

PERSPECTIVAS PARA A TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL EM MATÉRIA CONTRATUAL

PERSPECTIVES ON THE PROTECTION OF PERSONS WITH MENTAL DISABILITIES IN CONTRACTUAL MATTERS

Eduardo Nunes de Souza

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

*Os conselhos tendem a ser julgados geralmente
pelos resultados, e não pelas intenções.*

(Cícero - Att., 9.7a.1)

Resumo: Emancipar e proteger não parecem ser tendências plenamente conciliáveis no âmbito jurídico. Embora a proteção contratual da pessoa com deficiência mental comporte muitos mecanismos diferentes, há limites à liberdade negocial que se pode conferir a um indivíduo, na vida de relação, sem que para ele surjam deveres jurídicos correlatos. A invalidade negocial devidamente modulada pelo grau concreto de discernimento do indivíduo ainda se mostra, nesse sentido, um importante ponto de partida na tutela das pessoas com deficiência mental, caso se pretenda promover tal tutela sem prejuízo à segurança jurídica. Questiona-se, por outro lado, a utilidade de institutos como a tomada de decisão apoiada para uma efetiva tutela das pessoas com deficiência, nos termos em que se encontra atualmente disciplinado.

Palavras-chave: Contratos. Pessoa com deficiência. Incapacidade civil. Invalidade contratual. Curatela. Tomada de decisão apoiada.

Abstract: The urges to both emancipate and protect do not appear to be fully reconcilable in legal terms. Even though the contractual protection of mentally disabled persons might follow various mechanisms, there are limits to the negotiating freedom an individual can be allowed in a relational environment without having corresponding legal duties arise for them. The invalidity of the contract in such case, duly modulated by the concrete degree of discernment of the individual, still proves to be an important starting point in the protection of persons with mental disabilities, if one intends to promote adequate protection without harm to legal security. On the other hand, one might question the usefulness of categories such as the supported decision-making for an effective protection of the disabled person, considering the terms in which it is currently disciplined.

Keywords: Contracts. Person with disability. Civil incapacity. Contractual invalidity. Curatorship. Supported decision-making.

Sumário: **1** Introdução: o problema da proteção jurídica de contratantes vulneráveis – **2** A incompreensão sofrida pela incapacidade civil – **3** A solução oferecida pelo sistema de invalidades negociais – **4** Os (novos?) problemas suscitados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – **5** Síntese conclusiva

1 Introdução: o problema da proteção jurídica de contratantes vulneráveis

O contrato, dispõe o Código Civil francês, faz lei entre as partes.¹ A vetusta lição do *Code*, tão mitigada ao longo dos dois séculos a ela subsequentes, pode parecer um ponto de partida inadequado para um estudo contemporâneo sobre o direito contratual. De fato, a tradição romano-germânica evoluiu na direção de flexibilizar o princípio da obrigatoriedade dos pactos em prol da tutela de outros interesses, como o equilíbrio das prestações (sujeito às mais variadas vicissitudes supervenientes à estipulação da avença) ou a própria boa-fé objetiva. De outra parte, o princípio da autonomia privada, fundamento valorativo mais direto da regra *pacta sunt servanda*, foi amplamente funcionalizado à tutela de outros interesses juridicamente relevantes ao longo do tempo.² Em certa medida, a autonomia privada, em si considerada, tornou-se uma temática antiquada, e a obrigatoriedade dos pactos, seu reflexo menos atraente aos olhos de muitos estudiosos.

É, no entanto, a certeza de que os pactos devem, em princípio, ser cumpridos que serve de base, ainda e sempre, ao inteiro sistema normativo em matéria contratual. Mais do que isso, trata-se do grande problema subjacente à discussão, permanentemente atual, acerca da proteção de contratantes vulneráveis. De fato, apenas se cogita diuturnamente da necessidade de se *protegerem* certas pessoas em determinadas relações contratuais na medida em que se identifica no contrato uma *ameaça*: nomeadamente, aquela decorrente da força vinculante da declaração de vontade e dos mecanismos coercitivos que a ordem jurídica reconhece às partes para fazerem valer os efeitos negociais em caso de descumprimento. Em outros termos, quando se fala em proteção de contratantes, cuida-se da tutela das partes contra o efeito vinculante de suas próprias declarações de vontade – efeito este que, a despeito de seu caráter basilar na teoria geral dos contratos, pode se revelar, no caso concreto, contrário ao ordenamento pelos

¹ A regra se encontra atualmente prevista no art. 1.103 do Código Civil francês: “Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits”.

² Por todos, cf. RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 15.

mais variados motivos (ilustrativamente, desde um possível desequilíbrio superveniente da relação contratual até a eventual fragilidade da própria vontade declarada no momento de formação da avença).

Muitas categorias de contratantes (cujas vulnerabilidades,³ tão variadas quanto essas categorias, demandam disciplinas jurídicas bastante distintas) já ocuparam o centro das atenções da civilística e, eventualmente, retornam para essa posição: assim se pode dizer, por exemplo, sobre o consumidor, o aderente, o inquilino, o adquirente de imóveis, o mutuário, o empregado e muitos outros. Recentemente, retornou à ordem do dia uma das categorias há mais tempo tuteladas pelo direito civil: a das pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, as quais foram retiradas, na reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) em 2015, do rol de pessoas juridicamente incapazes. Os motivos para esse retorno são evidentes, e já eram sentidos pela doutrina anteriormente à reforma legislativa: a incapacidade prevista pela redação original dos arts. 3º do Código Civil não se mostrava suficiente para tutelar de modo adequado os contratantes com deficiências mentais, pois sempre era necessário graduar concretamente a capacidade do agente, de acordo com seu nível de discernimento.⁴ De fato, como se extrai de conhecida lição da doutrina civil-constitucional, os remédios devem ser adequados aos interesses protegidos,⁵ e o regime rígido e estruturalista previsto pelo Código Civil para as incapacidades parecia não dar conta da multiplicidade de deficiências (e respectivos graus de vulnerabilidade) que poderiam surgir em concreto.

A reforma, porém, tem sido bastante criticada, dadas as modificações drásticas, precipitadas e potencialmente desastrosas produzidas no sistema normativo

³ Sobre a expansão das acepções do termo *vulnerabilidade*, registra Carlos Konder que a expressão, “oriunda dos debates sobre saúde pública, hoje é utilizada no direito civil em suas mais diversas vertentes, do direito de família ao direito do consumidor. [...] No entanto, a proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, gera o receio de uma superutilização da categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. A falta de cuidado na definição de seus contornos científicos arrisca banalizar sua invocação, transformando-a de importante instrumento jurídico de alteração da realidade em mera invocação retórica, sem força normativa efetiva, processo que já foi alertado pela doutrina no tocante a conceitos igualmente importantes e abrangentes, como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana” (KONDER, Carlos. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, maio/jun. 2015. p. 101).

⁴ Particularmente em relação aos atos existenciais, cf., por todos, a lição de Ana Carolina Brochado Teixeira, antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Por se tratar de ato afeto à realização da dignidade humana, a subjetividade do agente deve ser valorizada o quanto for possível, isto é, de forma proporcional ao discernimento, que se torna uma condição material imprescindível para a validade da manifestação de vontade em situações jurídicas existenciais, pois demonstra independência da vontade, sem atuação de forças externas ou vícios de consentimento” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 160).

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 374.

da incapacidade civil⁶ (e tão premente se tornou essa crítica que acabou por obscurecer um sem-número de instrumentos de enorme valia previstos pelo EPD em prol da tutela das pessoas com deficiência, aos quais ainda não se conferiu, infelizmente, a devida atenção). Com efeito, como se buscará demonstrar a seguir, ao retirar a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica do rol de pessoas civilmente incapazes, o Estatuto caminhou na direção contrária da tutela de contratantes vulneráveis: passou a sujeitar plenamente tais pessoas aos efeitos vinculantes dos contratos por elas celebrados.

2 A incompreensão sofrida pela incapacidade civil

Em sua feição mais tradicional, a teoria das incapacidades – âmbito do direito civil em que o pensamento estruturalista sempre pareceu vigorar com particular força – costuma reduzir o problema da proteção de contratantes vulneráveis à criação de duas categorias essencialmente incomunicáveis: capazes e incapazes.⁷ Trata-se de uma inadmissível (mas historicamente consolidada) simplificação da questão, em particular quando a vulnerabilidade do agente decorre de deficiência intelectual ou psíquica. De fato, a complexidade da mente humana põe em xeque a antiquada noção segundo a qual a falta de discernimento afetaria do mesmo modo a aptidão para a realização de todo e qualquer ato da vida civil, sem qualquer distinção ou gradação; até mesmo as regras de experiência comum desafiam semelhante perspectiva, em uma mudança que já foi denominada “a revanche da vida” sobre as regras jurídicas.⁸

Nesse sentido, cresceram as preocupações acerca da grave intransigência da categoria clássica da incapacidade civil motivada por deficiência mental: de fato, se a incapacidade por razão etária ao menos oferece uma saída para o seu rígido sistema (a maioridade civil, que a extingue), o mesmo não se podia afirmar sobre a incapacidade que era atribuída às pessoas com deficiência mental, para as quais a restrição à prática pessoal de certos atos era tendencialmente permanente. A despeito de seu enorme potencial para exercer uma função protetiva, a incapacidade civil dessas pessoas, de acordo com certa interpretação, acabava por se degenerar em uma espécie de desconsideração do *status personae*, que aprisionava o indivíduo em um sistema despreparado para lidar com os diferentes

⁶ Ilustrativamente, cf. a edição atualizada de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 228.

⁷ Cuida-se aqui do raciocínio descrito por Stefano Rodotà como a “lógica binária da alternativa seca entre o sim e o não, entre a capacidade e a incapacidade” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Roma: La Feltrinelli, 2006. p. 28. Tradução livre).

⁸ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Roma: La Feltrinelli, 2006. p. 27.

graus de discernimento (e, portanto, de autonomia) que poderiam conviver com a deficiência psíquica ou intelectual.⁹

Não bastasse a invisibilidade política e a marginalização social que, lamentavelmente, acompanham as deficiências da mente,¹⁰ do ponto de vista jurídico a técnica das incapacidades permanecia alheia, até relativamente pouco tempo, à própria evolução da ciência. O codificador de 2002 ainda parecia convencido, em larga medida, da figura que o Código Civil anterior designava como *louco de todo gênero*, isto é, aquele indivíduo acometido de uma enfermidade mental manifesta e perigosa para terceiros – ou, na expressão das mais empoeiradas páginas da doutrina civilista, o *louco furioso*. Por trás de uma suposta naturalidade na caracterização da incapacidade ocultava-se uma escolha injusta, indesejável e desnecessária entre a restrição total ou a completa falta de proteção aos deficientes mentais – em verdade, muito mais creditável à rigidez do sistema do que à própria natureza da deficiência.¹¹

Esse radicalismo não era, a rigor, a única crítica que se podia desferir contra o antigo regime da incapacidade civil. Tradicionalmente, é possível constatar que o ordenamento jurídico cominava de invalidade o ato jurídico praticado por agente incapaz muito mais por prestar deferência à higidez da vontade negocial (pedra fundamental da teoria do negócio jurídico e valor máximo do direito civil moderno) do que propriamente em proteção à pessoa desse agente.¹² Alguns casos de incapacidade, aliás, tornaram-se célebres por serem francamente discriminatórios – pense-se no exemplo da mulher casada à luz do Código Civil de 1916, antes do

⁹ Nesse sentido, aduz Pietro Perlingieri: “O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781).

¹⁰ A questão da deficiência mental, não por acaso, também é objeto da filosofia política. A título meramente ilustrativo, cite-se a análise de Martha Nussbaum, que destaca como a tradição contratualista associa a respeitabilidade social à produtividade do indivíduo, bem como lembra a relevância da racionalidade para a própria noção de pessoa na tradição kantiana (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 156-160). A deficiência mental (*mental impairment*) não apenas exige a reconstrução da noção de acordo racional insita ao contrato social (*Ibid.*, p. 145-154) como também repercute em questões de reconhecimento e de distribuição de bens sociais (*Ibid.*, p. 168 e ss.).

¹¹ Como alerta Rodotà, “a loucura remete a uma alteração de uma normalidade cujas características são exatamente ditadas pela natureza”, de modo que “não seria, então, o direito a excluir, mas a natureza própria do sujeito ao qual se refere a exclusão” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Roma: La Feltrinelli, 2006. p. 28. Tradução livre).

