requerida pela pessoa com deficiência e, após laudo multidisciplinar, concluindo que há razoável grau de incapacidade que compromete o discernimento do requerente, a ponto de a curatela ser a medida protetiva mais adequada.

Nesta hipótese, a fungibilidade é viável, pois se converte uma ação de jurisdição contenciosa em outra de jurisdição voluntária. Contudo, exige-se que sejam observados os requisitos específicos para a ação convertida, no caso de tomada de decisão apoiada (ALENCAR *et al.*, 2016).

Assim, quanto ao requisito da legitimidade ativa, se o pedido de curatela tiver sido formulado pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou por qualquer parente; ou pelo Ministério Público, não será possível mantê-los, vez que a legitimidade *ad causam* do requerimento de tomada de decisão assistida somente é atribuída ao

próprio deficiente. É possível, portanto, que o réu e o autor na curatela se convertam em requerente e um dos eleitos na tomada de decisão apoiada, respectivamente.

Acrescente-se que, mesmo não ocorrendo a fungibilidade entre as ações, o que se admite quando o deficiente não aceita fazer pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz deverá apenas extinguir o feito por ausência de interesse processual, pois, mesmo sendo viável a fungibilidade e a sucessão processual, restou incontroverso que foi demonstrada a inadequação da medida protetiva mais severa. Portanto, não se trata de rejeitar a pretensão formulada na curatela, hipótese em que o Estado-juiz estaria apreciando o próprio mérito da demanda.

Da mesma forma que a primeira hipótese, será viável a fungibilidade neste caso, novamente desde que observados os requisitos para a ação convertida, qual seja a curatela. Porém, há uma particularidade quanto à legitimidade ativa.

A Lei nº 13.146/15 alterou o art. 1.768 do Código Civil, ampliando o rol dos legitimados. Assim, além (i) dos pais ou tutores; (ii) do cônjuge, ou qualquer parente; ou (iii) do Ministério Público; a ação de curatela poderia ser proposta pelo próprio incapaz. Era a chamada auto-curatela.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, revogou este dispositivo, de forma que a norma legal teve vida curta, ou seja, após o início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente (02.01.16) até o início da vigência do CPC/15 (18.03.16)⁶. Com efeito, o Código de Ritos eliminou a denominada auto-curatela, mantendo sua legitimidade tradicional (TARTUCE, 2016).

Nestes termos, apresentado o laudo multidisciplinar e uma vez se constatando que a tomada de decisão apoiada é medida inadequada por ser necessária outra mais severa, o juiz determinará a intimação dos colegitimados previstos nos incisos I e II. Todavia, na hipótese de ausência ou de inércia, fará com que os autos sejam encaminhados ao *Parquet* (inciso III) para promover o pedido de curatela.

3.6 O biodireito à luz da pessoa com deficiência

O biodireito busca estudar a relação entre a bioética e o direito, mediante a positivação das normas regulatórias desta matéria e sua interpretação nos casos emblemáticos. O seu objeto será, portanto, as permissões de comportamentos

⁶ Sobre o conflito entre a LBI e o NCPC, vide item 5.2.

médico-científicos e de sanções pelo descumprimento destas normas. Questões de extrema relevância são colocadas à mesa, como se dá em relação à possibilidade de eutanásia, à legalidade do aborto do feto anencefálico, recentemente debatido no STF⁷, além de outros temas envolvendo o consentimento de pacientes portadores de deficiência cognitiva.

Limitamo-nos, contudo, ao último tema. Para tanto, partimos da premissa segundo a qual os médicos têm obrigação de buscar o máximo benefício do paciente e usar toda a sua expertise médica para evitar um dano. Por sua vez, o paciente tem o direito de ter um tratamento qualificado e de ver respeitada a sua autonomia de escolha relativa ao que o prestador de serviço vai fazer. Todavia, aquela obrigação dos profissionais e esta autonomia dos pacientes, embora se espere que estejam em sintonia - e estão na maioria dos casos -, às vezes entram em conflito.

3.6.1 A autonomia do paciente e o paternalismo do profissional

A capacidade racional das pessoas de se autogovernar pode ser sintetizada como **autonomia**. Trata-se, portanto, de um poder individual de decidir e agir de acordo com a sua escolha. Para tanto, deve-se colocar todas as opções disponíveis, cabendo ao profissional esclarecer e elucidar o paciente para escolher livre e conscientemente dentre as possibilidades existentes.

No dia-a-dia, muitas vezes sem perceber, agimos com base nesta autonomia de vontade. Assim, nossas escolhas e nossas ações são verdadeiramente próprias e livres de pressões. Excepcionalmente, porém, somos influenciados por pessoas e/ou por fatores que nos tiram o controle; comprometendo, total ou parcialmente, a nossa autonomia. Sobre o tema, Beltrão (2014, p. 164/165) ensina que:

A atual estrutura do ato médico e da necessidade de obter o seu consentimento informado tem por fundamento os direitos da personalidade à autodeterminação e ao direito da personalidade à vida e à integridade física e moral, todos inatos à pessoa humana e componente prévios da relação médico-paciente.

Dentro da classificação dos Direitos da Personalidade, Hubmann apresenta como uma de suas categorias o direito à personalidade (*Personalität*) como qualidade do indivíduo humano em relação com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia.

Nessa categoria, compreende-se a liberdade que tem o paciente para decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou

⁷ Sobre o tema, ver ADPF nº 54 do Distrito Federal, Rel. Min. Marco Aurélio.

terapêuticas inerentes ao seu tratamento médico. A liberdade que tem a pessoa de tomar decisões quanto ao seu tratamento médico, bem como na escolha da intervenção terapêutica, é própria do direito da personalidade à pessoalidade, como elemento da autonomia que todo ser humano possui para desenvolver livremente a sua personalidade.

Em homenagem ao princípio da autonomia, o biodireito tem desenvolvido a doutrina do **consentimento informado**, criando procedimentos e diretrizes para garantir sua observância. A ética, nestes termos, aponta um padrão de comportamento esperado. Portanto, pelo mesmo motivo, a ética da vida (ou bioética) permite que exija este padrão, mas também permite que seja violado; exigindo, porém, razões que justificam este desvio. O problema surge exatamente quando o paciente apresenta limitações a esta autonomia.

Uma deficiência física tem potencialidade de comprometer a autonomia tanto quanto a ausência de informação sobre uma enfermidade em pessoa sem deficiência. Assim, forçar uma mulher saudável a fazer uma histerectomia é obviamente uma coerção, mesmo que o profissional justifique sua decisão com base no alto número de filhos desta mulher e/ou nas péssimas condições de sobrevivência propiciadas aos filhos já nascidos. Da mesma maneira, utilizar uma falsa informação para persuadir esta paciente a se submeter a uma cirurgia para retirada do útero é também uma sutil forma de compulsão. Em ambos os casos, há conduta reprovável do profissional, embora no último exemplo exista um consentimento da paciente obtido em decorrência da falta de informação apropriada.

Não estamos, com isso, sustentando que o princípio da autonomia do paciente é absoluto ou ilimitado. Esclarecemos que é possível restringir a liberdade do paciente, condicionando-se à existência de um interesse coletivo que justifique afastar a sua vontade, e desde que não haja outra medida mais adequada. Temos como exemplo o caso do deficiente mental que coloca a população ou a si mesmo em risco. Neste caso, a decisão do médico-psiquiatra que determina o confinamento compulsório deste tipo de paciente, justifica-se pela prevalência do interesse coletivo de proteção social e por não existir outra medida melhor.

Denomina-se, portanto, de **paternalismo** exatamente esta conduta do profissional que, a despeito da vontade do paciente, decide de maneira racional o tratamento terapêutico mais adequado, bem como os rumos para se obter a cura do doente. O conflito entre a observância do princípio da autonomia do paciente e o

paternalismo do profissional é tema corrente no biodireito. Questiona-se: é lícito ignorar a autonomia do paciente, mesmo que pelo seu próprio bem?

Antes de apontar uma resposta, devemos esclarecer que a doutrina aponta 02 tipos de paternalismos:

Weak paternalism refers to paternalism directed at persons who cannot act autonomously or whose autonomy is greatly diminished – who may be, for example, dangerously psychotic, severely retarded, extremely depressed, or acutely addicted. Weak paternalism is not usually considered an objectionable violation of autonomy because patients are already substantially nonautonomous to some degree. Generally it is thought to be morally acceptable because its purpose is to protect people from harm while they are nonautonomous, or to restore them to full autonomy. **Strong paternalism** is the overriding of a person's actions or choices even though he is substantially autonomous. Cases involving strong paternalism often provoke debate and sometimes legal wrangling. A man who normally behaves autonomously and rationally is involuntarily committed to a mental institution because he occasionally becomes confused and disoriented and doctors fear that he might someday become a threat to himself or others⁸. (VAUGHN, p. 82).

Em síntese, o chamado **paternalismo fraco** caracteriza-se pelo fato de o paciente já possuir alguma limitação de sua capacidade cognitiva, seja provocada pela própria enfermidade, seja em decorrência de prévia deficiência. Por esta razão, esta espécie de paternalismo recebe poucas críticas, na medida em que o objetivo dos profissionais é apenas proteger os pacientes que não conseguem determinar a melhor solução para seu tratamento. Por outro lado, o **paternalismo forte** alcança os pacientes que possuem plena capacidade cognitiva, de maneira que o profissional promove as escolhas em flagrante ofensa ao princípio da autonomia da vontade. Esta última espécie provoca um grande debate. Reproduziremos dois exemplos para ilustrar as duas espécies de paternalismo.

Uma pessoa, por motivos religiosos, sempre se recusou a submeter-se ao procedimento de transfusão sanguínea, embora algumas enfermidades forçaram a

⁸ Tradução: “O **Paternalismo Fraco** refere-se ao paternalismo direcionado às pessoas que não podem agir de forma autônoma ou aqueles cuja autonomia é bastante reduzida - os quais podem ser, por exemplo, psicóticos perigosos, aqueles com severo retardo, depressivos extremos ou viciados de maneira aguda. O Paternalismo Fraco não é usualmente considerado uma violação censurável da autonomia porque os pacientes já estão substancialmente sem autonomia em algum grau. Geralmente, imagina-se que seja moralmente aceitável pois o propósito desse paternalismo fraco é proteger as pessoas de prejuízos enquanto lhes falta autonomia ou lhes encaminhe para a completa autonomia. O **Paternalismo Forte** significa ignorar (ou passar por cima) das ações ou escolhas de uma pessoa, mesmo que ela seja substancialmente autônoma. Os casos envolvendo Paternalismo Forte frequentemente provocam debates e às vezes discussões no âmbito legal. Um homem que normalmente se comporta de forma autônoma e racional é involuntariamente comprometido com uma instituição mental, na medida em que ele ocasionalmente se torna confuso e desorientado e, dessa forma, os médicos têm receio de que algum dia esse comportamento possa se tornar uma ameaça a ele mesmo ou aos outros”.

esta situação durante sua vida. Contudo, após um acidente e entrar em coma, o médico-cirurgião decide operá-la e, para tanto, promove a transfusão, primeiro por ser procedimento exigido no ato cirúrgico; e, segundo, por desconhecer qualquer declaração deixada pelo paciente, no sentido de recusar-se a fazer transfusão sanguínea. Temos um caso de paternalismo fraco, na medida em que o paciente comatoso já não possuía capacidade de autodeterminação, além de que a decisão do profissional em nada viola declaração contrária e conhecida do paciente.

Por sua vez, um exemplo de paternalismo forte se dá quando o médico descobre que sua paciente possui um tumor maligno de mama. Porém, tendo conhecimento de que ela está bem assustada com a doença, o profissional informa que o tumor é benigno e que deve ser removido por uma cirurgia, apenas por precaução. Neste caso, embora a paciente seja plenamente capaz de compreender a realidade, o médico decide sozinho o melhor tratamento, induzindo-a a consentir na realização da cirurgia, sobretudo por desconhecer os riscos por que passa. Neste cenário, os benefícios do paternalismo devem ser balanceados com a importância do respeito à autonomia do paciente.

As ações que restringem ou minimizam essa autonomia, mas que beneficiam o paciente de forma significativa, podem ser justificadas. Entretanto, importante delimitar até que ponto os profissionais podem chegar com estas justificativas. Por este motivo, voltamos ao questionamento inicial: é lícito ignorar a autonomia do paciente, mesmo que pelo seu próprio bem? Em outros termos, o profissional pode valer-se do paternalismo forte quando busca algum benefício para o paciente? Pensamos que não e, nestes casos, inclinamo-nos contra o paternalismo forte.

3.6.2 O paternalismo *versus* o paciente com deficiência

A Comunidade Europeia preocupou-se sobre o tema, abordando-o na Recomendação do Conselho da Europa nº R(99)4 sobre “Princípios Respeitantes à Protecção Jurídica dos Incapazes Adultos”. Neste documento, também se pronunciou acerca da necessidade de considerar as disposições tomadas antecipadamente pela pessoa incapacitada, numa altura em que ainda era plenamente capaz, apontando como exemplo deste tipo de instrumento o mandato ou a **procuração permanente**. E o artigo 9º desta Recomendação destaca a

necessidade de atenção aos desejos da pessoa, inclusive quanto à escolha do seu representante. Neste contexto, Vítor (2009, p. 45) destaca que:

No campo da saúde, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CEDHB) defende a valoração da vontade anteriormente manifestada: “[a] vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”. Entre estas expressões de vontade antecipadas contam-se instrumentos como a procuração para cuidados de saúde ou os testamentos vitais.

Por sua vez, a Lei Brasileira de Inclusão posicionou-se no mesmo sentido. Assim, mesmo admitindo os riscos que podem ser gerados pela decisão do paciente, o art. 11 do Estatuto da Pessoa com Deficiência aponta que “A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada”.

O seu parágrafo único, igualmente, reza que “O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei”. É preciso, porém, separar a situação prevista no *caput* daquela disciplinada no parágrafo único, especialmente para evitar dúvidas de interpretação.

Na primeira (art. 11, *caput*, da LBI), o legislador aborda a questão sob a ótica do deficiente que não se enquadra na hipótese de curatela. Em outras palavras, trata da pessoa que, por ter apenas um reduzido comprometimento de sua capacidade cognitiva, estaria submetida à tomada de decisão apoiada. Nestes termos, o paciente deve ser considerado capaz e, portanto, com ampla autonomia para decidir o melhor tratamento, tendo por objetivo debelar a sua enfermidade. Deve prevalecer, portanto, a sua autonomia da vontade.

Sobre esta matéria, o Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 528: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”. Com efeito, caberá ao profissional apenas auxiliá-lo, prestando todas as informações necessárias a fim de que o paciente tome a decisão de maneira livre e consciente. É aconselhável que as informações prestadas pelo profissional cheguem também aos apoiadores para que possam, de forma mais apropriada, colaborar com o paciente apoiado na tomada de decisão acerca do melhor e mais adequado tratamento, dentre todos os possíveis.

Nesse sentido, o *caput* do art. 12 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que: “O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica”.

Diversamente ocorre na situação prevista no parágrafo único do art. 11 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente. Neste caso, a lei admite a curatela para o deficiente que não possui capacidade cognitiva a ponto de compreender as consequências para, livre e conscientemente, dar o seu consentimento para o tratamento terapêutico. Sendo assim, o consentimento do incapaz poderá (leia-se: deverá) ser suprido prioritariamente pelo seu representante (curador). Nesta hipótese, o paciente é desprovido de capacidade e, portanto, para sua maior proteção, o legislador atribuiu ao seu representante o poder de decidir. Todavia, igualmente neste caso, faz-se necessário que o profissional preste todas as informações para que o curador tome sua decisão de maneira livre e consciente em nome do representado.

Aqui, embora por meio de interposta pessoa, rende-se homenagem ao princípio da autonomia da vontade do paciente. Sobre este tema, o § 1º do art. 12 do Estatuto da Pessoa com Deficiência reza que “Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”.

Nada impede, contudo, que a decisão acerca do melhor tratamento seja tomada pelo profissional. Assim poderá ocorrer por várias razões: (i) quando não há curador nomeado para o paciente; (ii) quando o paciente encontra-se em estado grave e com sérios riscos de ter sua vida ceifada pela demora na escolha da melhor opção.

Outras situações ainda podem ocorrer quando, por questões pessoais (frequentemente, as religiosas) o representante recusa o tratamento indispensável à vida do paciente. Neste exemplo, entendemos viável o paternalismo fraco.

Traremos uma ilustração para facilitar a compreensão do problema. Imaginemos que um paciente com deficiência mental considerável esteja hospitalizado para se submeter a uma intervenção cirúrgica, cuja finalidade seria desobstruir uma artéria do coração. Restou comprovado por meio de exames que, sem a intervenção cirúrgica, o paciente teria apenas alguns dias de vida. Ocorre

que, por ser adepto à religião conhecida como Testemunha de Jeová, o representante do incapaz nega a autorização para o procedimento cirúrgico, exatamente por não concordar com a transfusão de sangue. Neste caso, questiona-se: seria possível o profissional valer-se do paternalismo forte e proceder com a intervenção cirúrgica, promovendo a transfusão sanguínea?

Antes de apresentarmos uma solução, faremos uma análise do problema em relação à pessoa plenamente capaz. Assim, quando a situação envolve um paciente com total compreensão dos fatos, o direito de recusar o tratamento deve ser respeitado pelo profissional, mesmo que isso implique em alto risco de vida ou mesmo a certeza de que o enfermo virá a óbito. A ideia de que o paternalismo forte deveria prevalecer quando (i) o paciente tivesse filhos que ainda lhe eram dependentes ou (ii) o paciente ainda não estava em estado terminal; foi substituída pela observância do princípio da autonomia da vontade, extraída dos direitos da personalidade.

Desta maneira, deve-se afastar a compreensão de que o profissional deve decidir, atribuindo ao paciente plenamente capaz o direito de rejeitar os tratamentos recomendados, mesmo que coloque em risco a sua vida. Em suma, para a bioética, a autonomia do paciente plenamente capaz se sobrepõe à opinião do médico. A nossa Corte estadual⁹, inclusive, posicionou-se sobre o tema, afirmando ser absolutamente legítima a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos médicos ou cirurgias que envolvam a administração de sangue e seus derivados, mesmo nos casos de iminente risco de vida. Na mesma linha, o Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 403, que dispõe:

O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e

⁹ “Frente às normas constitucionais que tutelam a liberdade de crença e de consciência, o direito à intimidade e à privacidade, os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como em razão de dispositivos da legislação infraconstitucional, fatores aos quais se associa o risco inerente às contaminações nas transfusões, é absolutamente legítima a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos médicos ou cirurgias que envolvam a administração de sangue e seus derivados, mesmo nos casos de iminente risco de vida. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica. 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” (TJPE, 2ª Câmara de Direito Público, ED nº 0008697-79.2008.8.17.0810, Rel.: Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, j. 22.09.16).

informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.

O direito de recusar o tratamento parece se relacionar diretamente quando o paciente é adulto e capaz. Assim, mesmo que o paciente entre em estado de incapacidade (ex. quando entra em coma), há que prevalecer sua vontade expressada previamente, como ocorre na Declaração de Não Ressuscitar (DNR). Sobre este assunto, Beltrão (2014, p. 175) novamente ensina que:

Assim, boa parte da doutrina vem utilizando a expressão “diretivas antecipadas de vontade” para expressar as disposições orais ou escritas que a pessoa realiza para declarar ao profissional de saúde ou a um familiar o seu desejo de receber ou recusar tratamento médico, em circunstâncias especiais.

As diretivas de vontade podem ainda designar uma pessoa em especial, um procurador de cuidados de saúde, que ficará responsável em expressar a vontade do paciente e indicar o tratamento a que o mesmo deve ser submetido, de acordo com o seus conceitos e valores declarados em vida.

(...)

É bastante comum no meio médico a expressão DNR (Declaração de Não Ressuscitar), em que o paciente declara a sua vontade de não ser reanimado em caso de parada cardiorrespiratória.

Esta ordem é geralmente ligada a procedimentos moralmente permitidos quando a Ressuscitação Cardiopulmonar (CPR) em pacientes terminais não será eficaz ou será apenas útil para prolongar a ocorrência da morte e intensificar a dor e o sofrimento do paciente. Neste contexto, os pacientes podem concordar e consentir com a DNR em instruções escritas, como forma de, ainda em vida, designar aquilo que entendem como representante das vontades.

Mas, se o paciente for incapaz e o representante rejeitar o tratamento médico recomentado?

Os adeptos de crenças ou religiões, quando rejeitam algum tratamento médico, fazem por acreditar que as questões religiosas são melhores do que as intervenções médicas. Neste ponto, baseiam-se no direito de decidir o que é melhor para si e, como consequência, também para o representado. Contudo, se por um lado é preciso respeitar a fé religiosa; por outro, faz-se necessário salvar a vida do paciente incapaz de decidir.

Há um conflito entre dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. Na hipótese aqui ventilada, o paciente não detém

capacidade civil para expressar sua vontade ou não possui consciência suficiente das implicações ou da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. O elemento volitivo, portanto, deve ser substituído por seu representante que, por questão religiosa, recusa o tratamento consistente em transfusão de sangue.

Diante desse dilema com conteúdo eminentemente moral, após exaustiva reflexão, concluímos que o representante é livre para exercer qualquer crença ou fé religiosa; podendo, inclusive, recusar tratamento que possa levar à sua morte e, assim, tornar-se mártir de sua própria vida. Todavia, isto não lhe permite que também seja livre para decidir que o representado incapaz seja igualmente um mártir.

A restrição à liberdade de crença religiosa, com efeito, encontrará amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservação da saúde do paciente incapaz. É necessária porque, em face do risco de vida, a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim, ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida. Desta forma, mesmo que a lei atribua ao curador a missão de decidir sobre os atos da vida do curatelado, isto não lhe garante o direito de provocar um sério prejuízo à vida do incapaz. Situação diversa ocorre quando não há risco à vida do paciente incapaz. Neste sentido, há julgados que sustentam que a gravidade do caso e a comprovada incapacidade da pessoa interditada autorizam a submissão da incapaz a algum método contraceptivo, de acordo com a indicação do médico a ser escolhido pelo curador¹⁰.

