

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Statute of Persons with Disabilities and the disabilities doctrine
Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 23/2020 | p. 31 - 63 | Abr - Jun / 2020
DTR\2021\204

Marina Luiza Amari

Mestranda em Direito das Relações Sociais – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogada. marinaamari@hotmail.com

José Antônio Peres Gediel

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFPR. jagediel@gmail.com

Área do Direito: Civil

Resumo: O artigo examina as mudanças realizadas no sistema de incapacidades do Código Civil brasileiro pela entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em janeiro de 2016. Delimita o significado da incapacidade a partir da interpretação de que atinge tão somente os atos jurídicos lato sensu, atos que para sua formação requerem uma exteriorização de vontade consciente. Estuda as exteriorizações de vontade nos planos da existência e da validade dos atos jurídicos, a partir da perspectiva da relação entre vontade, consciência e discernimento. Esta análise é feita a partir de teorizações baseadas na tripartição dos planos do fato jurídico. Evidencia, por fim, quais formulações jurídicas são relacionáveis à vontade e podem ser aproveitadas para o estudo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu regramento no Código Civil.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência – Incapacidade – Autonomia – Vontade – Consciência

Abstract: This article examines the changes made on the Brazilian legal disabilities system by the enforcement of the Statute of the Persons with Disabilities, in January 2016. It describes the meaning of disability from the interpretation that it only affects legal acts lato sensu, understood as acts that require a manifestation of conscious will for their creation. It analyzes the manifestation of the will on the plans of existence and validity of legal acts from the perspective of the relation between will, consciousness, and discernment. This analysis is based on theories regarding the tripartite plans of the legal fact. Finally, it shows which legal formulations may be related to the will and thus used to study the Statute of Persons with Disabilities and its regulations in the Civil Code.

Keywords: Statute of Persons with Disabilities – Legal disability – Autonomy – Will – Consciousness

Sumário:

Introdução - 1. Reflexões teóricas sobre a incapacidade no Direito Civil - 2. A pessoa com deficiência, o sistema das incapacidades e o Código Civil - 3. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: a opção pela autonomia - 4. A vontade e suas qualificações no plano da existência e da validade - 5. A pessoa com deficiência e a formulação da vontade - Conclusão - Referências

Introdução

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, promulgado no ano de 2015, regulamentou a Convenção das Nações Unidas (Convenção de Nova Iorque), tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário e que normatiza os direitos da pessoa com deficiência.

A aprovação da Convenção data de 2008, mas o tema atinente ao regramento jurídico aplicável à pessoa com deficiência ganhou maior expressão, no Brasil, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente pelas alterações legislativas provocadas no tocante à teoria das incapacidades. Isso porque a alteração de dispositivos do Código Civil (LGL\2002\400) e demais diplomas normativos atingiu os aspectos patrimoniais e existenciais relativos à pessoa com deficiência.

Por consequência, desde janeiro de 2016, não mais se encontram referências às pessoas com deficiência no rol de incapacidades do Código Civil (LGL\2002\400), fato que permite a interpretação de que, com base na literalidade da lei, as pessoas com deficiência são consideradas capazes para todos os atos da vida civil. De igual modo, as regras existentes sobre a curatela foram alteradas, sendo incluído o instituto da *Tomada de Decisão Apoiada* no art. 1.783-A do Código Civil (LGL\2002\400).

Com o objetivo de conceder autonomia às pessoas com deficiência, o Estatuto gerou, também, problemas jurídicos, motivo pelo qual se torna relevante a análise de seus impactos, especialmente no tocante à compreensão da validade dos atos, por elas, praticados.

A partir dessas questões será realizado, em um primeiro momento, um panorama geral das incapacidades. Na segunda parte, serão retratadas as mudanças essenciais no Código Civil (LGL\2002\400), para, posteriormente, nos últimos tópicos, avaliar, a partir das alterações promovidas pelo Estatuto, a exteriorização de vontade das pessoas com deficiência, sob a ótica da tripartição dos planos do fato jurídico.

1. Reflexões teóricas sobre a incapacidade no Direito Civil

O instituto da capacidade previsto no Código Civil (LGL\2002\400) vem sendo trabalhado pela civilística a partir de seu detalhamento em dois conceitos, o de *capacidade de direito* e o de *capacidade de fato*.

A capacidade de direito, em síntese, decorre do postulado jusnaturalista estampado no art. 1º, do Código Civil (LGL\2002\400), que dispõe que toda pessoa é digna de direitos e deveres na ordem civil. Essa capacidade resultaria, então, em “uma abstrata aptidão para a titularidade de direitos e obrigações em sentido amplo”¹. Trata-se, portanto, de conceito intimamente ligado ao de personalidade, mas que com este não se iguala.

A capacidade de fato, por sua vez, depende da ordem jurídica, e disciplina se o titular do direito pode exercê-lo, autonomamente, sem que, para a validade de seus atos, requeira a representação ou a assistência de outro sujeito dotado dessa capacidade. Por essa razão também é denominada de capacidade de exercício².

A capacidade de direito é, portanto, anterior à capacidade de fato, sendo aquela conferida, em geral, em sua integralidade a todos os sujeitos de direito, enquanto a segunda dependeria de graduações estabelecidas em lei com base no grau de discernimento das pessoas, para o exercício de seus direitos. Diferentemente do que era proposto no Esboço de Teixeira de Freitas³, no sistema adotado pelo Código Civil (LGL\2002\400), não há, portanto, que se falar em *incapacidade de direito*, mas apenas em incapacidades de fato.

Marcos Bernardes de Mello, não se limitando à conceituação bipartida supramencionada, analisa a capacidade no plano da eficácia dos fatos jurídicos. Em sua leitura do sistema de capacidades, aduz que, ao lado da *capacidade jurídica*, existiriam inúmeras *capacidades específicas*⁴.

Reputa a capacidade jurídica e as capacidades específicas como situações jurídicas unissubjetivas, pela referibilidade a apenas uma esfera jurídica⁵. Enquanto a capacidade jurídica atribui uma *qualidade individual* a alguém, as capacidades específicas conferem uma *qualificação individual*, ligada a um estado de fato. Nesse sentido:

“A capacidade jurídica e todas as demais capacidades específicas, que lhe são instrumentais [...], também se individualizam no sujeito a que se referem e, em essência, são apenas pressupostos para que seu titular possa inserir-se, como sujeito, em relação jurídica (= capacidade jurídica), possa adquirir ou exercer direitos ou, simplesmente, praticar condutas idôneas a compor suportes fáticos e conducentes a gerar relações jurídicas (= capacidades específicas).”⁶

Para Bernardes de Mello, a capacidade jurídica é pressuposta da aquisição e titularidade de direitos, enquanto as capacidades específicas seriam pressupostos para o exercício desses direitos. Logo, a capacidade jurídica é anterior e necessária para que haja capacidades específicas, e essas são instrumentos daquela. Por consequência, a falta de capacidade jurídica implicaria a inexistência do fato jurídico, e da ausência de capacidade específica decorreria sua invalidade⁷.

Considerando a existência de inúmeras capacidades específicas, a interpretação do sistema de capacidades proposta por Bernardes de Mello, aqui adotada, permite concluir que os artigos que disciplinam a incapacidade no Código Civil (LGL\2002\400) (arts. 3º e 4º) têm alcance limitado. O Código Civil (LGL\2002\400) mitiga, nos referidos dispositivos, determinadas e exclusivas capacidades específicas: a capacidade negocial e a capacidade de praticar atos *stricto sensu*⁸.

Isso porque os atos jurídicos *lato sensu*⁹ – gênero que engloba os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos – consideram a vontade consciente como elemento nuclear do suporte fático¹⁰⁻¹¹.

Por esse viés, permite-se compreender que, erroneamente, o uso do termo *incapaz* (de fato ou exercício) é, muitas vezes, interpretado como impossibilidade de exercício de todo e qualquer direito. Rodrigo Xavier Leonardo, detectando esse equívoco, questiona como um incapaz poderia se responsabilizar subsidiariamente na hipótese do art. 928, do Código Civil (LGL\2002\400), se seria, justamente, *incapaz*¹².

Ou, ainda, como se poderia explicar que as pessoas físicas tenham capacidade específica ilimitada para a prática de atos fatos jurídicos, tendo em vista que não se exige capacidade de exercício para sua origem¹³, a exemplo dos chamados atos existenciais¹⁴. Expõe Rodrigo Xavier Leonardo:

“Como o *incapaz* pode ser capaz de responder por atos ilícitos civis em sentido amplo? Como o *incapaz* pode ser capaz de votar? Como o *incapaz* pode ser capaz para ser titular de direitos autorais de suas obras? [...] Existem diferentes capacidades específicas. Aquele que, em geral, é chamado pela doutrina de ‘incapaz’ é destituído, apenas e tão-somente, das capacidades específicas para a prática de negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito.”¹⁵

Por outro lado, há quem defina a capacidade de exercício como aquela que possibilita apenas a prática de atos relacionados a direitos patrimoniais¹⁶. É preciso, contudo, considerar a existência de negócios jurídicos e de atos jurídicos *stricto sensu* de caráter extrapatrimoniais¹⁷, a exemplo da adoção e do reconhecimento de filiação, respectivamente. Mais, deve-se lembrar que inúmeros atos civis possuem natureza patrimonial e existencial, não se podendo ignorar as incidências de uma esfera sobre a outra.

É evidente que, em geral, a incapacidade não atinge os direitos ligados à personalidade, a exemplo do nome e da identidade pessoal¹⁸. Desse modo, ressalta-se, em consonância ao que foi anteriormente afirmado, que as incapacidades dos arts. 3º e 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), jamais poderiam dizer respeito a todos os direitos existentes.

Todavia, repita-se, não é possível excluir da incidência do sistema de incapacidades todos os atos de natureza, *a priori*, não patrimoniais. O fato de a maioria dos fatos jurídicos volitivos serem patrimoniais não pode ser tomado como critério absoluto para o exame dessa matéria.

