

O NOVO SISTEMA DE CAPACIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CIVIL

Fernando Gaburri¹

Introdução

A pessoa é o centro de um núcleo de interesses em suas relações com as demais pessoas, sempre na busca da satisfação de necessidades das mais variadas ordens.

Para tanto, as normas jurídicas promovem a proteção legal, regulando as relações intersubjetivas, no sentido de assegurar a pacífica convivência entre as pessoas, que não vivem isoladas, mas em sociedade, sendo inafastável a recíproca cooperação para a satisfação dessas necessidades².

Essa proteção legal, segundo o princípio da igualdade, estampado no art. 5º da Constituição Federal, que inaugura o título dos

¹ Mestre pela PUC/SP e doutor pela USP; Professor Adjunto na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – e do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – Uni-RN; É membro do Ministério Público do Estado da Bahia. Foi Procurador do Município de Natal; é membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

² BARASSI, Lodovico. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. GOYTISOLO, Ramon Garcia de Haro. Barcelona: JMB, 1955. v. 1. p. 41.

direitos e das garantias fundamentais, é assegurada a todos, sem distinção de qualquer natureza, pelo fato mesmo de serem pessoas naturais.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, todas as pessoas naturais são dotadas de personalidade jurídica, o que lhes confere uma especial proteção do Estado em relação aos direitos existenciais. Além disso, na seara patrimonial, todas as pessoas são capazes de titularizarem direitos e obrigações na ordem jurídica, muito embora o exercício dos direitos titularizados possam sofrer limitações, mais ou menos intensas, mas sempre no ensejo de proteção aos seus interesses de ordem existencial e ou patrimonial.

A falta de capacidade civil pode decorrer de variadas causas taxativamente previstas em lei, nem sempre estando relacionada à deficiência da pessoa.

E, se a incapacidade estiver ligada à deficiência, o ordenamento jurídico contempla mecanismos de promoção e de proteção à pessoa por tal causa considerada incapaz.

1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no sistema de incapacidades do Código Civil

Relacionada ao exercício de direitos patrimoniais, capacidade é a possibilidade de discernimento da pessoa natural, que lhe permite administrar sua pessoa e seus bens de maneira consciente, sem necessitar da intervenção de terceiros para a tomada de decisões válidas.

Em um sentido mais amplo, a capacidade pode ser bifurcada em capacidade de fato ou de exercício, e capacidade de gozo ou de direito.

Pondera Orlando Gomes³, que, do princípio de que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, não se segue que

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 129.

os direitos adquiridos sempre possam ser exercidos pelo titular, porque a ordem jurídica priva certas pessoas do exercício, por elas mesmas, daqueles direitos, estabelecendo um sistema de incapacidades.

A incapacidade é instituto de proteção à pessoa privada, no todo ou em parte, do discernimento, que visa a resguardar o patrimônio e demais direitos da pessoa lançada ao universo das relações jurídicas. Visa, portanto, a proteger o vulnerável que se lança no mundo dos negócios jurídicos.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a mensuração da capacidade baseava-se em um critério biopsicológico e era graduada de acordo com o nível de discernimento da pessoa. Assim, considerava-se absolutamente incapaz aquela pessoa que não tinha o necessário discernimento; relativamente incapaz aquela cujo discernimento era existente, porém reduzido e insuficiente; e plenamente capaz aquela que atingisse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Se a incapacidade liga-se à ausência, ou insuficiência, de discernimento, a pessoa com deficiência não pode ser considerada incapaz, quer relativa, quer absolutamente, só pelo fato da deficiência, se isso não lhe retira, ou diminui, o discernimento.

A incapacidade absoluta priva por completo a pessoa de exercer, por si própria, os atos da vida civil, reputando-os nulos quando assim praticados. A lei prevê a figura do representante, pessoa legalmente designada para praticar tais atos pelo absolutamente incapaz, substituindo sua vontade.