Não foi por outra razão que a Lei Brasileira de Inclusão dispôs em seu art. 13 que: “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,

¹⁰ “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. MAIOR INCAPAZ. CONTRACEPÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. Tratando-se de incapaz de 24 (vinte e quatro) anos, mãe de 02 (dois) filhos de pais desconhecidos, sua dignidade restará mais preservada garantindo-se ao curador meios seguros de evitar qualquer outra gravidez, enquanto perdurar a sua situação de incapacidade. 2. Nesse contexto, ganham relevo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para se autorizar a utilização de métodos contraceptivos adequados, eficazes e reversíveis a qualquer tempo. 3. A gravidade do caso e a comprovada incapacidade da interditada impõem o provimento parcial do pedido para autorizar a submissão da incapaz a um dos seguintes métodos contraceptivos: colocação de dispositivo intra-uterino, colocação de anticoncepcional subcutâneo ou endocepção, de acordo com a indicação do médico a ser escolhido pelo curador da interditada, autorizada eventual sedação que se faça necessária em razão da possível resistência da incapaz. 4. Apelo conhecido e parcialmente provido” (TJDFT, 3ª Turma Cível, AC nº 0022565-76.2006.8.07.0001, Rel: Desª Nídia Corrêa Lima, j. 27.09.06).

resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis”
(grifou-se).

4 OS EFEITOS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA DEFICIENTE SOBRE O DIREITO PRIVADO

4.1 A anulação de casamento por defeito no elemento volitivo

4.1.1 Noções gerais

A Lei nº 13.146/15 alterou significativamente os artigos do Código Civil relacionados aos vícios no casamento. Desta maneira, a redação original do art. 1.548 previa duas hipóteses para o casamento ser considerado **nulo**: (i) pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; e (ii) por infringência de impedimento. À luz da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, contudo, o enfermo mental passou a obter um tratamento isonômico, de maneira que não deve ser considerado automática e presumivelmente incapaz. Por esta razão, a primeira hipótese foi revogada, permanecendo apenas a **nulidade absoluta** para o caso de infringência de impedimento, remetendo o tema para as hipóteses legais previstas no art. 1.521 do CC/02.

Idêntico tratamento foi aplicado aos casos de **nulidade relativa** no casamento. Com efeito, o § 2º do art. 1.550, cuja redação foi [incluída pela Lei nº 13.146/15](#), dispõe que: “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador” (grifou-se). Acrescente-se que, além das hipóteses de anulabilidade previstas no art. 1.550, há ainda a possibilidade de anular o casamento por **vício da vontade**, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro (art. 1.556). Neste ponto, o art. 1.557 disciplina as situações em que há erro essencial.

Sendo assim, surge um questionamento: esta capacidade para contrair matrimônio subsistirá mesmo que haja, em relação a qualquer nubente, um comprometimento de sua cognição? Analisaremos de início o casamento contraído por alguém considerado relativamente incapaz.

Quanto à nulidade relativa, ressalte-se, desde a sua redação original, o dispositivo já era alvo de severas críticas por parte da doutrina (LÔBO, 2011), sobretudo porque descrevia apenas hipóteses casuísticas, sem qualquer critério ou técnica legislativa. Poder-se-ia definir o “erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge” utilizando apenas a redação do primeiro inciso: “o que diz respeito à sua

identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”.

Concordamos com a opinião da doutrina, reafirmando que os demais incisos são meros casuísmos extraídos da previsão normativa inicial. A título de exemplo, temos o inciso II do art. 1.557, que diz: “a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal”. Em outros termos, esta proposição não é outra coisa senão uma particularidade do primeiro inciso.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente também alterou o inciso III e revogou o inciso IV, adequando o Código Civil à Convenção de Nova Iorque. A redação original do inciso III dispunha que:

Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (grifou-se).

Por sua vez, a disposição do inciso IV, atualmente revogado, afirmava que “Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (grifou-se).

Estas proposições, novamente, são simplesmente especificidades em relação ao inciso I, conforme sustentamos mais acima. Contudo, chamamos à atenção para a alteração proposta pela Lei nº 13.146/15, conforme se verá adiante.

O inciso III passou a conter a seguinte redação:

Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável **que não caracterize deficiência** ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (grifou-se e destacou-se).

Diante disso, impõe-se definir o que significa “defeito físico”, “irremediável” e, sobretudo, conceituar “deficiência” à luz da Convenção de Nova Iorque que reconhece em seu conceito um estágio de evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades (RULLI NETO, 2002).

Com base neste conceito amplo e em evolução, outro questionamento poderá ser levantado: haveria algum defeito físico irremediável que não caracterize

deficiência? Se a resposta for negativa, ou seja, se todos os defeitos físicos devem ser enquadrados como alguma forma de deficiência, a primeira parte do inciso perde totalmente sua razão de existir, exatamente por completa ausência de suporte fático (MELLO, 2007).

Respiremos fundo para tentar apontar soluções aos problemas aqui apresentados ou, quando não for possível, pelo menos indicar o caminho para que haja uma melhor compreensão acerca dos temas enfrentados.

4.1.2 Plano de validade

A invalidade pressupõe a existência do fato jurídico. Assim, conforme ensina a melhor doutrina (MELLO, 2008), a nulidade ou a anulabilidade se prendem à deficiência de elementos **complementares** do suporte fático relacionado ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico.

Em relação aos fatos jurídicos, cuja vontade não é elemento nuclear do suporte fático, assim como nos fatos jurídicos ilícitos, não há como pretender-se possam ser inválidos. Quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu* (fatos da natureza ou do animal) e os atos-fatos humanos, seria ilógico considerá-los despidos de elementos complementares e tratá-los como inválidos pelo Direito. Com efeito, somente tem sentido falar em plano de validade para o ato jurídico *lato sensu*, que inclui o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Por sua vez, em relação ao grau de comprometimento no plano da validade, Mello (2008, p. 60/61) esclarece:

Considerando a gravidade da infração e a importância do interesse a resguardar, os sistemas jurídicos impõem sanções de maior ou menor intensidade, punições mais ou menos severas, que refletem o grau de sua repulsa ao ato.

A estruturação de cada ordenamento jurídico do sistema das invalidades é uma questão de técnica legislativa. No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

No mesmo sentido:

Duas são as espécies de nulidade previstas em nosso ordenamento, a saber: nulidade relativa ou anulabilidade e referem-se a negócios que se acham inquinados de vício capaz de lhes determinar a ineficácia, mas que

poderá ser eliminado, restabelecendo-se a sua normalidade. (...) A anulabilidade depende de sentença e emana da vontade do juiz, a pedido do prejudicado, sendo uma sentença de caráter constitutivo. A nulidade dita absoluta refere-se a vícios que implicam negativa dos efeitos do ato, sendo a sentença de natureza declaratória e de efeitos *ex tunc*. O ato nulo não produz qualquer efeito, *quod nullum est, nullum producit effectum*, salvo raras exceções, existentes no direito de família. (BARROS *et al.*, 2002, p. 114).

Quanto aos efeitos, há que se distinguir 03 situações:

(i) os atos jurídicos válidos têm entrada imediata no plano da eficácia, mesmo quando pendente de termo ou de condição suspensiva. Há uma exceção no caso do testamento: embora existente e válido, somente após a morte do testador é que haverá a eficácia.

(ii) os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas não interinamente, pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade. Logo, os seus efeitos só podem tornar-se definitivos pela sanção da anulabilidade.

(iii) os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia. Daí, o motivo para confundir o ato nulo e o ato ineficaz. Entretanto, há casos em que um ato nulo produz efeitos jurídicos, como se dá no exemplo do casamento putativo.

Estas digressões são relevantes para compreendermos a matéria. Assim, passaremos a indicar possíveis soluções aos questionamentos apresentados no tópico anterior.

4.1.3 Anulabilidade do casamento

Aplicando-se ao casamento a teoria da invalidade do ato jurídico, teremos a sua anulabilidade quando ocorrer lesão a interesse exclusivamente privado. Nesse sentido, Lôbo (2011, p. 126) explica que:

A anulabilidade é espécie do gênero invalidade do casamento que diz respeito à tutela de interesses individuais considerados relevantes. Depende inteiramente da promoção dos interessados legitimados, dentro de prazos decadenciais, após os quais o casamento será permanentemente válido. A consequência mais importante, diferentemente da nulidade, é a não retroatividade dos efeitos de sua declaração judicial (interpretação em sentido contrário do art. 1.563 do Código Civil), permanecendo íntegros todos os atos, relações e situações jurídicos constituídos durante a vigência da relação conjugal. Nenhuma das hipóteses de anulabilidade impede ou proíbe o casamento, que pode ser convalidado com o decurso do tempo e a inércia do interessado.

Pois bem. Dispondo acerca da invalidade nas relações matrimoniais, o art. 1.556 do Código Civil afirma que “O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro” (grifou-se). Nestes termos, embora o elemento volitivo esteja presente no ato jurídico - cumprindo, assim, o suporte fático essencial -, a vontade é manifestada de forma viciada, deixando de atender ao suporte fático complementar. Este vício, ademais, surge por erro essencial à pessoa do outro cônjuge, hipóteses que serão analisadas a seguir.

O art. 1.557 do CC/02 aponta diversas situações que o legislador considera erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Todavia, conforme já afirmamos, o primeiro inciso é o que melhor traduz a *mens legis* ao narrar que se considera essencial o erro “que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (grifou-se).

A Lei nº 13.146/15 alterou a redação do inciso III e suprimiu o inciso IV. Neste último, a mudança é merecedora de aplausos, mormente quando eliminou antiga fórmula que apenas dava ensejo a preconceitos ou a maneiras disfarçadas de discriminação. O inciso IV considerava erro essencial “a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (grifou-se). A antiga redação entrava em confronto com a Convenção de Nova Iorque e, portanto, com princípios constitucionais, na medida em que conferia ao doente mental uma subcidadania, lesionando a esfera protetiva dos direitos da personalidade. Como pessoa, trata-o como um elemento de 2ª classe, a ponto de considerar insuportável a sua convivência.

Não se quer com isso negar a possibilidade de que o cônjuge enganado possa requerer a anulação do casamento. Todavia, não lhe estará doravante autorizado a fundamentar sua pretensão no simples fato de que o cônjuge demandado possui doença mental grave. Caberá ao requerente demonstrar a impossibilidade da vida em comum, atribuindo a si próprio a impossibilidade de conviver com o portador de enfermidade mental.

Esta supressão legislativa, portanto, promoveu uma inversão da ordem tradicional de valores, transferindo do deficiente para o enganado a culpa pela anulação do casamento. Por este motivo, andou bem o legislador. Esta alteração

legislativa traduz uma mudança de postura e, além disso, veicula um simbolismo relevante na tentativa de eliminar as barreiras atitudinais impregnadas na sociedade (RULLI NETO, 2002).

Não podemos, sem embargo, dizer o mesmo em relação ao inciso III. A redação anterior dizia que erro essencial era “a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável...”. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente modificou esta parte, dispondo que se considera erro essencial “a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência...” (grifou-se).

Percebe-se, inicialmente, que o legislador ignorou que existem 04 espécies de deficiência. São elas: física, sensorial, mental e intelectual (LBI, art. 2º). Não é correto, com efeito, confundir termos, como **defeito**, **deficiência** e **incapacidade**. Diante disso, parece-nos possível concluir que, a expressão “defeito” está relacionada com a causa do problema, cuja articulação com o adjunto “físico” deixa claro que excluiu o chamado defeito não-físico ou, simplesmente, defeito cognitivo. Portanto, a primeira questão a ser solucionada é definir se todo defeito físico produz necessariamente uma deficiência.

Entendemos que não. Um defeito físico poderá ou não produzir uma deficiência. Assim, para o dispositivo reformado ter sentido lógico-jurídico, devemos admitir que existam defeitos físicos que não geram qualquer deficiência.

Imaginemos que um dos cônjuges possui uma queda capilar acentuada quando se encontra em forte estresse, situação que era desconhecida por ele e pelo outro cônjuge. Acrescente-se que a medicina ainda não encontrou solução para o problema. Assim, esta hipótese configura um defeito físico irremediável que não caracteriza qualquer espécie de deficiência, pois não compromete qualquer órgão ou função.

Pois bem. Embora nem todo defeito físico implique uma deficiência, devemos analisar agora quando ocorre o contrário. Em outras palavras, abordaremos o problema quando o defeito físico provocar uma deficiência.

A segunda questão a ser solucionada é definir se o defeito físico, ao produzir uma deficiência, haverá necessariamente uma incapacidade.

Conforme sustentamos mais acima, ao analisarmos a supressão do inciso IV do art. 1.557, o legislador pretendeu inverter valores tradicionais que atribuíam ao

doente mental a culpa pelo fim do matrimônio. A reforma, portanto, deixou claro que não será possível anular o casamento com este fundamento. Partindo-se deste entendimento, na expressão “que não caracterize deficiência”, o termo “deficiência” apenas poderá englobar duas espécies: mental ou intelectual. Assim, em que pese uma anormalidade humana de natureza física possa gerar qualquer espécie de deficiência, nesta hipótese legal, ela deve ligar-se somente à ideia de deficiência física ou sensorial, ou seja, algo que provoque um comprometimento desta ordem em alguma função ou órgão humanos.

Respondendo à segunda questão, mesmo havendo deficiência, isso não significa que ela provocará também uma incapacidade, pois a causa fática (constatação de uma deficiência) não impõe impreterivelmente uma consequência jurídica (ausência de capacidade plena).

Imaginemos um casal, cujo cônjuge varão possui um defeito físico no seu órgão reprodutor. Este defeito provoca também uma deficiência que, por óbvio, não compromete sua capacidade cognitiva, de forma que o cônjuge não pode ser enquadrado como juridicamente incapaz. Porém, é possível que a deficiência (física ou sensorial) impeça ou dificulte a cópula (impotência *coeundi*) ou até mesmo a capacidade de reproduzir (impotência *generandi*).

Há, portanto, duas formas de interpretar este dispositivo:

(i) Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável **que não caracterize qualquer espécie de deficiência**; ou

(ii) Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável **que não caracterize deficiência mental ou intelectual**. Em outras palavras: Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável **que caracterize apenas deficiência física ou sensorial**.

Deve ser afastada, de logo, a anulação do casamento por erro essencial quando houver ignorância de defeito físico que caracterize deficiência mental ou intelectual (LÔBO, 2011).

Na primeira possibilidade de interpretação, utilizaremos o exemplo do cônjuge que possui defeito capilar quando está sob forte estresse. Nesta hipótese,

há um defeito físico irremediável sem caracterizar qualquer espécie de deficiência (nem física e nem cognitiva), pois não compromete qualquer órgão ou função. Para este caso, o inciso III do art. 1.557 estaria autorizando o pedido de anulação de casamento.

Ora, não parece razoável admitir esta pretensão e negá-la para situações mais graves ou que comprometam mais fortemente a convivência matrimonial, como acontece na hipótese de doença mental grave. Nestes termos, parece-nos incabível o pedido de anulação quando o defeito físico não produzir qualquer espécie de deficiência, o que implica dizer que esta interpretação demonstra-se inadequada, por ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Na segunda hipótese, utilizaremos o exemplo do cônjuge varão que possui defeito no seu órgão reprodutor. Neste contexto, parece-nos razoável que o cônjuge virago tenha direito de requerer a anulação deste casamento quando, insciente desta condição relativa ao varão, demonstrar que a vida matrimonial se tornou insuportável, fundamentando sua pretensão no seu desejo irrenunciável de satisfação sexual e/ou de gerar descendentes de forma natural.

Considera-se, portanto, erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, mesmo que caracterize apenas deficiência física ou sensorial (*coeundi* ou *generandi*). Porém, esta solução, embora nos pareça a mais correta, não encontra claramente amparo na dicção do art. 1.577, III, do CC/02 e, pior, se nos valermos da primeira possibilidade de interpretação acima descrita, a solução apresentada chegará até mesmo a entrar em colisão com a norma legal (LUZ, 2009).

Inclinamo-nos, com efeito, no sentido de afastar a compreensão de que o dispositivo em comento, ao trazer a expressão “que não caracterize deficiência”, não pode englobar todas as espécies, devendo restringir apenas as deficiências mental e intelectual e, portanto, afigura-nos correta a segunda interpretação, garantindo-se ao cônjuge virago o direito de anular o casamento nos casos de impotência *coeundi* ou *generandi* (TARTUCE, 2016).

Por estes motivos, a redação do inciso III, do art. 1.557 do CC/02, implementada pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, merece fortes críticas pois dificultou a compreensão e o alcance da norma, sobretudo quando não

é clara ao delimitar as espécies de deficiência e porque confundiu termos de conteúdos diversos, como defeito físico, deficiência e incapacidade.

Não será possível, em suma, anular o casamento sob o argumento de que um dos cônjuges é portador de defeito físico que provoque deficiência mental ou intelectual, sob pena de retirar todo o sentido da reforma legislativa que excluiu a redação do inciso IV, há pouco abordado. Registre-se que a intenção do legislador foi novamente evitar que uma pessoa, portadora destas espécies de deficiência, fosse vítima de preconceitos e/ou discriminações. Assim, conforme já expusemos, nada impede que o cônjuge enganado requeira a anulação do casamento. Mas, para isto, deverá fundamentar sua pretensão no fato de ser – ele, e não o deficiente – incapaz de conviver em matrimônio com alguém que possui um defeito não-físico que produza uma deficiência mental ou intelectual.

4.1.4 Validade do casamento para o deficiente mental e intelectual

Ainda sobre a anulabilidade no casamento, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente promoveu alteração no Código Civil, mediante a inclusão do § 2º no art. 1.550, que assim dispõe: “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”.

Percebe-se, de logo, que o legislador tratou de mencionar apenas duas espécies de deficiência: mental e intelectual. E não poderia ser diferente, na medida em que as deficiências física e sensorial podem limitar a capacidade de manifestação, mas não a cognitiva, sendo apenas esta essencial para a validade do ato jurídico em discussão.

Por sua vez, ao permitir que a pessoa com deficiência possa contrair matrimônio, o legislador exige que haja uma manifestação de vontade expressa. Sendo assim, não deixa dúvida de que reconhece o elemento volitivo como integrante nuclear do suporte fático. Mas não só isso: há necessidade de que a vontade seja manifestada de forma livre e consciente, por meio (i) do próprio nubente ou (ii) através de interposta pessoa (responsável ou curador).

Na primeira hipótese, teremos o deficiente que possui baixo grau de comprometimento de sua capacidade cognitiva, sendo-lhe necessário apenas um termo de apoio. Portanto, uma vez obtido e conforme sustentamos neste trabalho, o

apoiado terá cumprido a condição e passará a ter uma capacidade de exercício suficiente para exprimir sua vontade diretamente, salvo se houver divergência entre sua opinião e a dos apoiadores (ver item 3.4.6).

No segundo caso, a pessoa com deficiência mental ou intelectual tem certo grau de comprometimento de sua capacidade cognitiva, a ponto de exigir uma medida protetiva mais enérgica, como se dá na curatela. A depender da deficiência de compreensão da realidade, haverá uma incapacidade absoluta (maior sujeição) ou relativa (menor sujeição). Com efeito, caberá ao curador manifestar a vontade do curatelado, mas não apenas no sentido formal, ou seja, a exteriorização do elemento volitivo. Deve extrair o real conteúdo da vontade do deficiente incapaz, buscando seus verdadeiros anseios no sentido de concretizar o ato jurídico.

Nesta acepção, o absolutamente incapaz será representado pelo curador, enquadrando-se na dicção normativa “por meio de seu (...) curador”. Enquanto isso, o relativamente incapaz será meramente assistido, de forma que, neste caso, será o próprio deficiente (“diretamente”) quem expressará sua vontade (TARTUCE, 2014).

Surge, então, um questionamento: em que hipótese a vontade do deficiente será manifestada por meio de seu representante?

Para esta indagação, é preciso lembrar que há três espécies de representação: convencional, judicial e legal. A primeira (convencional) se dá através da tomada de decisão apoiada, segundo a qual caberá exclusivamente ao requerente (deficiente) indicar, pelo menos, duas pessoas idôneas e de sua confiança (os eleitos), que lhe prestarão apoio, como condicionante para a obtenção da capacidade de exercício. A segunda (judicial) ocorre na própria curatela, de forma que competirá ao Estado-juiz escolher, dentre as opções previstas em lei (*ope judicis*), aquela que melhor atende às necessidades do curatelado. Por fim, a terceira (legal) surge automaticamente por força da norma legal (*ope legis*), de maneira que independe da vontade do incapaz para que uma pessoa seja indicada como seu representante (NEVES, 2016).

Dito isto, torna-se forçoso concluir que o termo “responsável”, trazido no § 2º do art. 1.550 do CC/02, refere-se ao representante legal. Esta hipótese se aplica quando o nubente não se submete à curatela por ainda ser menor púbere e, cumulativamente, também não tem a capacidade para requerer a tomada de decisão assistida por ultrapassar o mínimo grau de comprometimento. Nesta situação,

caberá aos seus genitores, em regra, a prerrogativa de expressar formal e materialmente a sua vontade.

Importante lembrar que, conforme aponta o art. 176 do Código Civil, “Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente”. Desta forma, embora o casamento tenha sido celebrado sem a participação do curador (quanto ao relativamente incapaz) ou dos apoiadores, não impede que ocorra a ratificação *a posteriori*, sanando o vício no ato jurídico.

4.1.5 Nulidade do casamento

Em relação à nulidade do casamento, a doutrina de Lôbo (2011, p. 123/124) nos ensina que:

Pela gravidade de suas consequências, a nulidade do casamento é cercada pelo direito de restrições, não se admitindo interpretação extensiva. Não pode ser declarada de ofício pelo juiz, e alguns dos efeitos desse casamento permanecem. Apenas os legitimados ativos podem promover a nulidade, e as hipóteses de sua admissibilidade são estritas, em número fechado.

A nulidade do casamento, como ocorre com a nulidade de qualquer ato jurídico, não é automática, pois depende de decisão judicial. A falta de exercício da ação por parte de quem seja legitimado a promovê-la determina a manutenção dos efeitos do casamento que, em princípio, poderia ser declarado nulo. Diz Pontes de Miranda que a nulidade dos casamentos não os faz nenhuns; são nulos, mas têm eficácia, restrita embora, não se podendo decretar a nulidade de plano.

A Lei nº 13.146/15 excluiu o inciso I do art. 1.548 do CC/02. Dizia o dispositivo legal: “É nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”.