E, justamente por envolver restrição à prática de direitos titularizados, salienta-se que as incapacidades não são regra, mas, sim, exceção do ordenamento. A leitura é, necessariamente, restritiva e, por essa razão, “qualquer situação que não se enquadre em um dos tipos legais não pode ser considerada como impediente da plena capacidade de exercício”.¹⁹

Feita a delimitação do alcance da incapacidade aos atos jurídicos *lato sensu*, pela importância da exteriorização de vontade consciente em seu suporte fático, é preciso analisar, a este momento, como este instituto se relaciona com a pessoa com deficiência no Código Civil (LGL\2002\400).

2.A pessoa com deficiência, o sistema das incapacidades e o Código Civil

As incapacidades, no Código Civil de 1916, estavam estruturadas nos arts. 5º e 6º, e disciplinavam que as pessoas inscritas nesses dispositivos eram titulares de direitos, mas não poderiam exercê-los, autonomamente, de modo absoluto ou relativo, respectivamente. Por essa razão, Clovis Bevilacqua pontuou que as incapacidades “são de facto e não de direito”²⁰. Desde o Código Civil de 1916, portanto, há a clássica gradação das incapacidades a ser conferida a aqueles que não poderiam pessoalmente praticar determinados atos jurídicos de maneira válida.

No Código Civil de 1916, eram absolutamente incapazes, segundo o art. 5º, entre outros²¹, os surdos-mudos que não pudessem exprimir vontade, e os *loucos de todo o gênero*²². Nesse Código,

inexistia a previsão de incapacidade relativa (art. 6º) relacionada à pessoa com deficiência²³.

Percebe-se que havia, à época, uma grande preocupação na busca da melhor definição *médica* da hipótese normativa, que deveria abranger o maior número de doenças consideradas incapacitantes. Raimundo Nina Rodrigues, em nota crítica, reflete que o termo *loucos de todo o gênero* é conceito insuficiente, pois não abarcaria, por exemplo, os casos de invalidez mental congênita²⁴.

Por sua vez, Bevilaqua, em comentário à expressão *loucos de todo o gênero*, reflete que a incapacidade era determinada pelos casos de insanidade mental, permanente ou duradoura, que levassem a um grave desarranjo das faculdades mentais, e que, portanto, atingissem a inteligência, a emotividade ou o querer²⁵. Compreendia-se, desse modo, que os *loucos* eram pessoas sem a possibilidade de se autorregar, e que poderiam perturbar a vida social²⁶.

Ainda em análise da questão atinente aos *loucos*, Bevilaqua ressalva que, “se a alteração das faculdades mentais não é grave, embora duradoura, e permite ao paciente reger a sua pessoa e os seus bens, não há necessidade nem conveniência de feri-lo com a incapacidade absoluta”²⁷. Todavia, em que pese essa observação, percebe-se que a hipótese normativa do Código Civil de 1916 é a locução *loucos de todo o gênero*, e não *loucos de todo o gênero sem discernimento*. Esse fato leva a crer que, pela letra da lei, a causa da incapacidade era a circunstância da insanidade mental²⁸, e não os níveis de entendimento do agente. Tampouco existia no Código Civil de 1916, conforme mencionado, hipótese de incapacidade relativa com causa semelhante.

Especificamente em relação à hipótese da surdo-mudez, Clovis Bevilaqua explica que o surdo-mudo que consegue exprimir sua vontade de modo satisfatório “possui uma inteligência normal, capaz de discernimento e de adaptação ao meio social”²⁹.

Desse modo, a partir da interpretação do dispositivo legal relativo à surdo-mudez, pode-se perceber no Código Civil de 1916, de um lado, uma preocupação com a possibilidade, ou não, de manifestação de vontade – núcleo dos atos e negócios jurídicos privados. E, de outro, a necessidade de avaliação dos diferentes casos de deficiência: o surdo-mudo com *inteligência normal* não seria incapaz.

Naquele Código, também, inexistia previsão de incapacidade para as causas transitórias, como viria a ocorrer no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 manteve a noção de *incapacidade de fato* inserida no Código anterior. Na redação original do art. 3º, do Código de 2002, eram absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

O art. 4º, do Código Civil (LGL\2002\400)³⁰, antes da publicação do Estatuto, dispunha que eram relativamente incapazes aqueles que, por deficiência mental, tinham o discernimento reduzido, bem como “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

Verifica-se, então, que a causa da incapacidade absoluta e relativa resultava do grau de discernimento do sujeito. Quando a falta de discernimento fosse extremamente pronunciada, seria caso de incapacidade absoluta. Quando houvesse discernimento reduzido, de incapacidade relativa. Por sua vez, não haveria incapacidade se existisse discernimento.

Inseriu-se a causa transitória no art. 3º, III, do Código de 2002, repetindo-se a ideia de que aquele que não consegue exprimir vontade seria considerado absolutamente incapaz. Positivou-se, assim, a possibilidade de reconhecimento da incapacidade mesmo que inexistente um processo de interdição ou curatela³¹. Ainda, foi extinta a previsão referente à surdo-mudez para dar lugar à hipótese mais ampla dos excepcionais, conforme art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400)³². Torna-se evidente que o Código estrutura todo o seu sistema em torno da ideia de racionalidade jurídica a ser exercida pelo sujeito de direito.

De uma maneira geral, percebe-se uma semelhança na estruturação do sistema de incapacidades do Código Civil de 1916 e o de 2002, tendo em vista que em ambos há a segmentação das incapacidades de uma maneira absoluta ou relativa. Há de se pontuar, contudo, duas mudanças essenciais.

Primeiramente, a partir do Código Civil de 2002, além do avanço terminológico, é positivado o critério do discernimento como causa da incapacidade, quando tratadas as pessoas com deficiência. Diferentemente da hipótese anterior dos *loucos de todo o gênero*, pelo Código Civil de 2002, há expressa menção às pessoas com deficiência com falta de discernimento (art. 3º, II, do Código Civil (LGL\2002\400)) ou com discernimento reduzido (art. 4º, II, do Código Civil (LGL\2002\400)). Há, portanto, uma desvinculação da incapacidade à deficiência e a percepção de que existem deficiências que não obstam o discernimento, ao menos em sua totalidade.

De outro lado, cabe destacar que, diferentemente do Código Civil de 1916, que previa apenas a hipótese de incapacidade absoluta para as pessoas com deficiência, o Código de 2002 trouxe a possibilidade de gradação de incapacidades, em atenção a critérios médicos³³.

Desse modo, a pessoa com deficiência, a partir do Código de 2002, poderia ser absoluta ou relativamente incapaz, a depender do grau de discernimento³⁴, isto é, do grau de compreensão dos efeitos advindos dos atos volitivos.

Até a entrada em vigor do Estatuto, a incapacidade era, portanto, desde o Código Civil de 2002, medida a partir do grau de discernimento e de autodeterminação do indivíduo.

3.O Estatuto da Pessoa com Deficiência: a opção pela autonomia

O Estatuto, regulamentando a Convenção de Nova Iorque³⁵, define, em seu art. 2º, sem maiores especificidades, a pessoa com deficiência como:

“[...] 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.”

Percebe-se, então, a preocupação do Estatuto, fundada nos pressupostos da Convenção em definir a pessoa com deficiência, a partir de sua participação em igualdade de condições perante a sociedade, inaugurando o chamado *modelo social* de deficiência. Há o objetivo de abandono de parâmetros eminentemente médicos, como aqueles inseridos no Código Civil de 1916 e no de 2002, para a observância de critérios que priorizem a interação da pessoa com deficiência socialmente³⁶.

A partir dessas premissas e com fundamento nos arts. 6º³⁷ e 84³⁸, do Estatuto e no art. 12.2, da Convenção³⁹, os arts. 3º e 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), foram alterados, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

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

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

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

Conforme se verifica, a partir dessas mudanças, inexistente qualquer referência aos níveis ou constância de discernimento causada por deficiência ou enfermidade como causa de incapacidade. Dessa forma, numa interpretação literal da nova norma, as pessoas com deficiência são plenamente capazes de praticar os atos jurídicos *lato sensu*, não sendo possível, a princípio, sua inserção no rol de incapacidades, pois dotadas de *capacidade legal*.

O Estatuto transferiu a previsão do antigo art. 3º, III, do Código Civil de 2002, para o atual art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), no que tange à causa transitória que impeça a pessoa de se manifestar, acrescentando-se, ainda, a causa *permanente* de impossibilidade de expressão. Essa transposição, sem mediações, implica na afirmação de que uma pessoa em coma, antes

absolutamente incapaz, será considerada relativamente incapaz pelo corrente regramento.

Paralelamente, subsiste como única hipótese de incapacidade absoluta os menores de 16 anos.

De maneira semelhante, foram retiradas as hipóteses que faziam referência à pessoa com deficiência para a sujeição à curatela, no art. 1.767, do Código Civil (LGL\2002\400), restando apenas, ao lado dos ébrios, viciados em tóxicos, e pródigos, “aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade”. Isto é, persiste a antiga hipótese do art. 3º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), que se assemelha ao atual art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400).

Excepcionalmente, o Estatuto previu nos seus arts. 84 e 85 uma curatela temporária e sob medida, a ser instaurada quando necessária, e que deverá apenas atingir os atos de natureza negocial e patrimonial. Pela interpretação do Estatuto, a curatela não tem o condão de retirar a capacidade da pessoa com deficiência, o que permite concluir que essa curatela, a princípio, não teria relação com as hipóteses do art. 1.767, do Código Civil (LGL\2002\400). Seria, então, curatela de pessoa capaz.

Há de se reconhecer, por um lado, o avanço realizado no instituto da curatela, pois, nos moldes propostos pelo Estatuto, haverá a necessidade de o Poder Judiciário dar maior atenção a cada modalidade de deficiência, delimitando na sentença os contornos adequados para o ato do curador, especialmente por se tratar de instituto temporário. Por outro lado, justamente por ser medida temporária, os casos mais graves dependerão de reiteradas renovações do processo judicial⁴⁰.

