

REFLEXÕES SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SOBRE OS IMPACTOS DA LEI Nº 13.146/2015 NO ESTUDO DOS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Taisa Maria Macena de Lima

Doutora e mestre em Direito Civil pela UFMG. Professora dos Programas de Graduação e Pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas. Desembargadora Federal do Trabalho. Ex-bolsista do DAAD – Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico.
E-mail: <taisamacena@yahoo.com.br>.

Marcelo de Mello Vieira

Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre e bacharel em Direito pela UFMG. Professor de Direito Civil da Faculdade de Estudos Administrativos – FEAD.
E-mail: <marcelomvieira@yahoo.com.br>.

Beatriz de Almeida Borges e Silva

Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. *E-mail:*<b.beatrizdealmeida@gmail.com>.

Resumo: Assumindo como premissa a vertente teórica capitaneada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹ de que as pessoas com deficiência mental e psíquica serão, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), sempre consideradas capazes, buscou-se inicialmente apresentar o desenvolvimento do trato que lhes foi conferido ao longo da história, destacando a superação de paradigma promovido pela novel legislação: da dignidade-proteção à dignidade-autonomia da pessoa com deficiência. Em seguida, trabalharam-se os reflexos do EPD nos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes, para, ao final, concluir-se, sem pretensão de esgotar os desdobramentos que certamente advirão sobre o tema, a possibilidade de se invocar as nulidades virtuais para que incidam sobre atos praticados pela pessoa com deficiência sem a presença de curador.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência; capacidade civil; negócio jurídico.

Sumário: **1** Introdução – **2** Contextualizando os direitos da pessoa com deficiência – **2.1** O modelo da dispensabilidade – **2.2** O modelo médico ou reabilitador – **2.3** O modelo social – **3** Pessoa com deficiência e capacidade civil – **4** Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no estudo dos planos do negócio jurídico – **5** Conclusão

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Parte Geral*. V. 1. 18. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

1 Introdução

Dentro de uma ótica que visa à inclusão participativa da pessoa com deficiência, a ONU (Organização das Nações Unidas) promulgou, em 2007, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, conhecida como Convenção de Nova Iorque. No Brasil, essa Convenção foi aprovada pelo Decreto nº 186/2008, com quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, o que lhe conferiu o *status* de norma constitucional. As alterações mais significativas do giro de perspectiva com relação à pessoa com deficiência ficaram a cargo do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que, com o propósito de promover a inclusão e a autonomia do deficiente, albergou, em definitivo, a *ratio* da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

As mudanças de paradigma operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência irradiaram por todo o ordenamento jurídico, especialmente na teoria das incapacidades e, por consequência direta, no estudo dos planos dos negócios jurídicos. Isso porque com a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015 a única hipótese de incapacidade absoluta passou a ser aquela decorrente da idade, ou seja, apenas os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido retirados do rol do art. 3º do Código Civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento, assim como aqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. O art. 4º do Código Civil também foi substancialmente alterado, constando entre os relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

Diante dessa alteração legislativa, foi possível, de início, e sem descuidar da circunstância de que o conteúdo de um texto normativo é paulatinamente construído frente à realidade fática, identificar três teorias que pretendem responder à pergunta sobre se o deficiente cujo discernimento é comprometido pode amoldar-se à tipologia prevista na legislação a fim de ser considerado relativamente incapaz. Afinal, a possibilidade de enquadrá-los ou não no rol dos relativamente incapazes é questão prejudicial à análise da higidez dos atos por eles praticados, ou seja, ao estudo do impacto do EPD nos planos dos negócios jurídicos.