¹² Assim, Planiol e Ripert, no direito francês, consideravam que os atos dos “alienados” não poderiam produzir efeitos porque lhes faltaria “o elemento essencial, aquele que lhe dá vida, a saber, a vontade de um ser inteligente” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: LGDJ, 1908. t. 1er. p. 659. Tradução livre).

advento do Estatuto de 1962.¹³ Todavia, como progressivamente se reconheceu, a associação exclusiva da incapacidade à supervalorização da vontade peca por um injustificável maniqueísmo. Ainda que a desmesurada proteção ao querer individual fosse uma das motivações precípuas da teoria clássica das incapacidades, a doutrina há muito consolidou uma mudança de perspectiva em direção à proteção da pessoa do declarante.¹⁴ E não poderia ser diferente no direito civil contemporâneo, em uma ordem constitucional que institui como valor máximo a tutela da dignidade humana.

Nesse diapasão, a restrição à autonomia criada pela invalidade negocial decorrente da incapacidade civil pode ser concebida, não como escolha discriminatória ou arbitrária, mas como medida protetiva. Como acontece, em linhas gerais, em todas as searas da interpretação funcional-axiológica do direito, trata-se de uma escolha do intérprete: ancorar a aplicação de certo instituto a valores que, no passado, foram particularmente protegidos pelo ordenamento, ou atualizar esse substrato valorativo, de modo a permitir que a mesma estrutura (também) se oriente em prol de novos interesses juridicamente relevantes. Nesse cenário, a doutrina mais atenta ao projeto personalista da ordem constitucional brasileira, reconhecendo o imperativo de tutela da pessoa em sua concreta vulnerabilidade, já identificava a necessidade de se graduar a categoria da incapacidade civil, respeitando-se, tanto quanto possível, a autonomia individual, particularmente em matéria existencial.¹⁵ Cresciam, nesse sentido, as propostas de ampliação da autonomia reconhecida aos incapazes, inclusive (e em especial) às pessoas com deficiência mental, evitando-se o paternalismo desnecessário e comumente injusto que tantas vezes desconsiderava por completo a vontade do incapaz.¹⁶

¹³ A Lei nº 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, modificou o art. 6º do Código Civil de 1916 para suprimir seu inc. II, retirando assim a mulher casada do rol de pessoas relativamente incapazes. A incapacidade da mulher casada já era criticada pela doutrina mais tradicional, que considerava, ainda sob a perspectiva da desigualdade dos cônjuges no casamento, que, “se os cônjuges são chamados a exercer funções diferentes na vida da família, não há, nessa circunstância, razão para se estabelecer a inferioridade de um deles” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 94).

¹⁴ No ponto, é imprescindível a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Essa era a ideia fundamental que o inspirava, e acentuá-lo ainda é de suma importância para a sua projeção na vida civil” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 228). No mesmo sentido, RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 39.

¹⁵ Propunha, por exemplo, Pietro Perlingieri a respeito do sistema italiano, em lição de grande influência sobre a doutrina brasileira, “privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’. Quando concretas, possíveis, ainda que residuais, faculdades intelectuais e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício das expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781-782).

¹⁶ “Trata-se agora de reconhecer esse andamento irregular da vida, substituindo um direito que já decidiu uma vez por todas por uma disciplina que reconhece e acompanha a variedade das situações concretas,

Diante disso, é plenamente possível considerar que os contratos celebrados por pessoas incapazes são inválidos porque a tentativa de revesti-los de tutela e exigibilidade jurídica em benefício da outra parte poderia colocar em risco o patrimônio do incapaz, sua subsistência ou a de seus responsáveis legais. Isso porque, como se sabe, a capacidade civil está indissoluvelmente ligada à responsabilidade do agente.¹⁷ Esse princípio, que permeia o inteiro ordenamento civilista, parece ter sido esquecido nos últimos anos, ainda que em prol de uma justificada preocupação acerca dos excessos do paternalismo normativo a respeito de certos grupos de pessoas vulneráveis. O excesso oposto, porém, mostra-se igualmente preocupante, na medida em que poderia resultar na criação de uma categoria de pessoas capazes absolutamente irresponsáveis por seus atos.

Nesse contexto, mostrava-se cada vez mais forte o clamor doutrinário pelo recurso ao critério do *discernimento* como parâmetro legitimador do exercício da autonomia por pessoas incapazes.¹⁸ Se a incapacidade, assim, não produz resultados tão adequados do ponto de vista valorativo, a noção de discernimento parecia (e, a despeito da reforma normativa, ainda parece) ser o fiel da balança na modulação do regime de invalidade de atos de autonomia privada praticados por incapazes – perspectiva que, se bem compreendida, pode resultar até mesmo na plena validade dos atos concretamente considerados, desde que as peculiaridades funcionais do caso assim autorizem, em um juízo minucioso de merecimento de tutela.¹⁹

fazendo de vez em quando emergir aquelas nas quais pode assumir relevo a vontade da pessoa que, de outra forma, seria reputada incapaz. [...] Nasce, assim, um direito fático, que não afasta de si a vida, mas busca penetrá-la; que não fixa uma regra imutável, mas desenha um procedimento para o contínuo e solidário envolvimento dos sujeitos diversos; que não substitui à vontade do 'débil' o ponto de vista de um outro (como quer a lógica do paternalismo), mas cria as condições para que o 'débil' possa desenvolver um ponto de vista próprio (segundo a lógica do apoio)" (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Roma: La Feltrinelli, 2006. p. 28. Tradução livre).

¹⁷ Na lição precisa de Maria Celina Bodin de Moraes: "A consequência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o *autor* de seus próprios atos, devendo em consequência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade)" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 192. Grifos do original).

¹⁸ "O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. [...] Quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos. [...] O exercício da liberdade – e com ela a responsabilidade – está condicionado, no âmbito do direito, à capacidade, a qual por sua vez se funda no discernimento, na racionalidade do sujeito" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 192-193). No mesmo sentido: "O discernimento é relevante para que possa garantir um agir livre, voluntário, para que a pessoa possa escolher segundo seu melhor interesse, sem pressões externas" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 161).

¹⁹ A respeito, afirma-se que, até mesmo em atos existenciais, "[...] deve ser dada ao incapaz a possibilidade de participar, contribuindo pessoalmente com a sua vontade, se verificado, no caso concreto,

Chega a ser curioso, registre-se, que boa parte da doutrina especializada no regime jurídico das pessoas com deficiência mostre-se reticente ao uso do termo *discernimento*, muito embora não consiga abandoná-lo de modo satisfatório. Evidentemente, como conceito jurídico indeterminado, a ideia de discernimento comporta certo número de acepções distintas. Afirma-se criticamente, por exemplo, que o critério do discernimento prejudicaria a adequada tutela da dignidade humana, na medida em que imporá ao indivíduo agir sempre de modo coerente e fazer sempre escolhas racionais, em uma perspectiva excessivamente medicalizada e heterônoma da vida.²⁰ Nesse sentido, apenas deveria ser considerada a possibilidade concreta de se exprimir, e não o “discernimento”, isto é, a racionalidade ou razoabilidade do ato de autonomia.

O problema, porém, não é insolúvel: para boa parte da doutrina civilista, a noção de discernimento jamais propôs um juízo valorativo acerca da qualidade das escolhas feitas pelo declarante, simplesmente exigindo que esse mesmo declarante pudesse ter consciência das repercussões advindas de seu ato (e pudesse ser responsabilizado por elas sempre que tais repercussões atingissem interesses alheios).²¹ Em outros termos, no plano patrimonial, jamais se propôs proteger o contratante contra um “mau negócio”; no que diz respeito à autonomia existencial, não se cuida de impedir a pessoa de praticar atos acráticos.²² Em matéria de proteção de contratantes vulneráveis a partir da restrição do exercício de sua autonomia, a tradição no direito civil é a de exigir consciência e liberdade de

discernimento bastante. Não há absoluta substituição do representado pelo representante [...]. Com efeito, a representação legal, embora deva ser vista em uma nova perspectiva, qual seja, a de respeitar a vontade do incapaz nas situações que lhe disserem respeito pessoalmente, sempre que o seu grau de discernimento permitir, ainda é útil, desde que usada apenas em caso de necessidade e em benefício do incapaz” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais: o exemplo da capacidade civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. II. p. 224-225. Coleção Direito UERJ 80 Anos).

²⁰ O argumento é analisado criticamente, entre outros, por MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia D'Alge Mont'Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, 2017. p. 577 e ss.: “O núcleo da autonomia está fundado, então, não na necessidade de sempre fazer escolhas corretas a partir da liberdade garantida; mas, sim, na possibilidade de decidir, de acordo com sua própria personalidade, ainda que a consequência desta decisão seja negativa sob a perspectiva do outro. [...] A definição de capacidade, cujo pressuposto é o reconhecimento de discernimento, fundada na idade, origina-se muito mais de concepções políticas e culturais do que da autonomia, bem como da visão que imputa ao indivíduo a responsabilidade por todas as suas ações, criando um espectro de necessidade de tomada de decisões socialmente corretas”.

²¹ Assim, por exemplo, destaca Ana Carolina Brochado Teixeira que o discernimento é responsável por indicar que o indivíduo agiu intencionalmente, com entendimento e sem influências externas controladoras que determinem sua ação (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 161).

²² O tema é cuidadosamente desenvolvido, à luz da metodologia civil-constitucional, por BODIN DE MORAES, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

escolha quanto aos efeitos que serão produzidos, e não razoabilidade na escolha desses efeitos. Em um exemplo prático, o contratante que tenha sido vítima de lesão (art. 157 do Código Civil) pode anular o negócio não por ter simplesmente se obrigado a uma prestação manifestamente desproporcional, mas sim, e antes de tudo, por ter contratado por inexperiência ou sob premente necessidade, circunstâncias que interferiram de modo indevido na sua liberdade de escolha.²³

Crítica-se, ainda, o discernimento como critério excessivamente abstrato, facilmente confundido com a existência ou não da própria deficiência e dificilmente reconduzido às nuances cognitivas apresentadas concretamente pelo indivíduo.²⁴ Embora a crítica se revele da maior relevância, o problema não é, de nenhum modo, insuperável. De fato, uma das premissas da análise funcional e sistemática do direito é a atenção ao caso concreto, que complementa o dado normativo, com o qual exerce uma relação de mútua interferência.²⁵ Como se afirmou anteriormente, à luz da redação original do Código Civil de 2002, parte significativa da doutrina celebrava a adoção do critério do discernimento pelo legislador, justamente porque viabilizava dosar, em concreto, se e em que medida o indivíduo dispunha do discernimento especificamente necessário para a prática de determinado ato – adaptando-se, assim, o remédio aplicável à *fattispecie* de acordo com o resultado dessa investigação.

Não se propunha (e não se propõe), nesse sentido, uma substituição *tout court* dos índices normativos da incapacidade civil pelo critério do discernimento – e muito menos, por outro lado, pela simples atribuição de liberdade negocial ir-restrita a pessoas com discernimento reduzido.²⁶ De fato, a garantia de autonomia privada conferida ao indivíduo pela ordem jurídica nasce geminada à imposição de limitações e deveres. Assim, tanto pessoas plenamente capazes quanto aquelas às quais falta a capacidade de fato não encontram no sistema, como por vezes

²³ Para um desenvolvimento dessa afirmativa a partir da perspectiva de modulação das consequências da invalidez decorrente da lesão, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 331-332, em que se teve a oportunidade de destacar que o instituto, embora situado entre os defeitos negociais, diz mais respeito à proteção de uma vulnerabilidade socialmente relevante do que à simples higidez da vontade.

²⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARRETO, Júlia D'Alge Mont'Alverne. A insuficiência do modelo abstrato de capacidade civil frente à autonomia: possibilidade do adolescente formular diretiva antecipada de vontade. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 3, 2017. p. 581.

²⁵ A respeito, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014, *passim*.