Destaca-se que a delimitação da curatela para a prática de atos patrimoniais demonstra o esforço legislativo para dar maior autonomia às pessoas com deficiência, embora seja incompatível com todos os casos de deficiência, dadas as peculiaridades das situações existentes.

Essa demarcação se deu pela compreensão de que o tratamento de questões existenciais atinentes ao sujeito deveria ter menos rigor do que aquele dado aos aspectos patrimoniais, não obstante a rápida relativização feita pelos Tribunais em casos considerados mais graves⁴¹. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no dia 05 de março de 2018, por exemplo, deu procedência ao pedido de laqueadura tubária formulado, em sede de Apelação Cível, por um pai em relação a sua filha, pessoa com deficiência.

A decisão entendeu pela impossibilidade da Apelada de “se autodeterminar, de compreender os aspectos relativos à maternidade, à experiência de concepção e, quando menos, da prática de atos relacionados a uma vida sexual normal”, contrariando, portanto, disposição expressa do Estatuto que garante à pessoa com deficiência a vedação de esterilização compulsória (art. 6º, IV, do Estatuto)⁴².

O Estatuto, também em obediência ao art. 12.3 da Convenção⁴³, objetivou a troca do modelo de substituição de decisão, como ocorria na curatela, por uma rede de apoio, a qual incumbiria o auxílio na tomada de decisões em consonância com a vontade da pessoa com deficiência, quando precisar e quiser. No apoio, é a pessoa com deficiência que manifesta vontade, e não o apoiador. Justamente em decorrência deste fato é que a curatela figura como medida extraordinária⁴⁴.

Foi prevista, para tanto, no art. 1.783-A, a Tomada de Decisão Apoiada⁴⁵. Esse apoio é instaurado judicialmente, devendo a pessoa com deficiência escolher duas pessoas idôneas, de confiança, e com quem guarde vínculo. Os apoiadores darão suporte à tomada de decisão, com auxílio por meio de informações e esclarecimentos, para que, ao final, o apoiado se manifeste de maneira segura.

Conforme se vê, é um apoio requisitado pela própria pessoa com deficiência e que deverá circunscrever determinados atos, com prazo determinado, conforme dispõe o art. 1.783-A, § 1º, do Código Civil (LGL\2002\400). Tanto a curatela temporária, quanto o apoio, tomam como premissa que as variadas deficiências proporcionam em alguns momentos maior discernimento e, em outros, menor⁴⁶, podendo a pessoa com deficiência, de maneira autônoma, decidir a modalidade mais adequada de suporte⁴⁷.

Observadas as principais alterações propostas pelo Estatuto atinentes ao tema das incapacidades, pondera-se que houve uma reviravolta no que se entendia por incapacidade e sua relação com a falta de discernimento. A redação atual das incapacidades parece ter afastado esse critério. Sob o pretexto de atender às normas da Convenção, transformou, profundamente, o sistema anterior, em sua essência, sem que houvesse balizas suficientes para amparar esse novo regramento – questiona-se, por exemplo, a situação das interdições anteriores ao Estatuto, tendo

em vista a inexistência de regra de transição⁴⁸.

Com o anseio de dar plena autonomia e protagonismo às pessoas com deficiência, parece ter havido certo descuido por parte do legislador, que se desvinculou, de certa forma, de uma visão sistêmica das incapacidades. Evidencia-se que muitas interpretações da necessidade das alterações do Estatuto foram ligadas à ideia de que a pessoa com deficiência não teria direito à prática de qualquer ato jurídico, relacionando-se a incapacidade a uma opção legislativa que tornava a vida da pessoa com deficiência indigna. Todavia, “[...] creditar a grave discriminação social dirigida contra essas pessoas à designação jurídica que lhes era conferida consiste em injustificável simplificação do problema”⁴⁹.

Nessa mesma linha de equívocos, cite-se a errônea afirmação constante nos trâmites finais do Projeto de Lei do Estatuto, inscrita no parecer da Comissão de Direito Humanos e Legislação Participativa, de que a incapacidade estava relacionada à *deficiência*, e não ao grau de discernimento da pessoa com deficiência⁵⁰.

Outra questão a ser levantada é o conflito normativo entre o Código de Processo Civil com vigência em março de 2016, disciplinando a interdição (Seção IX), e o Estatuto, com vigência em janeiro do mesmo ano. Resta, por exemplo, no art. 748, do Código de Processo Civil, a legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da ação de interdição *nos casos de doença mental grave*.

Inexistindo resposta legislativa para o problema e, ainda persistindo dúvidas acerca da plena aplicabilidade do Estatuto, os Tribunais têm reconhecido a possibilidade da interdição, adaptando as normas ao caso concreto⁵¹.

A partir dessas considerações, depreende-se que o Estatuto, em razão das premissas da Convenção, abandona um modelo que despreza a vontade da pessoa com deficiência para o surgimento de um outro que centraliza, simplifica e a valoriza.

O Direito por seu caráter generalizante para poder operar as relações jurídicas com maior facilidade, não consegue captar os nuances de deficiências nem abarcar todas as diferentes situações fáticas que terá de lidar.

As incapacidades envolvem, de certo modo, uma arbitrariedade do legislador, tendo em vista que, por razões de política legislativa, determinam-se grupos que não poderão praticar atos jurídicos de maneira válida⁵². O tema é bastante sensível, pois o discurso da proteção pode ser instrumentalizado, bastando lembrar que as mulheres casadas já foram consideradas relativamente incapazes no regime do Código Civil de 1916.

Contudo, parece que o Estatuto desregulou a balança entre autonomia e proteção, porque desconsidera os diversos graus de deficiência para escolher a via única da capacidade.

Não há dúvidas de que as grandes críticas feitas quase que exclusivamente ao Estatuto na realidade deveriam ser dirigidas à Convenção. A Convenção foi, de fato, o diploma que efetivamente operou uma modificação de paradigmas, a partir do intuito de elevar o nível de participação da pessoa com deficiência na formulação e balizamento de políticas públicas.

O que se afirma é que o Estatuto poderia ter encontrado maneiras de conciliar o modelo da Convenção ao Código Civil (LGL\2002\400), sem que com isso abandonasse, por completo, a teoria das incapacidades, especialmente tendo em vista os casos mais gravosos de deficiência. Não haveria a necessidade de tolher, de maneira absoluta, a possibilidade de inserção das pessoas com deficiência, com falta de discernimento, nas hipóteses das incapacidades, como feito.

Todas essas questões refletem sobre o papel preponderante que a vontade ocupa na formulação dos atos e negócios jurídicos. Por isso, é necessário aprofundar esse tema para a melhor compreensão da situação jurídica das pessoas com deficiência.

4.A vontade e suas qualificações no plano da existência e da validade

A incapacidade prevista no Código Civil (LGL\2002\400) atinge os atos cujo suporte fático exige uma exteriorização de vontade consciente, os chamados atos jurídicos *lato sensu*. Por essa razão, no modelo anterior ao Estatuto, o representante ou o assistente substituía ou complementava a vontade

do representado ou assistido, a fim de compor o suporte fático do fato jurídico a ser realizado.

Ocorre que, com as mudanças trazidas pelo Estatuto, não mais se vislumbra a possibilidade de substituição de vontade e sua manifestação, com exceção das hipóteses restritas de curatela, conforme requer o art. 85, do Estatuto – isto é, para aspectos patrimoniais e negociais.

Por essa razão, os atos jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência, com maior ou menor discernimento, terão em seu suporte fático, a princípio, uma exteriorização de vontade realizada por elas, justamente por sua capacidade plena perante o ordenamento jurídico. Importante, pois, que se analise mais profundamente a relevância da vontade e suas implicações no modelo jurídico instaurado pelo Estatuto.

Acerca do papel da vontade na formulação dos negócios jurídicos, em análise do plano da existência dos atos jurídicos *lato sensu*, Marcos Bernardes de Mello observa que esses fatos jurídicos contêm como cerne do suporte fático uma exteriorização de vontade *consciente*. E, para que haja a observância do critério da consciência, torna-se necessária a concomitância da *vontade em si mesma* (conteúdo da vontade exteriorizada) e da *vontade de declarar ou manifestar*⁵³.

Nesse sentido, em relação à *vontade de conteúdo*, torna-se imprescindível ao agente exteriorizar a vontade tendo conhecimento de que a exteriorização tem aquele sentido próprio, isso porque pode ocorrer que o manifestado não coincida “com o que realmente acontece no espírito daquele que está a realizar a conduta”⁵⁴⁻⁵⁵. Segundo Bernardes de Mello, essas situações são comuns, especialmente quando se trata de *manifestação* de vontade, e não de *declaração*⁵⁶. No que tange à *vontade de declarar ou manifestar*, denota-se a importância do agente saber as circunstâncias que envolvem a exteriorização de vontade.

Antônio Junqueira de Azevedo, por outro lado, entende que a vontade, em si, não é elemento do negócio jurídico, tendo em vista que sua existência apenas decorre da *declaração* de vontade⁵⁷. A declaração resulta de um processo volitivo do indivíduo, mas que, ao final, absorve a vontade interna⁵⁸. É, portanto, da declaração de vontade que surgem os efeitos no mundo jurídico⁵⁹. Junqueira de Azevedo considera que a vontade, em si considerada, ainda que não componha o plano da existência, poderá influenciar, posteriormente, na validade e eficácia⁶⁰ do fato jurídico quando, justamente, a declaração não for resultado do referido processo volitivo, caso no qual haverá uma dissonância entre a vontade declarada e a vontade interna⁶¹.

Percebe-se, então, que, na primeira perspectiva, a vontade é um dos elementos do suporte fático e, portanto, do plano da existência, e, na segunda, seu papel recai sobre os demais planos do fato jurídico. Por qualquer das vias, indubitável, pois, a necessidade de análise da vontade.