Esta alteração deve ser analisada com cautela. Com efeito, em que pese a intenção da Convenção de Nova Iorque e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente fosse conferir tratamento isonômico entre pessoas deficientes (mental e intelectual) e pessoas não deficientes, equiparando-as em cidadania, não podemos olvidar que há evidentemente uma importante diferença entre as duas situações: o comprometimento da capacidade cognitiva. Não foi por outra razão que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não só manteve, mas ampliou os modelos de medidas protetivas, acrescentando a já debatida tomada de decisão apoiada.

Desta maneira, transparece insustentável manter hígido um casamento que fora contraído sem o elemento volitivo de um dos cônjuges; na medida em que,

neste caso, há ausência de elemento essencial do suporte fático do ato jurídico. Esta hipótese pode ser facilmente encontrada em matrimônio envolvendo nubente com alto grau de comprometimento de sua capacidade cognitiva.

Seria errado afirmar que o casamento deverá ser anulado? Pensamos que não. Desta maneira, entendemos que permanece no nosso ordenamento jurídico a possibilidade outrora disciplinada no inciso I, do art. 1.548 do CC/02. Contudo, devemos aplicá-la de forma que atenda aos anseios da Convenção de Nova Iorque, sem colocar em risco a pessoa com deficiência.

Em outros termos, deve ser válido e, portanto, não será permitida a sua anulação, quando o casamento for contraído por uma pessoa portadora de enfermidade mental e sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, desde que devidamente (i) representada (curatela do absolutamente incapaz), (ii) assistida (curatela do relativamente incapaz) ou (iii) apoiada (tomada de decisão assistida para o condicionalmente capaz).

Com efeito, se o juiz ou o oficial de registro tiverem conhecimento da existência de que o casamento envolve um nubente absolutamente incapaz e desacompanhado de curador, serão obrigados a declará-lo, evitando-se a celebração. Não obstante, em sendo realizado o matrimônio nestas condições, a decretação de nulidade poderá ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

4.2 A pessoa com deficiência na teoria geral das obrigações

4.2.1 Efeitos obrigacionais

4.2.1.1 Pagamento direto

A norma legal elenca alguns requisitos de validade para as obrigações, dentre os quais: sujeitos (ativo e passivo) capazes, objeto lícito, possível, determinado (ou determinável) e forma prescrita ou não defesa em lei (CC/02, art. 104). Com efeito, é exigido que tanto credor quanto devedor fossem plenamente capazes de exercer os atos da vida civil, mormente quando lhes é necessário expressar suas vontades de maneira livre e consciente.

A doutrina também discorre acerca da efemeridade do vínculo obrigacional, o que significa ter um caráter intencionalmente provisório. Em outros termos, os sujeitos que se vinculam o fazem com a prévia intenção (consciente ou não) de

extinguir o liame que os unem. Assim, a relação jurídica obrigacional nasce com a certeza de que os sujeitos vinculados empreenderão esforços no sentido de extingui-la (VENOSA, 2008). Neste contexto, a forma mais comum de extinção do vínculo obrigacional é através do pagamento. Não é por outra razão que esta modalidade ganhou um capítulo próprio no Código Civil, iniciando no art. 304.

Ressaltamos, porém, o art. 310 do CC/02, que dispõe: “Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu” (grifou-se). A quitação, outrossim, reclama capacidade e sem ela o pagamento não vale. Observa-se, todavia, que o legislador não deixou claro a que espécie de incapacidade se refere. Com efeito, para parte da doutrina, não deve haver distinção entre as espécies absoluta e relativa. Nesse sentido, ensina Gonçalves (2010a, p. 268):

Há quem entenda que a solução da lei, de considerar cessada a razão da invalidade do pagamento se provado que reverteu em proveito do incapaz, somente se aplica ao relativamente incapaz. No entanto, o dispositivo legal mencionado não faz tal distinção.

Assim, no entendimento dessa corrente, a invalidade do pagamento feito ao incapaz – mesmo para o absolutamente –, provado o benefício, provocaria um empobrecimento do *solvens* e um enriquecimento indevido do *accipiens*. Contudo, embora não se nega esta consequência, pois é indubitável que haverá um empobrecimento do devedor proporcional ao enriquecimento do credor, não podemos olvidar que o pagamento efetivado a sujeito absolutamente incapaz é nulo, conforme dicção do art. 166, I, do CC/02. Assim, não parece correto confundir o plano da validade com o plano da eficácia. Em outros termos, independentemente dos efeitos que poderão surgir do ato jurídico (pobreza-riqueza), devemos analisar a existência ou não de vícios no suporte fático complementar do ato jurídico.

O negócio jurídico nulo, ademais, não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Como consequência, não haverá sanação mediante prova de que o pagamento se reverteu em benefício do credor, a teor do que reza o art. 169 do Código Civil de 2002. Diversamente, o pagamento realizado em mãos de relativamente incapaz, por ser anulável, pode ser confirmado pelo representante legal (CC/02, art. 176) ou pelo próprio credor, isso depois de cessada a incapacidade relativa (CC/02, art. 172).

Portanto, em que pese o legislador não ter sido suficientemente claro ao utilizar a expressão “credor incapaz”, podemos concluir que não engloba o sujeito absolutamente incapaz, mas apenas o relativamente incapaz. Sendo assim, o “credor incapaz” mencionado no art. 310 refere-se exclusivamente ao relativamente incapaz, pois permite que, neste caso, seja convalidado pela comprovação de que o pagamento realizado a este credor reverteu-se em seu benefício.

O ônus da prova deve, inicialmente, ser suportado pelo devedor que paga nestas condições. Porém, caso a incapacidade relativa fosse desconhecida do sujeito passivo (dúvida objetiva) ou maliciosamente omitida pelo incapaz, o *solvens* estará dispensado de comprovar que o pagamento se reverteu em benefício do credor (CC/02, art. 180). Nesta toada, importante lembrar a inclusão da tomada de decisão assistida, impondo-nos fazer uma breve adequação ao presente tema.

Conforme defendido neste trabalho, embora possua pequeno comprometimento na cognição, o apoiado terá reconhecido a sua capacidade civil plena, desde que observada a condição prevista em lei: submeter-se ao termo de apoio e observar os limites nele fixados (MENEZES, 2015). Agindo desta maneira, portanto, sem dar azo a qualquer questionamento quanto à validade do negócio jurídico, é possível afirmar que a quitação por ele fornecida é suficiente para gerar o efeito esperado pelo pagamento, qual seja a extinção do vínculo obrigacional, desde que concorra e seja convergente com a manifestação dos apoiadores eleitos.

Persiste, contudo, um questionamento: seria justo obrigar o devedor a efetuar novo pagamento, considerando que pagou diretamente ao incapaz absolutamente, tendo em vista a nulidade do adimplemento?

Pensamos que não. E não seria difícil chegar a esta conclusão. Basta imaginar que o absolutamente incapaz recebeu o pagamento através de depósito em sua conta bancária pessoal. Nestas condições, embora a norma legal (Código Civil) disponha que é nulo o ato que envolve este incapaz, a interpretação deve ser adequada ao fim maior: a busca de justiça.

Assim, sustentamos que, embora desprovido de requisito de validade, o ato jurídico ganha eficácia jurídica excepcional, semelhante ao que ocorreria caso o adimplemento obedecesse a todos os pressupostos exigidos para sua perfeição.

Esta conclusão não é estranha em nosso direito. Prova disso se dá com o casamento putativo realizado entre irmãos que, não obstante seja considerado nulo,

produz eficácia no plano jurídico, a exemplo do que ocorre com a formação do nome civil dos filhos, bem como a fixação de pensão alimentícia, o estado de filiação, a definição de guarda e do direito de visitação etc.

A solução apontada neste trabalho diverge da corrente doutrinária pelo simples fato de que não coloca no mesmo plano jurídico as duas situações (pagamento feito ao incapaz absolutamente e relativamente). Em outras palavras, em nossa proposta, o adimplemento realizado em favor do absolutamente incapaz deverá ser considerado nulo, embora eficaz; enquanto o pagamento efetuado para o relativamente incapaz será válido e eficaz, desde que o devedor comprove que o adimplemento se reverteu em favor do deficiente (ALBUQUERQUE JÚNIOR *et al.*, 2017).

Por fim, ainda neste tópico, abordaremos o pagamento feito pelo incapaz. Nesta hipótese, não há necessidade de dividirmos o tema entre o absolutamente e o relativamente incapaz, na medida em que, independentemente das situações, o pagamento será válido e eficaz, sobretudo quando apenas trará benefícios ao *solvens*, provocando a extinção do vínculo obrigacional.

4.2.1.2 Pagamento por consignação

A extinção do vínculo obrigacional deve, sempre que possível, ocorrer através do pagamento direto, efetuado pelo sujeito passivo em proveito do sujeito ativo. Contudo, por vezes, a extinção segue um caminho diverso, justificando a criação de outros mecanismos para extinguir a obrigação. Uma delas é a consignação em pagamento.

Este modelo possui natureza híbrida, sendo enquadrada no direito material e no direito processual. Em relação à natureza substancial, o art. 334 do CC/02 conceitua o pagamento por consignação da seguinte forma: “Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais” (grifou-se). Esta modalidade de adimplemento pode ser definida como espécie de extinção do vínculo que decorre do direito do devedor em cumprir a prestação a que se obrigara inicialmente. Esse direito encontra correspondência no dever do credor em receber a prestação convencionada, sem criar obstáculos, homenageando o princípio da cooperação. Todavia, pela parte final do art. 334, transparece a ideia de que o legislador quis fixar

todas as hipóteses permissivas para esta modalidade de extinção das obrigações, dando margem à interpretação de que se trata de taxatividade.

Não deve ser esta a conclusão. O legislador prevê diversas situações em que o sujeito ativo do vínculo obrigacional, intencionalmente ou não, coloca embaraços ao cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo. Assim, o art. 335 do CC/02 afirma:

A consignação tem lugar:

- I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;
- II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;
- III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;
- IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;
- V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

Pela leitura do dispositivo legal, é possível afastar a ideia quanto à taxatividade. Assim, as hipóteses legais que autorizam a consignação são: a) quando houver mora do credor (incisos I e II) e b) quando ocorrerem circunstâncias inerentes à pessoa do credor e que impedem o devedor de desonerar-se da obrigação (incisos III, IV e V). Discorrendo sobre o tema, na vigência do Código Civil brasileiro de 1916 e em comparação com o Código Civil argentino, Pereira (1996, p. 139) já sustentava a tese de que as hipóteses são *numerus apertus*. Vejamos:

Reunindo numa fórmula sucinta as várias hipóteses previstas no Código Civil argentino, ao mesmo passo que critica o seu casuísmo, Alfredo Colmo apresenta uma geral que tem o mérito de coordenar o pensamento dominante nas diversas alíneas acima deduzidas: há de ser cabível o recurso à consignação toda vez que o devedor não possa efetuar um pagamento válido.

As diversas hipóteses são, na realidade, exemplos casuais que permitem o uso deste mecanismo de extinção das obrigações. Contudo, de relevante para nosso estudo há apenas quando o credor for incapaz (CC/02, art. 335, III).

Aqui, novamente, a norma legal não faz distinção. Entretanto, parece-nos desnecessária, tendo em vista que, independentemente do grau de incapacidade, será indevido ou desaconselhado o pagamento efetuado ao credor incapaz de receber a prestação e, portanto, de dar quitação.

Conforme já sustentamos, é nulo o pagamento efetuado ao absolutamente incapaz. Por esta razão, dissemos que será indevido o cumprimento da prestação nestes termos. Por outro lado, tratando-se de incapacidade relativa, dissemos que

será desaconselhado efetuar o adimplemento, tendo em vista que o devedor ficará sujeito à comprovação (ônus probatório) de que o pagamento se reverteu em benefício do credor incapaz.

Diante desses cenários, surge a possibilidade de extinguir o vínculo obrigacional através da consignação em pagamento. Todavia, não devemos esquecer que as situações pressupõem a inexistência de representante para o *accipiens* incapaz (pais ou tutor; e curador). Esclarecemos: os primeiros serão adequados para o incapaz menor, seja por imposição legal (genitores - *ope legis*), seja quando estiver desprovido de seus representantes legais (tutor – *ope judicis*); enquanto o segundo, será escolhido (*ope judicis*) para representar o incapaz maior, porém com algum grau de comprometimento da cognição (NEVES, 2016).

Além destas duas medidas protetivas, ressalte-se, há ainda a tomada de decisão apoiada. Neste caso, embora haja resquícios de incapacidade, esta deve ser mínima a ponto de comprometer levemente a compreensão da realidade. Por esta razão, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente prevê apenas uma condicionante que será o termo de apoio prestado por, no mínimo, duas pessoas idôneas e escolhidas pelo próprio assistido.

Havendo dúvida acerca do pagamento a ser efetuado, caberá ao devedor observar se o credor se enquadra nesta hipótese e, em caso positivo, será suficiente analisar se o adimplemento estará de acordo com o termo de apoio, ou seja, se obedece aos limites previstos e sem qualquer divergência entre o assistido e seus apoiadores.

Se o caso apontar, diversamente, (i) que o credor (levemente incapaz) não possui apoiadores, (ii) que exista divergência de opiniões entre estes e o apoiado ou (iii) que o pagamento da obrigação específica extrapola os limites previamente fixados no termo de apoio homologado em juiz; entendemos que estarão preenchidos os requisitos legais que autorizam o uso, pelo devedor, da consignação em pagamento, especificamente pelo fato de que há circunstâncias inerentes à pessoa do credor e que impedem o devedor de desonerar-se da obrigação (MARQUES e MIRAGEM, 2014).

Reafirmamos, com isso, a ideia de que a consignação em pagamento sempre terá lugar quando, por motivos alheios à vontade do sujeito passivo (devedor), houver algum obstáculo para o cumprimento válido e regular da

obrigação por ele assumida e, ressalte-se, mesmo que o empecilho não tenha sido causado voluntariamente pelo sujeito ativo (credor).

4.2.2 Efeitos contratuais

Em relação aos contratos, tendo em vista a extensão de seu objeto e das matérias que estão inseridas em seu contexto, faz-se necessário delimitar o assunto para não desviar da finalidade aqui proposta, centralizando no elemento volitivo e, por consequência, na capacidade do sujeito. Sobre o tema:

Emprega-se em duas acepções a palavra *consentimento*, ora como *acordo de vontades*, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ora como sinônimo de declaração de vontade de cada parte do contrato. Admitida nesta última acepção, fala-se em *mútuo consentimento*, expressão considerada redundante, porque em um dos termos – *consentimento* – está contida a ideia que o outro – *mútuo* – exprime (GOMES, 1997, p. 48).

Como observam Albuquerque Júnior *et al.* (2017), o direito não admite que as relações contratuais sejam reduzidas a níveis insignificantes, tratadas de forma atomizadas, linear, “composta simplesmente pela ideia de um antagonismo protagonizado por credor e devedor” (p. 437). Assim, a vontade de cada interessado há de ser manifestada com o claro propósito de realizá-lo. Sob este aspecto, mostra-se relevante definir o princípio da autonomia da vontade, de significativa importância no direito contratual, como sendo a liberdade de contratar. Em que pese esta ideia já tenha sido apresentada no item 3.4.2, exige-se um aprofundamento sobre o assunto, voltando sua compreensão para os contratos em geral. Gomes (1997, p. 22), novamente, esclarece que:

No exercício desse *poder*, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante *contrato*, ganha grande extensão. Outros conceituam a *autonomia da vontade* como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

Faremos, portanto, uma abordagem pontual em algumas modalidades de contrato.

4.2.2.1 Contrato com pessoa a declarar

Nas palavras de Lôbo (2012, p. 148), “É possível que um contratante, com a concordância do outro, deixe para declarar-lhe qual a pessoa que efetivamente vai assumir sua posição no contrato”. Da mesma forma: “Contrato com pessoa a declarar é aquele que é pactuado por uma das partes em favor de terceiro, conhecido ou não no momento da celebração” (FIUZA, 2008, p. 396).

Nesse sentido, o art. 467 do Código Civil dispõe que “No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes”. Há, portanto, dois sujeitos certos - o estipulante, o promitente - acrescido de um possível - o eleito.

Esta situação se consubstancia na cláusula *pro amico elegendo* e consiste na formalização de um contrato, no qual o estipulante tem a faculdade de indicar outrem (eleito) para figurar como adquirente. É comumente utilizada no contrato preliminar de compra e venda, cujo comprador já realiza o negócio jurídico tendo a intenção de revender a coisa para terceiro, evitando-se novas despesas. Desta forma, o promissário comprador funcionaria como mero intermediário.

O problema surge, entretanto, quando a pessoa eleita for incapaz. É o que está previsto no art. 471 do Código Civil: “Se a pessoa a nomear era incapaz (...) no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários”. Como de costume, o legislador não esclarece o grau de incapacidade, dando margens a questionamentos.

Pois bem. Sobre o tema, Fiuza (2008, p. 398) esclarece: “Há casos, porém, em que não será possível a celebração de contrato com pessoa a declarar. Assim, nos casos em que não seja possível a representação, não se admite a figura”. A mesma ideia é seguida por Rosevald (2010, p. 530):

A norma também faz referência à ineficácia do contrato perante o terceiro que era incapaz ao tempo da nomeação. Como não há distinção entre incapacidade absoluta e relativa, seja qual for a sua medida, ela restringirá os efeitos do contrato aos contraentes primitivos. Apesar de a incapacidade ser causa de invalidade por nulidade (art. 166, II, do CC) ou anulabilidade (art. 171, I, do CC), na espécie restará afetado o plano de eficácia, pois a estrutura do contrato se mantém intacta, na medida em que são respeitados os requisitos do art. 104 do Código Civil, quando da sua elaboração.

Discordamos, contudo, destes posicionamentos, acreditando que será possível e válida a concretização do negócio jurídico, a depender do grau de

incapacidade. Em nossa opinião, o equívoco de FIUZA está no fato de confundir os planos da existência, da validade e da eficácia. Portanto, quando o legislador afirma que “o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários” (grifou-se), deixa claro que está tratando do problema sob o enfoque no plano da eficácia, o que nos permite assegurar que o contrato existe e, além disso, não há qualquer vício pelo fato de indicar um terceiro incapaz. Para maior esclarecimento, registramos que o negócio jurídico não será formado entre o promitente e o eleito, posto que este é incapaz. Diferentemente, o vínculo contratual será estabelecido entre o promitente e o estipulante, ambos plenamente capazes, sem produzir qualquer eficácia jurídica sobre terceiro, em especial o eleito.

Esta conclusão também se baseia na comprovação de que o contrato obedeceu à formação do substrato fático (elementar e complementar) do ato jurídico entre o promitente e o estipulante. O ponto nevrálgico, assim, consiste em analisar apenas os efeitos (plano da eficácia) em relação ao eleito incapaz, sobretudo quando o legislador não esclarece que espécie de incapacidade está tratando. Em reforço ao nosso pensamento:

A nosso ver, o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas. (AZEVEDO, 2010, p. 25).

O equívoco de Rosevald, por sua vez, está no fato de tratar da mesma forma duas situações que diferem quanto à qualificação jurídica e em relação às suas consequências: incapacidade absoluta e relativa. Acrescentamos que esta questão não é precisamente se gostamos ou não da previsão legal, mas reconhecer a possível aplicação prática da regra, se a única crítica for principiológica, fundada em ofensa clara, manifesta e injustificada ao princípio da isonomia. Nada mais que uma, entre várias opções equivocadas de política legislativa.

Tratando-se de **incapacidade absoluta** do eleito (ainda terceiro), embora indicado pelo estipulante, não poderá anuir ao contrato originário, salvo se por intermédio de seu genitor ou tutor (incapacidade decorrente da menoridade) ou curador (incapacidade decorrente da deficiência mental ou intelectual que atinge o sujeito maior), notadamente quando a pessoa nomeada (o eleito) adquire os direitos e, sobretudo, assume as obrigações decorrentes do contrato. É o que reza o art. 469

do CC/02: “A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado”. Há, portanto, retroação dos efeitos ao momento em que o contrato fora celebrado entre o estipulante e o promitente (*ex tunc*), de maneira que se torna imprescindível a representação do absolutamente incapaz.

Ainda na hipótese de incapacidade absoluta, se o eleito não possuir representante ou estiver por este desacompanhado, sua situação equipara-se à inexistência da própria indicação, o que impede o surgimento de efeitos jurídicos em relação ao terceiro eleito. Este cenário prova, novamente, que o problema não está no plano da validade, mas sim da eficácia. Esta também é a conclusão do art. 470, I, do CC/02: “O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários se não houver indicação de pessoa...” (grifou-se). Em suma, a indicação de terceiro absolutamente incapaz sem representação equivale à própria ausência de indicação.

Todavia, tratando-se da **incapacidade relativa**, é preciso lembrar que o legislador tolera a formação de negócio jurídico nestas condições; permitindo, ressalte-se, a sua convalidação por ato voluntário ou pelo decurso do tempo. Por este motivo, os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas não interinamente, pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade. Logo, os seus efeitos só podem tornar definitivos pela sanção da anulabilidade. Desta maneira, neste caso, o contrato será válido e eficaz entre o promitente e o eleito, mesmo que desacompanhado de seu curador. Contudo, estará sujeito ao reconhecimento de sua invalidade e, portanto, poderá perder os efeitos que decorrem do negócio jurídico (MARQUES e MIRAGEM, 2014).

Finalmente, em relação à pessoa condicionalmente capaz sujeito à medida protetiva mais branda, no caso a **tomada de decisão apoiada**, suas conclusões são as mesmas que dissemos para a incapacidade relativa. Não seria razoável considerar válido e eficaz o negócio jurídico envolvendo um sujeito relativamente incapaz e não fazer o mesmo em relação àquele considerado condicionalmente capaz. Nestes termos, em princípio, será válido e eficaz um contrato com pessoa a declarar, mesmo que o eleito possua um reduzido comprometimento de sua cognição e esteja sem os apoiadores, ou que ocorra divergência, ou ainda que os

auxiliares extrapolem os limites fixados no termo de apoio. Forte nestas razões, é possível afirmar que o art. 471 do CC/02 tem aplicabilidade restrita às hipóteses de incapacidade absoluta.