O Código Civil, em sua redação original, assim arrolava os absolutamente incapazes em seu art. 3º:

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

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Esse dispositivo foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que suprimiu os incisos II e III e integrou o inciso I ao *caput*, restando a seguinte redação:

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

Desta forma, a partir de 03.01.2016, apenas os menores de 16 anos são considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como absolutamente incapazes, de modo que todas as demais hipóteses de incapacidade passam a ser consideradas como relativas, nos termos da nova redação do art. 4º do Código Civil.

A incapacidade relativa situa-se em uma zona intermédia entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena. Permite que a pessoa pratique, por si própria, alguns atos da vida civil, desde que devidamente assistida por quem de direito, porque a impossibilidade de discernimento é menor do que a dos absolutamente incapazes.

Segundo a redação original do art. 4º do Código Civil, o rol de pessoas relativamente incapazes era o seguinte:

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

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

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. *A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.*

Após as alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 4º do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

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;

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

A norma do inc. II, a partir das alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringe seu alcance aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, deixando de fazer referência às pessoas com deficiência intelectual, antes tratadas como “*excepcionais sem desenvolvimento mental completo*”, deslocando sua disciplina para o inc. III.

O inciso III, segundo a nova redação, transfere do art. 3º (absolutamente incapazes) para o art. 4º (relativamente incapazes) as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau desse comprometimento intelectual.

O dispositivo faz exsurgir um ponto de interseção entre a teoria das incapacidades e as pessoas com deficiência. Se uma pessoa com deficiência, eventualmente, por algum fator pessoal, estiver impossibilitada de manifestar a sua vontade, temporária ou definitivamente, poderá ser considerada incapaz relativamente. Advirta-se, porém, que a causa incapacitante, nessa hipótese, não é a patologia ou o estado psíquico, mas a impossibilidade de exteriorizar a vontade⁴.

O que determinava a incapacidade relativa, na redação original da norma, era a aferição de discernimento reduzido. Assim, se as pessoas referidas como excepcionais conservassem a plenitude de seu discernimento para a prática dos atos da vida civil, deveriam ser consideradas plenamente capazes.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; **Manual de direito civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1911.

A norma, em sua redação original, considerava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo com uma limitação gradativamente menor àquela dos que, por deficiência mental, não possuíam o necessário discernimento.

As pessoas consideradas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo, como as com síndrome de Down, guardam certa capacidade de compreensão, ainda que reduzida. A lei, por sua vez, reconhecia a relevância desse grau de compreensão, dispensando a essas pessoas tratamento menos severo em relação aos absolutamente incapazes.

Na nova sistemática, como anteriormente frisado, as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau de comprometimento intelectual, são consideradas relativamente incapazes.

Diretamente ligada à alteração dos arts. 3º e 4º do CC está a norma do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo caput determina que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Essa norma em nada inova, pois a deficiência, por si só, nunca foi considerada causa de incapacidade.

Observa Silvio de Salvo Venosa⁵ que o novo diploma procura atribuir os mais amplos direitos às pessoas com deficiência, que aprioristicamente, nunca serão consideradas totalmente incapazes, mas relativamente capazes, de acordo com sua respectiva avaliação.

O mesmo autor, porém, parece contradizer-se ao afirmar que “a situação, porém, a ser enfrentada pelo juiz no processo de interdição é a mesma: deverá concluir se o sujeito possui limitação mental que o iniba parcialmente para os atos da vida civil. Se a limitação for total, o caso será de incapacidade absoluta”⁶.

Ora, se após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a única hipótese de incapacidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro é a

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1. p. 149.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. cit. p. 153-154.

do menor de 16 anos, não se afigura consentânea com a nova realidade legislativa a consideração da pessoa com deficiência maior de 16 anos como absolutamente incapaz.