Paralelamente e de maneira complementar, Vicente Ráo teorizou que a vontade seria formada por três elementos volitivos: a) a vontade consciente de se conseguir o que se conhece (autodeterminação); b) a vontade de declarar; e c) a vontade de conteúdo⁶². Inexistindo algum desses elementos, haverá *vício* na formação da vontade⁶³. Nesse sentido, afirma Vicente Ráo:

“É longo o *iter* constitutivo da vontade jurídica atuante. Antes de formar e pôr em ação a sua vontade, o agente procura conhecer o bem de que precisa, ou deseja, pois ‘nihil volitum nisi praecognitum’. É o conhecimento consciente do bem que atrai a vontade. Conhecido o bem, e eleito o agente, a seguir, quer declarar a sua vontade e efetivamente a declara, realizando o ato jurídico destinado a lhe proporcionar, por seus resultados práticos tutelados pelo direito, o bem que pretende e assim procura alcançar. Mas, o conteúdo da declaração deve corresponder à vontade e à vontade de declaração do agente; é preciso, pois, que este possua a vontade do conteúdo do ato.”⁶⁴

Compreende-se, assim, que, apenas a exteriorização de vontade é captada pelo Direito e não a vontade em si. Essa exteriorização, contudo, é qualificada como consciente. A completa inconsciência da exteriorização implica na inexistência da vontade e, portanto, do ato jurídico *lato sensu*, eis não haver suficiência de seu suporte fático⁶⁵. Por essa razão, fala-se em exteriorização (declaração ou manifestação) de vontade *consciente*, e não em mera exteriorização.

A partir dessas reflexões teóricas, perceptível a possibilidade de conflitos no momento genético de formulação da vontade, com a aferição de incongruências entre o conteúdo querido e o conteúdo manifestado. O momento da declaração, de igual modo, não está imune de obstáculos, tanto num aspecto interno – pela vontade de declarar –, quanto no seu aspecto externo, quando o agente tem

dificuldade na expressão de sua vontade, seja por manifestação ou declaração⁶⁶.

Analisada a questão da consciência da vontade no plano da existência, cabe dizer que também tem influência na validade dos atos jurídicos *lato sensu*. Conforme interpretação dada por Antônio Junqueira de Azevedo, mesmo que a vontade não componha o ato jurídico, poderá influenciar sua validade⁶⁷.

Ainda que o art. 104, do Código Civil (LGL\2002\400)⁶⁸, relacione a validade dos negócios jurídicos a um *agente capaz*, um *objeto lícito, possível, determinado ou determinável*, e uma *forma prescrita ou não defesa em lei*, cabe dizer que os pressupostos de validade também abrangem a avaliação da manifestação de vontade.

Por essa razão, Bernardes de Mello classifica os pressupostos de validade em três segmentos, quais sejam: quanto ao sujeito, quanto ao objeto e à forma da exteriorização da vontade. A categoria relativa ao *sujeito* trata do problema da manifestação da vontade, objetivando preservá-la no tocante à sua consciência e autenticidade. Possui teor protetivo das pessoas e de seus patrimônios⁶⁹. Conclui que para que se ateste a plena consciência da exteriorização de vontade seriam necessárias a *capacidade de exercício* e a *perfeita manifestação de vontade*⁷⁰.

No que tange ao primeiro aspecto, conforme salientado, a partir das mudanças do Estatuto, não mais é possível arguir incapacidade em relação às pessoas com deficiência com falta de discernimento para determinar a invalidade dos seus atos. Foi conferida plena capacidade de exercício a essas pessoas, ao passo que tentar arguir uma invalidade por incapacidade seria *contra legem*, ferindo norma taxativa, de caráter excepcional e de ordem pública.

Portanto, resta analisar os contornos da perfeita manifestação de vontade, em específico, pois é requisito para que haja a concretização dos pressupostos subjetivos no plano da validade, no que tange ao sujeito, devendo, para tanto, ser íntegra e hígida⁷¹.

A análise dessa perfeição se dá, em regra, a partir da inexistência de defeitos invalidantes, disciplinados nos Capítulos IV e V do Código Civil (LGL\2002\400). Em suma, para que haja uma perfeita manifestação de vontade, não deverá existir quaisquer dos vícios de consentimento existentes no ordenamento, quais sejam: erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão. Por força do art. 178, I e II, do Código Civil (LGL\2002\400), todos esses defeitos podem levar à anulação do ato jurídico. Além disso, a simulação, enquanto vício social, se verificada, causa nulidade do ato, conforme art. 167 do Código Civil (LGL\2002\400).

Compreende-se, assim, a necessidade de aferição de uma exteriorização de vontade consciente para que se forme o ato jurídico *lato sensu* e, de maneira subsequente, a perfeição dessa exteriorização no plano da validade a partir da inobservância dos defeitos do negócio jurídico.

5.A pessoa com deficiência e a formulação da vontade

A partir das teorizações expostas, torna-se possível dimensionar como compatibilizá-las às mudanças do Estatuto. Num primeiro momento, é preciso reconhecer que, a princípio, existindo manifestação de vontade consciente por parte das pessoas com deficiência, seus atos jurídicos serão considerados válidos, por decorrência sistêmica: as pessoas com deficiência são capazes.

Mariana Alves Lara destaca que o Estatuto parece ter alterado o critério de “discernimento/qualidade da vontade” para a possibilidade ou não de *expressão* da vontade. Por essa escolha: “Agora, se o sujeito é capaz de exprimir qualquer vontade, ainda que não tenha pleno entendimento sobre o que está manifestando, será considerado plenamente capaz e seus atos serão válidos”⁷².

O que se percebe é que o critério da *consciência*, enquanto qualificador da exteriorização de vontade, nem sempre é avaliado pelo Direito, bastando, sob essa ótica, que haja uma *exteriorização de vontade* para que se repute o ato como existente e, até mesmo, válido. Isso decorre, de certo modo, da inconsistência do Código Civil (LGL\2002\400) que prevê que a impossibilidade de *expressar vontade* acarreta invalidade do ato jurídico, quando deveria evidenciar sua inexistência⁷³. Desse modo, a um só tempo, se a pessoa exterioriza vontade, concede-se existência e validade ao ato.

Ocorre que essa análise, a partir do Estatuto, deveria ser mais atenta. A capacidade de fato

(entendida aqui como a capacidade para prática de atos jurídicos *lato sensu*) pressupõe o discernimento⁷⁴, e, também por essa razão, é comum dizer que os atos praticados pelo capaz são, em regra, válidos. “Parte-se do pressuposto de que são pessoas dotadas de total cognição e discernimento para a prática de atos negociais, refletindo alto grau de qualidade em suas manifestações de vontade”⁷⁵. Tanto é que, no sistema anterior ao Estatuto, as pessoas com deficiência *que não tinham discernimento* eram juridicamente qualificadas como incapazes.

Dada a plena capacidade conferida às pessoas com deficiência, pela lógica do sistema jurídico, seria necessário afirmar que essas pessoas têm pleno discernimento para a prática de seus atos – constatação irreal.

Ainda que a discussão sobre o discernimento tenha se esvaziado do tema da incapacidade – ao menos agora –, a mesma afirmação não pode ser feita em relação à avaliação da exteriorização de vontade. A noção de discernimento relaciona-se a um agir consciente, a um agir sabendo os efeitos dos atos praticados. Percebe-se que discernimento, vontade e consciência são conceitos interligados⁷⁶.

Nesse sentido, verifica-se, de um lado, que para que a vontade seja *consciente* torna-se necessário o entendimento sobre o conteúdo do querer. De outro lado, deve ser observada uma vontade na própria declaração ou manifestação. Uma pessoa com dificuldades de discernimento pode não conseguir compor esses elementos da vontade, ainda que haja a possibilidade de sua exteriorização. Um sujeito pode, por exemplo, não ter a consciência de que está realizando contrato de compra e venda de determinado objeto, apesar de conseguir comunicar, por meio da fala e de gestos, essa intenção, e, ainda, firmar um contrato escrito.

É por isso que, a rigor, inexistindo consciência, os atos jurídicos deverão ser reputados como inexistentes, por faltar completude do suporte fático⁷⁷. Havendo a mínima consciência, por sua vez, imperativo que se reconheça a existência desses atos jurídicos, restado eventual análise ao plano da validade. Nesse sentido,

“[...] para evitar graves distorções e evidentes injustiças, temos de invocar a teoria da inexistência, e privar de qualquer efeito negócios jurídicos cuja vontade foi extorquida e nem mesmo manifestada conscientemente.”⁷⁸

Desse modo, a opção pelo critério de uma simples *expressão* de vontade parece não ser adequada à realidade das pessoas com deficiência, sendo possível que se pense na possibilidade de se socorrer à teoria da *inexistência*. Além de juridicamente viável, acaba por minorar os obstáculos criados pelo Estatuto, ainda que traga à tona um excessivo casuísmo.

Para além da questão da inconsciência, também é preciso refletir sobre as situações fáticas vivenciadas pelas pessoas com deficiência que as impedem de efetivamente exteriorizar vontade. Não se trata, nessa hipótese, da análise da consciência em si, mas da possibilidade de manifestação ou declaração.

Pode-se imaginar que um sujeito formule a vontade conscientemente, conseguindo, até mesmo, exteriorizá-la pela manifestação. Todavia, se o ato jurídico não dispensar uma *declaração*, haveria a possibilidade dessa pessoa não estar apta a se expressar. Deste modo, sequer o suporte fático poderia ser preenchido, pela inexistência da exteriorização de vontade⁷⁹.

Há grande parte da doutrina⁸⁰ e, em especial, da jurisprudência⁸¹, que considera plausível que, nas hipóteses de dificuldade de exteriorização, bem como nos casos mais graves de deficiência, haja a incidência do atual art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), que dispõe que são relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Percebe-se um movimento doutrinário e jurisprudencial para mitigar, de certo modo, a capacidade plena conferida pela nova legislação, sendo possível, por esse viés, cogitar a incapacidade relativa das pessoas com deficiência.