²⁶ No direito italiano, por exemplo, afirma-se que, “ainda que o sistema não tenha abandonado a fundamental distinção entre sujeito capaz e incapaz, tende-se a favorecer soluções majoritariamente ligadas às situações singulares, [...] também introduzindo institutos novos, nos quais a intervenção do juiz se dá em grau de avaliar a solução melhor para o sujeito a ser tutelado, com a menor limitação possível da sua capacidade de agir” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: Cedam, 2015. p. 289. Tradução livre).

se supõe, um limite externo e discricionário à sua autonomia. Ao contrário, em perspectiva civil-constitucional, a liberdade é tutelada pela ordem jurídica apenas *porque e na medida em que* é exercida de acordo com os valores do próprio sistema – o que não se traduz, por outro lado, em qualquer desprestígio à autonomia privada, uma vez que a própria liberdade consiste em valor com *status* privilegiado no ordenamento.²⁷

Particularmente no que tange às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, às quais o Código Civil originalmente atribuía a incapacidade civil (absoluta ou relativa), vale destacar que sua autonomia sempre foi maior, por exemplo, do que aquela conferida aos incapazes em decorrência da menoridade. Isso porque, ao contrário do que ocorre com os menores, cujos atos praticados sem representação ou assistência podem ser declarados inválidos sem grande dilação probatória (funcionando o critério etário como prova pré-constituída da ausência ou redução de discernimento, ressalvados certos atos personalíssimos), a invalidade dos atos das pessoas com deficiência mental, segundo a interpretação mais consentânea com os valores do sistema, nunca decorreu da deficiência *per se*. Ao revés, nesses casos, antes de declarar a invalidade de certo negócio, impunha-se ao magistrado uma declaração prévia: a de que estava verificada uma efetiva causa de incapacidade, após a análise do grau de deficiência psíquica ou intelectual.²⁸

Nessa perspectiva, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que jamais viesse a ser interdita praticava, em princípio, todos os atos da vida civil sem representação ou assistência e de modo válido. Após a sentença de interdição, *a fortiori*, menos ainda decorria a invalidade da simples deficiência, e sim do descumprimento da determinação judicial de que os atos do curatelado fossem acompanhados pelo curador. Este parece ser o verdadeiro conteúdo do *caput* do art. 3º do Código Civil, em sua redação original, quando explicitava quais pessoas eram incapazes “de exercer *pessoalmente* os atos da vida civil”: o exercício de tais atos acarretava sua nulidade quando feito pessoalmente, isto é, sem o intermédio

²⁷ Segundo Pietro Perlingieri, a autonomia apenas merece tutela se exercida de forma a promover os princípios do ordenamento (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 342). Em sentido parcialmente diverso, mas não incompatível com tal entendimento, o presente estudo parte do pressuposto de que o ato de autonomia privada, desde que não viole a axiologia do ordenamento jurídico (portanto, desde que lícito e não abusivo) será, em princípio, tutelado, ainda que não promova especificamente nenhum interesse supraindividual, de modo que a autonomia pode, sim, ser considerada um valor juridicamente relevante em si mesmo.

²⁸ Destaca a doutrina que a sentença de interdição fornecia prova pré-constituída da incapacidade para fins de facilitar a invalidação dos atos posteriores a ela, de modo que, aos interessados em invalidar atos anteriores, fazia-se necessário provar a existência da deficiência mental ao tempo do ato (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V. p. 570).

de representante.²⁹ Ao menos quanto às pessoas interditadas, portanto, a invalidade dos atos por elas praticados pessoalmente parecia decorrer, em grande medida, desse vício de representação. Essa se afigurava a interpretação mais adequada, sendo certo que a perspectiva segundo a qual a invalidade nesses casos decorria de uma atitude discriminatória quanto à deficiência do agente nunca foi a única explicação possível, nem a mais adequada ao sistema.

Essa diferenciação entre a incapacidade decorrente da menoridade e a antiga causa legal de incapacidade decorrente de deficiência psíquica ou intelectual, longe de ser bizantina, mostra-se de crucial relevância prática. A representação (e, analogamente, a assistência) do menor de idade é dita (meramente) *legal* porque decorre da simples incidência da norma jurídica sobre a hipótese fática, a saber, a idade do agente. Dispensa-se a intervenção judicial, em regra, para a constituição dessa representação ou assistência, que é conferida por lei aos pais da criança ou do adolescente na normalidade dos casos.³⁰ Apenas na necessidade de nomeação de tutor a representação se torna *judicial* e passa a depender de provimento do magistrado para a sua constituição. Isso implica dizer que, em regra, a invalidade dos atos praticados por menores sem representante ou assistente é objetivamente cognoscível pela generalidade das pessoas, de modo que a relevância da apreciação judicial residirá, sobretudo, na identificação de interesses concretos que justifiquem alterar o regime geral da invalidade.

Por seu turno, no caso da incapacidade decorrente de condição psíquica ou intelectual do agente, a necessidade de participação de representante ou assistente na prática do ato sempre ofereceu grande insegurança. Nesses casos, sempre se entendeu que a representação não seria legal, mas sim *judicial*:³¹ seria necessário que ao incapaz fosse conferido pelo juiz um curador, por meio do procedimento denominado *interdição*.³² Antes da nomeação do curador, os

²⁹ Tese já sustentada anteriormente em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016.

³⁰ “[A] representação dos incapazes pode dar-se automaticamente, quando em razão da relação de parentesco ocorrem as hipóteses legais dela: em tais casos (poder familiar, tutela legal), o representante do incapaz não necessita, para sê-lo, de qualquer ato de investidura ou designação; ou pode verificar-se por nomeação ou designação da autoridade judiciária; nestes casos (tutela dativa, curatela e ausentes), o representante adquire esta qualidade em razão de um ato judicial, e só em função dele é que se legitima a representação” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 229).

³¹ A rigor, tanto a representação do menor por seus pais quanto a representação do curatelado pelo curador constituem hipóteses de representação legal, por oposição à representação convencional. No entanto, as hipóteses de representação cuja constituição depende de provimento do juiz denominam-se frequentemente *judiciais* (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina *et al.* *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. I. p. 235).

³² “O que é fundamental no estabelecimento da curatela é que, em caso de tutela, é sempre a menoridade e a falta de pai ou mãe que indicam a necessidade de se estabelecer um vínculo tal. Nos outros casos

atos praticados pelo incapaz não careciam, na prática, da participação de terceira pessoa e, assim, acabavam sendo reconhecidos como válidos na maior parte dos casos, notadamente quando a condição psíquica da pessoa não fosse notória.³³ A rigor, portanto, a própria incapacidade era objeto de dúvida antes da constituição da curatela:³⁴ justamente porque a deficiência tende a não oferecer o mesmo grau de certeza que o critério etário – sendo evidente, ademais, que a deficiência psíquica ou intelectual comporta, em regra, diversos graus nem sempre simples de se diferenciar –, apenas com a sentença de interdição passava a haver certeza quanto à incapacidade.³⁵

Essa advertência revela-se da maior importância para se afastar a concepção, muito encontrada em doutrina, segundo a qual o Código Civil em vigor, na sua redação original, confundia a deficiência mental com o próprio *status* da incapacidade.³⁶ A rigor, já no regime anterior boa parte da doutrina considerava que era a incapacidade o conceito relevante para o direito civil, de tal modo que a deficiência mental nada representava juridicamente sem que estivesse acompanhada do reconhecimento formal da eventual incapacidade civil dela decorrente, preferencialmente a partir da prova pré-constituída proporcionada pela interdição.

de incapacidade não é possível saber se o incapaz verdadeiramente o é, sem previamente se instruir um processo cujo objetivo é obter uma sentença constitutiva de curatela. A este processo chama-se processo de interdição; através dele o magistrado procura conhecer da existência ou inexistência das causas de incapacidade previstas na lei. Obtida a decisão a respeito da incapacidade é que se estabelece a situação legal que dá lugar à curatela [...]” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 440).

³³ “A possibilidade de anular-se o negócio jurídico, ultimado com o amental não interdito, decerto representa um elemento de insegurança, inconveniente para a vida social” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 45).

³⁴ Ao ponto de alguns autores entenderem que “[A] inclusão dos amentais no rol dos absolutamente incapazes depende [...] de um processo de interdição” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 44). No direito italiano, também se afirma que, “sem a declaração judicial [de interdição], o sujeito conserva a capacidade de fato mesmo se for deficiente mental” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2002. v. I. p. 250). Idêntica posição é expressada no direito português por ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. I. p. 154.

³⁵ É nesse sentido que adverte Caio Mário da Silva Pereira: “A apuração prévia da incapacidade influi na sistemática da prova: os atos daquela pessoa declarada incapaz são ineficazes, porque o estado de incapacidade proclamado dispensa a pesquisa do discernimento, enquanto a arguição de sua invalidade, sob fundamento de ser o agente portador de uma deficiência psíquica grave no momento de sua prática, requer do interessado a prova dessa circunstância” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 227-228).

³⁶ Afirma-se, inclusive, com frequência que “a principal contribuição do Estatuto do Deficiente constitui a desidentificação do deficiente com o incapaz. Trata-se do uso da lei na sua função promocional, com vistas a não discriminação” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais: o exemplo da capacidade civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. II. p. 178. Coleção Direito UERJ 80 Anos). No mesmo sentido, REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, jan./mar. 2016.

A antiga noção de *incapacidade natural*, invocada por alguns autores para representar a condição de fato da pessoa antes da constituição da dita incapacidade legal pela sentença de interdição,³⁷ já não se considerava uma categoria autônoma no direito brasileiro.³⁸

Portanto, no regime original do Código Civil de 2002, sempre que a incapacidade decorresse de deficiência mental, cabiam ao intérprete duas funções centrais: a de verificar a existência concreta da causa de invalidade (a incapacidade) e a de modular essa invalidade em atos já praticados pelo incapaz e eventuais atos futuros praticados por ele sem o curador. Embora não correspondesse a um entendimento unânime, esta parecia ser a interpretação mais plausível para o tema, em uma perspectiva civil-constitucional.³⁹ Assim, a doutrina mais atenta, mesmo antes da reforma no sistema das incapacidades operada pelo EPD, já destacava como era relevante que o magistrado restringisse a necessidade de participação do curador aos atos cuja natureza exigisse discernimento do agente que se encontrasse prejudicado pela sua condição psíquica ou intelectual.⁴⁰ Em atenção à autonomia do incapaz, já se propunha, independentemente do texto legal, que os termos da curatela se limitassem aos atos por cujas consequências a pessoa com deficiência não pudesse ser efetivamente responsabilizada.⁴¹

³⁷ Por todos, cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 154.

³⁸ “Alguns escritores fazem distinção entre incapacidades naturais e incapacidades arbitrárias, ou puramente legais; as primeiras correspondentes a um estado físico ou intelectual da pessoa; as segundas, ditadas por uma organização técnica das relações jurídicas. No direito brasileiro entendemos que não há lugar para a distinção. Toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota [...]. O que é necessário frisar é que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta da coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo e a hipótese jurídica da *capitis deminutio* definida na lei” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 226-227).

³⁹ Nesse sentido, no direito italiano, sustenta-se ser necessário “diferenciar os estatutos protetivos da pessoa e, portanto, [...] graduar de modo oportuno a sua incapacidade. O decreto judicial de interdição [...], ao determinar a extensão e os limites da incapacidade, o regime de tutela e de proteção, poderá, por exemplo, reconhecer tanto uma idoneidade para realizar os atos de pequena e cotidiana administração [...] quanto uma idoneidade para a realização dos atos de natureza existencial. Isso naturalmente não exclui a intervenção *a posteriori* do juiz, isto é, depois da realização do fato; essa intervenção tende a verificar, caso a caso, a capacidade intelectual e volitiva. Investigação esta, que deverá ser coordenada com a gradação da capacidade verificada e declarada *a priori*” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 785).

⁴⁰ Essa é a lição de Sílvio Rodrigues: “tanto no despacho que nomeasse administrador provisório como na sentença que decretasse a interdição, o juiz, tendo em conta o estado mental do psicopata, em face das conclusões da perícia médica, determinaria os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando assim a incapacidade relativa ou absoluta do doente mental” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 47). No mesmo sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 569; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: GEN, 2015. p. 1292; 1295.

⁴¹ Trata-se, em verdade, de tendência verificada também em outros ordenamentos. Como destaca Alberto Trabucchi, à noção de irresponsabilidade protetiva do incapaz tem-se somado a tendência cada vez maior de valorizar sua autonomia na medida do possível: “A visão moderna da vida tem influenciado profundamente

A doutrina também ressaltava, antes do advento do EPD, que o Código Civil de 2002 realizou importante avanço em prol da autonomia das pessoas com deficiência quando, inovando em relação à codificação anterior, previu que a deficiência psíquica ou intelectual poderia acarretar tanto incapacidade absoluta quanto relativa. De fato, na redação original, o art. 3º, II, previa a incapacidade absoluta para as pessoas que, “por enfermidade ou deficiência mental”, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil, ao passo que o art. 4º, III, considerava relativamente incapazes os “excepcionais”, isto é, pessoas sem desenvolvimento mental completo.⁴² Apesar das críticas à terminologia empregada pelo legislador,⁴³ fato é que o Código Civil parecia sinalizar no sentido de permitir ao intérprete uma progressiva gradação do rigor da invalidade dos atos praticados por tais pessoas sem participação de curador de acordo com suas condições concretas,⁴⁴ particularmente ao invocar a noção de discernimento para a caracterização da própria incapacidade.⁴⁵

o modo de valorar as intervenções da mão pública no que tange aos deficientes mentais. Da rígida concepção precedente, que se limitava à proteção conexa à declaração de incapacidade de fato e à incidência de irresponsabilidade, hoje abre-se a soluções que visam a valorizar o sujeito de direitos referente ao paciente a tutelar” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: Cedam, 2015. p. 288. Tradução livre).