Fábio Ulhoa Coelho⁷, na mesma linha de Silvio de Salvo Venosa, parece esposar posicionamento contrário à lei vigente, ao afirmar que “uma vez requerida a interdição, a perícia médica dirá em qual condição a pessoa deficiente se encontra. Se a deficiência mental frustrou o pleno desenvolvimento das habilidades intelectuais, de modo a não conseguir expressar a vontade, recomenda-se esteja o deficiente sempre acompanhado por alguém de sua confiança nos negócios jurídicos que praticar. É o caso de incapacidade relativa. Mas se o deficiente simplesmente não compreende a organização social, nem mesmo no plano das relações familiares mais próximas, não terá condições mínimas de entender o significado jurídico de seus atos. Para este caso, somente a incapacidade absoluta, será meio eficaz de proteção de interesse”.

Embora a interpretação dada por Silvio de Salvo Venosa e Fábio Ulhoa Coelho seja respeitável, não parece encontrar guarida no novo cenário legislativo, contrariando a letra dos arts. 3º e 4º do Código Civil, nas hipóteses em que discorrem sobre a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.

É importante ressaltar que a incapacidade é instituto relacionado à prática de atos patrimoniais, de caráter protetivo da pessoa natural, cujo objetivo é o de evitar que se lance aos atos da vida civil em geral com o risco de ter prejudicados sua pessoa e bens. Nessa ordem de ideias, os negócios e atos jurídicos praticados por absolutamente incapazes são considerados nulos, nos termos da norma do art. 166, I, do Código Civil.

Considerar como relativamente incapaz a pessoa sem nenhum discernimento não parece ter sido uma boa opção legislativa.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 189.

Ao analisar o *caput* e os incisos do art. 6º do Estatuto, parece que o legislador de 2015 baralhou as ideias de personalidade e de capacidade, ao vinculá-las de maneira umbilical, como o faziam os autores clássicos, que afirmavam que a capacidade seria a medida da personalidade.

Enquanto o *caput* do art. 6º menciona que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, enumera em seus 6 incisos uma série de situações jurídicas que não se referem à capacidade civil, mas a direitos da personalidade, tais como constituir família, exercer direitos sexuais e reprodutivos, conservar a fertilidade etc.

Essa confusão entre capacidade civil e direitos da personalidade, feita pelo art. 6º e incisos do Estatuto, trouxe prejuízos ao sistema de incapacidades até então vigente. Isso porque a incapacidade da pessoa, seja com deficiência ou não, embora possa afetar a forma de exercício de direitos patrimoniais, jamais poderia afetar seus direitos existenciais, como o de constituir família.

Já o art. 85 parece não incorrer no equívoco de baralhar as noções de capacidade e de personalidade, ao dispor que “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Reafirma, no § 1º, que a incapacidade, restrita a atos negociais e patrimoniais, não afetam direitos da personalidade, tais como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. _

2 Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema de nulidades do Código Civil

As alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema de incapacidades, implicaram em relevantes reflexos no sistema de nulidades.

Com as alterações, os atos de natureza negocial e patrimonial praticados por pessoas que, por causa transitória ou permanente,

não podem exprimir sua vontade, deixam de ser nulos para serem apenas anuláveis, porquanto praticados por relativamente incapazes.

Neste caso, como o vício não mais é de nulidade, o juiz não pode dele conhecer de ofício, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, que assim dispõe:

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

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

Doravante, os atos praticados por quem não pode exprimir sua vontade amoldam-se ao disposto no art. 178, I, do Código Civil. Por serem anuláveis, os vícios que os inquinam estão sujeitos ao prazo decadencial de 4 anos a contar da prática do ato.

Se a anulabilidade não for demandada dentro desse prazo, o vício convalescerá e o ato será considerado hígido com efeitos *ex tunc*, desde o momento de sua prática.

3 Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema de prescrição e decadência

A alteração do sistema de incapacidades operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe reflexos no sistema de prescrição e decadência, principalmente no que se refere aos fatos que impedem ou suspendem a contagem dos prazos.

Na esteira protetiva dos interesses da pessoa absolutamente incapaz, a norma do art. 198, I, do Código Civil proclama não correr a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, que prevê a incapacidade absoluta.

Doravante, como os únicos incapazes previstos no art. 3º são os menores de 16 anos, forçoso reconhecer que contra as pessoas que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade, reclassificadas pelo Estatuto de absoluta para relativamente incapazes, correrá a prescrição.