Essa interpretação, apesar de, em certa medida, ajudar a resolver os problemas encarados pelo Judiciário, também contém inconsistências lógicas. Isso porque esse dispositivo foi recepcionado pelo Código Civil (LGL\2002\400) tendo em vista as situações nas quais sem um processo de interdição e, em decorrência de alguma situação excepcional, a pessoa estivesse incapacitada de expressar vontade, a exemplo da pessoa em coma⁸².

A inclinação jurisprudencial e doutrinária parece advir do fato de que o art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), seria a única hipótese aplicável às pessoas com deficiência no tocante à incapacidade, ainda que esse posicionamento não guarde consenso⁸³. Essa interpretação possivelmente se deu em decorrência da inserção do termo *permanente* na hipótese normativa do dispositivo mencionado⁸⁴.

Denota-se, ainda, que a decisão do Estatuto em retirar a hipótese dos absolutamente incapazes para sua entrada no rol dos relativamente incapazes é incoerente⁸⁵, pois ainda que se admita a possibilidade de encaixar as pessoas com deficiência na hipótese do art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), o ordenamento prevê a assistência para o assentimento de seus atos jurídicos, e não a representação, ainda que seja evidente que é este o remédio jurídico adequado⁸⁶.

Além disso, verifica-se que a incapacidade relativa apenas possibilita a anulação do ato jurídico (art. 171, I, do Código Civil (LGL\2002\400)), e não mais a declaração de nulidade, fato que também evidencia uma inconsistência sistêmica, pois uma pessoa que sequer exprime vontade terá prazo para anular seus atos.

É preciso enfrentar, ainda, que para todos os casos de deficiência pode-se discutir a possibilidade de curatela ou apoio. Parece evidente que os atos praticados com o apoio ou pela curatela poderão trazer mais segurança à pessoa com deficiência, quando observados.

Ocorre que, mais uma vez, ambos os institutos demonstram que o Estatuto aplicou uma generalização excessiva ao reformular essas medidas de suporte, desprezando a concomitância dos diferentes casos de deficiência. A curatela, pela redação do Estatuto, poderá ser medida insuficiente, tanto por seu caráter excepcional/temporário, quanto por sua delimitação aos aspectos patrimoniais e negociais. Se, de um lado, é mais bem formulada, por precisar se moldar a cada caso específico de deficiência, por outro, mostra-se incompleta para uma pessoa com grave déficit cognitivo que precisa de um curador para todos seus atos, de maneira continuada.

Seria possível argumentar, ainda, a possibilidade de a pessoa com deficiência, com dificuldades de decisão, socorrer-se da figura do *apoio*, tendo em vista sua eventual impossibilidade de externar vontade consciente. Essa solução, ainda que se encaixe no modelo social proposto pela Convenção e pelo Estatuto, acaba tendo menos aplicabilidade do que o desejável, pela insuficiência de seu regramento no ordenamento jurídico e, especialmente, por seu caráter facultativo, conforme determina o art. 84, § 2º, do Estatuto, ficando a critério da pessoa com deficiência sua instauração ou não, não havendo, até o momento, decisões e pronunciamentos que demonstrem como o Poder Judiciário poderá encarar os atos praticados sem o apoio, quando instaurado⁸⁷.

Não apenas isso, em que pese a previsão do art. 1.783-A, § 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), de que a decisão do apoiado terá validade perante terceiros desde que o ato esteja inserido nos limites do apoio, os atos praticados pela pessoa com deficiência sem o apoio, mesmo sido instaurado, serão, a princípio, plenamente válidos⁸⁸. E o mesmo comentário faz-se para o art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil (LGL\2002\400), que disciplina que terceiros possam solicitar assinatura conjunta dos apoiadores.

Entender pela invalidade dos atos praticados pela pessoa com deficiência é incongruente, tendo em vista que se está tratando de pessoas capazes, e a instauração do apoio não muda a capacidade conferida pelo Estatuto. De igual modo, não há previsão legal de invalidade de atos praticados sem apoio, fato que, por si, demonstra a inviabilidade dessa linha argumentativa.

Ressalte-se que a mesma lógica é aplicável à curatela, visto que, nos moldes propostos pelo Estatuto, sua instauração não implica na incapacidade da pessoa com deficiência, apesar da possível substituição de vontade⁸⁹.

Percebe-se, então, que, além de prever um trâmite burocrático⁹⁰, o apoio não exclui a possibilidade de permanência de problemas relativos à consciência da exteriorização de vontade, quando cogitados os atos que o próprio apoiado demonstrou precisar de apoio, mas não teve.

No que tange especificamente à avaliação do plano da validade dos atos jurídicos *lato sensu*, a partir das teorizações realizadas, parece que as únicas soluções jurídicas aplicáveis às pessoas com deficiência são as conferidas pelo Código Civil (LGL\2002\400): os vícios de consentimento. Isso porque, conforme reiterado, não mais é possível fazer análise de validade a partir do aspecto da

capacidade. E, para que se estude a validade de determinado ato, parte-se do pressuposto de que houve uma *exteriorização de vontade consciente* ou, segundo um entendimento não refinado, uma *exteriorização de vontade*.

Havendo, portanto, uma dissonância entre a vontade internamente formulada e a vontade exteriorizada – quando não se trate de casos de manifesta inconsciência –, plausível perquirir se houve a incidência de algum dos defeitos do negócio jurídico. Os vícios do consentimento evidenciam a necessidade de haver uma compatibilização do *querer* com o que é transportado ao mundo jurídico⁹¹.

A figura do erro, por exemplo, verifica-se quando há uma dissonância inconsciente entre a vontade e sua manifestação⁹². A vontade é manifestada a partir de um conhecimento existente, mas que não é verdadeiro. Uma de suas modalidades se traduz quanto ao conteúdo da vontade, tendo em vista que o agente exterioriza o que realmente deseja, mas o conteúdo expressado não corresponde à realidade. Nesse sentido, também em relação aos vícios de consentimento, a formulação da vontade deverá ser avaliada.

Quanto à possibilidade de arguição de eventual defeito do negócio jurídico, destaca-se que muitas barreiras poderão ser encontradas no que tange à tentativa de sua invalidade. Sendo as pessoas com deficiência capazes, contam-se prazos decadenciais e prescricionais, havendo prazo decadencial de quatro anos para a anulação de algum vício do consentimento.⁹³ Ressalte-se, ainda, que a comprovação dos vícios encontra grandes barreiras probatórias nos tribunais.

A partir dessas constatações, depreende-se que a norma do art. 112, do Código Civil (LGL\2002\400), que dita “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, deverá ter grande aplicabilidade em relação aos atos praticados pelas pessoas com deficiência, a fim de que se interprete seus atos jurídicos de maneira condizente com a boa-fé e em respeito à sua vulnerabilidade, quando detectada.

Em decorrência dos problemas jurídicos ocasionados pela vigência do Estatuto, está em trâmite o Projeto de Lei 757/2015, no Senado Federal, e atualmente perante a Câmara dos Deputados, que busca harmonizar o Código Civil (LGL\2002\400), o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil. Esse Projeto pretende, em certa medida, resgatar parte da teoria das incapacidades, motivo pelo qual se tornou importante o estudo das teorizações em momento anterior.

Na proposta inicial, no que tange especificamente aos arts. 3º e 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), houve a intenção de repristinação de parte dos incisos anteriores, trazendo para o art. 3º “os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos”. Para o art. 4º, quis-se mencionar como relativamente incapazes “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido” e propôs-se a revogação do art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400).⁹⁴

O Senador Telmário Mota, em proposta de Emenda Substitutiva⁹⁵, opinou pela inserção no rol de absolutamente incapazes “os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”, e ainda “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. De igual modo, o art. 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), que disciplina as hipóteses de incapacidade relativa, teria como previsão “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”.

Em linhas gerais, denota-se a tentativa de trazer novamente o critério do discernimento às incapacidades, sem que haja na hipótese normativa a menção às pessoas com deficiência. A tentativa de mudança traz à tona, conforme anteriormente explicitado, que a causa da incapacidade é a falta de discernimento, e não o *status* de deficiência. A nova redação, especialmente a sugerida pelo substitutivo, deixaria essa constatação evidente e atenderia aos requisitos da Convenção de Nova Iorque, pois desatrelaria a deficiência da incapacidade e abriria a possibilidade de maior proteção.

A Emenda Substitutiva também tem a intenção de devolver a hipótese do art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400) (*expressão ou não de vontade*) ao rol de absolutamente incapaz, medida pertinente e com maior lógica sistêmica, pois os sujeitos voltariam a ser amparados pela representação, e não

pela assistência, além de inexistir prazo decadencial para a invalidade dos atos. Haveria, ainda, a possibilidade, novamente, de gradação de maior ou menor discernimento entre as hipóteses de absoluta ou relativamente incapaz.

Observa-se, contudo, que outra Emenda Substitutiva foi proposta pela Senadora Lídice da Mata, com o fito de rejeitar as propostas de mudança do projeto original e do substitutivo. Argumentou-se que o projeto tenta retomar o critério do discernimento em detrimento da *impossibilidade de manifestação da vontade*, eleito pelo Estatuto. Dessa maneira, segundo a parlamentar, “as pessoas com ou sem deficiência não podem ser incluídas no conceito de absolutamente incapazes, mesmo que não possam expressar a sua vontade, tendo em vista que o direito à capacidade plena, ainda que moral, é um direito fundamental humano”⁹⁶.

Percebe-se, portanto, que o tema das incapacidades não está superado, havendo claramente uma má interpretação sobre seu alcance. Os argumentos predominantes no Senado Federal se restringem ao alegado caráter discriminatório do instituto. Essa constatação evidencia uma urgente necessidade de avaliar melhores critérios para a proteção das pessoas com deficiência, devendo-se encontrar soluções que confirmem autonomia, sem que impliquem em desproteção desmedida por excessiva generalização.

Conclusão

Examinadas as alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil (LGL\2002\400), é perceptível uma verdadeira remodelação da teoria clássica das incapacidades. A norma buscou dar autonomia às pessoas com deficiência, retirando todas as menções legislativas que, de alguma maneira, relacionassem a deficiência à incapacidade.