⁴² A respeito da redação original do Código Civil de 2002, comentava Caio Mário da Silva Pereira: “O que se compreendia do ora revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, como causa de incapacidade absoluta, era a deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que fosse a razão: moléstia no encéfalo, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente etc. – atingindo os centros cerebrais e retirando do paciente a perfeita avaliação dos atos que praticava. [...] No entanto, a referência à ‘deficiência mental’ encontrava-se também presente no art. 4º, que trata da incapacidade relativa. *Ou seja, dependendo do grau de deficiência a ser verificado por perícia médica, entendia-se ser o caso de incapacidade absoluta ou relativa*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 232-233. Grifou-se).

⁴³ Em defesa das críticas dirigidas, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, à terminologia da lei (que chegava ao extremo de aludir a “loucos de todo gênero”), a advertência de San Tiago Dantas não deve ser ignorada: “A lei não deve de maneira nenhuma esposar termos técnicos que variam entre autores, deve procurar as expressões que já estão radicadas na consciência comum. Os técnicos depois encaixarão certos casos sob estas rubricas gerais. A lei não foi feita para escritores, foi feita para que o povo a entenda e para que o juiz saiba o que quis dizer o legislador” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. I. p. 140).

⁴⁴ Aduz Caio Mário da Silva Pereira: “As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas graduava a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos [...]; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil [...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 228-229).

⁴⁵ Mesmo à luz da lei anterior já se defendia que “[A] condição real de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquele considerado civilmente incapaz. De fato, o discernimento é critério imprescindível, inclusive na definição da incapacidade. [...] Mais difícil é a defesa da consideração da vontade do incapaz por motivo de enfermidade. Isto porque é justamente a falta de discernimento que determina a incapacidade. [...] Assim, poderá a avaliação pericial definir se há algum grau de discernimento quanto às situações pessoais e nestes termos definir os limites da curatela” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 130. Grifou-se).

As considerações anteriores importam para demonstrar que a disciplina legal anterior à reforma do sistema das incapacidades não impunha entraves à política de inclusão buscada pelo EPD e, antes dele, já pela Convenção de Nova York.⁴⁶ Não se verificava, tampouco, qualquer intuito discriminatório na previsão da incapacidade do agente. De fato, as causas legais de incapacidade consistem em mera presunção abstrata de inadmissibilidade dos efeitos potenciais do ato;⁴⁷ no caso das pessoas com deficiência mental, como visto, segundo a doutrina mais atenta, essa presunção não decorria da simples condição de saúde do agente. Ao contrário, para a interpretação mais consentânea com o sistema, a invalidade apenas restaria configurada se a pessoa com deficiência, judicialmente interditada e sujeita à curatela, agisse sem o curador – ou na excepcional hipótese em que o interessado conseguisse comprovar que a deficiência era tamanha a ponto de afetar o consentimento da pessoa não interditada. Nessa perspectiva, resulta infundada a associação, já realizada em doutrina, entre o *status* jurídico do interditado e o estigma social imposto à pessoa com deficiência mental.⁴⁸ De fato, creditar a grave discriminação social dirigida contra essas pessoas à designação jurídica que lhes era conferida consiste em injustificável simplificação do problema.

A despeito desses fundamentais avanços dogmáticos, premido pelo crescente despertar da comunidade internacional a respeito da situação das pessoas com deficiência mental, recorreu o legislador brasileiro, em busca de promover a inclusão social dessas pessoas, a uma solução tão radical e inapropriada quanto aquela que havia sido adotada pelo codificador, embora voltada à direção diametralmente oposta: reformando o sistema das incapacidades, estipulou, com o advento do EPD, que essas pessoas passariam a ser consideradas plenamente capazes na ordem civil. Movido por um nobre propósito, tomou a doutrina civilista de assalto, ao modificar um dos pilares da teoria geral do direito civil sem adotar a cautela e a técnica necessárias para uma empreitada desse porte – com repercussões cujos exatos contornos apenas a prática quotidiana poderá demonstrar.

⁴⁶ Parecem simplificar excessivamente a questão, nesse sentido, as proposições doutrinárias que sustentam que a incorporação da Convenção de Nova York ao sistema brasileiro, com *status* constitucional, já teria, por si só, revogado as disposições do Código Civil, atendo-se à mera literalidade do art. 12 da Convenção (que atribui capacidade legal plena às pessoas com deficiência) e não ao seu escopo valorativo. Note-se que o próprio EPD manteve no sistema brasileiro a figura da curatela, a qual não deixa de ser uma restrição à capacidade civil, evidenciando a preocupação quase exclusivamente terminológica da Convenção.

⁴⁷ Cf., a respeito, o item 3, *infra*.

⁴⁸ Afirma-se com frequência, por exemplo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência procurou “evitar os termos ‘incapacidade’ e ‘interdição’, que geravam estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual, pois toda pessoa é capaz e suscetível de direitos, podendo ser suprida sua incapacidade intelectual de fato por meio da curatela” (OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 18 abr. 2016).

3 A solução oferecida pelo sistema de invalidades negociais

Conforme se afirmou anteriormente, o problema da tutela jurídica de contratantes vulneráveis diz respeito, antes de tudo, a evitar que essas pessoas possam se considerar juridicamente vinculadas aos termos de sua própria declaração de vontade – em outros termos, evitar que o contrato produza (total ou parcialmente) efeitos juridicamente relevantes ou, ao menos, que produza os efeitos que estava destinado a produzir.⁴⁹ Evidentemente, esta não é a única forma de tutela possível, sendo desejável a criação de outros tipos de remédios, ainda mais adequados às vulnerabilidades de cada categoria de contratante. Em geral, essa segunda ordem de proteção atuará supervenientemente sobre a eficácia já produzida pelo contrato, modificando-a: o contratante vulnerável, neste caso, tem a prerrogativa de reduzir os ônus que o negócio lhe acarretou ou, até mesmo, de extinguir a avença após permanecer certo tempo vinculado. Trata-se, em outros termos, da possibilidade de revisão ou extinção do contrato pela parte vulnerável prejudicada, em hipóteses particulares nas quais a outra parte (que não ostenta igual vulnerabilidade) não poderia deduzir semelhantes pretensões.

Assim, por exemplo, o locatário pode denunciar o contrato de locação com maior liberdade do que o locador (art. 4º da Lei nº 8.245/1991), fazendo cessar os efeitos do contrato; diferentemente do fornecedor, o consumidor pode revisar os termos contratuais se ocorrer qualquer circunstância superveniente que torne as prestações excessivamente onerosas, modificando a eficácia contratual (art. 6º, V da Lei nº 8.078/1990); e assim por diante. Tais medidas, porém, por interferirem drasticamente na autonomia privada das partes,⁵⁰ consistindo em instrumentos bastante sofisticados de promoção da isonomia substancial no contrato (em outros termos, as doses exatas de tutela demandadas pelo tipo de vulnerabilidade de cada categoria de contratante), apenas costumam ser implementadas de modo seguro pela via legislativa. Sua construção hermenêutica, sobretudo em matérias

⁴⁹ Sobre o papel das invalidades negociais para a proteção de vulnerabilidades dos declarantes, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, item 3.5.

⁵⁰ De fato, é tradicional no direito civil (embora, em certa medida, questionável) a concepção segundo a qual a vinculação das partes a determinado regulamento de interesses que seja diverso, ainda que minimamente, daquele por elas pretendido corresponde a uma intervenção muito mais drástica sobre sua autonomia do que o desfazimento integral do negócio. Nesse sentido, afirma-se que “a revisão, não obstante represente uma afronta mais grave ao espírito liberal e individualista dos séculos XVIII e XIX, mostra-se, muitas vezes, como a solução mais adequada ao real interesse das partes” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Ir*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV. p. 219).

como a tutela de pessoas com deficiência (a respeito das quais a doutrina não se mostra minimamente pacificada), tende a ser, ao menos de início, pouco viável.⁵¹

Subjaz a essa dificuldade a própria resistência inicial do jurista a admitir instrumentos excessivamente paternalistas contrapostos ao exercício da autonomia privada. Nesse sentido, é interessante observar que mesmo os defensores de uma simbiose possível entre paternalismo e autonomia (como na vertente do chamado “paternalismo libertário”)⁵² propõem medidas jurídicas e políticas públicas voltadas a incentivar escolhas individuais potencialmente vantajosas para os particulares (evitando escolhas ineptas sem, contudo, suprimir a liberdade individual de fazê-las),⁵³ mas não costumam dedicar maior atenção à eventual mitigação das consequências de escolhas desvantajosas (como a possibilidade de um contratante vulnerável vincular-se menos estritamente ao negócio do que o contratante comum). Nesse cenário, a construção de remédios específicos, fortemente interventivos sobre a autonomia privada, acaba dependendo em larga medida da intervenção legislativa (e mesmo o legislador enfrenta grande resistência em implementar esse tipo de tutela).

Por tais razões, a primeira postura normativa voltada à proteção de contratantes vulneráveis costuma ser a de impedir a produção de certos efeitos pelos atos de autonomia por eles praticados. É justamente para este fim que a lei prevê requisitos de validade para os contratos (ou, em outros termos, causas de invalidade contratual). Longe de consistirem em uma imposição arbitrária do ordenamento aos atos de autonomia privada, tais requisitos podem ser compreendidos, contemporaneamente, como pressupostos mínimos cuja observância permite ao legislador presumir que, na normalidade dos casos, os efeitos a serem produzidos poderão ser reconhecidos pelo ordenamento, isto é, poderão ser revestidos de

⁵¹ Tamanha é a dificuldade enfrentada na criação de remédios para a tutela de vulnerabilidades negociais que a doutrina também registra criticamente seu apego à lógica patrimonial: “Esses instrumentos de intervenção jurídica reequilibradora, portanto, implicam uma fundamental superação do caráter individualista e formalista do direito civil clássico, mas só representam uma despatrimonialização do direito civil de forma indireta. Em sua maior parte, ainda se guiam pela lógica e pelos mecanismos das relações jurídicas de caráter econômico. Significativamente, os instrumentos de tutela utilizados em tais exemplos são a invalidade e a responsabilidade” (KONDER, Carlos. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, maio/jun. 2015. p. 105).

⁵² A respeito, cf. SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015, *passim*.

⁵³ “Em nossa visão, o paternalismo libertário não é apenas uma possibilidade conceitual; ele também fornece uma base para se repensar muitas áreas do direito público e do direito privado. Acreditamos que as políticas embasadas pelo paternalismo libertário podem oferecer uma grande melhora se comparadas com a alternativa mais provável: a da negligência inepta” (SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015, p. 47).

juridicidade e exigibilidade.⁵⁴ O papel desempenhado pelas invalidades negociais, nesse sentido, não é meramente o de indicar a presença ou a ausência de certos vícios na estrutura de um ato jurídico, mas sim o de sinalizar para o intérprete uma presunção de legitimidade ou ilegitimidade das situações jurídicas que costumam decorrer de atos que apresentam ou não tais vícios. É de uma aprovação prévia pelo sistema dos efeitos que potencialmente decorrerão de cada ato jurídico que trata o legislador ao dispor sobre sua validade.⁵⁵

A *contrario sensu*, presumem-se contrários ao sistema os efeitos decorrentes de atos que não preencham todos os requisitos de validade. Como se percebe, embora se trate de uma análise deflagrada por vícios originários do ato, isto é, verificados em abstrato sobre a estrutura constitutiva dele, ainda assim se está diante de uma análise valorativa por parte do legislador – ainda que uma análise restrita, em um primeiro momento, aos limites ínsitos à natureza geral e abstrata da norma legislada. De acordo com a valoração das situações jurídicas normalmente decorrentes de atos com tais ou quais vícios, prevê o legislador os regimes da nulidade e da anulabilidade, com consequências mais ou menos drásticas – suficientes, na generalidade dos casos, para regular essas situações concretas.⁵⁶

Também quando voltadas à tutela de contratantes vulneráveis, as invalidades podem atuar de modo mais ou menos abrangente. Eventualmente, bastará prever a invalidade de certa disposição contratual, sem que se afete a eficácia total do ato. Em outros casos, a vulnerabilidade que se pretende tutelar exige uma intervenção mais drástica, de tal modo que a causa legal de invalidade afetará o ato como um todo. Assim ocorre no caso de contratantes incapazes: como, nesse caso, o problema que a invalidade visa a resolver é a falta de discernimento sobre os efeitos contratuais, mostra-se razoável que, ao menos em princípio, a invalidade atinja o inteiro programa contratual (embora esta não seja, como se comentará, a única solução possível no caso concreto). Além disso, muitas vezes, tornar o ato válido apenas quanto ao que beneficiasse o incapaz desequilibraria por completo a avença, motivo pelo qual a regra é que a invalidade, quando for do tipo que determine a

⁵⁴ “A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 672).