4.2.2.2 Contrato de doação

A doação é negócio jurídico de natureza contratual, o que implica dizer que há necessidade da manifestação da vontade do doador, mas também do donatário. Sendo assim, deve-se eliminar a possibilidade de a doação ser enquadrada como declaração unilateral de vontade, como ocorre no testamento. Talvez por este motivo, ou seja, para eliminar qualquer questionamento acerca da natureza jurídica da doação, o art. 538 do CC/02 disponha: “Considera-se doação o contrato em que...”.

Ainda nos é permitido extrair outros elementos, como a intenção de fazer uma liberalidade (*animus donandi*); a transferência de bens para o patrimônio do donatário; e a aceitação deste. Sobre o tema: “Pela doação, o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração. Trata-se de ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito” (TARTUCE, 2011, p. 608). Por oportuno, esclareça-se que a expressão “unilateral” aqui utilizada não se refere à quantidade de vontades, posto que, sendo espécie de contrato, a doação será, neste ponto, sempre bilateral. Assim, a unilateralidade mencionada liga-se à quantidade de prestações que surgem em consequência da formação do contrato de doação.

Acrescente-se que a aceitação pode ser expressa, tácita ou presumida.

Quanto à primeira modalidade, há duas vontades exteriorizadas, sendo uma partindo do doador e outra, do donatário. Neste caso, não restam dúvidas acerca da existência do negócio jurídico e quanto aos demais elementos essenciais e acidentais de sua constituição.

Por sua vez, a manifestação do elemento volitivo pode existir e ser válida sem, contudo, ser expressa. Neste ponto, convém diferenciar as duas modalidades que restam. Antes, porém, é importante lembrar que não há valor jurídico na expressão “quem cala consente”. No direito, o silêncio é tratado como ausência de manifestação de vontade e, por isso, inapto a constituir negócios jurídicos. Todavia, o legislador admite o denominado “silêncio qualificado”, a teor do que dispõe o art.

111 do CC/02: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Com efeito, se a norma legal não exigir a manifestação expressa, abra-se o caminho para que o silêncio seja tratado como manifestação válida e, neste ponto, entram as figuras da aceitação tácita e presumida.

Embora estas duas modalidades de manifestação tenham pontos em comum, há seguramente uma distinção entre elas. Na **tácita**, o elemento volitivo deve ser extraído de maneira lógico-racional da conduta praticada – de maneira comissiva ou omissiva – pelo declaratório. Assim, sempre que o sujeito adotar uma postura claramente compatível com determinada vontade, teremos uma manifestação tácita. Ou, *a contrario sensu*, toda vez que o declaratório adotar uma conduta incompatível com uma das opções possíveis, haverá também uma manifestação tácita de vontade tendo por fundamento uma das opções remanescentes. Sobre este assunto, Betti (1950, p. 309) esclarece:

Algumas vezes, o significado preceptivo pode deduzir-se, tendo em conta a posição do declarante e o concurso das circunstâncias, daquilo que, só por si, não passaria da expressão de um desejo, de uma vontade (no rigoroso sentido psicológico desta palavra: § 3, n. 41), ou até de um conselho: e isso, precisamente, quanto a declaração, na valoração social que o direito faz sua, implique um juízo de vinculação, um “assim dever ser”, que lhe adere em sentido preceptivo. Semelhantes expressões indirectas, ou encobertas, ou elípticas, mas no entanto usuais, do conteúdo preceptivo, são, todavia, possíveis, na medida em que basta que a consciência das partes tenha, em regra, presente o valor socialmente vinculativo, unido ao resultado prático que é típico do negócio.

Acrescente-se que, algumas vezes, esta forma de exteriorização da vontade é autorizada por lei, outras vezes sua admissibilidade deve ser extraída abstratamente do negócio jurídico. Mas, em qualquer situação, somente pode ser aceita se não houver exigência de manifestação expressa (CC/02, art. 111).

Exemplifiquemos para auxiliar na compreensão. O art. 191 do Código Civil afirma que “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. Por sua vez, o art. 361 do CC/02 reza: “Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”. Nestes casos, o próprio legislador admite que a renúncia da prescrição ou

a vontade de novar (*animus novandi*) sejam exteriorizadas através de manifestação tácita.

No contrato de doação, inexistente previsão legal que autorize esta forma de exteriorização da vontade; todavia, também não há regra que exija a modalidade expressa. Logo, em tese, admite-se a manifestação tácita. Peguemos, como exemplo, o art. 545 do CC/02: “A doação em forma de subvenção periódica ao beneficiado extingue-se morrendo o doador, salvo se este outra coisa dispuser, mas não poderá ultrapassar a vida do donatário”.

Pois bem. Imaginemos uma doação periódica feita por um tio em favor do sobrinho, cuja finalidade é ajudá-lo a pagar as despesas da faculdade. Ocorre que, ainda no primeiro ano do curso, o doador vem a falecer, de maneira que a doação se extingue pois os sujeitos nada dispuseram a respeito da continuidade *post mortem*. Todavia, a viúva do doador, sensibilizada pela necessidade do donatário em arcar com as despesas de seus estudos, resolve manter a doação periódica. Neste cenário, em que pese não ter havido expressamente uma vontade, há claramente uma conduta compatível com o desejo de permanecer ajudando o donatário; ou também se poderia dizer que há uma postura incompatível com a vontade de cessar a doação. Teremos, então, um nascimento tácito de outro contrato de doação, alterando-se apenas a pessoa do doador.

Paralelamente, existe a modalidade de manifestação **presumida**. Nesta, à semelhança do que ocorre com a forma tácita, também teremos um silêncio qualificado. Entretanto, o legislador toma para si a tarefa de prever a hipótese abstrata, de fixar os elementos constitutivos e de disciplinar as suas consequências. Em suma, a manifestação presumida poderia facilmente ser enquadrada como tácita, não fosse a previsão legal específica. Em outros termos, toda manifestação de vontade presumida deve possuir uma previsão legal e somente surtirá efeitos se observados os requisitos exigidos pelo legislador.

Outros exemplos ajudarão a esclarecer as diferenças. Assim, o art. 330 do CC/02 diz: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Observemos que, diversamente do que dispõe o art. 191, acima transcrito (renúncia tácita da prescrição), o art. 330 retrata uma renúncia presumida para impugnar o pagamento feito em local diverso do convencionado. Em ambos há uma inércia (silêncio) do declaratório, seja para

evitar a prescrição por meio de suspensão ou interrupção do prazo, seja para questionar o devedor que efetua reiteradamente o pagamento em outro local (GONÇALVES, 2010a). Porém, neste último, o legislador prevê especificamente os requisitos para que ocorra a presunção: (i) ajuste no negócio jurídico acerca de um local para efetuar o pagamento (*portable* ou *quérable*); (ii) pagamento feito pelo devedor em local diverso; (iii) reiteração desta conduta pelo *solvens*; e (iv) inércia do *accipiens* em constituir o devedor em mora.

No contrato de doação, há previsão para a modalidade presumida. É que o está previsto no art. 539 do CC/02: “O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”. Neste caso, o legislador disciplina os requisitos para que seja considerada a manifestação presumida: (i) fixação de prazo pelo doador; (ii) cientificação do donatário para se manifestar dentro do prazo; (iii) silêncio do donatário. Neste contexto, acrescentamos que a aceitação não pode ser presumida sem que haja a ciência do donatário. E a razão é simples: ninguém está obrigado a aceitar determinado bem se não o quiser. Configura-se, portanto, no princípio da voluntariedade contratual.

Feitos estes esclarecimentos, passamos agora ao art. 543 do CC/02: “Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura” (grifou-se). Sobre este dispositivo legal, Tartuce (2011, p. 611) sustenta que “Dispensa-se a aceitação expressa quando se tratar de doação pura feita em favor de absolutamente incapaz, hipótese prevista no art. 543 do CC. Tal dispensa protege o interesse do incapaz, pois a doação pura só pode beneficiá-lo”. No mesmo sentido:

O Código Civil de 2002 mudou radicalmente a orientação que perdurou no Código anterior em relação aos incapazes. Em vez de atribuir aos incapazes poder, que não tinham, de aceitação, dispensou-a. Há conduta negocial típica, valorizada nas relações sociais, de doação a incapazes, em seu benefício, bastando a liberalidade da atribuição patrimonial. A sociedade atribui a tal ato os efeitos de doação. Se o direito brasileiro considera contrato a doação, então assim deve ser, dispensando-se a aceitação, como o Código estabelece, com razão. (LÔBO, 2012, p. 288/289).

O mestre alagoano não se limita a admitir a ausência de aceitação do donatário incapaz. Vai além, dispensando também a aceitação do seu representante. Vejamos:

A dispensa da manifestação de vontade de aceitar não é apenas do incapaz, mas, sobretudo, do representante legal. Como regra geral, o incapaz atua por seu representante, cuja manifestação é recebida como se dele fosse. Na doação, contudo, não pode aceitá-la ou rejeitá-la. (...) Por suas circunstâncias, no benefício exclusivo do donatário incapaz, justamente por não se exigir dele qualquer manifestação de vontade, apenas é admitida a doação pura, sem qualquer modo ou encargo. (LÔBO, 2012, p. 289).

Discordamos destes posicionamentos. Começo minhas justificativas relembando que, tendo natureza contratual, a doação exige a presença de duas vontades: do doador e, não podemos olvidar, do donatário. Assim, partindo da premissa de que ninguém será obrigado a receber uma liberalidade, mesmo que de forma pura, isto é, seja qualquer contraprestação, deve haver a anuência do donatário, sob pena de o contrato de doação ser descaracterizado, passando a ser um ato unilateral de vontade, a exemplo do testamento.

Não foi esta, todavia, a intenção do Código Civil. Desta maneira, caberá ao intérprete extrair na norma legal seu verdadeiro alcance, mantendo hígido o sistema jurídico. Como consequência, tratando-se de doação pura feita em benefício de pessoa absolutamente incapaz, o que o art. 543 do CC/02, ao trazer a expressão “dispensa-se a aceitação”, refere-se exclusivamente à aceitação expressa, não englobando a tácita ou a presumida. Pensamos que esta interpretação é a única que permite compatibilizar a norma legal com o nosso ordenamento jurídico, mantendo a integridade do sedimentado conceito de contrato, mormente quando subsistirem os dois elementos volitivos (MARQUES e MIRAGEM, 2014).

Em relação à vontade do absolutamente incapaz, faremos agora a análise à luz da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De logo, observamos que, a despeito das críticas que fizemos ao legislador, neste caso, a norma foi bastante clara ao delimitar a espécie de incapacidade. Desta maneira, cuidando-se da pessoa relativamente incapaz ou condicionalmente capaz, sujeitas à curatela ou à tomada de decisão apoiada, respectivamente, é possível que o próprio donatário manifeste sua intenção de receber a liberalidade do doador, sobretudo por se tratar de doação pura, ou seja, sem possibilidade de contraprestação.

Por sua vez, valendo-nos das premissas sustentadas neste trabalho, deve haver manifestação de vontade do donatário absolutamente incapaz, isto por meio

de interposta pessoa, a quem a lei denomina de representante legal (pais) ou representante judicialmente nomeado (tutor ou curador).

Assim como acontece com o donatário plenamente capaz, cuja manifestação de vontade pode ser tácita ou presumida, também é possível ocorrer com o representante do absolutamente incapaz. Não haverá razão para excluir-lhe estas modalidades de exteriorização da vontade; sobretudo, repita-se, quando a situação exige uma doação pura, cuja liberalidade não trará qualquer prejuízo ao donatário.

Na hipótese, portanto, de a doação ter como destinatário um sujeito com deficiência mental ou intelectual, poderá seu curador manifestar expressamente sua vontade de receber a liberalidade, mas também poderá fazê-lo por atos compatíveis com o desejo de obter o benefício (tácita) ou preenchendo os requisitos legais quando não exigir a vontade expressa (presumida).

4.2.2.3 Contrato de depósito voluntário

O Código Civil de 2002 divide os contratos de depósito em duas categorias principais, tendo como critério diferenciador a liberdade em depositar e/ou na escolha da pessoa do depositário (depósito voluntário) ou um comprometimento na vontade do depositante (depósito necessário).

O contrato de depósito **voluntário**, em síntese, é o ajuste em que um sujeito chamado depositário recebe objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame. Sendo uma espécie de contrato, exigem-se duas vontades para que se perfectibilize, aplicando em ambas uma ampla liberdade de escolha quanto ao momento, ao objeto e ao sujeito. Por sua vez, chama-se depósito **necessário** (ou obrigatório) aquele em que o depositante realiza por imposição legal ou, alternativamente, premido por circunstâncias imperiosas. Não se trata de ato despojado do elemento volitivo, como ocorre na coação. Assim, a vontade existe e deve ser externada mediante o consentimento de ambos os sujeitos (VENOSA, 2008). Contudo, a margem de escolha é significativamente comprometida.

Daremos alguns exemplos para elucidar esta diferença entre as duas categorias.

(i) Depósito decorrente da invenção – Depósito legal (CC/02, art. 647, I)

Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor (CC/02, art. 1.233, *caput*). Este dever é uma imposição legal e refuta o ditado popular segundo o qual “achado não é roubado”. Mas, quando o inventor não souber a quem pertence a coisa descoberta? Neste caso, “o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente” (grifou-se - CC/02, art. 1.233, parágrafo único).

A última parte deste dispositivo legal obriga o inventor - após frustradas as tentativas de localizar o proprietário ou possuidor da coisa encontrada - a depositá-la, fazendo-o através de autoridade competente que, no mais das vezes, será uma autoridade policial. Assim, há o dever legal de depositar, destoando do chamado depósito voluntário, bem como existe uma reduzida (ou quase nula) margem de escolha de quem será o depositário.

(ii) Depósito decorrente de situações adversas – Depósito miserável (CC/02, art. 647, II)

É também depósito necessário aquele que se efetua por ocasião de alguma calamidade. O legislador traz situações casuais, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque. Neste contexto, imaginemos uma catástrofe decorrente de fortes chuvas, provocando o transbordamento de córregos e rios, situação bastante comum nos centros urbanos (TARTUCE, 2011). Para salvar seus bens, o morador de uma área atingida decide transferir seus móveis e eletrodomésticos para um local seguro, onde as águas não alcançariam.

Este exemplo mostra que o depositante tem uma amplitude de escolha bastante reduzida, seja quanto ao tempo de contratar, com quem contratar e o quê contratar, mormente quando deverá deslocar urgentemente seus bens mais valiosos e de fácil transporte para um local próximo de sua residência, porém longe da inundação. Assim, embora fruto de convenção entre as partes, há um comprometimento na vontade de escolha do depositante, diferenciando do chamado depósito voluntário.

Feitos sucintamente estes esclarecimentos, abordaremos o art. 641 do CC/02 que diz:

Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário.

Pela leitura do dispositivo, percebe-se que o contrato nasce voluntariamente entre pessoas que possuem plena capacidade. Porém, após a formação do vínculo contratual, surge uma incapacidade, que poderia recair em qualquer sujeito da relação. Todavia, o artigo em tablado prevê apenas a incapacidade na pessoa do depositário. E por qual razão?

Incapacidade do depositante

Se a incapacidade atingir o depositante, os problemas serão mínimos.

O contrato de depósito é, em regra, **gratuito**; mas também se admite oneroso. No primeiro caso, há formação de um contrato **unilateral**, ou seja, após sua formação, criam-se obrigações somente para um dos contratantes, no caso para o depositário e cujo débito consiste numa obrigação de dar, consubstanciada em restituir a coisa depositada quando assim for solicitado pelo depositante. Em alguns hotéis, há o serviço de depósito de joias, documentos ou dinheiro em espécie que, na maioria das vezes, é gratuito.

Por sua vez, quando remunerado, teremos um contrato bilateral, ou seja, paralelamente à obrigação do depositário, haverá uma responsabilidade do depositante, qual seja pagar pelo serviço de depósito recebido. Em alguns estacionamento de veículos, há cobrança pelo serviço prestado que, frequentemente, é proporcional ao tempo de permanência.

Aliado a isto, precisamos acrescentar que o contrato de depósito possui natureza **real**, o que implicará necessariamente a tradição da coisa (móvel ou imóvel, mas sempre corpórea) para que o negócio jurídico esteja formalmente concluído. Em outros termos, somente após a entrega da coisa em depósito surgirão as obrigações decorrentes do negócio jurídico.

Somando-se, assim, o caráter unilateral ao real, veremos que, após a formação do vínculo contratual, sobrarão apenas obrigação para o depositário: restituir a coisa ao depositante, toda vez que lhe for solicitado. Portanto, não recaiando responsabilidade para o depositante, o fato de ser incapaz em nada alterará o vínculo contratual. Contudo, surgem dois questionamentos:

a) Se o depositário pretender restituir a coisa depositada, a quem deverá fazê-lo?

Esta indagação remete a resposta ao que falamos acerca do pagamento efetuado ao credor incapaz (item 4.2.1.1). Sendo assim, caberá ao depositário (devedor) restituir a coisa ao representante do depositante (credor incapaz), sob pena de não ser válido o adimplemento da obrigação (em sentido amplo), ou ter de comprovar que a restituição se reverteu em favor do depositante.

b) Se o contrato de depósito for oneroso, como fica a obrigação do depositante?

Sendo remunerado o depósito, juntamente com a obrigação do depositário, nasce outra para o depositante: pagar pelos serviços prestados. Com efeito, recaiando a incapacidade sobre o último, os riscos são suportados novamente pelo depositário, pois continuará com a obrigação de conservar a coisa e restituí-la ao representante do depositante (credor incapaz) e não poderá exigir diretamente deste o pagamento pelos serviços prestados. Todavia, nada impede que o depositário exija do representante do incapaz a remuneração pelos serviços efetivamente prestados.

Por estas razões, o legislador limitou-se a elaborar um regramento apenas quando à incapacidade superveniente ocorrer na pessoa do depositário, cujo tema passaremos a discutir.

Incapacidade do depositário

Reproduziremos novamente o art. 641 do CC/02:

Se o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário (grifou-se).

Neste cenário, a incapacidade se dá de maneira superveniente, o que significa dizer que o contrato nasceu sem qualquer mácula; surgindo o comprometimento da cognição, porém, por fatores alheios à vontade dos sujeitos. Todavia, novamente o legislador cala-se quanto à espécie de incapacidade que ensejará na resolução antecipada do negócio jurídico.

Com efeito, tratando-se da incapacidade relativa ou capacidade condicionada, sujeitas à curatela ou tomada de decisão apoiada, respectivamente, é possível a manutenção do contrato de depósito, desde que seja devidamente ratificado por quem lhe couber a administração dos bens ou o auxílio, ou seja, o assistente e os apoiadores (ALENCAR *et al.*, 2016). Não há razão, portanto, para

resolver o negócio jurídico, principalmente quando é legalmente admissível a sanção do vício que surge após a formação do contrato de depósito voluntário.

Por outro lado, em relação ao depositário absolutamente incapaz, o legislador não deixa dúvida de que haverá resolução do negócio jurídico, obrigando o seu representante (curador), a quem competirá administrar-lhe os bens, a restituir a coisa ao depositante ou, não sendo possível, a fazer novo depósito (público ou privado). A finalidade é exatamente forçar o cumprimento da obrigação que recai na pessoa do depositário (agora absolutamente incapaz), de maneira que não lhe restem responsabilidades.

A norma, contudo, exige que o curador observe uma ordem de preferência. Assim, buscará prioritariamente a restituição da coisa ao depositante. Neste ponto, porém, o legislador dispõe que “não querendo ou não podendo o depositante recebê-la”, o representante do incapaz poderá valer-se da alternativa. Sendo assim, questiona-se: o depositante tem a opção de recusar a restituição?

Definitivamente, não. Em que pese a norma legal não trazer a necessária clareza, na hipótese de incapacidade absoluta superveniente, o negócio jurídico deverá ser resolvido, independentemente da vontade do depositante. Nasce, portanto, uma obrigação de fazer para o depositante: receber em restituição a coisa dada em depósito voluntário.

Cumprida a obrigação do depositante, o contrato de depósito extingue-se antecipadamente. Não cumprida espontaneamente, contudo, acarretará sua responsabilidade.

Quanto às expressões utilizadas, é possível extrair que “**não querendo**” traz um conteúdo diverso de “**não podendo**”. Assim, a prestação de fazer pode ser inadimplida: (i) com culpa do depositante que recusa o seu cumprimento; ou (ii) sem culpa do depositante que recusa o seu cumprimento de forma plenamente justificada. Analisaremos cada situação.

(i) recusa com culpa do depositante

Quando tratamos do pagamento por consignação, dissemos que o devedor tem o dever, mas também o direito de cumprir sua obrigação e, para isso, o sistema criou mecanismos que permitirão extinguir o vínculo (VENOSA, 2008). Assim, se o devedor capaz pode valer-se da consignação para livrar-se da obrigação, com maior

razão terá o absolutamente incapaz, cuja proteção deve ser, à evidência, ainda mais eficaz. Esta é a *mens legis*.

Não será, contudo, através da consignação em pagamento que o representante do depositário absolutamente incapaz cumprirá sua missão, até porque a própria norma criou solução mais específica. Assim, a lei criou outras opções, qual seja recolher a coisa ao Depósito Público ou promover a nomeação de outro depositário, entabulando um novo contrato de depósito, derivado do primeiro.

Desconheço a existência de depósito público que preste este serviço, pelo menos no Estado de Pernambuco. Com efeito, resta a possibilidade de efetuar o depósito nas mãos da autoridade competente. Isso nos permite concluir que o contrato de depósito nasce voluntário e, por fator superveniente, poderá converter-se em depósito necessário, a teor do que falamos.

A segunda opção é formalizar um segundo contrato de depósito, transferindo a responsabilidade pela guarda e pela conservação da coisa ao novo depositário, o que será feito em nome e por conta do depositante originário. O sistema nos permite chegar a esta conclusão por duas vias: 1ª) tratando o depositante como devedor em mora quanto à obrigação de fazer; ou 2ª) tratando-o como credor moroso no contrato de depósito originário.

Em relação à 1ª explicação, o art. 247 do CC/02 afirma: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível”. O dispositivo cuida de obrigação de fazer fungível. Aqui, estamos diante desta modalidade de obrigação que, por força de lei, abre a possibilidade para que o representante do depositário incapaz entregue a coisa a terceiro. Completando o raciocínio, o parágrafo único do art. 247 dispõe: “Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”. Em síntese, no caso de injustificada recusa do depositante em receber a coisa - em mora quanto à obrigação de fazer -, o curador do depositário incapaz poderá depositá-la nas mãos de terceiro (novo depositário), suportando inicialmente as despesas decorrentes do contrato derivado. Todavia, *a posteriori*, impõe ao depositante originário responder por estes custos, sobretudo por ter descumprido a obrigação de fazer imposta pela lei (PEREIRA, 1996).