Tendo em vista que a incapacidade atinge a prática de atos jurídicos *lato sensu*, cujo cerne contém uma exteriorização de vontade consciente, foi preciso ponderar a importância da vontade na formulação desses atos jurídicos. Por isso, em linhas gerais e sumárias, parece existir a possibilidade de aplicação da teoria da inexistência para os atos jurídicos *lato sensu* praticados sem qualquer consciência.

De outro lado, existindo uma manifestação de vontade consciente, mas que não condiz com a vontade do agente, seria possível invocar os vícios de consentimento, quando presentes. E, se ignorado o critério da *consciência* para a completude do suporte fático, priorizando-se a *expressão da vontade*, somente os vícios poderiam ser, a princípio, levantados.

Verifica-se que as difíceis mudanças trazidas pelo Estatuto têm encontrado impactos em sua aplicabilidade nos tribunais, âmbito em que há verdadeira adaptação dos dispositivos para a resolução do caso concreto.

O Estatuto, ao ter como finalidade última conferir autonomia, incorreu numa excessiva generalização, presumindo vontade consciente e discernimento, sem identificar as diversas situações fáticas que ocorrem no campo das deficiências. Não obstante o caráter generalizante do Direito, a lei deve trabalhar para que não se absolutize qualquer desses termos – autonomia ou proteção. A prática judicial e as análises teóricas feitas até o momento parecem apontar para soluções que não priorizam exclusivamente a autonomia em detrimento da proteção, bem como a hipótese inversa.

A discussão jurídica que envolve as pessoas com deficiência está inserida num âmbito maior do que o debate sobre a capacidade civil, pois implica em uma disputa por reconhecimento de direitos identitários pela formulação e acompanhamento de políticas públicas específicas. Todavia, essa perspectiva não leva, necessariamente, em consideração as indispensáveis diferenciações baseadas nos elementos fáticos e sociais que envolvem as questões patrimoniais e pessoais desses sujeitos na sociedade contemporânea ao praticarem atos e negócios jurídicos. Daí a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre proteção e autonomia, superando paradoxos e ambiguidades legislativas e interpretativas.

Os paradoxos e ambiguidades que decorrem da interpenetração entre o Código Civil (LGL\2002\400) (teoria das incapacidades) e as disposições principiológicas que orientam as normas do Estatuto demonstram a necessidade de uma melhor compreensão do que significam autonomia e proteção para o Direito Civil. Daí por que a simples invocação do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia, sem balizas necessárias, não oferece a solução adequada.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Rafael Vieira de. *A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro: Reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940. v. 1.
- BRASIL, Senado Federal. *Emenda nº 01 – CDH (Substitutivo) ao Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015*. Rel.: Telmário Mota. Disponível em: [bit.ly/2ENwuvf]. Acesso em: 01.10.2018.
- BRASIL. Senado Federal. *Emenda nº 02 – CCJ (Substitutivo) ao Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015*. Rel.: Lídice da Mata. Brasília, DF. *Senado Federal, Diário nº 81*, 07 jun. 2018. p. 273-298. Disponível em: [bit.ly/2SI7pdQ]. Acesso em: 01.10.2018.
- BRASIL. Senado Federal. *Parecer de Flávio Tartuce sobre o Projeto de Lei do Senado nº 757/2015*. Disponível em: [bit.ly/2R8g5Tn]. Acesso em: 01.10.2018.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 757, de 1 de fevereiro 2015*. Autor: Antonio Carlos Valadares, Paulo Paim e outros. Brasília, DF. *Senado Federal, Diário nº 195*, 2 dez. 2015. p. 20-30. Disponível em: [bit.ly/2OMS2wt]. Acesso em: 05.07.2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer nº 266 ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 04/2015 ao Projeto de Lei do Senado nº 06/2003 (Projeto de Lei nº 7.699/2006, na Câmara dos Deputados)*. Brasília, DF. *Senado Federal, Diário nº 83*, 04 jun. 2015. p. 62. Disponível em: [bit.ly/2CCvzuR]. Acesso em: 05.08.2018.
- BRASIL. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília, 2005. p. 36. Disponível em: [bit.ly/2CXwMha]. Acesso em: 10.09.2018.
- CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz.; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas do Anteprojeto de Código Civil (LGL\2002\400)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.
- CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Consultor Jurídico*. Disponível em: [bit.ly/2D42PvS]. Acesso em: 05.07.2018.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil (LGL\2002\400): Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil (LGL\2002\400) Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983. t. 1 e 2.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro: por uma reformulação*. 251 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2018.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC (LGL\2015\1656) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. São Paulo: Borsoi, 1954. t. 4.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Ed. RT, 1997.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *O alienado no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015 (LGL\2015\5138). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). *Consultor Jurídico*. Disponível em: [bit.ly/2D5pB6F]. Acesso em: 25.07.2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. *Jus*.

Disponível em: [bit.ly/2qeFL5i]. Acesso em: 10.10.2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

VELOSO, Zeno. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma nota crítica. Professor Flávio Tartuce*. Disponível em: [bit.ly/2O6arz9]. Acesso em: 02.08.2018.

1 .LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 563.

2 .PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 221-222.

3 .No Esboço do Código Civil (LGL\2002\400), elaborado por Teixeira de Freitas, percebe-se a clássica divisão em capacidade de direito e capacidade de fato. Ocorre que, para Teixeira de Freitas, a capacidade de direito poderia ser graduada pela existência de proibições, ainda que todas as pessoas possuíssem alguma capacidade de direito. Haveria, então, por essa ótica, capacidade de direito relativa (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil (LGL\2002\400): Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. p. 24-25). Nesse mesmo sentido, Mariana Alves Lara aponta que seria possível falar em gradação de capacidade de direito “quando a aquisição de certos direitos é vedada a algumas categorias de sujeitos” (LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro: por uma reformulação*. 251 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 33).

4 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110-111. Percebe-se que a teorização proposta por Marcos Bernardes de Mello teve suas raízes na obra de Pontes de Miranda, ainda que o primeiro autor tenha realizado adaptações e mudanças. Pontes de Miranda fez distinção entre capacidade de direito, capacidade de exercício e capacidade de obrar, ramificando esta última em outras modalidades (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 1. p. 157-160). Denota-se a mesma percepção de inúmeras capacidades na obra de Teixeira de Freitas, na qual afirmou que a capacidade civil não é una e indivisível, havendo, por exemplo, a capacidade política (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil (LGL\2002\400) Português*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859. p. 91-92).

5 .“O critério metodológico adotado para definir um efeito jurídico como situação jurídica simples, ou unissubjetiva, tem por fundamento, tão somente, a característica de sua referibilidade, direta e imediata, a uma única esfera jurídica” (MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 105).

6 .MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 108.

7 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115.

8 .Marcos Bernardes de Mello define o ato jurídico *stricto sensu* como “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*.

São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200).

9 .Os atos jurídicos *lato sensu* são subdivididos, segundo a teoria proposta por Marcos Bernardes de Mello, em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. Esses atos jurídicos são assim classificados por precisarem de uma exteriorização de vontade consciente para a composição de seus suportes fáticos. A diferença básica entre ambas as subespécies é que nos atos jurídicos *stricto sensu* os efeitos dos atos já estão previstos em lei, enquanto nos negócios jurídicos há ampla possibilidade de escolha do conteúdo da eficácia (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178-256).

10 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121.

11 .Por consequência: “Para que os fatos independentes da vontade produzam os efeitos determinados e predispostos por lei, é totalmente indiferente a capacidade ou incapacidade das pessoas ativa ou passivamente atingidas” (RÃO, Vicente. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 103).

12 .LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER, Freddie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 565.

13 .LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 255.

14 .“Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água, etc. Ninguém poderá pensar em anulá-los desde que se realizem dentro de moldes normais e adequados, sob a alegação, por exemplo, da incapacidade de uma das partes” (SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 77-78).

15 .LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER, Freddie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 565.

16 .LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 122.

17 .Marcos Bernardes de Mello explica que os atos extrapatrimoniais não implicam na inobservância de consequências patrimoniais, mas que essas são secundárias em relação ao conteúdo existencial (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 251).

18 .LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 122.

19 .LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 122.

20 .BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940. v. 1. p. 182.

21 .Além da hipótese dos “loucos de todo o gênero” e dos “surdos-mudos que não pudessem exprimir vontade”, o art. 5º, do Código Civil de 1916, previa que eram absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e os ausentes. Prioriza-se a menção às hipóteses relacionadas ao tema da pessoa com deficiência para melhor enfoque.

22 .Clovis Bevilacqua foi responsável pela elaboração do Projeto Primitivo do Código Civil de 1916, ainda que a versão final do Código tenha alterado muitas de suas proposições. Nesse sentido, a nomenclatura adotada pelo art. 5º, do Código Civil (LGL\2002\400), “loucos de todo o gênero” foi criticada até mesmo por ele, que considerava como melhor expressão *alienados de qualquer espécie*, porque existiriam casos de incapacidade que não seriam propriamente enquadradas como *loucura* (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940. v. 1. p. 183).

23 .Francisco Pereira de Bulhões Carvalho considera esse um grande erro do Código Civil de 1916, apenas sendo parcialmente reparado com o Decreto 24.559/34, que disciplinou, em seu art. 26, que os “fracos de espírito” e o “psicopata”, após perícia médica, poderiam ser absolutas ou relativamente incapazes. O Decreto, contudo, não alterou o Código Civil (LGL\2002\400) (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas do Anteprojeto de Código Civil* (LGL\2002\400). Rio de Janeiro: Borsoi, 1974. p. 28).

24 .Raimundo Nina Rodrigues ponderou que o Código proposto por Clovis Bevilacqua foi falho no que tange aos aspectos de medicina legal, em decorrência de sua carência de instrução técnica e profissional, fato agravado posteriormente pela Comissão Revisora. Reflete que tanto o termo *loucos de todo o gênero* quanto *alienados* seriam inadequados (RODRIGUES, Raimundo Nina. *O alienado no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 14-29).