⁵⁵ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, *passim*.

⁵⁶ Caio Mário da Silva Pereira reconhecia o valor da teoria clássica das nulidades, mas recomendava “bom senso” em sua aplicação: “o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente. Tem dado bons resultados, bastando comedimento e bom senso na sua aplicação” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 541-542).

recondução das partes *in statu quo ante*, obrigue também o incapaz a restituir as prestações eventualmente recebidas.⁵⁷

O tipo de invalidade, aliás, também dependerá da incapacidade do agente: são nulos os atos praticados por absolutamente incapazes sem representação, e anuláveis os atos dos relativamente incapazes sem assistência. Em qualquer caso, torna-se cada vez mais distante a noção de incapacidade como sanção ao agente, como efetiva *capitis deminutio*.⁵⁸ Nega-se validade a tais atos sobretudo porque falta a uma das partes o fundamento subjetivo para que possa ser cobrado pelo cumprimento dos deveres negociais ou, de modo mais amplo, possa participar de modo juridicamente responsável das trocas sociais e da vida de relação.⁵⁹ A solução para que não se vejam privados totalmente do gozo de sua capacidade de direito, nestes casos, é a atuação de seus representantes ou assistentes – os quais, tendo participado do ato, legitimam seus efeitos e se responsabilizam pela sua execução.⁶⁰

As regras gerais que se acabam de enunciar, ressalte-se, comportam incontáveis exceções, construídas progressivamente pela doutrina e pela jurisprudência, ou previstas pela própria lei. A necessidade de uma análise funcional e dinâmica dos atos particulares⁶¹ implica, em matéria de invalidade negocial, que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou a anulabilidade,⁶² à luz de um juízo de merecimento

⁵⁷ Com frequência, porém, no que tange aos efeitos já executados do ato, normalmente se coloca o incapaz ao abrigo do dever de restituição (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004. v. I. p. 547).

⁵⁸ A expressão, ainda tomada por empréstimo pela doutrina atual, significava, no direito romano, a perda do *status libertatis*, do *status civitatis* ou do *status familiae*, de modo a excluir ou restringir a capacidade do sujeito (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 48).

⁵⁹ De grande relevância, nesse aspecto, mostra-se a lição de Salvatore Pugliatti a respeito do conceito de autorresponsabilidade, entendido como a imposição das consequências de uma ação ou de uma omissão a cargo do agente, isto é, sobre seu patrimônio ou, de modo mais geral, sobre a sua esfera jurídica (PUGLIATTI, Salvatore. *Autoresponsabilità*. Scritti giuridici. Milano: Giuffrè, 2011. v. IV. p. 205). Segundo o autor, o fundamento jurídico da autorresponsabilidade é, de modo geral, o elemento subjetivo da culpa, a indicar a estreita ligação entre a imputabilidade do agente e a imposição de autorresponsabilidade por seus atos (*Ibid.*, p. 219).

⁶⁰ Ressalta Silvio Rodrigues que a lei não impede o incapaz “de participar do comércio jurídico; apenas o impede de fazê-lo pessoalmente, porque o legislador acredita que, em virtude de suas condições pessoais, ele não pode aferir sua própria conveniência. Condiciona, em razão disso, a atividade do incapaz ao fato de ser representado por uma outra pessoa que tenha maturidade e tirocinio, e que possa, atuando em seu lugar, suprir a vontade defeituosa” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 41). Nesse sentido, com frequência se alude à representação e à assistência como *remédios à incapacidade* (v., por todos, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004. v. I. p. 547).

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 591.

⁶² Com efeito, René Japiot, um dos expoentes da teoria crítica das nulidades negociais na França, denunciava a artificialidade do sistema clássico – que, segundo o autor, “[...] apenas apresenta o regime das nulidades sob essa forma elegante e clara tomando por ponto de partida certas concepções nascidas da imaginação

de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos.⁶³ Compreendidas as causas legais de invalidade como juízo abstrato feito pelo legislador sobre os prováveis efeitos a serem produzidos por certos atos, parece lógico concluir que esse juízo pode e deve ser completado em concreto pelo intérprete, a quem se autoriza afastar em parte ou no todo as consequências ordinárias da nulidade ou da anulabilidade se identificar interesse merecedor de tutela⁶⁴ que o justifique.⁶⁵

Semelhante proposta se funda sobre uma aparente contradição: é preciso recorrer, ao mesmo tempo, tanto à análise estrutural quanto à análise funcional para a identificação de uma invalidade.⁶⁶ De fato, embora o problema da validade apenas se coloque diante de uma causa legal (expressa ou virtual)⁶⁷ de invalidade a ser observada na estrutura do ato jurídico, autoriza-se ao intérprete a modulação do regime legal da nulidade e da anulabilidade por força de uma concreta valoração dos efeitos negociais, fundamentadamente, sempre que a disciplina prevista para o tipo de invalidade não promover, do modo mais adequado, os valores do ordenamento.⁶⁸ Assim, as causas legais de invalidade representam apenas um

dos teóricos, e violentando as realidades objetivas para lhes atribuir uma simplicidade puramente artificial" (JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909. p. 156. Tradução livre).

⁶³ Conforme sintetiza Pietro Perlingieri, "os interesses individuados, deduzidos no contrato ou a eles ligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os 'remédios' devem ser adequados aos interesses" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 374). No direito brasileiro, cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, *passim*.

⁶⁴ Trata-se de ponderação em concreto que deve acompanhar a valoração previamente realizada pelo legislador. A respeito dessas duas instâncias de ponderação, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 154-155.

⁶⁵ Nesse sentido, propõe-se que "o que se tem em vista no campo das invalidades são os valores a tutelar. Prestigiam-se os que forem mais dignos de proteção [...]. Se tais valores forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade que, como sanção, deve ser justificada pela violação às mesmas finalidades indicadas" (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131).

⁶⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 185.

⁶⁷ Leciona Francesco Galgano: "não se exige, para que um contrato seja nulo, que a nulidade seja prevista pela lei como consequência da violação de uma norma imperativa; basta que uma norma imperativa tenha sido violada. [...] É a assim chamada nulidade virtual, que supera o antigo princípio da nulidade textual" (GALGANO, Francesco. In: CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 267. Tradução livre).

⁶⁸ Pietro Perlingieri ressalta a relevância do perfil da eficácia para a identificação da invalidade: "[...] a determinação da sanção (nulidade – e diversa graduação das suas consequências –, anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos: a função da norma não se extrai da 'sanção' nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 291).

indício da necessidade de desfazimento dos efeitos do ato (de ofício ou a pedido do interessado, de forma retroativa ou apenas para o futuro, e assim por diante, a depender do tipo de invalidade).⁶⁹ Concretamente, porém, é possível que um ato em princípio inválido seja reputado parcial ou totalmente válido pelo julgador, desde que reste demonstrado, a partir de um juízo de merecimento de tutela dos interesses envolvidos, que a alteração das regras gerais da invalidade conduzirá a uma maior compatibilidade com a axiologia do sistema.

Nada impede, portanto, que os interesses concretamente envolvidos autorizem a modulação da invalidade que decorreria da incapacidade – e, em se tratando de causa de invalidade que se volta à proteção da parte vulnerável (o incapaz), essa proteção há de ser um dos valores decisivos para determinar se e em que medida tal modulação deve ocorrer.⁷⁰ Nesse sentido, por exemplo, é tradicionalmente aceita em doutrina a validade de negócios de pequena monta realizados por incapazes (tais como a aquisição de bens de uso cotidiano e de pequeno valor ou o uso de transporte público com o pagamento da respectiva tarifa), na figura conhecida como comportamentos socialmente típicos.⁷¹ Da mesma forma, o mútuo feito a menor, embora inválido, não gera para o mutuante o direito à restituição do valor emprestado (art. 588 do Código Civil), salvo em hipóteses nas quais o legislador considera que houve satisfação de interesse do incapaz ou, diversamente, que não havia vulnerabilidade a ser protegida (art. 589 do Código Civil). Em previsão mais ampla, o art. 181 do Código Civil impede que, em negócio inválido em decorrência da incapacidade do agente, reclame a outra parte a repetição do que pagou ao incapaz, a não ser que demonstre que o pagamento tenha revertido em proveito deste.

Todos esses exemplos demonstram que o fundamento último da invalidade negocial em decorrência da incapacidade do agente volta-se funcionalmente à proteção da própria vulnerabilidade da pessoa.⁷² É por tal razão que, como sugerem as

⁶⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, *passim*.

⁷⁰ “Há situações em que a realização do contrato e sua manutenção melhor atendem à proteção do incapaz. Não se afasta dessa situação aquela em que o proveito do negócio reverteu em benefício do incapaz, sem empobrecê-lo, ou em que tenha sido por ele utilizado para salvar-lhe a vida ou a de alguém de sua família. Parece que os valores em conflito justificariam largamente, efetuado um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a preservação do negócio” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196-196).

⁷¹ O tema, objeto de antigo debate, não poderia ser desenvolvido nesta sede. A respeito, cf. LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, 2006. Para uma abordagem à luz da teoria das invalidades no direito pátrio, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 254 e ss.

⁷² No direito estrangeiro, fala-se inclusive em *incapacidades de proteção*, a ensejar as chamadas *nulidades de proteção*, isto é, aquelas que apenas podem ser suscitadas pela pessoa cujo interesse a nulidade visa a tutelar (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004. v. I. p. 545).

hipóteses mencionadas, o melhor interesse do incapaz pode motivar, com maior frequência do que em geral se supõe, a validade total ou parcial do ato, afastando-se as regras gerais das invalidades em decorrência de um juízo de merecimento de tutela concretamente realizado pelo intérprete.⁷³ Não se vislumbra, assim, na invalidade negocial um prejuízo ao incapaz nem, menos ainda, uma postura discriminatória da ordem jurídica quanto à pessoa deste.⁷⁴

Contemporaneamente, portanto, a invalidade negocial em decorrência da incapacidade representa a proteção da vulnerabilidade da parte incapaz. Devem-se evitar, por isso, interpretações que identifiquem significados mais profundos na disciplina desse instituto. Particularmente em sede de validade negocial, o papel atual da capacidade do sujeito parece ser, em grande medida, o de indicar a oponibilidade ao agente dos deveres eventualmente decorrentes do ato.⁷⁵ A capacidade de fato, como já se ressaltou em doutrina, não se confunde com a personalidade.⁷⁶ Não se justifica, assim, a perspectiva que identifica na validade negocial uma espécie de expressão privilegiada do desenvolvimento da personalidade individual das partes, e na invalidade uma postura discriminatória do legislador.⁷⁷ A preocupação do sistema ao regular as incapacidades é muito mais pragmática: tem um viés eminentemente protetivo, diante da constatação de que a promoção da dignidade humana nem sempre se associa a uma liberdade irrestrita.⁷⁸

⁷³ Destaca Silvío Rodrigues a relevância do caso concreto para uma efetiva proteção do incapaz: “através de medidas várias, o legislador estabelece um sistema de proteção para os incapazes. E a jurisprudência, inspirada no sentido moral da regra e no anseio de proteger, dentro das normas de justiça, os incapazes, tem entendido ou restringido tal proteção, de acordo com as imposições do caso concreto” (RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p. 40).

⁷⁴ “A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 228).

⁷⁵ Por isso mesmo, liberalidades puras (que não acarretam prejuízos ou deveres juridicamente exigíveis para o beneficiário) podem ser aceitas até mesmo por absolutamente incapazes, em aplicação extensiva do art. 543 do Código Civil, que dispensa a aceitação da doação nesses casos.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁷⁷ Oportuna, neste ponto, a lição de Pietro Perlingieri, que destaca a natureza instrumental da capacidade, por oposição ao conteúdo eminentemente valorativo da personalidade: “O *status personae*, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra da subjetividade –, representa a configuração subjetiva de um valor” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 708).