Quanto à 2ª justificativa, o depositante é visto como credor no contrato de depósito voluntário. Neste caso, iremos utilizar a regra prevista no art. 400 do CC/02:

A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

O depositante (credor) que se recusa em receber a coisa encontra-se em mora. Com efeito, o depositário incapaz (devedor) ficará isento de responsabilidade, mormente quando a resolução antecipada do negócio jurídico foi provocada por incapacidade superveniente, ou seja, não decorreu de sua culpa *lato sensu*.

Esta isenção legal não retira do devedor incapacitado o ônus de conservação, natural do contrato de depósito voluntário, mas apenas o ônus dos custos de conservação. Assim, valendo-nos de uma interpretação sistêmica, é possível afirmar que os riscos que recaem sobre a coisa - e, portanto, os custos decorrentes do novo ajuste - deverão ser suportados exclusivamente pelo depositante que se recusa a recebê-la. Por este motivo, o depositário incapaz terá direito ao ressarcimento.

Ambas as justificativas chegam ao mesmo resultado, porém utilizamos argumentos e fundamentos legais diferentes.

(ii) recusa sem culpa do depositante

Esta hipótese ocorrerá sempre que a recusa decorrer de caso fortuito ou força maior, circunstâncias que rompem o nexo de causalidade entre a conduta e os danos provocados por aquela. Portanto, não havendo culpa do depositante, ficará afastada a sua responsabilidade civil. Mas isso não significa que o representante do depositário esteja impedido de depositar a coisa com terceiro.

Reafirmamos que o depositante não terá o direito de recusar a restituição da coisa quando houver uma superveniente incapacidade do depositário. A diferença é que, neste caso, em virtude da ausência de culpa do credor, os riscos e despesas pela conservação da coisa deverão ser suportados pelo depositário incapaz. Vejamos um exemplo.

Imaginemos que um contrato de depósito voluntário tenha sido estabelecido, cabendo ao depositário o dever de guardar, conservar e restituir a coisa ao depositante. Assim, as partes firmaram o negócio jurídico pelo prazo de 06 meses, tempo em que o depositante estaria em viagem fora do país. Neste período, o

depositário recebeu validamente a coisa, pois ao tempo era plenamente capaz. Ocorre que, após o início da vigência do contrato, quando o depositante já se encontrava em outro país, o depositário sofre acidente automobilístico, entrando em estado de coma profundo. Neste contexto, é nomeado um representante para o, agora, absolutamente incapaz, obrigando o seu curador a restituir imediatamente a coisa. Contudo, o depositante está longe e não há outrem que possa receber a restituição. Neste exemplo, percebemos claramente a diferença entre “não querendo receber” e “não podendo receber”.

Mesmo nesta situação, acarretará invariavelmente a resolução do contrato de depósito, mantendo-se a possibilidade de executar o fato por terceiro (fungível). Contudo, o depositante, que não tem condições de suspender sua viagem e retornar ao local onde a coisa se encontra para recebê-la (recusa justificada), não responderá por perdas e danos, devendo apenas suportar os custos ordinários que decorrem do negócio jurídico. Com efeito, as despesas extraordinárias, se houver, serão suportadas exclusivamente pelo depositário, mesmo incapaz.

4.2.2.4 Contrato de fiança

A fiança é espécie do gênero garantia e, juntamente com o aval, integra as chamadas garantias pessoais ou fidejussórias. Não se confunde, portanto, com as garantias reais, compreendidas pelo penhor, pela hipoteca, pela anticrese e, finalmente, pela alienação fiduciária em garantia.

O contrato de fiança, por sua vez, pode ser definido como um negócio jurídico bilateral acessório, por meio do qual uma pessoa se obriga para com o credor do afiançado a satisfazer a obrigação, caso este não a cumpra. Assim, é relevante destacar que a relação contratual que se estabelece será entre fiador e credor, razão pela qual não se exige a anuência do devedor. Nas palavras de Gonçalves (2010b, p. 554):

A fiança é, portanto, o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. Alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor.

Diante disso, é possível concluir que há duas relações jurídicas. A primeira, estabelecida entre credor e devedor, é denominada de principal. A segunda, formada

entre o credor e o fiador, será acessória. Não é demais lembrar que “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal” (CC/02, art. 92). Com efeito, a doutrina registra que:

Um contrato será *principal* quando não depender juridicamente do outro. É *acessório*, por oposto, o contrato que tem dependência jurídica do outro. É exemplo clássico de contrato acessório a fiança. Esta só existe para garantir outro contrato ou outra obrigação. Desaparece, se nada mais houver a garantir. (...) Assim, nula a obrigação principal, desaparece o contrato acessório, porém a nulidade do contrato acessório não contamina o contrato principal. (VENOSA, 2008, p. 404).

Feitas estas explicações iniciais, passaremos a abordar o tema quando houver uma incapacidade nos sujeitos destas relações jurídicas, em especial na pessoa do devedor afiançado e do garante fiador.

Incapacidade do devedor garantido

O *caput* do art. 824 do Código Civil dispõe que “As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor” (grifou-se). Pelos destaques, estamos convencidos de que o legislador refere-se apenas à incapacidade absoluta, pois utiliza duplamente uma expressão compatível com esta ideia: nulas e nulidade. Assim, *a contrario sensu*, a incapacidade relativa não foi atingida pelo regramento. O mesmo se pode afirmar em relação à capacidade condicionada, cuja configuração ensejará a tomada de decisão apoiada. E por qual motivo?

De início, antes mesmo de oferecer uma justificativa para este questionamento, é preciso relembrar que as obrigações serão nulas (nulidade absoluta) sempre que ficar comprovado algum vício grave que tenha maculado fortemente um dos elementos complementares do suporte fático do ato jurídico. A hipótese trazida na norma legal menciona apenas a incapacidade do sujeito, no caso o devedor. Todavia, não é a única.

A nulidade, portanto, poderá advir de outros vícios presentes nos elementos complementares, como se dá (i) quando o negócio jurídico previr um objeto ilícito ou impossível, (ii) quando utilizar forma proibida ou não se valer da forma exigida por lei, (iii) ou ainda quando, embora o elemento volitivo tenha sido manifestado de maneira livre, houver simulação do negócio jurídico. Nestes casos, configurada a gravidade do vício e observados os ditames legais, também haverá ato nulo e, assim, insuscetível de validação posterior. Neste sentido:

Elementos do negócio jurídico são os itens que compõem a sua estrutura. A eles se opõem os *pressupostos*, logicamente anteriores, e os *requisitos*, qualidades desses elementos.

Elementos do negócio jurídico são a *vontade*, o *objeto* e a *forma*, a que devem juntar-se os requisitos da *capacidade*, da *idoneidade* e da *legalidade*, para que o negócio exista e seja válido (CC, art. 104).

A doutrina não distingue os elementos dos requisitos, sendo frequente a utilização desses termos como sinônimos, assim como também quando aos pressupostos. Fala-se, assim, indiferentemente, de elementos ou de requisitos, com referência à estrutura do negócio. (AMARAL, 2008, p. 409).

Pois bem. A norma disciplinada no *caput* do art. 824 do CC/02 criou uma regra e uma exceção. A primeira dispõe que **as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança**. Com efeito, a ideia é incluir todas as modalidades de nulidade absoluta, independentemente de que elemento complementar esteja viciado. Entretanto, há uma exceção endonormativa: **se a nulidade da obrigação decorrer da incapacidade pessoal do devedor, ainda assim será suscetível de fiança**. É importante ressaltar que a nulidade por incapacidade do devedor pressupõe que este sujeito firmou o negócio jurídico desacompanhado de seu representante. Caso contrário, não haverá vício e, portanto, o ato jurídico será plenamente válido.

Neste momento, observamos que o *caput* do art. 824 do CC/02 criou outra exceção, desta vez macro sistêmica, pois diverge da regra segundo a qual o contrato acessório é aquele cuja existência pressupõe a do contrato principal. Sendo assim, uma vez reconhecida a nulidade da obrigação principal, nula também estaria a obrigação acessória. Com efeito, declarada a sua nulidade, seus efeitos devem desaparecer (salvo, raras exceções), como se o negócio jurídico não existisse. O caso em tablado, todavia, permite que o contrato acessório (fiança) continue válido e, portanto, eficaz, em que pese seja nulo o contrato principal (BEVILAQUA, 1980).

Imaginemos que um contrato de locação é formalizado entre dois sujeitos, cabendo ao locatário, dentre outras, a obrigação de pagar mensalmente o valor do aluguel. Paralelamente, foi estabelecido um contrato de fiança, no qual o fiador se responsabiliza pelo pagamento dos aluguéis, caso o devedor afiançado não o faça. Entretanto, posteriormente, percebe-se que o locatário possuía uma deficiência mental severa ao tempo da assinatura do contrato de locação e, já reconhecida sua incapacidade absoluta através de processo de interdição, percebe-se que estava desacompanhado de curador. Diante disso, deve-se reconhecer a nulidade absoluta do negócio jurídico em que constou a anuência (viciada) do locatário que, no caso,

foi apenas o contrato de locação. Todavia, permanecerá hígido o contrato acessório de fiança. Mas, por qual razão o legislador adotou esta solução?

Primeiramente, o contrato de fiança, embora acessório, é formalizado apenas com as vontades manifestadas pelo credor e pelo fiador. Não há, assim, a anuência do devedor incapaz, tanto que “Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade” (CC/02, art. 820).

A segunda razão consiste em reconhecer uma significativa capacidade de o fiador ter ciência da incapacidade de seu afiançado. É da essência da fiança uma maior relação de confiança (*fiducia*) entre o garante e seu garantido. Nesse sentido:

É contrato de caução pessoal ou de garantia fidejussória, assim denominado porque fundado na confiança (*fides*) do credor na idoneidade do fiador. Por seu turno, o fiador confia que o devedor cumpra suas obrigações, porque, na maioria dos casos, se obriga na esperança de que assim aja, sem causar-lhe danos. (LÔBO, 2012. p. 430).

Desta maneira, é presumível que o fiador tenha conhecimento acerca da incapacidade do devedor de forma que, embora ciência do vício que inquinava o negócio jurídico principal, aceitou garantir a obrigação, motivo pelo qual a solução trazida pelo Código Civil merece aplausos. Ocorre que esta espécie de incapacidade não se limita ao critério objetivo (idade), conforme sustentamos no item 2.3. Portanto, engloba também o critério subjetivo (cognitivo) e, aqui, ganham importância a Convenção de Nova Iorque e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente.

Divergindo desta conclusão, Gonçalves (2010b, p. 555) pontua:

O aludido art. 824 do Código Civil de 2002 contém uma impropriedade técnica, por admitir, ainda que como exceção, a possibilidade de uma obrigação nula ser afiançada se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Se a obrigação principal for nula, não haverá obrigação a garantir. Manteve-se a redação do art. 1.488 do diploma de 1916, que mereceu de Clóvis Beviláqua a seguinte explicação: “São suscetíveis de fiança as obrigações anuláveis por incapacidade pessoal do devedor. A razão, que se costuma dar para justificar esse preceito, é que há, neste caso, uma obrigação natural, portanto, não falta, inteiramente, uma base à fiança. O fiador garante o credor contra os riscos decorrentes da incapacidade do devedor”.

Com toda vênia, mantemos a opinião de que a exceção se justifica em virtude da incapacidade do devedor que provocou a nulidade do negócio jurídico principal. É bem verdade que uma melhor solução foi dada pelo Código Civil português, cujo artigo 632º, ao tratar da invalidade da obrigação principal, dispõe:

1. A fiança não é válida se o não for a obrigação principal.

2. Sendo, porém, anulada a obrigação principal, por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor, nem por isso a fiança deixa de ser válida, se o fiador conhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada.

Diferentemente da nossa lei, a regra portuguesa exige, para manter hígido o contrato acessório, um elemento subjetivo: o fiador deverá conhecer a causa que ensejou o vício de validade.

Tratamento diferenciado, todavia, foi adotado quando o negócio jurídico principal for um contrato de mútuo. Neste sentido, o parágrafo único do art. 824 afirma “A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor” (grifou-se). Lembremos que a incapacidade absoluta poderá surgir de causas objetiva (menoridade) ou subjetiva (ausência de cognição). Ocorre que, embora este trabalho tenha enfoque na pessoa com deficiência e, assim, busque analisar a incapacidade com base no critério subjetivo, não podemos fugir da apreciação do parágrafo único do art. 824 do Código Civil de 2002.

O legislador, novamente, não é claro, pois não especifica a que menor se refere: púbere ou impúbere? Não obstante, considerando que a técnica legislativa ensina que o parágrafo da norma legal tem a finalidade de esclarecer a matéria trazida no *caput*, é possível afirmar que o termo “menor” limita-se ao impúbere, pois somente este provocará uma incapacidade absoluta. Contudo, a deficiência legislativa não para aqui.

Quando o artigo dispõe que “A exceção estabelecida neste artigo (...)”, é importante relembrar o conteúdo da exceção: incapacidade absoluta do devedor. Por sua vez, ao excluir da exceção o contrato de mútuo feito por menor, o legislador retorna para a regra geral. Em outros termos, se o negócio jurídico principal for um contrato de mútuo, cujo devedor for menor impúbere, sua nulidade implicará também a nulidade do contrato acessório de fiança (PEREIRA, 1997).

É desconhecida a razão pela qual o legislador deu tratamento diferenciado a esta contrato tipificado no Código Civil. Talvez pelo fato de que, em sua grande maioria, por envolver instituições financeiras, há uma presumível vulnerabilidade do devedor mutuário e do responsável fiador. Somente conseguimos concluir que este seja o motivo, pois não há razão de ordem exclusivamente jurídica.

Daremos duas situações para melhor esclarecer o problema. Imaginemos que uma pessoa menor impúbere formalizara dois contratos, sendo o primeiro de

empréstimo de coisa fungível (mútuo) e o segundo, de coisa infungível (comodato). Em ambos, o menor absolutamente incapaz fora o tomador do empréstimo e, portanto, passou a ser denominado de mutuário e comodatário. Também em ambos, o outro contratante (mutuante e comodante) exigira uma garantia através de fiança, que fora devidamente prestada pelo mesmo garante nos dois contratos.

Ocorre que o menor impúbere tornou-se inadimplente e, uma vez reconhecida a nulidade dos contratos principais, os credores receberão soluções diferentes, senão vejamos:

(i) o comodante poderá exigir do fiador a responsabilidade pela obrigação assumida pelo absolutamente incapaz, valendo-se do *caput* do art. 824: “As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor”. Não foi por outra razão que o art. 837 do CC/02 também pontua que “O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor”. Assim, o fiador suportará as consequências do inadimplemento do comodatário menor impúbere, mesmo que tenha sido reconhecida a nulidade absoluta do contrato principal.

(ii) diversamente, o mutuante não poderá exigir do fiador o cumprimento da obrigação do menor impúbere, pois deve observar o parágrafo único do art. 824: “A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor”. A exceção da exceção leva para a regra geral, ou seja, sendo nulo o contrato (principal) de mútuo feito com menor impúbere, igualmente nulo estará o contrato (acessório) de fiança.

Este tratamento diferenciado já estava previsto na parte em que o Código Civil disciplina o próprio contrato de mútuo. Diz o art. 588: “O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores” (grifou-se). Neste sentido, Fiuza (2008, p. 610) sustenta: “A fiança dada em mútuo para menor é passível de nulidade, por ser inválido o principal. Como sabemos, *accessorium sequitur principale*, ou seja, o acessório segue o principal”.

Pela leitura do art. 588, percebemos que o legislador não é claro, pois deixa de apontar a que espécie de menor está-se referindo. Contudo, com fundamento

numa interpretação sistêmica, é possível concluir que se trata do menor impúbere, sobretudo quando este dispositivo relaciona-se ao art. 824 do Código Civil e este, por sua vez, sinaliza para uma única solução, valendo-se de expressões compatíveis apenas com a incapacidade absoluta, a exemplo de “nulas” e “nulidade”.

Incapacidade do fiador garante

O vínculo jurídico se compõe de dois elementos: débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*). O primeiro consubstancia o comportamento que a lei sugere ao devedor, como um dever ínsito em sua consciência, daí a razão pela qual também é conhecido como elemento espiritual, abstrato ou imaterial. O segundo confere ao credor não satisfeito completamente com a prestação o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, daí porque também é conhecido como elemento material ou concreto (BEVILAQUA, 1980).

Em regra, as obrigações possuem ambos. Todavia, excepcionalmente, é possível que apenas um deles esteja presente, como ocorre no contrato de fiança. Desta forma, embora o débito permaneça restrito apenas ao devedor-afiançado, o vínculo obrigacional do fiador traz-lhe a responsabilidade, desde que ocorra o inadimplemento da prestação. A garantia é, portanto, a possibilidade de assegurar, em caso de necessidade, a realização coativa da obrigação debitória. É por este motivo que o legislador se preocupa em disciplinar algumas hipóteses, nas quais se discute a capacidade do devedor. Mas, não menos importante é trazer regramentos acerca da capacidade do fiador, pois, potencialmente, será instado a cumprir a obrigação por ter assumido esta responsabilidade.

Neste contexto, o art. 826 do CC/02 diz: “Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído” (grifou-se). O termo “incapaz” não indica a que espécie se refere. Como já de praxe, caber-nos-á esclarecer o seu alcance.

É preciso, inicialmente, pontuar que o legislador utiliza a expressão “se tornar (...) incapaz”. Sendo assim, transmite uma ideia de mudança, o que afasta a possibilidade de incapacidade decorrente de critério objetivo. Explico: não é possível no mundo real ter o domínio do tempo e, portanto, impor redução de sua idade. Com efeito, também no mundo jurídico, é impensável que uma pessoa seja plenamente

capaz e torne-se incapaz com fundamento neste critério objetivo. Com este argumento, ou o sujeito era incapaz e permanece assim, ou a pessoa era incapaz e, por atingir a maioridade civil, passou a ser capaz. Em suma, a única mudança permitida pelo critério objetivo é um sujeito incapaz se transformar em capaz. O contrário não é admitido.

Feito este esclarecimento, estamos autorizados a concluir que a hipótese legal trata tão-somente da incapacidade decorrente de critério subjetivo, o que reforça a tese de que ainda persiste, em nosso ordenamento jurídico, a incapacidade absoluta decorrente de comprometimento da capacidade cognitiva, a despeito da exclusão deste critério no art. 3º do Código Civil (ver item 2.3).

É possível afirmar que os contratos principal e acessório formaram-se sem vícios. Assim, de maneira superveniente, o fiador tornou-se incapaz por alguma espécie de deficiência. Surge, então, um questionamento: de que grau incapacitante trata a norma legal? A resposta novamente não está no art. 826 do CC/02. Acreditamos, todavia, que todos os graus de incapacidade (absoluta ou relativa) deverão permitir que o credor exigisse a substituição do fiador. O mesmo, contudo, não se deve afirmar quanto à capacidade condicional, conforme será demonstrado.

É bem verdade que as diferenças de graus quanto à incapacidade produzem riscos com consequências diversas. Com efeito, sendo portador de severa deficiência mental ou intelectual, o fiador deverá ser considerado absolutamente incapaz e, portanto, o contrato acessório não terá aptidão para produzir os efeitos esperados. Nesta hipótese, o credor estará desprotegido, o que lhe autorizará exigir a substituição da garantia, por outra pessoa (outro fiador) ou por outra natureza (penhor, hipoteca etc.).

Em menor nível de risco estará o credor, cujo fiador possui uma deficiência que provoque um relativo comprometimento de sua capacidade de compreensão. Neste caso, enquanto não declarada a anulabilidade do negócio jurídico, o contrato de fiança produzirá todos os efeitos e, ainda, será possível saná-lo, seja pelo decurso do tempo (prescrição), seja por ato voluntário de ratificação fornecido pelo seu assistente (curador). Neste caso, o credor poderá exigir a substituição da garantia quando o fiador, assistido por seu curador, pleitear a anulação do negócio jurídico acessório, apontando como fundamento sua incapacidade em assumir a

responsabilidade fixada no contrato principal. O risco em ver sua garantia desfeita autoriza o credor a perseguir a substituição do fiador.

Finalmente, no mais reduzido grau de risco ao credor, teremos a hipótese do fiador, cuja deficiência provoca uma mínima afetação de sua capacidade em compreender a realidade, sujeitando o garante apenas a um auxílio, consubstanciado na tomada de decisão apoiada. Nesta hipótese, parece-nos adequada a mesma conclusão retratada para o fiador relativamente incapaz, ou seja, enquanto não declarada a anulabilidade do negócio jurídico, o contrato de fiança produzirá todos os efeitos e, ainda, será possível saná-lo, seja pelo decurso do tempo (prescrição), seja por ato voluntário de ratificação fornecido pelos seus apoiadores (BARROS, 2002).

Neste caso, todavia, a anulabilidade pode ter por fundamento todas as questões atinentes à matéria, exceto valer-se de uma eventual incapacidade do fiador, posto que, conforme sustentamos neste trabalho, não se trata de sujeito incapaz (nem relativamente e, muito menos, absolutamente). Diversamente, cuida-se de pessoa condicionalmente capaz e, portanto, com aptidão para exercer por si os atos da vida civil. Em consequência, o apoiado poderá assumir a responsabilidade natural do garante fiador, restando-lhe alegar a anulabilidade com base nos mesmos argumentos possíveis de qualquer pessoa plenamente capaz, a exemplo de defeitos quanto à forma do ato jurídico, ou vício de consentimento, como erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão.

Sustentamos, portanto, que o art. 826 do CC/02 não se aplica ao deficiente submetido à modalidade mais leve de medida protetiva, razão pela qual o credor não terá o direito de exigir a substituição do garante submetido à tomada de decisão apoiada.