Em relação à decadência, a regra geral é de que seus prazos não se suspendem ou se interrompem, nos termos do art. 207 do Código Civil:

“Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.”

A regra do art. 207 é excepcionada pela do art. 208, pelo qual aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, I, significando que não corre a decadência contra os absolutamente incapazes de que trata o art. 3º.

Portanto, em defesa dos direitos das pessoas que não podem exprimir sua vontade, ora tratadas no art. 4º, III, restou apenas a norma do art. 195, invocada pelo art. 207, que lhes concede ação de regresso contra a pessoa de seu assistente que, por negligência, não impediu que se operasse a decadência.

“Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que de-rem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.”

4 A tomada de decisão apoiada como instrumento de afirmação da capacidade civil da pessoa com deficiência

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com deficiência, em ruptura com o modelo médico, partiu da palavra de ordem *nothing about us without us*, em abandono às políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com

deficiência a qualidade de meros coadjuvantes nas questões que lhes concerniam diretamente.

As decisões referentes à pessoa com deficiência eram, até então, tomadas por seus pais, demais familiares, amigos e simpatizantes que, embora com boas intenções, acabavam por cometer equívocos, geralmente lastreados em cuidados meramente assistenciais.

A participação da pessoa com deficiência nesse processo decisório é assunto que está na ordem do dia, cabendo aos Estados partes a adoção de comportamento positivo, no sentido de contemplarem, em âmbito doméstico, mecanismos jurídicos para que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em condições de igualdade com as demais pessoas, conforme determina o art. 12:

Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

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.

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

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

No Brasil, o mecanismo adotado foi o da tomada de decisão apoiada, trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que **alterou o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a denominar Da Tutela, da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando-lhe o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, composto pelo novo art. 1.783-A, cujo *caput* define a tomada de decisão apoiada como sendo o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.**

No direito comparado, destaca-se o *Codice Civile* italiano, que teve seus arts. 404 a 413 alterados em 2004, para prever a figura do *amministratore de sostegno*. Na mesma linha, o *Código Civil y Comercial de la Nación* argentina, com vigência a partir de agosto de 2016, contempla o instituto denominado *de sistemas de Apoyo al ejercicio de la capacidad* em seu art. 438.

⁸ “ARTÍCULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos

Segundo lições de Guido Alpa⁹, no direito italiano há os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição pode recair sobre a pessoa maior de idade, ou que esteja no último ano da menoridade, acometida por enfermidade mental que a torne incapaz de prover os próprios interesses. Já a situação dos sujeitos à inabilitação é menos grave, identificando-se com cegueira, prodigalidade, surdo-mudez, uso de tóxico e álcool.

O interdito é privado da capacidade de exercício, não podendo concluir negócios jurídicos, os quais são praticados em seu nome e em seu interesse por um tutor. Já o inabilitado tem uma capacidade de exercício superior à do interdito, podendo praticar os atos ordinários de administração, devendo ser assistido por um curador.

A interdição e a inabilitação são meios que atingem mais profundamente a liberdade de autodeterminação da pessoa, só aplicável em casos graves. Para atenuar esse sistema demasiadamente rígido, o legislador italiano, após anos de discussão, introduziu um novo instituto denominado de *amministrazione di sostegno*.

Nesta ordem de ideias, o instituto contemplado pelo direito civil da Argentina não substitui, mas reforça a tomada de decisão pela pessoa com deficiência. Diferentemente do que se passa com a *amministrazione di sostegno* do direito italiano, o *sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad* do direito argentino pressupõe e reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência e destaca sua autonomia para a tomada de decisões.

Conforme leciona Claudio Marcelo Alberete¹⁰ sobre os *apoyos*, “el objetivo es promover y consolidar la autonomía de las personas

de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

⁹ ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. 200-203.

¹⁰ ALDERETE, Claudio Marcelo. **El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios**. Disponível em: <www.sajj.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em 30.05.2016.

con discapacidad, a partir de ello su participación plena e inclusión en la vida social, en todos sus aspectos”.