⁷⁸ Em síntese, nem a incapacidade implica a supressão da liberdade (uma vez que a maior parte dos atos da vida civil pode ser realizada pelo incapaz com a participação do representante ou do assistente), nem a liberdade consiste no conteúdo único da dignidade humana, sendo necessário sopesar, em cada caso, em qual medida a promoção da liberdade favorece ou prejudica a promoção da dignidade da pessoa. Sobre a liberdade como um dos conteúdos da dignidade humana, e os demais corolários da cláusula geral de tutela de pessoa que são com ela sopesados, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

Alheio a tais considerações, e convencido do caráter supostamente discriminatório da incapacidade civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) optou pelo que, até então, parecia impensável: previu expressamente que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (art. 6º). Afastando qualquer dúvida quanto a essa tomada de posição, a lei ainda reformou o texto normativo dos arts. 3º e 4º do Código Civil, suprimindo a causa legal de incapacidade civil absoluta relacionada à ausência do necessário discernimento em decorrência de enfermidade ou doença mental (antigo inc. II do art. 3º) e, ainda, as causas legais de incapacidade civil relativa relacionadas à redução do discernimento em decorrência de deficiência mental e à ausência de desenvolvimento mental completo (antigo inc. III do art. 4º). Alterou, ainda, o art. 1.767 do Código Civil, para excluir do rol de pessoas sujeitas à curatela aquelas que, segundo o EPD, deixaram de se submeter à disciplina da incapacidade.

Eis um ponto que merece particular destaque: a previsão de “plena capacidade civil” da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual poderia gerar a impressão de que essas pessoas não mais estariam sujeitas à curatela, em razão do entendimento tradicional de que este instituto se prestaria apenas à proteção de pessoas incapazes.⁷⁹ No entanto, e a despeito da alteração do art. 1.767 do Código Civil, o Estatuto, após proclamar a “plena capacidade civil” da pessoa com deficiência, criou a inexplicável possibilidade de sua submissão à curatela “quando necessário”, ainda que de modo extraordinário, limitado e temporário (art. 84, §§1º e 3º). Consciente do radicalismo da reforma empreendida, buscou o legislador criar uma válvula de escape ao forjar a figura, em princípio contraditória, de uma pessoa com deficiência mental que é plenamente capaz e, ao mesmo tempo, sujeita-se à curatela.

A interpretação literal de tais disposições normativas leva a crer que todo e qualquer efeito produzido por contratos celebrados por pessoas com deficiência mental deveria ser reputado válido, independentemente da averiguação da vulnerabilidade concreta do contratante. Nada mais contrário ao escopo protetivo do EPD e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como, sobretudo, da tábua axiológica constitucional. De fato, ao persistir no recurso à técnica regulamentar para disciplinar o problema da capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, submeteu-se o legislador, ironicamente, a críticas bastante semelhantes àquelas formuladas ao regime anterior.⁸⁰

⁷⁹ Cf., por todos, GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 386.

⁸⁰ Crítica já formulada anteriormente em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. *passim*.

A solução apriorística oferecida pela regra positivada, seja no sentido de se considerarem tais pessoas incapazes (como antes), seja no sentido de afirmar sua capacidade plena (como no regime atual), não dá conta das múltiplas possibilidades de vulnerabilidade concreta e dos diversos graus de discernimento que podem ser apresentados pelo agente, a demandar um regime específico que, como se afirmou, apenas pode ser individualizado à luz do caso concreto.

A diferença essencial entre a antiga opção legislativa e a atual, a rigor, consistiu em uma inversão dos termos da presunção legal. No regime anterior, presumia-se a incapacidade e se aplicava, por padrão, o remédio protetivo (a invalidade contratual): a alternativa era criticável por proteger *demais*, isto é, suprimir de forma paternalista amplos espaços de autonomia para agentes que teriam discernimento suficiente para a prática de uma série de atos. No regime atual, por outro lado, como a presunção quase absoluta se tornou a de que tais pessoas deteriam pleno discernimento para a prática de atos da vida civil (já que, até mesmo na presença de curatela, estará esta restrita a atos especificamente discriminados), ocorreu o efeito inverso: promoveu-se a ampla *desproteção* das pessoas que a lei afirmava tutelar.⁸¹

Se a exigência de fundamentação detalhada da constituição de curatela e da minuciosa estipulação de seus limites constituiu um enorme avanço em prol da tutela dessas pessoas, atendendo a uma demanda antiga por parte da doutrina,⁸² a supressão do inc. II do art. 3º do Código Civil retirou do texto codificado a referência ao discernimento, critério que, como se comentou, era tido como fundamental à sua proteção na realização de atos de autonomia. Aboliu, além disso, a gradação entre incapacidade absoluta e relativa, importante índice normativo (uma espécie de lembrete ao intérprete) acerca da necessidade de se graduar a

⁸¹ Parte da doutrina criticou, com razão, duramente a reforma. Por exemplo, afirma Maria Celina Bodin de Moraes, em atualização à obra de Caio Mário da Silva Pereira: “Alheio a essa nobre função, há muito enunciada pela doutrina, da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda e mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei no 13.146/2015, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo status de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (ordem pública), instaura-se nesse momento grande dificuldade, que demandará os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos, e golpes, supostamente cancelados pela reforma legislativa” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 228).

⁸² No direito italiano, destaca Pietro Perlingieri a necessidade, aplicável ao caso brasileiro, de se superarem “confusões entre não idoneidade para exercer atividades patrimoniais e a enunciação de proibições relativamente a algumas significativas escolhas existenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781).

incapacidade e, por consequência, a invalidade dos atos a partir das condições concretas da pessoa. A reforma foi, em linhas gerais, bastante prejudicial a um processo de adequação valorativa do sistema tradicional das incapacidades que, embora lentamente, já vinha sendo promovido pela doutrina.⁸³

Incumbe agora ao intérprete, portanto, efetivar o escopo protetivo que a reforma legislativa não logrou promover, empregando a análise funcional como subsídio metodológico para a aferição da (in)validade dos contratos celebrados por pessoa com deficiência mental. Para tanto, assume especial relevância a existência ou não de sentença prévia instituindo a curatela. De fato, havendo curatela, a prática de ato de natureza patrimonial em desconformidade com a sentença acarretará sua nulidade, com fulcro no art. 166, VII, do Código Civil⁸⁴ – e mesmo antes da reforma legislativa já se sustentava que a prática de ato por curatelado sem intervenção do curador consistiria em um contrassenso e, por isso, padeceria de nulidade. Assim, a sentença instituidora de curatela implica uma presunção (ainda que relativa) de invalidade dos atos praticados sem a presença do curador. Ressalva-se apenas que, como se sustentou, o caso concreto pode apresentar valores idôneos a justificar a modulação dos efeitos da invalidade ou mesmo a plena validade do ato.

A maior dificuldade reside, assim, nos casos em que não houver curatela, pois a análise da (in)validade contratual dependerá exclusivamente da valoração dos efeitos produzidos e dos elementos do caso concreto, com destaque para o grau de discernimento do agente. Neste ponto, mostra-se útil revisitar a antiga controvérsia sobre a eficácia prospectiva ou retroativa das sentenças de interdição. A esse propósito, uma primeira corrente entendia que a sentença teria natureza constitutiva, “pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*”.⁸⁵ A decisão judicial de interdição traduziria, assim,

⁸³ Veja-se, a propósito, a crítica formulada por José Fernando Simão à reforma: “Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 6 ago. 2015; e SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 7 ago. 2015).

⁸⁴ Vale ressaltar que traduziria impropriedade técnica a justificativa da nulidade em comento com base no inc. I do art. 166 do Código Civil, vez que, ainda quando submetidas à curatela, as pessoas com deficiência não mais se consideram absoluta ou relativamente incapazes, conforme modificações operadas pela Lei nº 13.146/2015.

⁸⁵ Cf., ilustrativamente, STJ, 3ª T. REsp nº 1.251.728/PE. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.5.2013.

o marco temporal de início do estado jurídico de incapacidade.⁸⁶ Subjazia a essa linha de pensamento a compreensão de que somente a certeza inerente à decisão judicial se coadunaria com a exigência constitucional de segurança jurídica.⁸⁷ De outra parte, sustentava-se que a sentença de interdição teria natureza declaratória, pois o estado natural de incapacidade seria decorrente da deficiência mental e, portanto, necessariamente anterior à decisão judicial.⁸⁸ Tal entendimento parecia apoiar-se na redação do revogado art. 1.773 do Código Civil, que fazia menção à “sentença que declara a interdição”. A relevância da decisão judicial de interdição residiria, assim, na “pré-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade”,⁸⁹ restando sempre possível a investigação, no caso concreto, do grau de discernimento da pessoa cujos atos se pretendesse invalidar.

Gradativamente, ganharam espaço na civilística as propostas intermediárias, segundo as quais a existência da sentença de interdição não esgotaria a atividade do intérprete no que tange à perquirição do grau de discernimento da pessoa no momento da realização do ato. Seria possível, desse modo, o reconhecimento da invalidade de certos atos praticados antes da interdição.⁹⁰ Para tanto, alguns dos requisitos mais comumente reconhecidos em sede jurisprudencial eram: i) a existência de efetivo prejuízo à pessoa com deficiência mental, o que se justificaria em razão do escopo protetivo da disciplina da incapacidade;⁹¹ ii) a demonstração da efetiva ausência de discernimento à época do fato, diante da expressiva tendência doutrinária de recurso ao critério do discernimento como parâmetro legitimador do

⁸⁶ Nesse sentido, a 4ª Turma do STJ já asseverou que “a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*” (STJ, 4ª T. AgRg. no REsp nº 1.152.996/RS. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 8.4.2014). Com base em tal premissa, a Corte concluiu que a sentença de interdição não teria o condão de afetar a validade de contrato de mútuo celebrado anos antes.

⁸⁷ Tal preocupação se faz presente também na doutrina italiana. A propósito, v. a lição de Francesco Gazzoni: “Os efeitos da interdição e da inabilitação se produzem a partir do dia da publicação da sentença” (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015. p. 138. Tradução livre).

⁸⁸ Nesse sentido também decidiu a 4ª Turma do STJ: “A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso” (STJ, 4ª T. REsp nº 1.206.805/PR. Rel. Min. Raul Araújo, j. 21.10.2014). A Corte destacou a irrelevância, no caso apreciado, da discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da incapacidade civil de fato: “A discussão acerca de a incapacidade ser relativa ou absoluta no caso concreto não terá nenhum resultado prático, pois reconhecida a ausência de aptidão volitiva do doador”.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 235.

⁹⁰ Nesse sentido, Francisco Amaral afirma que a sentença de interdição “não tem eficácia retroativa, o que não impede que os atos praticados anteriormente sejam julgados nulos, provada a incapacidade do agente no momento em que os praticou” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 267).

⁹¹ Cf., ilustrativamente, TJRS, 12ª C.C. Ap. Cív. nº 70061502738. Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, j. 27.8.2015.

exercício da autonomia existencial por pessoas incapazes;⁹² iii) a ausência de discernimento perceptível ao outro contratante, no intuito de proteger a confiança legítima de terceiros.⁹³ Essa perspectiva buscava abrandar a relevância da definição apriorística dos efeitos da sentença de interdição (declaratórios ou constitutivos), de modo a fazer prevalecer a investigação do concreto grau de discernimento da pessoa com deficiência à época da realização do ato.⁹⁴ E o entendimento parece ainda atual, mesmo após a reforma legislativa: o melhor caminho perpassa a análise do concreto grau de discernimento da pessoa à época do ato e, ao mesmo tempo, dos valores merecedores de tutela na específica situação.⁹⁵

Nesse sentido, sobretudo se não houver decisão judicial estipulando curatela (apta a desencadear presunção relativa de invalidade dos atos praticados pessoalmente pela pessoa com deficiência), cresce a responsabilidade do intérprete na individualização da normativa do caso concreto,⁹⁶ pois a ponderação dos

⁹² Cf., ilustrativamente, TJRJ, 27ª C.C. Ap. Cív. nº 0255167-98.2009.8.19.0001. Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. 7.4.2014.

⁹³ Cf., ilustrativamente, TJSP, 13ª C.C. Ap. Cív. nº 0300117-61.2010.8.19.0001. Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, j. 29.1.2013.

⁹⁴ “Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado da incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes afiguram-se nulos, independente de prova” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.414.884/RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 3.2.2015). No caso, a Corte veio a entender que, independentemente da celeuma doutrinária sobre os efeitos da sentença de interdição, a demonstração cabal da ausência de discernimento por parte da pessoa com deficiência mental impediria o reconhecimento da união estável, por aplicação analógica do inc. I do art. 1.548 do Código Civil (dispositivo que viria a ser revogado pela Lei nº 13.146/2015). Concluiu-se, então, que “encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente”.