4.3 A obrigação da pessoa com deficiência e os títulos de crédito

Não existe unanimidade na doutrina para conceituar título de crédito. Esta indefinição, em maior parte, decorre das diferentes nuances de origem e finalidade. Todavia, em que pese a fecunda variedade conceitual espalhada na literatura jurídica, destacaremos duas definições. Sobre o tema:

O jurista germânico Brunner havia definido os títulos de crédito como o “documento de um direito privado que não se pode exercitar, se não se dispõe do título”. Vivante achou a definição insuficiente, pois lhe faltava

elementos essenciais, que são os verdadeiros fundamentos dos títulos de crédito, isto é, o caráter *literal* e o caráter *autônomo*, de que eles se revestem. Acrescendo ao enunciado de Brunner esses dois conceitos, Vivante formulou a sua célebre definição, geralmente considerada perfeito: *Título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado.* (REQUIÃO, 1995, p. 290/291).

Essa definição foi adotada no Código Civil de 1916 (art. 923) e renovada no Código Civil de 2002, cujo art. 887 dispõe: “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”. Ressaltamos, contudo, suas principais características: (i) é um documento (cártula); (ii) menciona uma ou mais obrigações literais e autônomas; (iii) habilita seu portador ao exercício concreto do crédito que menciona; (iv) é dotado de executividade em face dos signatários; e (v) representa e substitui valores, com a vantagem de ser negociável. Estes atributos permitem não apenas a circulação do título, mas também a sua segurança, consequência da certeza do direito por ele veiculado.

O STJ, em voto do Min. Jorge Scartezzini, decidiu que “Ademais, como consabido, a autonomia própria dos títulos de crédito consiste em reflexo da respectiva negociabilidade, é dizer, a abstração somente se verifica à vista da circulação ou transferência da cambial a terceiros de boa-fé”¹¹. Assim, os títulos de crédito tem por essência a mobilidade, ou seja, a qualidade que possuem de circular.

Com base nesta característica e fundamentada na norma legal, a doutrina costuma classificar os títulos de crédito em (a) títulos nominativos; e (b) títulos ao portador. Nas palavras de Martins (1998, p. 14), “Nominativos são os títulos cuja circulação se faz mediante um termo de cessão ou de transferência. Trazem esses títulos, sempre, no contexto, o nome da pessoa indicada como beneficiária da prestação a ser realizada”. Nesta espécie, os títulos de crédito podem ser à ordem e não à ordem. Os primeiros circulam mediante tradição com endosso; os últimos, pela tradição com mera cessão civil de crédito.

O mestre cearense arremata, dizendo: “Por último, existem títulos de crédito em que não é expressamente mencionado o nome do beneficiário da prestação – são os chamados títulos ao *portador*” (MARTINS, 1998, p. 16).

¹¹ STJ, 4ª Turma, REsp. nº 812.004, Rel.: Min. Jorge Scartezzini, j. 20.06.06.

4.3.1 Endosso próprio e impróprio

Pelo que foi dito até aqui, podemos definir o endosso como a declaração unilateral de vontade, de natureza cambial e consubstanciada na assinatura do proprietário, lançada no título à ordem pelo endossante, a fim de transferir a cártula e o crédito em favor de terceiro chamado endossatário.

É importante, contudo, esclarecer que o endosso (de natureza cambiária) não se confunde com a mera cessão de crédito. Nesta, cuja natureza é de direito civil, há uma simples transferência do título de crédito (tradição do documento), de modo que o cedente (credor primitivo) não se responsabiliza solidariamente com o cedido (devedor) pelo pagamento da cártula (*pro solvendo*) ao cessionário (credor superveniente), mas apenas pela existência do crédito (*pro soluto*). No endosso, diversamente, o endossante tem responsabilidade pela existência do crédito e responde solidariamente pela solvabilidade do devedor; aumentando, assim, as garantias do endossatário.

O direito cambiário admite, ainda, modalidades especiais de endosso, costumeiramente denominados “endossos impróprios”. Dentre elas, há o endosso-mandato, também chamado endosso-procuração. Assim, nas palavras de Fazzio Júnior (2016, p. 316):

Quando o endosso contém a expressão *para cobrança* ou *por procuração* ou *valor a cobrar*, traduz um mandato, ensejando ao endossatário o exercício dos direitos emergentes do título, mas só lhe permitindo endossar como procurador. É o endosso-mandato. Não transfere a propriedade do título (daí impróprio), mas confere poderes ao mandatário para agir em nome do endossante.

Desta maneira, a doutrina chama esta modalidade de endosso impróprio exatamente pelo fato de que o endossante não transfere nem a propriedade da cártula, nem o direito de crédito veiculado no título. Há, apenas, a transmissão da posse do documento, cuja finalidade é apenas possibilitar ao endossatário o exercício dos poderes que lhe foram confiados através do mandato. Nestes termos, o art. 917 do CC/02 reza: “A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída”. O 1º Colégio Recursal do TJPE abordou acerca da

diferença entre o endosso próprio e o endosso impróprio¹². Sobre o tema, o STJ lançou mão de duas súmulas:

a) Súmula nº 475: Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

b) Súmula nº 476: O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário.

Dessas considerações, extrai-se que a Súmula nº 475 aplica-se ao endosso próprio ou também conhecido como endosso translativo. Por sua vez, a Súmula nº 476 cuida do endosso-mandato, ou seja, daquela situação de endosso impróprio em que endossatário recebe o título para dar cumprimento ao mandato, devendo agir em nome do endossante-mandante.

4.3.2 A incapacidade no endosso-mandato

O problema surge quando se verifica uma superveniente incapacidade do endossante. Buscando solucionar esta questão, o § 2º, do art. 917, do CC/02 dispõe: “Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato” (grifou-se). Sobre o assunto:

Como se sabe, o mandatário age sempre em nome do mandante; não tem ação própria. Isso significa que o endosso mandato não confere ao mandatário direito para ajuizar ação de cobrança. Fique claro, também, que a morte do endossante ou sua incapacidade superveniente não extingue o mandato contido no endosso. Pensamos que o legislador não adotou a melhor solução, senão vejamos. (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 358).

O contrato de mandato é aquele em que o mandatário se obriga a praticar atos em nome e por conta do mandante. Este negócio jurídico impõe significativa influência no endosso-mandato, tanto que a própria nomenclatura demonstra essa simbiose. Com efeito, o art. 653 do CC/02 esclarece que: “Opera-se o mandato

¹² No endosso-mandato o endossante constitui mandatário para que este realize a cobrança dos direitos incorporados ao título. Verifica-se, desde já, que o endossatário-mandatário deve agir em nome do endossante-mandante. O endosso translativo, também chamado de endosso próprio, é o ato cambiário, através do qual o endossante lança a assinatura na cártula, com a finalidade de transferir, para o endossatário que o adquire, a titularidade dos direitos ao título de crédito incorporados (5ª Turma Recursal, RI nº 0034672-36.2014.8.17.8201, Rel.: Juiz CARLOS GEAN ALVES DOS SANTOS, j. 28.04.16).

quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

O endosso-mandato é, portanto, o meio regular em que o endossante-mandante confere poderes ao endossatário-mandatário para, de posse do título, agir em nome e por conta daquele, pois permanece como único e verdadeiro credor. Tem, assim, natureza híbrida: vale-se do direito cambial como meio (endosso) para realizar um contrato mercantil (mandato).

Pois bem. Para conferir poderes a outrem, o mandante precisa estar em gozo de sua capacidade civil. Não é por outra razão que o art. 654 do CC/02 reza: “Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante”. Com efeito, a norma legal exige capacidade de exercício tanto para quem assina o título e o transfere, como para quem recebe a cártula para exercer os poderes nos limites conferidos no mandato.

Quanto à extinção do mandato, o art. 682, II, do CC/02, pontua: “Cessa o mandato (...) pela morte ou interdição de uma das partes” (grifou-se). A regra é razoável, na medida em que não pode permanecer um contrato baseado eminentemente na confiança, caracterizando uma relação *intuitu personae* (REQUIÃO, 1995). Portanto, sendo intransmissível a fidúcia aos herdeiros ou aos representantes, cessará automaticamente o mandato após a morte ou interdição, respectivamente.

Aprofundando no tema, constatamos que o legislador se vale do termo “interdição”, sem fazer distinção entre os sujeitos endossante-mandante e endossatário-mandatário. Sendo assim, limitar-nos-emos ao primeiro, pois assim o fez no § 2º do art. 917 do CC/02, ora em análise: “Com (...) a superveniente incapacidade do endossante (...)”.

A interdição aqui utilizada permite-nos concluir pela exclusão da incidência desta norma nos casos de pessoas com deficiência (i) que não provoque qualquer comprometimento da cognição (física ou sensorial), ou (ii) cujo grau de limitação (mental ou intelectual) provoque apenas uma reduzida perda cognitiva, a ponto de exigir uma medida protetiva menos interventiva, como se dá através da tomada de decisão assistida. Com efeito, estes sujeitos são considerados, respectivamente, capazes plenamente ou capazes condicionalmente e poderão transmitir os poderes

por meio do endosso-mandato, vez que não estão submetidos ao processo de interdição.

Por sua vez, o processo de interdição será útil para proteger pessoas deficientes que demonstrem um severo ou mediano grau de comprometimento da cognição, ensejando as chamadas incapacidades absoluta e relativa, respectivamente. Neste momento, questiona-se: a que espécie de incapacidade refere-se o legislador?

O art. 666 do CC/02 permite-nos traçar um indicativo da *mens legis*. Diz o dispositivo: “O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores” (grifou-se). Os arts. 690 e 691 do CC/02 complementam:

Art. 690. Se falecer o mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem (grifou-se).

Art. 691. Os herdeiros, no caso do artigo antecedente, devem limitar-se às medidas conservatórias, ou continuar os negócios pendentes que se não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços dentro desse limite, pelas mesmas normas a que os do mandatário estão sujeitos (grifou-se).

Ora, o legislador demonstra clara tolerância em relação à incapacidade relativa, mas o faz apenas quanto ao mandatário. Portanto, *a contrario sensu*, em relação ao mandante, não admite que, sendo incapaz (absoluta ou relativamente), transmita poderes a outrem.

Como consequência, ao utilizar o termo “interdição”, o art. 682, II, do CC/02 abrange as duas formas de incapacidade de exercício, de maneira que, nestas condições, cessará o mandato e, portanto, o endosso-mandato.

Voltemos ao § 2º, do art. 917, do CC/02. Assim, quando o legislador diz que **o endosso-mandato manterá sua eficácia, mesmo com a superveniente incapacidade do endossante**, acaba por dizer, de outro modo, que o endosso-mandato, embora inválido, produzirá os efeitos esperados pelo negócio jurídico. É bem verdade que não devemos confundir os planos da validade e da eficácia. Todavia, também não é correto olvidar que existe uma inter-relação entre eles.

Não custa relembrar que os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas não interinamente, pois poderão ser

desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade (MELLO, 2008). Logo, os seus efeitos só podem tornar definitivos pela sanção da anulabilidade. Por sua vez, os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia. Daí, o motivo para confundir o ato nulo e o ato ineficaz.

Não se está falando de ato nulo ou anulável em sua origem, vez que a incapacidade retratada aqui surge após a conclusão do endosso-mandato. Porém, embora válido em seu nascimento, os atos do endossatário deverão ser considerados viciados, desde que praticados após a superveniente incapacidade do endossante-mandante, pois já não subsiste o fundamento jurídico que lhe conferia os poderes obtidos através do endosso-mandato.

Neste norte, o § 2º, do art. 917, do CC/02 acabou por admitir que um ato nulo ou anulável – pois praticado pelo endossatário após a ciência da incapacidade do endossante – produza efeitos jurídicos. Contudo, o legislador esquece que este sujeito é responsável pela transmissão de poderes ao endossatário e, por este motivo, deve possuir plena capacidade de exercício, sobretudo quando os efeitos poderão trazer-lhe sérias consequências em seu patrimônio. Com efeito, esta previsão legal não encontra respaldo no próprio sistema jurídico, devendo ser interpretado com bastante cautela. Como reforço da nossa crítica, A Lei Uniforme de Genebra, traz em seu art. 18:

Quando o endosso contém a menção “valor a cobrar” (*valeur en recouvrement*), “para cobrança” (*pour encaissement*), “por procuração” (*par procuration*), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas só pode endossá-la na qualidade de procurador.

Os coobrigados, neste caso, só podem invocar contra o portador as exceções que eram oponíveis ao endossante.

O mandato que resulta de um endosso por procuração não se extingue por morte ou sobrevinda incapacidade legal do mandatário (grifou-se e destacou-se).

Veja que a LUG trata da incapacidade superveniente do endossatário-mandatário, diversamente como fez o Código Civil de 2002, ao tratar da perda de capacidade do endossante-mandante. Nesta questão, a doutrina costuma afirmar que houve um erro na tradução. Sobre o tema, Requião (1995, p. 335):

Tanto o jurista Mercado Júnior, em seu livro Nova Lei Cambial e Nova Lei do Cheque, como o Prof. Lélío Candiota de Campos, em seu apúsculo As Leis Uniformes de Genebra sobre Letra de Câmbio, Nota Promissória e Cheque e sua Aplicação no Brasil registram o princípio corretamente, afirmando a eficácia do endosso-procuração apesar da morte ou superveniente incapacidade do endossante – mandante – mas não registram o erro de tradução acima apontado.

Discordamos da posição doutrinária. A LUG, corretamente traduzida, deixa claro que a permanência do endosso-mandato ocorrerá quando houver uma superveniente incapacidade do mandatário, e não do mandante.

O art. 37 da Lei 7.357/85, a chamada Lei do Cheque, trará luz ao problema.

O dispositivo afirma que: “A morte do emitente ou sua incapacidade superveniente à emissão não invalidam os efeitos do cheque”. Em uma leitura apressada, poder-se-ia imaginar que o emitente do cheque equipara-se ao endossante-mandante do título. Contudo, isso não é verdade.

O primeiro, a despeito de manifestar uma ordem, assim como ocorre no segundo, transmite também o crédito veiculado no título, semelhante do que se dá no endosso próprio (também chamado de translativo). Como já dissemos, no endosso-mandato, o endossante-mandante transfere apenas a posse do título, mantendo a titularidade do crédito. Por esta razão, neste caso, andou bem o legislador, pois a incapacidade que sobrevêm à emissão do cheque em nada poderá alterar a titularidade do crédito já transmitido ao beneficiário.

Oferecemos, portanto, uma solução: quando o dispositivo permite a manutenção dos efeitos, deve-se interpretar a norma legal de maneira restritiva; alcançando, portanto, apenas os atos praticados pelo endossatário-mandatário após a recepção dos poderes e até a ciência inequívoca da incapacidade superveniente do endossante-mandante. Embora de difícil comprovação, pois envolve tanto a questão temporal quanto à ciência inequívoca, ainda assim pensamos que esta é a melhor saída para manter a coerência da regra em nosso sistema legal.

4.4 O deficiente como empresário

4.4.1 Noções gerais

Após a unificação do direito privado, concretizada somente no Código Civil de 2002, o nosso ordenamento passou a disciplinar no mesmo corpo normativo as relações jurídicas comercial e civil, mantendo em leis esparsas algumas matérias, a exemplo da Lei da S/A (Lei nº 6.404/76) e trazendo outras, como a Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05). Contudo, é importante diferenciá-las e identificar com precisão cada objeto de estudo.

O direito empresarial busca disciplinar as relações decorrentes da atividade empresarial. Mas não só isso. Dedica-se ao estudo da formação, regulamentação e extinção das formas societárias; da capacidade empresarial e das modalidades de circulação de crédito; das relações consumeristas; e, para não estender, das regras atinentes à crise econômico-financeira do empresário ou sociedade empresária, chegando a dispor acerca do processo concursal falimentar. Há, portanto, um direito próprio, embora fortemente influenciado por outros ramos, como o direito civil e o direito processual civil (FAZZIO JÚNIOR, 2016).

O empresário pode exercer profissionalmente atividade negocial tanto de maneira singular, como integrante de uma sociedade empresária. É exigido apenas que, em ambas, seja desenvolvida uma atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e serviços. É o que dispõe o art. 966 do CC/02: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Esta definição limita-se ao empresário unipessoal e sofreu forte influência do art. 2.082 do Código Civil Italiano que define o *Imprenditore*: “E' imprenditore chi esercita professionalmente una attivita' economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

Para exercer a atividade empresarial, a pessoa natural deve possuir, minimamente, a capacidade de exercício prevista na parte geral do Código Civil de 2002. Por este motivo, o art. 972 dispõe: “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos” (grifou-se). Diante disso, as pessoas com deficiência que provoquem um comprometimento da cognição estariam proibidas de exercer atividade empresarial?

Em princípio, sim. Dissemos isso com a cautela de esclarecer que, para iniciar a atividade, exige-se a capacidade de exercício. Contudo, o legislador tolera que, embora o empresário seja *a priori* capaz, permaneça em sua atividade com a superveniente incapacidade. Nas palavras de Tomazette (2013, p. 50):

Conforme já mencionado, o incapaz (menor de 16 anos ou interdito) não pode jamais iniciar uma atividade empresarial, mas pode continuar uma atividade que já vinha sendo exercida. Tal permissão se justifica pelo princípio da preservação da empresa, tentando evitar a extinção desta, preservando empregos e interesses do fisco e da comunidade. O fim da atividade pode ser mais danoso do que a continuação dela, ainda que com um incapaz.

Fundamentado no princípio da preservação da atividade empresarial, o legislador acabou por conferir um tratamento diferenciado ao sujeito incapaz; limitando sua tolerância, porém, quando a incapacidade for superveniente. É isto que está assegurado no art. 974 do CC/02: “Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança” (grifou-se). Acerca deste dispositivo legal, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 203 com a seguinte redação: “O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte”.

Analisaremos acuradamente este comando legal. Antes, porém, mostra-se relevante delimitar o seu conteúdo. Assim, partimos da certeza de que o empresário era, ao tempo em que iniciou suas atividades, plenamente capaz, sobrevivendo uma incapacidade.

Pela leitura do *caput* do art. 974, é possível extrair também que o legislador se vale de duas expressões que servirão de guia: “por meio de representante” e “devidamente assistido”.

4.4.2 Incapacidade do empresário unipessoal

4.4.2.1 Absoluta

Quanto à primeira, não restam dúvidas de que se refere ao absolutamente incapaz, mormente quando é pacífica a compreensão de que o representante age em nome e por conta do representado. O legislador, todavia, não especifica a causa da incapacidade, o que nos permite concluir que engloba tanta aquela decorrente de critério objetivo (idade), quanto de critério subjetivo (deficiência cognitiva). Neste ponto, o leitor poderia questionar: como poderia o empresário adquirir, de forma superveniente, uma incapacidade por critério objetivo?

De fato, esta hipótese não é possível pois estaria contrariando uma ordem temporal: quem adquire a capacidade civil plena pela idade, não poderá perdê-la pela idade, embora possa por outro critério (subjetivo). Defendemos isso quando tratamos da incapacidade do fiador garante (item 4.2.2.4).

Assim, em princípio, poder-se-ia imaginar que a norma legal teria uma falha. A solução, contudo, está na parte final do dispositivo: “Poderá o incapaz (...)”

continuar a empresa (...), por seus pais ou pelo autor de herança” (grifou-se). Em síntese, o autor da herança é o *de cujus* e, em virtude de seu falecimento, abre-se a sua sucessão *causa mortis*. Neste contexto, quando o empresário unipessoal falece, por força de lei e com fundamento no princípio *saisine*, todo o patrimônio é transmitido automaticamente ao seus herdeiros.

Imaginemos, assim, que o extinto possuía apenas um filho menor impúbere, portanto, absolutamente incapaz. Somente neste campo de atuação será possível compreender que a incapacidade engloba também o critério objetivo, cabendo ao representante do herdeiro menor, no caso o genitor supérstite ou tutor nomeado, atuar como seu representante na continuação da atividade empresarial. Não se trata, portanto, de uma superveniente incapacidade absoluta originária da idade, mas sim de uma pessoa absolutamente incapaz em decorrência da menoridade, que foi forçada a assumir o patrimônio deixado pelo *de cujus*.

A incapacidade absoluta oriunda do critério subjetivo, todavia, deverá atingir a maioria dos casos de representação. Assim, sobrevindo uma deficiência mental ou intelectual que comprometa significativamente a cognição do empresário individual, inegável que sobre ele deva recair uma medida protetiva compatível com sua incapacidade. Nesta hipótese, será submetido ao processo de interdição e o juiz nomeará curador (*ope judicis*) para representá-lo (NEVES, 2016). Neste sentido, o incapaz poderá, por meio de representante, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz.

4.4.2.2 Relativa

Em relação à segunda expressão, ou seja, “devidamente assistido”, o legislador não deixa claro se a referência atinge apenas a assistência conferida ao relativamente incapaz, ou também envolve a assistência prestada pelos apoiadores na tomada de decisão assistida. Sobre esta questão, observamos que a redação do art. 974 do CC/02 é anterior à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente e não sofreu, por esta, qualquer alteração legislativa. Portanto, não teria como a expressão em destaque referir-se à tomada de decisão apoiada. Com efeito, é inegável que a norma legal alcançará tão-somente a incapacidade relativa.

Neste caso, pelas mesmas razões trazidas no tópico anterior, esta incapacidade envolve os critérios objetivo (idade) e subjetivo (deficiência cognitiva).

Quanto ao primeiro, a única diferença é que o herdeiro será um menor púbere e, desta maneira, relativamente incapaz. Em relação ao segundo, a deficiência (mental ou intelectual) deverá afetar de forma mediana a compreensão da realidade, de sorte que se exigirá uma medida protetiva menos severa, porém ainda sujeita ao processo de interdição.

O juiz, portanto, nomeará curador (*ope judicis*) para assistir o empresário individual que, de modo superveniente, tornou-se relativamente incapaz, tendo como embasamento o princípio da prevalência da atividade empresarial.

4.4.2.3 Capacidade condicionada

Esta espécie limita-se aos casos de deficiência que em nada compromete a capacidade cognitiva (física ou sensorial), ou que afeta de maneira reduzida (ou leve) a compreensão da realidade (mental ou intelectual). Assim, à luz da Convenção de Nova Iorque e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, somente neste último caso há que se falar em medida protetiva e, ainda assim, a mais branda, qual seja, a tomada de decisão apoiada.

A dúvida que surge é: o empresário com esta espécie ou grau de deficiência estará submetido ao comando legal, especificamente à expressão “devidamente assistido”?