No Brasil, o objeto do novo instituto não se confunde com o da tutela e da curatela, que se destinam à regência de pessoas incapazes.

A incapacidade de que cuida a tutela decorre da tenra idade da pessoa, menor de 18 anos e que não esteja sob o poder familiar dos pais; já a curatela cuida da incapacidade de quem, sendo maior, está impossibilitado de reger, por si mesmo, assuntos existenciais e ou patrimoniais.¹¹

Diversamente da tutela e da curatela, que são medidas voltadas à proteção da pessoa incapaz, a tomada de decisão apoiada guarda nítidos traços tanto de proteção a direitos existenciais como patrimoniais da pessoa capaz que apresente alguma deficiência.

A curatela é imposta, ao passo que a tomada de decisão apoiada depende de manifestação da própria pessoa com deficiência; se a tutela e a curatela pressupõem a incapacidade de fato da pessoa vulnerável, seja em razão da tenra idade ou devido ao pouco ou nenhum discernimento, a tomada de decisão apoiada, por seu turno, pressupõe a capacidade de fato da pessoa a ser apoiada, pois é ela, pessoalmente, quem terá legitimidade processual para requerer tal medida. Assim, a pessoa com deficiência deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.

Trata-se de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, em que o interesse da pessoa com deficiência apoiado e dos dois ou mais apoiadores convergem para um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.

Diferentemente do que ocorre na curatela e na tutela, os apoiadores não representam ou assistem a pessoa do apoiado. Sua

¹¹ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 436.

atividade é a de coadjuvante na tomada de decisões, cujos controle e protagonismo concentram-se na pessoa apoiada¹².

Porém, o escopo do legislador italiano é um pouco diverso do brasileiro, pois visa a proteger a pessoa que não está apta para prover, por si mesma, os próprios interesses. Não se trata de pessoa inexperiente, mas de pessoa com dificuldade na execução das funções da vida cotidiana, em caráter permanente ou temporário, ou seja, que não pode gerir a si mesma, necessitando de auxílio, devido a alguma enfermidade, deficiência física ou psíquica.

Ortando, a pessoa beneficiada pela *amministrazione di sostegno* é incapaz, não necessariamente com alguma deficiência, ao contrário do Brasil, que reservou a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência capazes.

Retornando ao direito brasileiro, o termo de compromisso dos apoiadores em relação à pessoa apoiada deve ser tomado no bojo de um processo judicial de jurisdição voluntária, com intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, mesmo não havendo discussão sobre direitos de incapacidades. A legitimidade para deflagrar o processo é personalíssima da pessoa a ser apoiada.

A pessoa com deficiência e os apoiadores peticionarão conjuntamente ao juízo competente, apresentando termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito a vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (CC, art. 1.783-A, § 1º).

A lei não exige que o acordo indique termo final de vigência, embora nada impeça sua inserção.

¹² ROSENVALD, Nelson; A tomada de decisão apoiada. Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Coords. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 520.

Na específica situação em que o beneficiário do apoio esteja indevidamente sob curatela, com base nas normas materiais anteriores ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, será possível que o requerimento inaugural seja judicialmente apresentado por um familiar, ou mesmo pelo curador da pessoa a ser apoiada, sem prejuízo de ela própria requerer a providência ao juízo onde tramitou o processo de curatela¹³.

Não parece razoável a exigência legal mínima de dois apoiadores. Neste particular, andou bem o direito argentino, ao mencionar que o interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio.

Após ouvido o Ministério Público, constitui etapa obrigatória do procedimento de tomada de decisão apoiada a oitiva da pessoa apoiada e dos apoiadores pelo juiz, que deverá estar assistido por equipe multidisciplinar (CC, art. 1.783-A, § 3º).

Constatando que o termo de apoio atende aos interesses da pessoa com deficiência, o juiz proferirá decisão homologatória. Daí em diante, a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (CC, art. 1.783-A, § 4º).