⁹⁵ A proposta foi sustentada anteriormente, com maior desenvolvimento de cada cenário fático possível e ampla pesquisa jurisprudencial, em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. No mesmo sentido, cf. PEREIRA, Jacqueline Lopes; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Avanços e retrocessos ao sentido de capacidade legal: panorama prospectivo sobre decisões existenciais de pessoas com deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 3, 2018.

⁹⁶ “Pronunciando o decreto judicial de interdição, ao interdito era recusada a capacidade de exercício, e, por conseguinte, reputava-se nulo qualquer ato por ele praticado. Mas, como no direito brasileiro a sentença proferida no processo de interdição tinha *efeito declaratório*, e não constitutivo, não era o decreto de interdição que criava a incapacidade, e sim a alienação mental. Daí positivar-se que, enquanto não apurada a demência pela via legal, a enfermidade mental era uma *circunstância de fato* a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderia ser este declarado inválido. Reconhecia-se, contudo, diferença de tratamento: pronunciada a interdição, ocorria a pré-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade; não pronunciada, cumpria ao interessado demonstrar a enfermidade, sua extensão e a coincidência com o ato incriminado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I. p. 233. Grifos do original).

valores relevantes na específica situação e a averiguação do concreto grau de discernimento da pessoa poderão levar à conclusão pela nulidade do ato.⁹⁷ Em uma acepção ampla do princípio da legalidade,⁹⁸ parece possível fundamentar essa invalidade com a causa de nulidade virtual prevista pelo art. 166, VII do Código Civil: de fato, seria um contrassenso afirmar a validade de atos que, embora adequados formalmente ao Código Civil, não se revelam compatíveis com a axiologia do sistema, que protege, em toda parte, o discernimento do declarante nos negócios jurídicos.⁹⁹

Não é demais notar que a proteção das pessoas com deficiência intelectual ou psíquica se tornou ainda mais frágil em matéria de atos de caráter existencial, que fogem ao escopo do presente estudo. Com o advento do art. 85 do EPD, tais atos deixaram de ser afetados, em princípio, pela curatela. Presumiu o legislador, com tal disposição, que toda pessoa tem discernimento para o exercício da autonomia existencial. Em outros termos, na seara existencial, a lei houve por bem não deflagrar a presunção de invalidade dos atos praticados pessoalmente pelo indivíduo com deficiência, mesmo quando sujeito à curatela. Isso não impede, contudo, que a análise dos interesses envolvidos e do concreto grau de discernimento quando da prática do ato indiquem a necessidade de não se preservarem

⁹⁷ No direito italiano, destaca-se a possibilidade de reconhecimento da invalidade de certos atos praticados antes da interdição, quando a pessoa os houver praticado “em um momento de incapacidade de entender ou de querer [...]”. Não é fácil determinar quais pressupostos sejam necessários para que o sujeito seja reconhecido incapaz de entender ou incapaz de querer: o juiz deverá valorar caso a caso se no sujeito existia aquele tanto de discernimento e de atitude a determinar-se que justificam a produção das consequências jurídicas às quais o ato se refere” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: Cedam, 2015. p. 284-285. Tradução livre). Cf., ainda, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014. p. 156-157.

⁹⁸ V. a lição de Pietro Perlingieri, plenamente extensível ao direito brasileiro: “A noção de legalidade é essencial ao sistema. No nosso ordenamento, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei. A dificuldade está em individualizar a normativa do caso concreto. O juiz deve considerar todas as possíveis circunstâncias de fato que caracterizam o caso – a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam – e procurar julgar, dando-lhe a resposta que o ordenamento, visto em uma perspectiva unitária, oferece” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 254).

⁹⁹ Essa abordagem permite evitar o problema da impossibilidade de aplicação analógica de normas atinentes à invalidade, identificado por José Fernando Simão: “Cabendo ao curador representar ou assistir o deficiente, qual é a consequência de o deficiente praticar o ato sem assistência ou representação? Em tese, pela boa técnica a resposta seria: nenhuma, pois ele é pessoa capaz e o ato é válido. Contudo, essa resposta torna a curatela do deficiente inútil e não o protege como deveria. Afinal, se curatela há é em razão de uma necessidade. Assim, haverá aplicação analógica das disposições dos artigos 166, I e 171, I [...]”. Aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade é solução atécnica e contrária ao Direito. Se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais não se admitindo analogia. Entretanto, não vejo outra solução em razão do problema jurídico criado pelo próprio Estatuto” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 6 ago. 2015; e SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 7 ago. 2015).

certos efeitos extrapatrimoniais,¹⁰⁰ como sucede nos casos em que se discute a validade dos atos praticados por pessoa com deficiência não submetida à curatela ou que, caso submetida, tenha praticado atos antes da sentença instituidora da curatela ou em matéria por ela não regulada.

4 Os (novos?) problemas suscitados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

Talvez o maior mérito da reforma promovida pelo EPD tenha sido, inesperadamente, o de trazer o problema da curatela das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual e da validade de seus atos de volta ao centro das atenções do civilista.¹⁰¹ De fato, ao modificar um dos pilares da teoria geral do direito civil – justamente a teoria das incapacidades –, imprimiu o legislador nova urgência ao tratamento de uma questão já conhecida (mas nem sempre lembrada) pela doutrina, consistente na necessidade de se dosarem os limites da interdição, de acordo com a situação concreta da pessoa e com particular respeito à sua autonomia. Uma proteção mais efetiva, contudo, talvez fosse proporcionada a essas pessoas se maior preocupação tivesse sido dirigida à fundamentação da sentença que fixa os limites da curatela, à gradação desses limites e à responsabilidade dos curadores, em vez de cuidar apenas de modificar a designação jurídica atribuída ao curatelado. É o que se buscará comentar, como reflexão final deste estudo.

Imbuída do propósito de implantar o chamado “sistema de apoio” em lugar do anterior sistema protetivo, pautado na substituição da vontade¹⁰² (o que significa,

¹⁰⁰ “Não parece também que se possa compartilhar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa. A enfermidade mental, mesmo se menos grave, pode criar ao *inabilitato* a necessidade de uma assistência que não se restringe ao plano patrimonial” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 782-783).

¹⁰¹ Registra-se, a este propósito, que mesmo a existência de normas mais antigas protetivas das pessoas com deficiência não logrou superar a cultura de invisibilidade dessas pessoas no Brasil: “Insta consignar que antes da Lei Brasileira de Inclusão já vigoravam leis voltadas à tutela dos direitos das pessoas com deficiência, de que são exemplos as Leis n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, e n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que trata da proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Observa-se que apesar do manto protetivo das leis criadas, entre outras, ainda em vigor, o que se verifica é o contínuo desrespeito ao disposto nestas normas” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 23).

¹⁰² MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, 2016. p. 35.

em termos jurídicos, valorizar a autonomia e reduzir a tutela conferida à pessoa com deficiência), a reforma promovida pelo EPD inaugurou no direito brasileiro a figura da *tomada de decisão apoiada*, introduzindo-a no art. 1.783-A do Código Civil. Trata-se de inovação que segue a tendência, já observada em sistemas estrangeiros, de criação de determinados institutos menos interventivos e mais promotores da autonomia das pessoas com deficiência do que a curatela.¹⁰³ É o que ocorre, por exemplo, com figuras como a *sauvegarde de justice* na França¹⁰⁴ e a *amministrazione di sostegno* na Itália,¹⁰⁵ sistemas em que tais categorias alternativas convivem com outras, sabidamente mais radicais, que correspondem, em larga medida, à interdição no sistema brasileiro.

À semelhança dessas categorias estrangeiras, a tomada de decisão apoiada foi criada para não se confundir com a curatela. Por isso, pode ser pretendida apenas pela própria pessoa com deficiência, a quem incumbe escolher necessariamente duas pessoas, que assumem a responsabilidade de lhe “fornecer os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”, exclusivamente quanto a certos atos predeterminados no termo de instituição do apoio (art. 1.783-A, *caput* e §1º do Código Civil). No entanto, ao contrário do que ocorre nas citadas figuras estrangeiras – que afetam a validade dos atos da pessoa protegida caso esta não recorra ao auxílio das pessoas designadas para auxiliá-la –,¹⁰⁶ a realização pessoal de atos de autonomia privada pela pessoa apoiada sem o conhecimento dos apoiadores não implica, no caso brasileiro, sua

¹⁰³ A respeito da tomada de decisão apoiada, já se esclareceu: “Ajuda a que a pessoa com alguma limitação mantenha a sua autonomia mas, visando cercar-se de maior proteção, possa receber apoio de terceiros no processo de tomada de decisão” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, ano 4, n. 1, 2015. p. 16).

¹⁰⁴ No direito francês, dispõe o *Code Napoléon*: “Article 433. Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés [...]”.

¹⁰⁵ O *Codice civile* italiano prevê: “Art. 404. Amministrazione di sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.

¹⁰⁶ No caso da *sauvegarde de justice* do direito francês, a nulidade é cominada expressamente pelo *Code Napoléon*: “Article 435. La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné [...]”. Em relação à administração de sostegno do direito italiano, dispõe o *Codice civile*: “Art. 409. Effetti dell'amministrazione di sostegno. Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana”. A respeito do instituto italiano, esclarece Alberto Trabucchi que “os atos celebrados em violação das indicações contidas na lei ou no decreto [da *amministrazione di sostegno*] são anuláveis” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: Cedam, 2015. p. 291. Tradução livre).

invalidade, pois não há norma que comine nulidade ou que proíba o apoiado de assim proceder.

Portanto, o apoiador, nos atuais moldes normativos do instituto, encontra-se no pior dos mundos. Se aceitar prestar o apoio, está necessariamente adstrito a atuar em conjunto com um segundo apoiador, que não foi escolhido por ele (art. 1.783-A, *caput* do Código Civil). O apoiado não tem qualquer dever de seguir sua orientação ou de consultá-lo (afinal, a *ratio* do instituto é a de valorizar sua livre escolha). Havendo, porém, prejuízo ao apoiado pelo ato de autonomia realizado, o apoiador pode ser plenamente responsabilizado,¹⁰⁷ não tendo o legislador demarcado os limites práticos dessa responsabilidade, nem os meios pelos quais o apoiador pode se resguardar. Na melhor das hipóteses, o instituto levará o apoiador a exigir do apoiado, para se resguardar, uma espécie de termo de consentimento informado – figura já tão criticada no âmbito do direito médico, por sua franca ineficiência em inúmeras hipóteses.¹⁰⁸ Além disso, se, no caso concreto, for possível concluir que o apoiado não tinha discernimento para praticar o ato, muitas vezes se concluirá igualmente que não compreendeu o teor do aconselhamento prestado pelo apoiador; neste caso, permanecerá a dúvida sobre ter ou não o apoiador envidado os devidos esforços para que se fizesse entender pelo apoiado, não sendo improvável que se conclua, com frequência, injustamente pela sua negligência.

A única outra possibilidade aberta ao apoiador é a de judicializar sua divergência a respeito da escolha feita pelo apoiado, para que o juiz decida a questão (art. 1.783-A, §6º do Código Civil). A norma, porém, mostra-se problemática em muitos aspectos. Em primeiro lugar, parece esperar que, idealmente, o apoiado consultará seus apoiadores antes de realizar o ato, para que estes possam levar o problema a conhecimento do juiz; não prevê, porém, qualquer sanção caso o apoiado não os consulte. Os apoiadores, por sua vez, arcarão sempre com o risco de serem responsabilizados por não terem acionado o juízo a tempo, seja porque não consideraram que a conduta do apoiado lhe causaria prejuízo, seja porque sequer tiveram conhecimento prévio dos atos do apoiado (mas não consigam demonstrar essa circunstância).

¹⁰⁷ Preocupando-se em resguardar minimamente a posição do apoiador, a melhor doutrina tem destacado a natureza subjetiva de sua responsabilidade, bem como a necessidade da prova de dano concreto pelo apoiado, não se confundindo a previsão do §7º do art. 1.783-A do Código Civil (que trata de causas de destituição do apoiador) com o dever de indenizar (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 390).

¹⁰⁸ Para uma crítica à figura do consentimento informado na seara médica, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 161 e ss.