A primeira vertente teórica é encabeçada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho e defende a impossibilidade de o portador de deficiência – seja física, mental, intelectual ou sensorial – ser tecnicamente considerado civilmente incapaz, “na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro

que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.² Flávio Tartuce³ capitaneia uma segunda teoria, segundo a qual se admite que excepcionalmente os deficientes sejam tidos como relativamente incapazes, enquadrando-os na previsão do art. 4º, III, do Código Civil, sempre que a deficiência seja severa a ponto de a pessoa não poder exprimir o que pensa e deseja, ou seja, desde que haja impedimento para exprimir a vontade. Por fim, uma terceira teoria é defendida por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias,⁴ segundo a qual o critério para se definir a incapacidade relativa passa a ser a impossibilidade de tomar decisões de forma autônoma. Trata-se do requisito da *vontade ponderada* já há muito defendido em doutrina.⁵

Tomando por premissa a vertente teórica capitaneada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, assume-se neste estudo que o portador de deficiência psíquica ou mental passou a ser considerado absolutamente capaz, o que resulta, como antecipado, em uma série de reflexões a respeito da higidez dos atos por eles praticados. Isso porque a partir daí o estudo dos planos do negócio jurídico, tal como tradicionalmente empreendido, parece depender de uma releitura, já que o novo paradigma inaugurado pelo EPD passou a exigir que o agente praticante do negócio, assim como as repercussões de sua atuação no trânsito jurídico sejam examinados sob uma nova ótica: o eventual vício do negócio jurídico não remontará mais ao aspecto subjetivo, visto que o praticante do ato é plenamente capaz. Daí dizer-se que, por meio de uma pesquisa que segue a vertente jurídico-sociológica, propõe-se “a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo”, preocupando-se “com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que estabelece com o próprio Direito e com os demais campos: sociocultural, político e antropológico”.⁶

Cuida-se, em última instância, de analisar a alteração legal promovida a partir da metodologia civil-constitucional, na medida em que se intenta, a um só tempo, compreender o sentido e alcance da mudança de paradigma levada a cabo pelo EPD à luz da realidade concreta a serviço da qual o Direito está, fazendo-o em atenção à sistematicidade e coesão do ordenamento. Ou seja, é de se investigar as possibilidades dadas pela ordem jurídica que *compatibilizem*

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: Parte Geral, cit., p. 147.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 134.

⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiane Chaves de. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 336.

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011, p. 138.

⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 2 ed. rev. ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

a proposta emancipatória do EPD com o projeto constitucional sem gerar antinomias, a partir de uma perspectiva funcionalizada guiada pela realidade concreta de que existem e continuarão a existir pessoas com déficits cognitivos atuando no tráfego jurídico sem condições de dimensionar as repercussões de suas manifestações de vontade e para as quais é preciso pensar-se em expedientes protetivos.

Dentro dessa linha de ideias, o estudo se inicia pormenorizando o desenvolvimento da proteção à pessoa com deficiência sob a perspectiva do desenvolvimento dos direitos humanos, enfatizando o atual modelo vigente no direito brasileiro (modelo social), contrapondo-o aos modelos anteriores (modelo da dispensabilidade e modelo médico). Posteriormente, abordou-se a relação entre a deficiência e a capacidade civil sob o prisma da Convenção de Nova Iorque, destacando a superação de paradigma por ela promovido: da dignidade-proteção à dignidade-autonomia da pessoa com deficiência. Por fim, trabalharam-se os reflexos do EPD nos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes, levando-se em conta os planos da existência, validade e eficácia.

Tudo para, ao final, demonstrar-se que um dos caminhos possíveis para compatibilizar a *ratio* do EPD de promoção da autonomia do portador de deficiência com a finalidade protetiva indiscutivelmente desempenhada pelo ordenamento quando previa, de acordo com o discernimento e a vulnerabilidade apresentados pelo agente, a invalidade de algum dos atos por ele praticado, parece ser o de ressuscitar as nulidades virtuais.

2 Contextualizando os direitos da pessoa com deficiência

A Convenção de Nova Iorque inovou a ordem jurídica internacional ao estabelecer um novo tratamento jurídico às pessoas com deficiência, uma vez que tem como base o modelo social de deficiência. No entanto, ao lado desse modelo é possível identificar a existência de outros dois que foram utilizados ao longo da história das sociedades ocidentais. Muito embora tais modelos ou sistemas não sejam teorias jurídicas, tendo, em verdade, surgido a partir delas, constituindo-se em formas como as sociedades compreendiam o fenômeno “deficiência”, cada entendimento refletiu-se no trato jurídico dado às pessoas com deficiência. Em razão disso, a compreensão de cada um deles é essencial para entender o panorama posto no direito pátrio pela Convenção de Nova de Iorque e reforçado pelo EPD.