O termo de apoio poderá contemplar atos da vida civil tanto de natureza existencial (envolvendo direitos da personalidade) como patrimonial.

Não se pode concordar com a afirmação de que “O beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo.”, o que levaria à conclusão de que os atos constantes do termo de apoio não poderiam ser praticados pela pessoa com deficiência sem a intervenção dos apoiadores¹⁴.

É que se assim fosse, a Tomada de Decisão Apoiada transmutar-se-ia em instrumento de limitação da capacidade civil da pessoa

¹³ ROSENVALD, nelson. A tomada de decisão apoiada, cit., p. 531.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de direito civil**, cit., p. 1913.

com deficiência, quando seu propósito é justamente o oposto. Ademais, se a pessoa com deficiência pode o mais (requerer a instituição e a extinção da Tomada de Decisão Apoiada), logicamente que pode o menos (praticar sozinha os atos constantes do termo de apoio).

Logo, a correta interpretação do § 4º indica que para os atos constantes do termo de apoio, não bastaria a intervenção dos apoiadores se estiver desacompanhada da manifestação de vontade da pessoa apoiada, o que de resto decorre da lógica do sistema, pelo que o dispositivo parece dispensável.

Uma outra diferença é que no direito italiano o administrador de apoio também pode ser nomeado para o interdito, para o inabilitado e para o menor. Lá, o decreto de nomeação do administrador de apoio estabelece a duração do encargo (como se de um mandato tratasse) e os atos que o beneficiário só pode praticar com a assistência do administrador, bem como os limites de despesas. Diferentemente do interdito e do inabilitado, o beneficiário da administração de apoio conserva a capacidade de agir para todos os atos que não requerem a representação exclusiva ou a assistência necessária do administrador de apoio, sob pena de anulabilidade.

Já no direito brasileiro, esse processo tem por pressuposto a capacidade civil da pessoa com deficiência, pois a pessoa apoiada é quem tem legitimidade processual exclusiva para deflagrá-lo, bem como para requerer em juízo, a qualquer tempo, a substituição dos apoiadores ou mesmo sua extinção (CC, art. 1.783-A, §§ 7º a 9º).

A pessoa com deficiência tem o direito potestativo de requerer a rescisão unilateral do acordo de apoio. Se a solicitação partir de um dos apoiadores, seu desligamento está condicionado à manifestação do juiz.

Se a pessoa com deficiência perder a capacidade durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada deverá ser extinta e concomitantemente ser requerida a curatela do incapaz.

5 Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na validade do casamento

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu relevantes alterações no direito de família, que vão além da curatela e da tomada de decisão apoiada.

No plano de validade do casamento, suprimiu uma hipótese de nulidade absoluta e modificou uma hipótese de anulabilidade, ao passo que a depender da linha interpretativa que se venha a adotar, também refletiu no plano de sua eficácia.

As causas de nulidade absoluta do casamento vêm tratadas no art. 1.548 do Código Civil:

“Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:
I – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
II – por infringência de impedimento.”

O inc. I, revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, previa a nulidade do casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, antes classificado como absolutamente incapaz.

Portanto, doravante a única causa de nulidade absoluta do casamento decorre de sua contração sem observância de um dos impedimentos taxativamente elencados no art. 1.521.

Resta à pessoa que não pode exprimir sua vontade a regra do art. 1.550, IV, que reputa anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. Para tanto, a ação de anulação do casamento por vício de manifestação de vontade deve ser ajuizada no prazo decadencial de 180 dias a contar da celebração do casamento, consoante o art. 1.560, I, do Código Civil.

Já no plano da eficácia, destaca-se a causa suspensiva do casamento prevista no art. 1.523, IV, segundo a qual não devem

casar o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

A finalidade da norma é coibir a celebração de casamento entre pessoas que estão em relação de ascendência e sujeição entre si, donde poderia surgir uma manifestação de vontade viciada.