Pensamos que não. De início, cumpre registrar que o *caput* traz uma hipótese que, de plano, já excluiria o deficiente submetido à tomada de decisão apoiada. A lei se vale da expressão “Poderá o incapaz...”. Sem embargo, conforme defendemos neste trabalho, uma vez homologado judicialmente o termo de apoio, a pessoa com deficiência será tratada como capaz, mesmo que esta capacidade esteja condicionada ao exercício dentro dos limites firmados e conforme a atuação dos apoiadores.

Por outro motivo, reafirmamos que o *caput* do art. 974 do CC/02 não incluiu o deficiente submetido à medida protetiva mais branda, qual seja a tomada de decisão assistida. A explicação está no § 2º do mesmo art. 974: “Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização” (grifou-se).

Este dispositivo busca preservar o patrimônio do incapaz que responderá pelas vicissitudes (êxitos ou fracassos) decorrentes da atividade empresarial. O § 2º, todavia, utiliza a expressão “ao tempo da sucessão ou da interdição”, referindo-se ao herdeiro menor (púbere ou impúbere) e ao deficiente submetido ao processo de interdição que, no nosso sistema, somente alcançará os absolutamente e relativamente incapazes. O inciso III, do § 3º, do art. 974 reforça ainda mais esta conclusão. Vejamos:

O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

(...)

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais (grifou-se).

Observamos que o legislador não faz qualquer menção a outro grau de incapacidade, razão pela qual o empresário condicionalmente capaz não se submete à aplicação do art. 974 do CC/02. Com efeito, na hipótese de o empresário unipessoal vir a ser acometido de alguma deficiência (mental ou intelectual) que diminua a sua cognição; sem, contudo, comprometê-la, bastará que se submeta à medida de tomada de decisão apoiada para permanecer exercendo, em nome próprio, a sua atividade empresarial.

4.4.3 Autorização judicial para o empresário incapaz

A autorização judicial é um pressuposto objetivo para que o incapaz continue o exercício da atividade empresarial. É o que se extrai do art. 976 do CC/02: “A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do [art. 974](#), e a de eventual revogação desta, serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis” (grifou-se). Neste ponto, mister se faz diferenciar a emancipação e a autorização do incapaz.

A primeira consiste na possibilidade de antecipar a capacidade de exercício, observadas as hipóteses previstas em lei. Nas palavras de Bevilacqua (1980, p. 105), “Emancipação é a aquisição da capacidade civil, antes da idade legal”. Embora a norma legal nada mencione a respeito, somente pode ser concedida a emancipação aos relativamente incapazes. Esta também é a conclusão de Rodrigues (2003, p. 55): “Hoje, com o fim da menoridade aos 18 anos, obviamente deve-se reduzir os

casos de emancipação outorgada, que só beneficiará as pessoas entre 16 e 18 anos, quando antes aproveitava aquelas entre 18 e 21 anos”. Dissemos isso em observação às hipóteses descritas no art. 5º, parágrafo único, do CC/02.

A emancipação, com efeito, sempre terá na lei a sua fonte jurídica, podendo ser direta ou indireta. A doutrina também costuma classificar a emancipação conforme a sua origem, surgindo as espécies voluntária, judicial ou automática.

Será voluntária “pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial”. Será judicial “por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos”.

A emancipação também pode ser obtida por decorrência direta da norma legal, bastando que o menor se enquadre nas hipóteses previstas nos incisos III a V, do parágrafo único do art. 5º do Código Civil de 2002. Nestes casos, dizemos que a emancipação será automática.

Faremos apenas uma ressalva quanto ao inciso II (“pelo casamento”). Neste caso, o art. 1.517 reza que “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”. Porém, se houver divergência entre os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.517, parágrafo único c/c art. 1.631, parágrafo único, ambos do CC/02). Em outros termos, se um dos nubentes for relativamente incapaz, o casamento ocorrerá desde que observada uma das condições legais:

(i) anuência dos seus genitores, o que equivale à emancipação voluntária (CC/02, art. 5º, parágrafo único, inciso I, 1ª parte), ou seja, a emancipação dos pais é substituída pela autorização dos genitores para que o incapaz possa contrair núpcias;

(ii) autorização judicial, o que corresponde à emancipação judicial (CC/02, art. 5º, parágrafo único, inciso I, 2ª parte), isto é, a antecipação da maioridade civil será obtida quando não for possível a voluntária anuência dos genitores do nubente incapaz.

Na hipótese do casamento, portanto, não haverá uma emancipação, propriamente, automática, mas sim voluntária ou judicial. Por sua vez, serão

automáticas as demais situações previstas no parágrafo único do art. 5º do Código Civil de 2002 (RODRIGUES, 2003).

Após estas explicações, podemos afirmar que, diversamente, ocorre com a autorização do incapaz, na redação do art. 976 do CC/02. Em síntese, não podemos confundir a autorização judicial para se obter a emancipação com a autorização judicial conferida ao incapaz para permanecer com a atividade empresarial. E a razão é simples.

Quando o legislador utiliza a expressão “A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do [art. 974...](#)”, deixa claro que há duas situações inconfundíveis: prova da emancipação e prova da autorização do incapaz.

Na primeira, o empresário é plenamente capaz em consequência da antecipação da maioridade civil, razão pela qual, embora não possuía a idade legal (18 anos completos), obteve regularmente a emancipação e, aliado a isto, não é portador de deficiência que o incapacite de exercer a atividade empresarial. Esta, ressalte-se, é a hipótese prevista no art. 5º, parágrafo único, inciso V, do CC/02: “Cessará, para os menores, a incapacidade (...) pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

Na segunda, o empresário tornou-se incapaz de maneira superveniente, seja por ter sido acometido de deficiência (mental ou intelectual) que o impossibilite de compreender a realidade, seja por sucessão *causa mortis* e, além disso, ser menor (púbere ou impúbere).

A locução “autorização do incapaz”, portanto, não se refere à autorização para obter a emancipação, sob pena de produzir uma contradição de ideias, vez que o termo “incapaz” é antagônico de “emancipado”. No mesmo sentido, Tomazette (2013, p. 50) adverte:

Nesse caso, a continuação da atividade será necessariamente precedida de autorização judicial, que analisará os riscos da empresa, bem como a conveniência de continuá-la. Haverá uma ponderação dos riscos e benefícios em jogo, deferindo-se ou não a continuação da atividade pelo incapaz. Tal autorização é genérica para o exercício da atividade, devendo ser averbada na junta comercial (art. 976, Código Civil de 2002), não sendo mais necessárias autorizações para atos singulares, como seria a regra no caso de incapazes.

E arremata: “A autorização para a continuação da empresa é dada em caráter precário, podendo ser revogada a qualquer momento. Tal revogação

competete ao juiz, ouvidos os representantes legais do incapaz”¹³. Ora, a doutrina é uníssona em afirmar que a emancipação é irrevogável¹⁴, posição que reforça a nossa ideia de que se trata de situações diferentes.

Podemos afirmar, diante disso, que a autorização judicial concedida ao incapaz para continuar a atividade empresarial não lhe dará automaticamente a emancipação; limitando-se, portanto, aos atos estritamente empresariais. Nada impede, contudo, que o incapaz com fundamento no critério objetivo (idade) obtenha a antecipação da maioridade civil por outro fundamento legal.

Pensar diferente, ou seja, defender que a autorização judicial mencionada no art. 976 conferirá emancipação ao incapaz, permitiria chegar à equivocada conclusão de que este empresário deixaria de ser incapaz e, portanto, não seria necessária a adoção de medidas protetivas. Ledo engano.

4.4.4 Exclusão do sócio incapaz

O *caput* do art. 1.030 do CC/02 afirma que “Ressalvado o disposto no [art. 1.004](#) e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente” (grifou-se). Sobre este assunto, a doutrina ensina que:

Outro caso de exclusão do sócio, que tem o mesmo fundamento, é a incapacidade superveniente, entendida como a perda da capacidade de agir por si só. Nesse caso, o sócio não pode cooperar para o fim social, não se justificando sua presença em uma sociedade de pessoas. Ademais, em tal tipo de sociedade não se admite a intromissão de um terceiro estranho, tutor ou curador do sócio incapaz, pelo que se justifica a sua exclusão. (TOMAZETTE, 2013, p. 318).

O Código Civil, ademais, positivou o entendimento de que a incapacidade superveniente do sócio leva à dissolução parcial da sociedade, mediante a exclusão do sócio, hipótese que, embora disciplinada para as sociedades simples, é perfeitamente aplicável às sociedades limitadas diante da remissão expressa feita pelo art. 1.085. Esta regra tem sua origem no art. 2.286 do Código Civil italiano:

¹³ Ob. cit.

¹⁴ Citemos como exemplo: “Em qualquer caso a emancipação é irrevogável, e, uma vez concedida, habilita o beneficiado para os atos civis...” In: PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. v. 1**, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 183; “A emancipação é irrevogável” In: BEVILAQUA, Clovis. **Ob. cit.**, p. 106.

L'esclusione di un socio puo' avere luogo per gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nonche' per l'interdizione, l'inabilitazione del socio o per la sua condanna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici.

Il socio che ha conferito nella societa' la propria opera o il godimento di una cosa puo' altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneita' a svolgere l'opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori.

Parimenti puo' essere escluso il socio che si e' obbligato con il conferimento a trasferire la proprieta' di una cosa, se questa e' perita prima che la proprieta' sia acquistata alla societa' (grifou-se).

De início, a exclusão por incapacidade superveniente somente se aplica ao sócio pessoa natural, uma vez que não se consegue vislumbrar em que medida uma pessoa jurídica possa se tornar incapaz, notadamente quando os critérios objetivo e subjetivo se ligam exclusivamente à pessoa humana.

Ocorre que a questão deve ser abordada à luz da responsabilidade dos sócios. Por este motivo, com base neste critério, a doutrina costuma classificar as sociedades em: (i) de responsabilidade ilimitada; (ii) de responsabilidade limitada; e (iii) mista. Há, contudo, uma impropriedade nas expressões, notadamente quando a responsabilidade tratada não é da sociedade, mas sim de seus sócios, mormente quando a responsabilidade da sociedade será sempre ilimitada em relação às obrigações por ela assumidas. Assim, quando se diz que determinada sociedade é da espécie limitada, quer-se dizer que a sociedade terá responsabilidade ilimitada e, não sendo capaz de arcar com suas obrigações, estas serão transferidas aos sócios, observando os limites de suas responsabilidades.

O mesmo se pode afirmar em relação às sociedades chamadas ilimitadas: a sociedade novamente terá responsabilidade ilimitada e, não sendo possível adimplir todas as obrigações, haverá uma transferência para os sócios, alcançando-os de maneira irrestrita. Não é por outra razão que a doutrina assevera que a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária em relação à da sociedade.

Definida esta questão, é conveniente ainda esclarecer que o problema da exclusão do sócio incapaz surgirá apenas quando houver possibilidade de atribuir-lhe alguma responsabilidade, como ocorre na sociedade em nome coletivo, na sociedade em comandita simples e por ações (em relação ao sócio comanditado) e na sociedade limitada. Nesta última, embora sua denominação possa levar a outra conclusão, não podemos olvidar que seus sócios respondem solidariamente em relação ao capital social ainda não integralizado, independentemente de quem tenha

faltado com suas obrigações para com a sociedade (CC/02, art. 1.052). Portanto, o problema quanto à exclusão do sócio incapaz perde interesse quando ele integrar uma sociedade anônima ou uma sociedade em comandita simples ou por ações (em relação ao sócio comanditário). Nesse sentido, o Enunciado nº 467 da V Jornada de Direito Civil do CJB dispõe:

A exigência de integralização do capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e em sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz.

Feita esta delimitação, outra se faz necessária. Trata-se da diferenciação entre a capacidade de ser sócio e a capacidade de exercer atos de administração na sociedade. Deste modo, embora a pessoa incapaz possa adquirir ações de uma companhia, obtendo os direitos conferidos a qualquer acionista, não se pode dizer o mesmo quando pretenda praticar atos que dependem da capacidade específica de exercício, a exemplo de deliberar sobre os interesses da sociedade ou praticar atos de gestão em nome da companhia.

Estes esclarecimentos ainda não respondem ao problema: por qual razão os sócios poderão excluir aquele que se tornou incapaz de maneira superveniente?

Compreendemos que a exclusão de sócio tem por finalidade a proteção do interesse social, em homenagem ao princípio da preservação societária. Para além disso, esta opção também deve ser vista como uma forma de mecanismo de tutela do próprio civilmente incapaz e, eventualmente, do próprio interesse público.

Nestes termos, surge outra dúvida: quando o *caput* do art. 1.030 do CC/02 diz “(...) pode o sócio ser excluído (...)”, significa que é facultativo?

Entendemos que não. Conforme explicado, nas sociedades simples, o sócio civilmente incapaz deve sempre ser excluído da mesma forma que ocorre nas sociedades que possuem responsabilidade ilimitada, mesmo que provisoriamente, como se dá na sociedade limitada (Ltda.) em que o capital social não esteja integralizado. Esta exclusão do sócio é, na verdade, uma consequência de sua incapacidade, cabendo ao seu representante exercer o direito de retirada em tal situação.

Por outro lado, tendo em vista a proteção decorrente da limitação da responsabilidade do sócio, em se tornando civilmente incapaz, não vemos problema em permanecer na sociedade, motivo pelo qual não há razão para sua exclusão.

Neste termos, por mais que o art. 1.085, *caput*, do CC/02 faça remissão expressa ao art. 1.030, ora em análise, entendemos que este dispositivo, referente à exclusão por incapacidade civil superveniente, não se aplica às sociedades limitadas ou tem aplicação restringida. Sobre o tema, Spinelli (2014) acrescenta:

Da mesma forma, na Itália, o art. 2.286 do *Codice Civile*, que prevê a exclusão facultativa em caso de inabilitação ou incapacidade, somente é aplicável às sociedades de pessoas (sociedades simples, em nome coletivo e em comandita simples, sendo os mais diversos motivos levantados para justificar tal hipótese de exclusão, desde a falta de *intuitu personae* e a impossibilidade de colaborar com o desenvolvimento da atividade até a perda de rapidez e funcionalidade da vida social, obstaculizando o exercício da atividade): no caso das sociedades limitadas, a exclusão facultativa somente é permitida nas hipóteses previstas no contrato social e que constituam justa causa (*Codice Civile*, art. 2.473-*bis*), admitindo-se, então, que o contrato social preveja como casos ensejadores de exclusão a interdição ou a inabilitação de sócio (ainda que assim seja feito sob a forma de condição resolutiva).

Na Itália, assim como ocorre no Brasil, a exclusão poderá ser facultativa somente se não houver responsabilidade atribuída ao sócio incapaz, tendo por fundamento ofensa ao princípio da cooperação. Nos demais casos, em que há parcela de responsabilidade, é obrigatória a exclusão do sócio, por lesão ao princípio da preservação societária.

5 A PROVA TESTEMUNHAL SOB O ENFOQUE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1 Problematização

Prova testemunhal é a aquela produzida de forma oral, sendo resultante do depoimento de pessoas estranhas ao processo, cujo objetivo é elucidar fatos controvertidos da lide (FERREIRA, 1998). Na mesma linha, Santos (1999, p. 449) esclarece: “A testemunha é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que, convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar a sua existência”; e acrescento: e o modo como ocorreu.

Uma questão que demanda incansáveis discussões gira em torno da prova, merecendo especial atenção o estudo acerca da adequação do meio probatório ao fato concreto. Sobre este tema, o art. 228, incisos I, II e III, do CC/02 dizia que:

Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; (grifou-se).

(...)

Verifica-se que estes incisos eram cópias fieis dos correspondentes que havia no art. 3º do CC/02, ou seja, admitia a incapacidade absoluta com fundamento nos critérios objetivo e subjetivo.

O art. 3º, conforme já analisado, sofreu alteração implementada pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente, ocasião em que excluiu o fator subjetivo para a incapacidade absoluta. Esta circunstância, certamente, impôs idêntica mudança no art. 228, incisos II e III, motivo pelo qual foram ambos revogados. Assim, a modificação trazida para a teoria das incapacidades produziu reflexos quanto à capacidade para ser testemunha.

Em paralelo, o Código de Processo Civil de 2015 aponta em seu art. 447:

Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º. São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam (grifou-se).

Percebe-se, por um lado, que o Código Civil, ao revogar os incisos II e III do art. 228, passou a permitir a produção da prova testemunhal prestada por pessoa (i) que não tenha discernimento para a prática dos atos da vida civil em decorrência de enfermidade ou retardamento mental e (ii) cega ou surda, mesmo que a ciência do fato que se busca provar dependa dos sentidos que lhes faltam. Para reforçar o alcance proposto pela Lei Brasileira de Inclusão, o art. 228 do CC/02 passou a conter o § 2º, dispondo que “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

Esta orientação decorreu na própria Convenção de Nova Iorque, que dispõe em seu art. 13, alínea 01:

Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares. (grifos e destaques meus)

Não há dúvida, portanto, que a *mens legis* foi no sentido de permitir que a pessoa com deficiência passasse a ser capaz de testemunhar, independentemente da natureza da deficiência ou do comprometimento da cognição.

Verifica-se, neste contexto, um aparente conflito de normas, mormente quando o Código de Processo Civil de 2015 contraria frontalmente o Código Civil de 2002, este após a orientação implementada pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente sobre a prova testemunhal.

Questiona-se, então: que norma deve ser aplicada?

A resposta a esta indagação trará outras, a exemplo de esclarecer se uma pessoa, embora desprovida de capacidade cognitiva ou sensorial, estaria permitida a testemunhar em juízo.

5.2 Antinomia

A situação de normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade da qual se encontram os juristas de todos os tempos, e que tomou uma denominação característica: antinomia. Assim, para solucionar o conflito de normas no tempo, devemos utilizar alguns critérios. São eles: a) **Hierárquico**, de maneira que

prevalecerá a norma superior (*lex superior derogat inferior*); b) **Especial**, de modo que prevalecerá a norma especial sobre a geral (*lex specialis derogat legi generali*); e c) **Cronológico**, quando prevalecerá a norma mais recente (*lex posteriori derogat priori*).

Antes de aplicar o primeiro critério, devemos lembrar que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente é uma norma que se baseia na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo. Acrescente-se que, conforme já expusemos no item 2.1 e de acordo com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, a Convenção de Nova Iorque ingressou no nosso ordenamento com *status* de emenda constitucional. Portanto, uma análise apressada poderia concluir que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente possui grau hierárquico superior ao Código de Processo Civil.

Não pensamos desta forma. Em verdade, embora a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tenha *status* de norma constitucional, o mesmo não pode ser atribuído à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente. Desta maneira, a única exigência é que o Código de Processo Civil não conflite com a Convenção de Nova Iorque e, neste ponto, não há norma constitucional (originária ou derivada) que disponha acerca da prova testemunhal e da capacidade de uma pessoa deficiente prestar compromisso para declarar sobre fatos em juízo. Exsurge a conclusão de que ambos os diplomas (CPC e LBI) possuem o mesmo grau hierárquico e, com efeito, não lograremos obter solução deste problema através deste primeiro critério.

De igual forma, o segundo critério (especialização) também não colabora na resolução desta antinomia, vez que ambas as normas tratam com a mesma especialidade acerca da capacidade para ser testemunha. Acrescente-se que o tema relacionado à admissibilidade da prova está adstrito tanto ao direito material, quanto ao processual.

Diversamente, o último critério joga luz ao problema. Sobre esta matéria, Maximiliano (2011, p. 292) pontua: “Se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo lodo da antiga”. Nesse caso, considera-se que a norma posterior derroga a norma anterior: *lex posterior derogat priori*.

A Lei nº 13.105/15 (CPC) foi publicada em 16.03.15, enquanto a Lei nº 13.146/15 (LBI), em 07.07.15. Neste ponto, constata-se que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente é mais recente do que o Código de Processo Civil. Contudo, embora anterior quanto à publicação, o Código de Ritos entrou em vigor em 18.03.16, ou seja, posteriormente à Lei Brasileira de Inclusão (02.01.16).

Se uma lei tem dispositivos incompatíveis com determinações de uma lei anterior, valerá o conteúdo da regra mais nova. Portanto, mesmo que uma lei não revogue expressamente uma norma anterior, a incompatibilidade entre elas acarretará a invalidade dos dispositivos mais antigos. Todavia, indaga-se: o critério cronológico deve ser aplicado sobre a publicação do ato legislativo ou sobre a entrada de sua vigência?

5.3 Nossa proposta

Acerca do diálogo das fontes materiais e processuais, Ascensão (2017, p. 411) assevera: “Se há várias fontes com título para serem aplicadas, haverá que as conciliar. Uma vez que, como dissemos, não há esmagamento de umas fontes por outras, mas a busca da medida da aplicabilidade de cada, valorativamente escorada”. A solução, portanto, está no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Desta forma, *a contrario sensu*, o direito intertemporal somente se preocupa com as normas que possuem vigência. Portanto, até entrar em vigor a norma não teve ingresso no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual é irrelevante o momento em que foi publicada.

Assim sendo, a Lei Brasileira de Inclusão, mesmo tendo sido publicada posteriormente, teve vigência antes do Código de Processo Civil, de maneira que este diploma deve prevalecer em detrimento das alterações implementadas no Código Civil por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Entendemos, todavia, que não deve ser imposta uma revogação integral do art. 228 do CC/02 e muito menos uma repristinação dos seus incisos II e III. Diversamente, lançaremos mão de um juízo de ponderação para extrair o verdadeiro alcance das normas em conflito (LIXA, 2005).

5.3.1 Deficiência que provoca incapacidade (absoluta ou relativa)

Conforme já sustentamos no item 2.4, permanece a ideia segundo a qual não possuem capacidade de exercício as pessoas portadoras de deficiência (mental ou intelectual) que sejam desprovidas do mínimo discernimento. Portanto, reafirmamos a permanência do critério subjetivo na teoria das incapacidades. Com efeito, se a deficiência é tal que impeça a pessoa de exercer por si só os atos da vida civil, tampouco poderá servir como testemunha em juízo.

Importante lembrar que a prova testemunhal contribuirá significativamente para elucidar fatos fundamentais para a solução do litígio. Sobre o tema, Pinheiro Neto (2012, p. 588) pontua que: “(...) o objeto da prova, que é o fato controvertido, não se encontra perfeitamente delimitado. Apenas após a contestação, que o autor poderá identificar quais os fatos impugnados pelo réu, para escolher o melhor meio de prova para esclarecimento da verdade”.