Se tudo correr como planejou o legislador, tem-se, ainda, um indesejável incremento da judicialização excessiva de questões cotidianas, que poderiam ser facilmente decididas por curador idôneo, encarregado de zelar pelo melhor interesse da pessoa com deficiência, sob supervisão judicial, mas sem que se exigissem constantes pronunciamentos do julgador. Se, por outro lado, o ato for praticado antes que o juízo possa decidir a respeito, prejudicado ficará o terceiro com quem o apoiado contratou – que, muitas vezes, não poderia supor que havia qualquer risco de a avença tornar-se ineficaz (o mesmo problema que já existia no sistema antigo, nos casos em que a pessoa sem discernimento não havia sido interditada).¹⁰⁹ Provavelmente por isso, parte da doutrina tem entendido que a tomada de decisão apoiada proporcionaria apenas uma espécie de “reforço da validade” dos atos da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual – basicamente, uma prevenção contra eventuais alegações futuras de invalidade dos atos, meramente facultativa e que, por isso mesmo, prevê como único legitimado a requerê-la o próprio apoiado.¹¹⁰ Nesse sentido, o próprio legislador autoriza que “terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado” (§5º do art. 1.783-A do Código Civil). No entanto, a doutrina mais atenta já tem criticado duramente, e com toda a razão, o dispositivo normativo: de fato, não há cabimento que um instituto criado com o objetivo de tutelar a pessoa com deficiência seja utilizado por terceiros para sua própria proteção e contra elas.¹¹¹

É evidente que a discussão subjacente a uma disciplina jurídica tão *sui generis* consiste em uma ampla desconfiância a respeito da curatela e da atuação do

¹⁰⁹ A crítica já foi registrada pela doutrina especializada: “O instituto não obriga a sua inscrição nos órgãos de registros civis, como se exige na curatela. Se não se obriga a tal registro, é porque não se opõe a terceiro! Nesse aspecto, vale lembrar, mais uma vez, o PLS n. 757, que positiva a não inscrição da tomada de decisão apoiada no ofício de registro civil” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 389).

¹¹⁰ “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados” (REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, jan./mar. 2016. p. 51).

¹¹¹ “Essa possibilidade é absolutamente incompatível com o instituto e carece de fundamentação jurídica, haja vista que a tomada de decisão apoiada em nada se opõe ou restringe à capacidade civil do apoiado, tampouco interfere na validade do ato. O dispositivo milita contra a *ratio* da CDPD e do próprio Estatuto que sobrelevam a autonomia da pessoa com deficiência, pois, temendo riscos à validade do ato, os interlocutores contratuais das pessoas com deficiência podem adotar a prática de exigir a assinatura dos apoiadores, vindo a transformar a sua figura numa espécie de assistente” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor (Coord.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 389).

curador. De fato, nos ordenamentos que criaram figuras alternativas à curatela, esta última se revela uma forma mais drástica de restrição do exercício da autonomia do curatelado, motivo pelo qual caminharam as respectivas legislações em direção a um tratamento menos interventivo sempre que possível.¹¹² No caso brasileiro, no entanto, considerando o esforço doutrinário de tantos anos em direção à demarcação dos limites concretos da curatela e da necessária fundamentação da sentença de interdição – esforço este consagrado pela própria reforma legislativa, que passou a exigir essa extrema cautela na instituição da curatela –, questiona-se a utilidade de uma tal figura. Ironicamente, a criação da tomada de decisão apoiada como uma espécie de “curatela branda” contribuiu para reforçar a concepção totalmente equivocada de que a curatela propriamente dita poderia ser exercida de forma invasiva, excessiva ou em desrespeito ao interesse e à vontade do curatelado.

O legislador do EPD, nesse passo, perdeu a excelente oportunidade de regulamentar melhor um instituto consolidado e eficaz como a curatela, adaptando-o ao atual quadro de valores constitucionais do ordenamento brasileiro. Poderia, nesse sentido, ter agravado a responsabilidade dos curadores por prejuízos sofridos pelos curatelados em decorrência de uma atuação negligente ou abusiva; poderia, ainda, ter reforçado a necessidade de se valorizar a vontade do curatelado no exercício da curatela, dentro dos limites possíveis impostos pelo discernimento da pessoa que se busca proteger.¹¹³ Em lugar disso, guardadas as devidas proporções, a normativa atual poderia ser comparada a um cenário hipotético em que o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando valorizar a autonomia do menor no processo de colocação em família substituta, em vez de determinar sua oitiva sempre que possível e respeitado o seu grau de compreensão (como faz em seu atual art. 28, §1º), tivesse optado por emancipar os menores de 12 anos de idade para que pudessem opinar livremente.

Da forma como se encontra prevista, a tomada de decisão apoiada aparenta ser inócua, portadora apenas de uma carga simbólica e programática,¹¹⁴ na medida em

¹¹² Sobre a experiência italiana, cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: Cedam, 2015. p. 289.

¹¹³ Há um enorme rol de situações fáticas que poderiam se beneficiar da previsão normativa sobre em que medida e de que modo a vontade da pessoa vulnerável deve ser levada em consideração, de acordo com cada *fattispecie*. Ilustrativamente, basta ver o quão minudente é a disciplina, no direito alemão, da figura da *Betreuung* pelos §§1.896 a 1908k do BGB, abrangendo as mais variadas espécies de atos, com critérios específicos de participação da pessoa na tomada de decisão em cada uma delas. Trata-se da alternativa mais branda prevista pelo ordenamento alemão à curatela (*Pflegschaft*).

¹¹⁴ O valor simbólico do EPD como um todo é destacado pela doutrina: “a promulgação do EPD possui forte valor simbólico e pedagógico, eis que substitui o modelo da integração pelo modelo social, que visa concretizar a igualdade material [...]” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. *In*: BARBOZA,

que almeja um estado fático ideal de apoio que, a rigor, nos termos por ela concebidos, apenas seria viável se espontaneamente querido por apoiador e apoiado. De fato, não se vislumbra por que alguém, caso estivesse disposto a atuar como apoiador, não o faria apenas informalmente, em vez de se sujeitar a um regime jurídico tão repleto de incertezas. Ao contrário do que se poderia supor, a figura não atende nem mesmo a uma função promocional. Com efeito, a função promocional pressupõe a adoção de políticas públicas que ofereçam incentivos a particulares (as chamadas sanções positivas) para que se portem de determinado modo.¹¹⁵ Já o art. 1.783-A do Código Civil padece justamente da falta de sanção positiva ou negativa: não há incentivo para que alguém se torne apoiador, nem há consequência negativa caso o apoiado deixe de consultá-lo.¹¹⁶ Pior: a positivação de um instituto tão inovador quanto a tomada de decisão apoiada pode, ainda, criar a falsa sensação de que o papel do legislador em implementar as diretrizes da Convenção Internacional está cumprido e de que não são necessárias ulteriores políticas públicas em prol de uma efetiva inclusão da pessoa com deficiência – talvez o pior de todos os riscos aqui mencionados.¹¹⁷

Como se não bastasse, controverte-se atualmente quanto à subsistência da figura da interdição no direito brasileiro. Embora já se admitisse amplamente no Brasil a interdição parcial, isto é, restrita a atos específicos,¹¹⁸ de modo plenamente compatível com a proposta da reforma legislativa para a curatela, sabe-se que o Estatuto buscou suprimir o termo de alguns dispositivos legais. A palavra *interdição*, porém, permanece vigente em outras tantas regras, e o procedimento de interdição recebeu disciplina expressa pelo Código de Processo Civil atual, que

Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 23).

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito*. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

¹¹⁶ A não ser uma incerta ineficácia superveniente do ato por força de decisão judicial que se mostra, ao fim e ao cabo, tão interventiva sobre a autonomia da pessoa com deficiência quanto seria a simples invalidez prevista para os casos em que o curatelado atua sem a representação do curador.

¹¹⁷ “A promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, expressão legal da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência acolhida como emenda constitucional em nosso ordenamento, desafia uma cultura ainda vigente no país que é a invisibilidade, na medida em que essas pessoas têm seus direitos sistematicamente desrespeitados, inclusive pelo próprio Poder Público, que num círculo vicioso de omissão, mantém esse grupo vulnerado à margem da proteção legalmente estabelecida” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 23).

¹¹⁸ O art. 1.772 do Código Civil, em sua redação original, determinava: “Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782”.

entrou em vigor pouco tempo depois do Estatuto. A dúvida terminológica, assim, persiste.¹¹⁹ Esse aparente pudor normativo no uso de termos como *incapacidade* e *interdição* (muito embora seja o legislador, por excelência, justamente o agente político mais qualificado para ressignificar tais noções), acompanhado de uma dose de ingenuidade, parecem ter prejudicado profundamente a efetividade das disposições do Estatuto.

5 Síntese conclusiva

Talvez a principal lição que se possa extrair das dificuldades de implementação das muitas intenções que moveram a edição do EPD (e que se faz particularmente necessária no momento atual, quando tantos paradigmas do passado foram abandonados, sem que se tenham encontrado ainda soluções para muitas demandas sociais atuais) seja a simples constatação de que o direito não é onipotente. A ordem jurídica é capaz de encorajar certas condutas (oferecendo incentivos a quem as pratica), como também é capaz de impor ou reprimir determinados atos. Nos casos, porém, em que apenas mudanças sociais profundas e genuínas possam representar um efetivo salto qualitativo de avanço civilizatório, há pouco que o direito, ao menos com seus instrumentos atuais, parece ser capaz de fazer.

Particularmente em matéria de tutela de pessoas com deficiência, há, sem dúvida, um trabalho jurídico enorme a ser realizado, provavelmente por gerações. É preciso desenvolver mecanismos para coibir toda forma de discriminação, impor a adoção de medidas de inclusão social nos mais variados setores, incentivar uma mudança ampla de pensamento acerca da própria deficiência (que há de progressivamente deixar de ser vista como uma enfermidade).¹²⁰ Há, contudo,

¹¹⁹ “Como se pode notar, o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de prever expressamente a interdição, submetendo a pessoa com deficiência ao regime da curatela [...]. Com o advento do estatuto, houve, inicialmente, alteração na redação dos artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, que tiveram o vocábulo ‘interdição’ substituído por ‘curatela’. Posteriormente, houve revogação dos artigos 1.768 a 1.773 do CC com a entrada em vigor do novo CPC, que passou a tratar da matéria nos artigos 747 a 763. Embora o novo CPC ainda faça alusão à ‘interdição’, trata-se de expressão que deve ser abandonada, haja vista a existência de um estatuto todo voltado especificamente para a pessoa com deficiência e que teve o especial cuidado de abolir aquela expressão” (OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 18 abr. 2016).

¹²⁰ “Em outras palavras, a deficiência é um problema social, que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade, que não tem os meios/serviços/instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vítor Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 17).

certos pontos desse processo em que a ordem jurídica não consegue atuar diretamente. Sua vocação natural é a de impor sanções. Quando estas se mostrarem inadequadas para a criação do estado de coisas ideal perseguido (como parece ser aquele que se pretendia obter, por exemplo, com a tomada de decisão apoiada, e que parece depender mais da atuação do Poder Público e da mudança de mentalidade da sociedade civil do que da intervenção do legislador ou do juiz), o problema deve antes ser abordado, com resultados provavelmente mais eficazes, por outras áreas do saber humano.

Do mesmo modo, emancipar e proteger (dois propósitos que ocupam o núcleo das discussões sobre a tutela das pessoas com deficiências intelectuais ou psíquicas) não parecem ser tendências plenamente conciliáveis no âmbito jurídico. Embora a proteção de pessoas vulneráveis comporte muitos mecanismos diferentes – alguns francamente juridicizáveis, na medida em que permitem a conciliação da autonomia com a ideia de proteção –,¹²¹ há certos limites à liberdade que se pode conferir a um indivíduo, na vida de relação, sem que para ele surjam deveres jurídicos correlatos. A invalidade negocial devidamente modulada pelo grau concreto de discernimento do indivíduo, embora implique certa restrição no exercício de sua autonomia, ainda se mostra, nesse sentido, um importante ponto de partida na tutela das pessoas com deficiência mental, caso se pretenda promover semelhante tutela sem um prejuízo (tão desproporcional quanto desnecessário) à segurança das relações jurídicas.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas para a tutela da pessoa com deficiência mental em matéria contratual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 75-110, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.005

Recebido em: 20.12.2018

1º parecer em: 09.01.2019

2º parecer em: 28.04.2019

¹²¹ Pense-se na criação legislativa de remédios legais em benefício de contratantes vulneráveis, que podem utilizá-los à sua livre escolha, ou até mesmo na adoção de medidas que incentivem certas escolhas por parte de tais contratantes, na lógica do já mencionado paternalismo libertário.