Com essa causa suspensiva, o legislador pretende afastar um eventual prejuízo patrimonial dos tutelados ou curatelados, não devendo os tutores e curadores casar com os seus pupilos ou curatelados enquanto perdurar o múnus público ou enquanto não apresentarem regular prestação de contas. Assim evita-se que se exerça uma eventual pressão sobre a pessoa que está sob a direção de outra, bem como se obsta que se mascare uma eventual dilapidação do patrimônio alheio¹⁵.

Cessar, ordinariamente, a causa suspensiva pela extinção da tutela ou curatela, bem como pela regular prestação de contas em juízo.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi acrescentado ao Código Civil o art. 1.783-A, que prevê a tomada de decisão apoiada como instituto assistencial, a par da tutela e da curatela. O § 11 do art. 1.783-A determina que “Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes a prestação de contas na curatela.”

Tal previsão traz à lume a discussão de ser a tomada de decisão apoiada uma nova causa suspensiva do casamento entre apoiador e apoiado, durante sua vigência e até que haja a prestação de contas. O resultado dos debates acerca do assunto possivelmente dependerá de se analisar se o silêncio do legislador caracteriza-se como silêncio eloquente ou como mera omissão legislativa cuja lacuna pode ser colmatada pelas metanormas de integração, como pela analogia expressamente prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de direito civil**, cit., p. 1710.

A Infração ao inc. IV não atinge o plano da validade, portanto sem força de anular o casamento. Opera no plano da eficácia, impondo o regime da separação obrigatória o qual, de resto, pode ser afastado se o casal demonstrar a inexistência de prejuízo.

Outra implicação prática relevante decorrente do § 11 diz com a possibilidade de remuneração dos apoiadores. Isso porque o dispositivo remete à disciplina da curatela que, por sua vez, remete à disciplina da tutela, cuja norma do art. 1.752 do Código Civil prevê a possibilidade de remuneração do tutor, proporcionalmente ao patrimônio do tutelado.

Conclusões

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146, de 06.07.2015, alterou profundamente o sistema de incapacidades do Código Civil.

Ao procurar afirmar aquilo que já estava afirmado, ou seja, que deficiência não implica, necessariamente, em incapacidade, o novo cenário legislativo simplesmente transportou “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” do rol de absolutamente incapazes para o de relativamente incapazes, sem contudo mensurar as consequências jurídicas daí advindas.

Os atos praticados pelas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, deixam de ser nulos para serem meramente anuláveis, não mais podendo o juiz, de ofício, decretar a invalidade de atos e negócios jurídicos praticados em prejuízo a tais pessoas.

Os absolutamente incapazes gozam da proteção contra os efeitos deletérios da prescrição, que não corre contra si enquanto durar a situação de incapacidade absoluta. No entanto, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, como agora são consideradas relativamente incapazes, perderam essa proteção.

No direito de família, o casamento daquele que não pode consentir validamente não mais é nulo de pleno direito, sujeitando-se às regras de anulabilidade e aos prazos decadenciais inerentes.

Não se pode olvidar, contudo, os avanços trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que, com base na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, cuidou de reafirmar o modelo social.

Outro ponto digno de encômios foi a contemplação no ordenamento brasileiro do instituto da tomada de decisão apoiada, já conhecido pelo direito comparado, a exemplo do direito italiano e argentino.

O instituto reafirma a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a escolha e prática de atos de natureza tanto existencial como patrimonial e a permite, se assim entender necessário, requerer judicialmente apoio de duas pessoas idôneas e com as quais guarde vínculo.

Neste particular, porém, omitiu-se o legislador acerca da eficácia do casamento contraído entre um dos apoiadores e a pessoa apoiada, antes da cessação da tomada de decisão apoiada e da respectiva prestação de contas.

Referências

ALDERETE, Claudio Marcelo. **El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios.** Disponível em: <www.sajj.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em 30.05.2016.

ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato.** 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

BARASSI, Lodovico. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. GOYTISOLO, Ramon Garcia de Haro. Barcelona: JMB, 1955. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 189.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; **Manual de direito civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOMES, Orlando. Direito de família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Introdução ao direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada**. Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. Coords. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1.