25 .BEVILAQUA, Clovis. Op. Cit., p. 184.

26 .BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940. v. 1. p. 183.

27 .BEVILAQUA, Clovis. Op. Cit., p. 184.

28 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.118. No mesmo sentido: AZEVEDO, Rafael Vieira. de. *A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro: Reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 12. Em sentido diverso, Felipe Quintella Machado de Carvalho: “os absolutamente incapazes eram aqueles que [...] por algum sofrimento mental, *comprovadamente*, não tivessem referido discernimento [...]” (CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 28).

29 .BEVILAQUA, Clovis. Op. cit., p. 185.

30 .Além das hipóteses mencionadas, o art. 4º, do Código Civil (LGL\2002\400), previa que eram relativamente incapazes “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos” e os pródigos. Dentro da hipótese que fazia alusão à deficiência (art. 4º, II, do Código Civil (LGL\2002\400)) constavam também os ébrios habituais, e os viciados em tóxico.

31 .LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro: por uma reformulação*. 251p. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 83.

32 .ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 93.

33 .Denota-se que desde o Código Civil de 1916 há forte preocupação com critérios médicos para a definição das incapacidades no que tange à pessoa com deficiência. Constatou-se da Exposição de Motivos do Código Civil de 2002 que “após sucessivas revisões chegou-se, a final, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa” (BRASIL, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília, 2005. p. 36).

34 .“O legislador pátrio passou a referir-se, expressamente, ao necessário discernimento para a prática de atos jurídicos. E sem enumeração taxativa da perícia, em processos de interdição, o difícil diagnóstico certo e preciso de uma ou outra patologia, o Código Civil de 2002 apresentou avanço indubitável em relação ao anterior, nesse aspecto” (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 717).

35 .A Convenção de Nova Iorque prevê, em seu artigo 1, que seu propósito é “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. A Convenção, portanto, busca a inclusão das pessoas com deficiência, impondo aos Estados signatários que promovam medidas para sua não discriminação.

36 .“O modelo social de direitos humanos considera que o tratamento jurídico devido às pessoas com deficiência (sejam elas capazes ou incapazes) não deve partir de um fundamento exclusivamente científico, porém preponderantemente social. A deficiência é um fenômeno complexo que não se limita a um atributo médico e individual da pessoa” (ROSEVALD, Nelson. *O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015 (LGL\2015\5138)*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 100).

37 .“Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para [...]”

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

39 .“[...] 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. [...]”

40 .“Nem mesmo quando houver perda progressiva da integridade mental e intelectual (exemplo, doença de Alzheimer), a curatela será permanente. Deverá ser temporária, para abranger tempo suficiente à realização de negócios jurídicos no interesse da pessoa com deficiência, renovando-se sempre que necessário, ou não” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 121).

41 .O TJSP decidiu pela intervenção do curador no casamento ou união estável do curatelado (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 4007229-76.2013.8.26.0554, Relator: Des. J.B. Paula Lima, julgado em 25.09.2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: 25.08.2018). O mesmo tribunal julgou: “Se as perícias especializadas concluírem pela existência de incapacidade, a interdição deve ser determinada e a curatela concedida de acordo com as limitações apuradas pelo perito, podendo, inclusive, ir além da incapacidade para gerir direitos de natureza patrimonial e negocial se a incapacidade for absoluta e atingir os cuidados básicos com a saúde e subsistência, bem como os demais atos da vida civil” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1002426-11.2017.8.26.0474, Rel.: Des. Mary Grün, julgado em 15.08.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 15.08.2018).

42 .No caso em comento, tratou-se de Apelação Cível proposta em face de sentença que julgou improcedente um requerimento de laqueadura tubária. O pedido foi feito por um genitor em desfavor de sua filha, que foi diagnosticada com epilepsia e *retardo mental*. O pleito do Apelante se baseia na impossibilidade da Apelada de se autodeterminar sexualmente. O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu o pedido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível 0000134-13.2013.8.26.0312. Relator: Des. Leme de Campos, São Paulo, 05.03.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 12.03.2018).

43 .“3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”

44 .Nesse sentido, decidiu e explicou a decisão em Agravo de Instrumento, recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou uma decisão liminar que havia fixado curador provisório. O Tribunal entendeu que seria caso de apoio, sendo a curatela medida extraordinária (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 2049735-75.2017.8.26.0000. Relator: Des. Rui Cascaldi, São Paulo, 18.09.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: 18.09.2017).

45 .Não há ainda consenso sobre o alcance do apoio. Há quem afirme que o apoio apenas poderia influenciar os atos patrimoniais, como Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 120). Em sentido diverso, Joyceane Bezerra aduz que o apoio dependerá do caso concreto, podendo ser requerido tanto para aspectos patrimoniais, quanto existenciais (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC (LGL\2015\1656) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 525).

46 .Essas medidas vão ao encontro da crítica feita ao sistema anterior de incapacidade de que haveria uma generalização de todas as doenças e casos, sendo rejeitada, por exemplo, a validade dos atos praticados nos intervalos lúcidos. O sistema anterior tolhia, em sua integralidade, a manifestação de vontade do curatelado. A opção pela curatela específica e temporária, bem como a opção pela Tomada de Decisão Apoiada procuram trazer solução. Nesse sentido, o TJPR optou pela Tomada de Decisão Apoiada, por não entender que preenchia qualquer hipótese do art. 1.767, do Código Civil (LGL\2002\400) (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível 0001473-9520148160038. Rel. Des. Mario Nini Azzolini, julgado em 09.03.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 15.03.2018).

47 .Pela redação dada pelo Estatuto ao Código Civil (LGL\2002\400), seria possível que a pessoa com deficiência pleiteasse uma autocuratela. Todavia, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, houve a revogação do dispositivo que previa essa medida. Essa é mais uma questão em aberto gerada pela mudanças do Estatuto. Para José Miguel Garcia Medina: “[...] não se deve deixar de admitir que a própria pessoa promova o processo que define os termos da curatela”

(MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 852).

48 .Em recente decisão do STJ, o Min. Luis Felipe Salomão concluiu: “[...] penso devam continuar vigorando as decisões judiciais referentes às interdições anteriores à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que respeita aos aspectos patrimoniais e negociais, em adequação ao novel diploma e como medida necessária à garantia da segurança jurídica e social, sendo imprescindível a atuação dos legitimados para promoção da extinção total dos efeitos da interdição. [...] Nessa linha de raciocínio, a meu ver, o que a legislação inovadora cria para os deficientes mentais e intelectuais é uma razão robusta o bastante para que seja pleiteado ao Judiciário a revisão dos motivos que fundamentaram o pedido de interdição, até mesmo para a segurança do próprio interdito, mas não a revogação pura e simples, inclusive da coisa julgada” (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 1.694.984/MS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 14.11.2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: 01.02.2018).

49 .SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 299.

50 .Esse erro foi identificado por Mariana Alves Lara (LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro: por uma reformulação*. 251 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 115-116).

51 .Nesse sentido decidiu o TJSP: “respeitado o entendimento do magistrado de origem, embora a Lei da Inclusão (Lei nº 13.146/15 (LGL\2015\5138)) tenha trazido inovações na análise da capacidade da pessoa com deficiência, as disposições nela contidas não levam à conclusão de que não mais se admite a declaração de incapacidade absoluta, nem mesmo de que o processo de interdição tenha deixado de existir” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1002426-11.2017.8.26.0474. Relatora: Des. Mary Grün, São Paulo, 15.08.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 15.08.2018. De igual modo em: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível 0002443-04.2015.8.16.0154. Rel.: Des. Fábio Haick Dalla Vecchia, Curitiba, 09.03.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 09.03.2018; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível 0003513-72.2013.8.24.0067. Rel.: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch, Florianópolis, 15.05.2017, *Diário da Justiça Eletrônico*: 02.06.2017.

52 .LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 565.

53 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181.

54 .MELLO, Marcos Bernardes de. Loc. cit.

55 .Marcos Bernardes de Mello cita como exemplo de inconsciência volitiva a situação na qual a pessoa está desmaiada e permanece inerte no momento de deliberação cujo voto contrário necessite a expressão de levantar o braço (MELLO, Marcos Bernardes de. Loc. cit.).

56 .MELLO, Marcos Bernardes de. Loc. cit.

57 .AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82-83. Junqueira de Azevedo utiliza o termo *declaração*, pois trata do tema específico dos negócios jurídicos, ato jurídico no qual é recorrente que a exteriorização de vontade se dê pela declaração, ainda que a *manifestação* também seja modalidade de exteriorização. A vontade exteriorizada pode se dar por meio de manifestações ou declarações. Nesse sentido: “A vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em simples manifestações, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em declarações, que se constituem em manifestações qualificadas de vontade” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179). Sobre o tema, ditou Pontes de Miranda: “Uma coisa é exteriorizar, manifestar; outra, declarar, fazer claro. Se tiro o livro da mesa e o ponho na janela, manifestei vontade, e não a declarei; se digo que o fiz, declaro. Se jogo fora o livro, de que não mais preciso, manifestei vontade, sem declarar” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 1. p. 92-93).

58 .AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 82.

59 .AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 85.

60 .Pontua-se que, num primeiro momento, quanto à geração de eficácia, a vontade atuará apenas em relação aos negócios jurídicos, tendo em vista que nos atos jurídicos *stricto sensu* não há poder de autorregramento da vontade. Afinal, seus efeitos estão previstos em lei (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48-49).

61 .AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82-83.

62 .RÃO, Vicente. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 175-176.

63 .Segundo o autor, a vontade livre e consciente é requisito tão essencial ao ato jurídico quanto a sua declaração voluntariamente produzida. Considera que os elementos volitivos psicologicamente anormais não produzem efeitos jurídicos, pois inexistentes (RÃO, Vicente. Op. cit., p. 181-182).

64 .RÃO, Vicente. Op. cit., p. 175.

65 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181-182.