Para a norma processual, acrescente-se, é indiferente o momento em que nasce a incapacidade. Em outros termos, não será capaz de testemunhar a pessoa que, (i) ao tempo do fato objeto da prova, já era desprovida (total ou parcialmente) de cognição, de maneira que uma eventual capacidade superveniente em nada alterará esse cenário, pois não tivera condições de compreender os elementos essenciais para comprovar o fato; ou (ii) ao tempo do fato que se busca provar em juízo, era plenamente capaz, tendo compreendido seus elementos essenciais; todavia, sobrevindo a deficiência cognitiva (total ou parcial), não será capaz de testemunhar, pois sua deficiência comprometerá a segurança de suas declarações.

No mesmo sentido, é a lição de Didier Junior *et al.* (2015, p. 242):

Para que se verifique a incapacidade de testemunhar dos que sofrem de enfermidade mental, é necessário que ocorra uma destas duas circunstâncias: a) ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia o pretenso depoente discerni-los; b) ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções.

Não é por outra razão que o art. 447 do CPC/15 dispõe no seu § 1º, inciso I: “São incapazes o interdito por enfermidade ou deficiência mental”. Interdito é todo aquele que se submete ao processo de interdição, ou seja, a pessoa enquadrada como absoluta ou relativamente incapaz e, portanto, necessitará de curador para representá-la ou assisti-la, respectivamente.

Registre-se, por fim, que essas pessoas sequer poderão ser ouvidas como informantes, a teor do que reza o § 4º do art. 447 do CPC/15: “Sendo necessário,

pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”. Veja-se que as exceções englobam genericamente o impedimento e a suspeição. Todavia, quando trata de incapacidade, somente prevê a hipótese decorrente de critério objetivo (idade), ou seja, afasta a possibilidade de serem válidas as declarações prestadas por quem se enquadra como incapaz em virtude de deficiência mental ou intelectual. Isto demonstra que o legislador leva em alta consideração a capacidade cognitiva da testemunha a ponto de não permitir sua oitiva, mesmo que seja meramente na condição de informante. Esta solução nos parece ser a mais adequada à luz do que dispõe a legislação infraconstitucional (CC/02, CPC/15 e LBI), bem como ao que reza o art. 13, alínea 01, da CDPD, inserida em nosso ordenamento com *status* de norma constitucional.

5.3.2 Deficiência que não provoca incapacidade para testemunhar

A testemunha, em sentido próprio, é pessoa diversa dos sujeitos principais do processo (podemos dizer, um terceiro desinteressado) que é chamado em juízo para declarar, sob juramento, a respeito de circunstâncias referentes ao fato (MOREIRA, 2018). Com efeito, para que possa servir como testemunha, a pessoa deve estar capaz e não ser impedida ou suspeita. Por este motivo, afirmamos que o deficiente cognitivo não tem capacidade de testemunhar.

Não devemos, contudo, estender esta conclusão aos casos de deficiência física ou sensorial, pois estas, em regra, não comprometem a aptidão cognitiva, mas apenas limitam, no mais das vezes, a capacidade de locomoção ou manifestação. Sobre o tema:

O testemunho contém o relato daquilo que foi *percebido* pela testemunha por meio de qualquer um dos seus sentidos: visão, olfato, paladar, tato e audição. Não cabe à testemunha fazer juízos de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente – isso é função do órgão jurisdicional –, embora não se possa ignorar que todo depoimento traz consigo, inevitavelmente, as impressões pessoais do depoente (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2015, p. 239).

Excepcionalmente, porém, a deficiência sensorial afetará a apreensão dos elementos essenciais quanto aos fatos objeto da prova testemunhal. Por este motivo, certamente, o CPC/15 trouxe uma condicionante. A pessoa com deficiência visual ou auditiva não será capaz de testemunhar, desde que a ciência do fato dependa do sentido que lhe falte (art. 447, § 1º, IV). Mostra-se razoável a regra

legal, mormente quando a falta do sentido comprometerá a própria apreensão do fato que se busca provar em juízo. Sendo assim, no que concerne à incapacidade do cego e do surdo, é importante observar que ela se restringe aos fatos cuja ciência dependa do sentido que lhes falta. Mas o surdo pode, por exemplo, depor sobre algo que tenha visto, assim como o cego pode depor sobre algo que tenha ouvido. A mesma opinião é compartilhada pela doutrinadora portuguesa Paula Tavares Vítor (2009, p. 48): “Actualmente graças a progressos de natureza clínica e educacionais, a surdez-mudez e a cegueira dificilmente implicação falta de habilidade para funcionar no mundo”.

O mesmo se pode afirmar quanto às pessoas com deficiência mental ou intelectual, desde que o comprometimento na cognição seja apenas reduzido. Neste caso, acreditamos ser desnecessária até mesmo a medida protetiva mais leve, no caso a tomada de decisão apoiada. Dissemos isso pelo fato de que, ao testemunhar, a pessoa deficiente estará cumprindo uma obrigação legal que, a despeito das hipóteses de escusas previstas no Código de Processo Civil, não suportará prejuízo algum. Assim, a simples presença do Estado-juiz na colheita da prova será suficiente para preencher o suporte fático complementar do ato processual. Consequentemente, veio em boa hora o § 2º do art. 228 do CC/02, incluído pelo Estatuto da Pessoa Deficiente: “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação é fruto do esforço intelectual para compreensão do Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz do nosso ordenamento jurídico, em especial após a ratificação brasileira da Convenção de Nova Iorque sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como uma análise da sua aplicabilidade no nosso direito privado, com vistas a empreender uma discussão sobre as possíveis falhas de interpretação, permitindo uma maior proteção e inclusão da pessoa com deficiência. Nessa empreitada, tem-se a consciência de que no processo de conhecimento não há consenso ou mesmo ponto de chegada. Diversamente, pretendeu-se abrir uma discussão sobre este tema, oportunidade em que trouxemos nossa capacidade de observação da norma jurídica e, sobretudo, a experiência obtida durante mais de 15 anos de magistratura estadual e 13 anos de magistério nos cursos de direito.

Foram de suma importância os ensinamentos obtidos através dos problemas trazidos pelos jurisdicionados e as discussões travadas em sala de aula. O que aprendemos com os outros sempre deve ressoar como algo especial dentro de nós. Dessa forma, entendemos que o trabalho ora realizado não chegou ao fim, mas apenas a um momento de arremate de ideias, proposições, apontamentos e, sobretudo, soluções que foram indicadas não para colocar uma pá de cal nos questionamentos levantados, mas principalmente para receber críticas dos que também busquem contribuir.

Devemos, portanto, superar a arcaica ideia segundo a qual a deficiência é uma nódoa que mancha a pessoa, assim como um ferro incandescente que marca a pele. De igual forma, não podemos ver a pessoa deficiente como alguém merecedor de dó ou de pena, pois não há como restringi-la a uma doença.

Diversamente, cabe-nos compreender que o deficiente é, antes de tudo, uma pessoa humana com dignidade e, por esta razão indivisível, ímpar, potencialmente capaz, produtiva, detentora de direitos, cumpridora de deveres. Portanto, titular de direitos no âmbito civil, mas cujo exercício ficará condicionado ou serão observados os modelos protetivos já consagrados pela doutrina.

É fundamental, pois, a adoção de políticas públicas e ações sociais que promovam a eliminação de barreiras e que permitam medidas eficazes de promoção da igualdade entre pessoas, deficientes ou não (SILVA, 2012). Devemos, ainda, criar uma cultura inclusiva e antidiscriminatória, difundindo-a no meio jurídico. Para tanto,

não é suficiente o poder público, cabendo à sociedade e, sobretudo, ao meio acadêmico disseminar estas ideias, equalizando oportunidade de debates e oferecendo soluções para os problemas aqui apontados. Baseado no respeito às diferenças, oferecemos saídas para as lacunas legislativas, em especial quanto à incapacidade absoluta por razões de ordem subjetiva.

A postura inclusiva, aqui defendida, possibilitou-nos apontar uma moderna compreensão de deficiência, promovendo uma simbiose entre as causas biológicas e sociais, bem como defender a criação de uma terceira categoria dentro da teoria da incapacidade civil, até então impensada na doutrina tradicional. Chamamo-la de capacidade civil condicionada. Foi possível, neste contexto, debruçar sobre a aplicabilidade das medidas protetivas, em especial a tomada de decisão apoiada.

Traçamos, na sequência, diretrizes acerca da aplicação prática desta medida protetiva, abordando questão de natureza material e processual. Quanto à primeira, destacamos a autonomia do apoiado, a responsabilidade com terceiros e a possibilidade da resilição unilateral. Em relação à segunda, discutimos acerca da legitimidade *ad causam*, dos requisitos da petição inicial, da fungibilidade entre as medidas protetivas e também do incidente denominado de “denúncia”.

Analizamos a influência do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos princípios que norteiam a bioética, dando especial atenção à autonomia do paciente e às formas de paternalismo dos profissionais da saúde. Frisamos, ainda, o estudo sobre a validade das declarações de vontade com efeitos após o estado de incapacidade cognitiva.

Em relação ao casamento, mostramos a infrutífera tentativa do legislador em excluir a incapacidade absoluta do nubente, gerada por deficiência mental ou intelectual, como hipótese de nulidade.

Da mesma forma, apontamos críticas em relação à falha normativa que disciplina a anulabilidade do matrimônio em decorrência de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. Embora merecedora aplausos, na medida em que a intenção do legislador foi evitar que uma pessoa, portadora de deficiência mental ou intelectual, fosse vítima de preconceitos e/ou discriminações, não parece possível impedir que o cônjuge enganado requeira a anulação do casamento. Mas, para tanto, deverá fundamentar sua pretensão no fato de ser – ele, e não o deficiente –

incapaz de conviver em matrimônio com alguém que possui um comprometimento cognitivo.

Em relação ao vínculo obrigacional, demonstramos que o pagamento efetuado pelo devedor em favor do credor incapaz deve ser analisado conforme o grau de comprometimento da compreensão. Assim, deverá ser considerado inválido o adimplemento efetuado quando o *accipiens* for absolutamente incapaz de dar quitação, salvo se estiver representado por seu curador. Por outro lado, quanto ao credor relativamente incapaz, em princípio, o pagamento efetuado pelo sujeito passivo é válido, podendo ser anulado se o *accipiens* estiver desacompanhado de seu assistente. Porém, mesmo neste caso, poderá ocorrer o saneamento do vício em virtude do decurso do tempo ou se o devedor comprovar que o pagamento se reverteu em benefício do credor incapaz. Finalmente, em relação ao credor com capacidade civil condicionada à tomada de decisão apoiada, deve ser considerado válido o pagamento efetuado pelo devedor, observando apenas se os apoiadores presenciaram o ato jurídico e desde que nos limites do termo de apoio.

Adentrando no direito contratual, apontamos o alcance do art. 471 do Código Civil, que regulamenta o contrato com pessoa a declarar. Neste ponto, buscamos elucidar a confusão extraída na doutrina quanto à interpretação do dispositivo e sua aplicação dos planos da validade e da eficácia, especialmente quando o terceiro indicado pelo estipulante é incapaz. Com efeito, em que pese a omissão legislativa, a regra em destaque somente terá incidência no caso de incapacidade absoluta; devendo, portanto, ser válido e eficaz a estipulação do eleito quando o terceiro for relativamente incapaz ou condicionalmente capaz.

Quanto à doação, reafirmamos sua natureza contratual e, portanto, a necessidade inarredável de duas vontades para que o negócio jurídico exista validamente. Assim sendo, mostramos que a liberalidade feita em favor de donatário absolutamente incapaz, em verdade, não dispensa a sua aceitação, a despeito da redação constante no art. 543 do CC/02. Portanto, sendo imprescindível o elemento volitivo do beneficiário, mesmo em se tratando de doação pura, a aceitação deve ser manifestada expressamente pelo seu representante ou, diante de sua omissão, poderá ser extraída de forma tácita ou presumida.

Em relação ao contrato de depósito voluntário, abordamos o tema quando houver uma incapacidade absoluta e superveniente na pessoa do depositário. Neste

caso, a lei impõe a resolução automática do negócio jurídico (CC/02, art. 641), permitindo ao representante do depositário que promova a restituição da coisa e, caso não seja possível, fará um novo contrato de depósito (necessário) com terceiro. Contudo, analisamos o problema sob dois enfoques: quando o depositante (i) com culpa, não quiser receber a coisa; e (ii) sem culpa, não puder receber a coisa. As duas situações geram consequências diversas, especialmente quanto aos custos de conservação da coisa depositada.

Ainda no tópico relativo aos efeitos contratuais, estudamos o contrato de fiança e as consequências quando houver incapacidade na pessoa do devedor. O tema abordou também a exceção trazida pelo art. 824, ao manter o contrato acessório, mesmo quando for declarada a nulidade do negócio jurídico principal em virtude de incapacidade do sujeito. Nesta medida, examinamos o tratamento diferenciado quando a incapacidade decorrer de critério objetivo, ou seja, a menoridade do devedor. Paralelamente, foram apontadas situações inerentes à incapacidade na pessoa do fiador, ocasião em que alertamos para a diferença de tratamento conferido ao credor quando o garante for absoluta ou relativamente incapaz. Sustentamos também que o credor do negócio jurídico principal não possui o direito de exigir a substituição do fiador (CC/02, art. 826) quando este for enquadrado como condicionalmente capaz, ou seja, submetido à medida de tomada de decisão apoiada.

Submergindo o estudo na seara do direito empresarial, iniciamos com uma abordagem acerca da transmissibilidade dos títulos de crédito, dando ênfase ao chamado endosso-mandato e a aplicação do art. 917, § 2º, do CC/02. Neste cenário, propomos uma simbiose entre este endosso impróprio e o contrato de mandato. Em parêntese, confrontamo-lo com a Lei Uniforme de Genebra e a Lei do Cheque. Como resultado deste entrecostar de conceitos e ideias, chegamos à conclusão de que a superveniente incapacidade absoluta do endossante-mandante autoriza a permanência da eficácia dos atos praticados pelo endossatário-mandatário compreendidos entre a recepção dos poderes e a ciência inequívoca da incapacidade. Devemos, portanto, empreender uma interpretação restritiva da norma legal, de forma a manter sua coerência em nosso sistema legal.

Quanto ao empresário individual, mostramos que o nosso ordenamento jurídico tolera a permanência de sua atividade, mesmo quando ocorrer uma

incapacidade, desde que de forma superveniente e cujo exercício pressuponha a atuação de seu representante ou assistente. Para tanto, deve obter uma autorização judicial, que não se confunde com a emancipação, notadamente quando seus efeitos ficam limitados ao exercício da atividade mercantil.

O empresário com reduzido comprometimento de sua capacidade cognitiva, diversamente, será submetido à medida protetiva mais branda como a tomada de decisão apoiada, e não sofrerá limites à atuação como empresário unipessoal.

Finalizando a abordagem no direito empresarial, concluímos que o sócio integrante de sociedade deverá ser excluído do seu quadro sempre que houver risco de preservação societária, especialmente quando sua responsabilidade for ilimitada de alguma maneira. Diferentemente, não será possível a sua exclusão, mesmo que reconhecida a sua incapacidade superveniente, desde que não recaia sobre si responsabilidade perante terceiros que mantêm relações jurídicas com a sociedade empresária.

Em relação à possibilidade de uma pessoa incapaz ser utilizada na produção de prova testemunhal, percebemos uma antinomia entre o novo CPC e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Deficiente. Neste ponto, chegamos à conclusão de que deve prevalecer as disposições do Código de Ritos, por ter entrado em vigor posteriormente. Na sequência, apontamos que ficou mantida a ideia segundo a qual a incapacidade originária de deficiência cognitiva impossibilita a testemunha de prestar compromisso. A mesma conclusão não podemos chegar quanto ao condicionalmente capaz. Neste caso, a simples presença do Estado-juiz supre a consequência jurídica de sua deficiência cognitiva. Na mesma medida, a pessoa portadora de deficiência física ou sensorial não está incapacitada de servir como testemunha em juízo, bastando que os fatos objeto da prova dispensem o uso do sentido que lhes falta.

É preciso registrar, finalmente, este universo tão plural, complexo e dinâmico que é o tratamento dado à pessoa com deficiência, com suas contundentes limitações que, em regra, são agravadas com barreiras das mais diversas ordens. Nosso retrospecto mostra que nem sempre o legislador preocupou-se em discutir medidas para atender aos anseios de pessoas marginalizadas. Não foi diferente com relação à pessoa com deficiência e, como exposto no decorrer do trabalho, são

muitos os aspectos que giram em torno da capacidade civil e, portanto, das dificuldades de inclusão satisfatória na plena cidadania.

Na origem desse processo, encontram-se as barreiras atitudinais que, de forma ambígua e muitas vezes não consciente, permeiam as ações e políticas públicas, assim como as práticas discriminatórias, criando categorias classificatórias, como o “anormal”, o “doente”, “o feio”, o “deficiente”, gerando discursos negativos. Não podemos olvidar ainda que este cenário contribui para contração de uma decrépita relação interpessoal no cenário familiar e social quanto à pessoa com deficiência. Portanto, “É a sociedade que sistematiza, propaga, fortalece códigos de compreensão que terminam por gerar a dinâmica do Nós versus Outro, imputando a esse Outro, pessoa com deficiência, a marca do sub-humano, do inferior” (SILVA, 2012, p. 417). Tais barreiras são veiculadas pela sociedade e, muitas vezes, agravadas pela inércia legislativa ou por uma falta de técnica legislativa.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino; CHUEIRI, Rodrigo Cunha; AZEVEDO, Rafael Vieira de. Causa e resolução contratual. *In*: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros de; *et al.* (coord.). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual**: estudos em homenagem ao professor Torquato de Castro. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 437-457.
- ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; e MUSSE, Luciana Barbosa. Revista de estudos empíricos em direito. **Brazilian journal of empirical legal studies**. v. 3, n. 2, jul-2016. p. 226-247.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Aprobado por ley 26.994 e promulgado según decreto 1795/2014, 1 ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 07 jun. 2017.
- ARAÚJO, Antônio de. **Cidadãos portadores de deficiência (o seu lugar na constituição da república)**. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.
- ASCENÇÃO, José Oliveira. Concorrência de fontes, “diálogo das fontes” e unidade da ordem jurídica. *In*: SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros de; *et al.* (coord.). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual**: estudos em homenagem ao professor Torquato de Castro. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 403-415.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Rafael Vieira de. **O novo regramento da capacidade civil das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos à luz da teoria do fato jurídico**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.
- BARROS, Ana Lucia Porto de *et al.* **O novo código civil**: comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 1.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 1950. Título original: Teoria General del Negozio Giuridico.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**: tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1969. Título original: Teoria General del Negozio Giuridico.

BEVILAQUA, Clovis; PEREIRA, Caio Mário da Silva (ed.). **Teoria geral do direito civil**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Rio F. Alves, 1980.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Diretoria de pesquisas, coordenação de trabalho e rendimento, pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=pe>. Acesso em: 28 out. 2016.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; e DE OLIVEIRA, Rafael Alenxadria. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DEGENER, Theresia. **Pessoas com deficiência têm o direito de tomar decisões por conta própria, enfatiza comitê da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pessoas-com-deficiencia-tem-o-direito-de-tomar-decisoes-por-conta-propria-enfatiza-comite-da-onu/>. Acesso em: 27 out. 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto (ed.). **Contratos**. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. **Deficiências e propensões do ser humano**. 13. ed. São Paulo: Logosófica, 2012.

GUIMARÃES, Doroti Moroldi. O uso dos argumentos na prática do direito. In: CORRÊA, Leda (org.). **Direito e argumentação**. Barueri: Manole, pp. 139-160, 2008.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2018.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica & direito: uma possibilidade crítica**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri: Manole, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 27 out. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 9, p. 31-57. jul./set. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Pessoas físicas e jurídicas. Introdução. Atualizado por Judith Martins-Costa *et al.* São Paulo: Editora RT, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prova testemunhal**. Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160990946/a-prova-testemunhal>. Acesso em: 30 nov. 2018.

NEVES, Alexandra Chícharo das. Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual. **Revista do Ministério Público**. ano 35, v. 140, p. 79-120, out./dez. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico da pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. *In*: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio (org.). **Identidade e estatuto do embrião humano**. Bauru: Edusc, 2007. p. 91-114.

PAN, Miriam. **O direito à diferença**: uma reflexão sobre deficiência intelectual e educação inclusiva. Curitiba: IBPEX, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 2.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direito e deveres. Incapacidades e suprimento – a visão do jurista. **Revista Direito**. ano 142, p. 465-480, 2010.

PINHEIRO NETO, Pedro Bentes. Perspectivas críticas das alterações na produção da prova testemunhal no projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie et.; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.). **Projeto do novo código de processo civil**: Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. 2ª série. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. *In*: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-46.

PORTUGAL. **Código Civil**. Actualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Decreto-lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 29 mai. 2018.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Cleide Ramos. Comentário ao artigo 12. *In*: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (org.). **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 54-57.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *In*: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: RT on line, v. 6, p. 37-54, jan./mar., 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Custo de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROSEVALD, Nelson. Seção IX – Do contrato com pessoa a declarar – art. 467 a 471. *In*: PELUZO, Cesar (coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. Bauru: Manole. p. 527-530, 2010.

RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza Editores, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

SILVA, Fabiana Tavares dos Santos. **Educação não inclusiva: a trajetória das barreiras atitudinais nas dissertações de educação do programa de pós-graduação em educação (PPGE/UFPE)**. 2012. Dissertação (Mestrado em Educação) – Centro de Educação, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/autonomiadiscernimento-e-vulnerabilidade/>. Acesso em: 31 out. 2016.

SPINELLI, Luis Felipe. **A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada: fundamentos, pressupostos e consequências**. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 29 out. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 9. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

VAUGHN, Lewis. **Bioethics:** principles, issues, and cases. 3. ed. Oxford: University Press, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VÍTOR, Paula Távora. A administração do património das pessoas com capacidade diminuída. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Coimbra, v. 10, 2008.

VÍTOR, Paula Távora. Capacidade e incapacidade: respostas do ordenamento jurídica português e o artigo 12º da convenção dos direitos das pessoas com deficiência. **Revista Sociedade e Trabalho**, Lisboa: Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, v. 39, p. 40-56, set./dez., 2009.

VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.