66 .Denota-se a existência de uma antiga discussão doutrinária a respeito da Teoria da Vontade e da Teoria da Declaração para que se determinasse o papel da vontade nos atos jurídicos. Para a Teoria da Vontade a exteriorização da vontade é válida quando traduzir a intenção do agente, o conteúdo da vontade. Por outro lado, a Teoria da Declaração preconiza a exteriorização de vontade, mesmo que ela não reflita a intenção real do sujeito (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 273). Antônio Junqueira de Azevedo destaca que o ordenamento brasileiro afasta qualquer aplicação rigorosa da Teoria da Vontade, ou da Teoria da Declaração, havendo adaptação entre a jurisprudência e os dispositivos legais. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116). Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, reflete que não é possível estabelecer aprioristicamente se a declaração ou a vontade deve prevalecer. Para o autor, ambas as teorias são radicais, por excessivo voluntarismo (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182.).

67 .AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. p. 82-83.

68 .Denota-se que o art. 185, do Código Civil (LGL\2002\400), dispõe que se aplicam, no que couber, as disposições do negócio jurídico aos atos jurídicos. As explicações acerca dos dispositivos referentes ao negócio jurídico podem ser pensadas, quando possível, para os atos jurídicos *stricto sensu*. É sempre necessário analisar o caso concreto para que se analise a possibilidade, ou não, dessa aplicação, como nas hipóteses dos defeitos do negócio jurídico.

69 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

70 .MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 55-56.

71 .MELLO, Marcos Bernardes de Op. cit., p. 73.

72 .LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito brasileiro: por uma reformulação*. 251p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 89.

73 .Isso porque a redação do art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), é “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Marcos Bernardes de Mello aponta, com razão, que a redação do inciso (ainda que se referindo ao art. 3º, III, do Código Civil (LGL\2002\400)) é equivocada, porque a pessoa que não pode exprimir a vontade sequer compõe o suporte fático do fato jurídico, o que deveria levar à inexistência e não à invalidade do ato. A invalidade requer, como pressuposto, a existência (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-120). Pontes de Miranda refletiu que “o que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*, porque não há validade, ou eficácia do que não é” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Borsoi, 1954. t. 4. p. 15. g.n.). Essa confusão se dá em razão de o Código Civil (LGL\2002\400) não ter seguido a tricotomia existência, validade e eficácia, nos moldes propostos por Pontes de Miranda (ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 101). Nesse mesmo sentido, na exposição de motivos do Código Civil de 2002, percebe-se a preocupação na diferenciação apenas entre validade e eficácia, não sendo disciplinado o plano da existência (BRASIL. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 36. Disponível em: [bit.ly/2CxmMha]. Acesso em: 10.09.2018).

74 .MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55-56.

75 .LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro: por uma reformulação*. 251p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 36.

76 .Teixeira de Freitas postulou que o ato não será voluntário sem que os agentes o pratiquem com discernimento, intenção e liberdade. Nesse sentido: “Se o fato é voluntário, houve por certo a intenção de o praticar, isto é, a tendência ou direção esclarecida pelo discernimento para esse fato, que exteriormente se manifestou” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983. t. 2. p. 513-522).

77 .O art. 246 do Código Civil português dita que, se o declarante não tiver a *consciência* da declaração negocial, esta não terá efeito. Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto (*Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 491), faltaria nesses casos a vontade, o que

causaria ou a nulidade, ou a inexistência do negócio. Esta última se daria no caso de faltar a vontade de ação por um comportamento inconsciente, como na coação física.

78 .VELOSO, Zeno. Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma nota crítica. *Professor Flávio Tartuce*. Disponível em: [bit.ly/2O6arz9]. Acesso em: 02.08.2018.

79 .Ressalta-se, conforme anteriormente exposto, que para o Código Civil (LGL\2002\400) aquele que não expressa vontade é considerado relativamente incapaz e, portanto, poderá ter seu ato invalidado. É de rigor, contudo, que se ressalte que não havendo exteriorização de vontade o ato seria inexistente.

80 .Nesse sentido: LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro*: por uma reformulação. 251p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 89; VELOSO, Zeno. Op. cit.; MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 850).

81 .Conforme se vê nas decisões: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1007676-41.2016.8.26.0577, Rel.: Des. Miguel Brandi, julgado em 14.02.2018. *Diário da Justiça Eletrônico*: 14.02.2018; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1005936-93.2017.8.26.0292. Rel.: Des. Coelho Mendes, julgado em 14.08.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 15.08.2018; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível 0003088-19.2014.8.16.0104. Rel. Des. Marques Cury, julgado em 11.11.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 16.10.2018.

82 . “A mudança causa ainda mais surpresa do que as modificações anteriores, na medida em que esse inciso não dizia respeito, na interpretação que lhe era normalmente conferida, a qualquer hipótese de deficiência [...], mas, sim, a causas de outra natureza que impedissem a manifestação volitiva”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. p. 237).

83 . Para Paulo Lôbo a inserção das pessoas com deficiência na hipótese do art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400) não seria possível, pois “a capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil, nem com as hipóteses de incapacidades absolutas e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do CC (LGL\2002\400). São duas modalidades de capacidade jurídica [...]” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 120).

84 . Essa constatação permite que se compreenda a afirmação de que o Estatuto prioriza o critério da expressão de vontade. O Estatuto inseriu o termo *permanente* no art. 4º, III, do Código Civil (LGL\2002\400), fazendo com que os tribunais e a doutrina estendessem o dispositivo para os casos de deficiência grave, muitas vezes sem uma verdadeira análise de expressão ou não de vontade.

85 .Refletindo sobre a inexistência de regramento de maiores de idade incapazes, Flávio Tartuce retrata: “Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 136).

86 .Nesse sentido, o TJSP já entendeu pela incapacidade relativa, nomeando-se representante, pois “a eventual nomeação da autora como ‘assistente’ não resultaria em proveito prático, em nada colaborando para a melhoria da situação do requerido e do grupo familiar já tão penalizado por ter um ente querido neste triste estado” (Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1004762-14.2015.8.26.0003, Rel.: Des. Sílvia Maria Facchina Esposito

Martinez, São Paulo, 31.07.2018, *Diário da Justiça Eletrônico*: 10.08.2018). Atalá Correia, com vistas ao tratamento mais benéfico, entende que deveria ser reconhecida a possibilidade de representação para a incapacidade relativa (CORREIA, A. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [bit.ly/2D42PvS]. Acesso em: 05.07.2018.). Para José Fernando Simão, o juiz deve declarar a incapacidade absoluta e nomear um representante, ignorando a alteração legislativa (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). *Consultor Jurídico*. Disponível em: [goo.gl/FijxDn]. Acesso em: 25.07.2018).

87 .Para Paulo Lôbo, não haveria problema de existência ou de validade, mas, sim, de eficácia, motivo pelo qual reputa os atos sem o apoio como válidos, mas ineficazes (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. p. 121).

88 .Argumentam nesse sentido: LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro*: por uma reformulação. 251 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 134; AZEVEDO, Rafael Vieira. de. *A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro*: Reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 87-88. Em sentido contrário: STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. *Jus*. Disponível em: [bit.ly/2qeFL5i]. Acesso em: 10.10.2018.

89 .Denota-se que esse problema também deve ser pensado para a curatela, porque a curatela trazida pelo Estatuto é uma “curatela de capaz” que, portanto, não retira a capacidade legal da pessoa com deficiência. Dessa maneira, caso haja ato jurídico praticado sem a curadoria, mesmo quando instaurada, seria preciso dizer que o ato é válido, pelas mesmas razões elencadas para a questão do apoio. Em sentido contrário, José Simão defende que deverão ser aplicados por analogia os arts. 166, I, e 171, I, do Código Civil (LGL\2002\400), declarando nulidade ou anulação do ato jurídico, tendo em vista maior proteção da pessoa com deficiência (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte 2). *Consultor Jurídico*. Disponível em: [goo.gl/FijxDn]. Acesso em: 25.07.2018).

90 .Mariana Alves Lara aponta que o apoio não teve o regramento adequado no Código Civil (LGL\2002\400), afirmando que “[...] para instaurar a tomada de decisão apoiada faz-se necessária a contratação de advogado e a distribuição de uma ação judicial, o que pode ser visto como dificuldades para seu implemento. Talvez fosse o caso de ter sido previsto um procedimento em cartório, menos burocrático e mais facilitado” (LARA, Mariana Alves. *A Teoria das Incapacidades no Direito Brasileiro*: por uma reformulação. 251 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 134).

91 .“A presença de vontade relevante em seu suporte fático faz nascer a necessidade de que essa vontade, quando exteriorizada, represente, o mais fidedignamente possível, o verdadeiro *querer* das pessoas e, mais ainda, possa ser conhecida” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico* : Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 228, g.n.).

92 .MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 191-192.

93 .Para Rafael Vieira de Azevedo, seria possível, por analogia, estender os benefícios da prescrição e decadência conferido aos incapazes às pessoas com deficiência (AZEVEDO, Rafael Vieira. de. *A Capacidade Civil da Pessoa com Deficiência no Direito Brasileiro*: Reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 95).

94 .BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 757, de 1 de fevereiro 2015. Autor: Antonio Carlos Valadares, Paulo Paim e outros. Brasília, DF. *Senado Federal*, Diário nº 195, 02.12.2015. p. 20-30. Disponível em: [bit.ly/2OMS2wt]. Acesso em: 05.07.2018.

95 .BRASIL, Senado Federal. *Emenda nº 01* – CDH (Substitutivo) ao Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015. Rel.: Telmário Mota. Disponível em: [bit.ly/2Enwuvf]. Acesso em: 01.10.2018.

96 .BRASIL, Senado Federal. *Emenda nº 02* – CCJ (Substitutivo) ao Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015. Rel.: Lídice da Mata. Brasília, DF. *Senado Federal*, Diário nº 81, 07.06.2018. p. 273-298. Disponível em: [bit.ly/2SI7pdQ]. Acesso em: 01.10.2018.