2.1 O modelo da dispensabilidade⁷

O primeiro e mais longo, o modelo da dispensabilidade perdurou desde a antiguidade até a época moderna⁸ e assentava-se em duas premissas: a origem religiosa ou sobrenatural das deficiências e a visão de que as pessoas com deficiência eram dispensáveis para a sociedade.⁹

Especialmente para as sociedades mais antigas, a religião não só garantia a coesão social, como também era responsável por responder todas as questões que não eram explicáveis pela mera comprovação empírica. Uma má colheita, os percalços de uma viagem, a vitória em uma batalha e demais situações da vida comum eram justificadas pela vontade ou não dos deuses. Da mesma forma, o nascimento de uma criança com deficiência, a perda da funcionalidade de algum membro ou até mesmo o acometimento de um sofrimento mental eram vistos como uma retaliação divina por um pecado praticado pela própria pessoa ou por seus pais ou, ainda, uma advertência dos deuses para que se mudasse de postura, sob pena de sofrer um castigo ainda maior.¹⁰ Para Francisco Bariffi,¹¹ por carregarem um sinal de desaprovação divina (seja por trazer uma mensagem diabólica, seja por estar em desgraça com os deuses) ou por não ser vistas como aptas para contribuir com as necessidades da comunidade, as pessoas com deficiência eram consideradas desnecessárias ou dispensáveis pela sociedade.

O modelo da dispensabilidade pode ser dividido em dois submodelos. O primeiro deles, o da eugenia, remonta à antiguidade clássica e lastreia-se em argumentos religiosos a partir dos quais se entendia que as crianças com deficiência eram um fardo para os pais e para a sociedade, razão pela qual suas vidas não mereciam ser vividas. Nesse contexto, a prática comum do infanticídio era plenamente justificável.¹² O submodelo da marginalização, identificado na Idade Média e influenciado pelo cristianismo, não permitia o infanticídio intencional,

⁷ Os estudiosos de língua espanhola utilizam “prescindência” como o sentido do verbo prescindir. Como a palavra não existe na língua portuguesa se optou por dispensabilidade por entender que tal palavra é a mais fiel à ideia dos referidos autores.

⁸ ÁVILA CALVO, Ruben. *Ciudadania y discapacidad*. 2014. 453f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia de valores e Antropología. Universidade do País Basco, Vitoria-Gasteiz, 2014, p. 55.

⁹ CUETOS GONZALEZ, Glenda. *Discriminacion de las personas con enfermedad mental*. 2013. 104f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Proteção Jurídica das pessoas e grupos vulneráveis. Faculdade de Direito de Oviedo, Oviedo, 2013, p. 21-22.

¹⁰ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2008, p. 37.

¹¹ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid: Ediciones Cinca, 2014.

¹² PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Madrid: Ediciones Cinca, 2007, p. 14.

embora muitas crianças morressem pela omissão dos pais.¹³ Esse submodelo é caracterizado pela exclusão da pessoa com deficiência do convívio social como forma de gerar paz na sociedade, uma vez que as pessoas ditas normais não teriam que conviver com aqueles ditos “anormais”.¹⁴ Nesse contexto discriminatório, essas pessoas dependiam da caridade para sobreviver e seu papel se resumia a ser objeto de diversão para a sociedade.¹⁵ O tratamento dispensado às pessoas com deficiência sofreu modificações no curso do período histórico em que vigeu o modelo da dispensabilidade, haja vista a abertura, em maior ou menor escala, para algum tipo de inclusão dessas pessoas. A despeito disso, conforme se demonstrará a seguir, foi somente no século XX que outro modo de conceber a deficiência surgiu.

2.2 O modelo médico ou reabilitador

Os avanços sociais e tecnológicos permitiram a superação da religião como fonte do conhecimento e, a partir daí, a ciência se encarregou de dar novas respostas às questões da sociedade. Foi o que ocorreu com a origem das deficiências, que deixou de ser justificada com base no pecado ou no desejo dos deuses, para ter sua causa identificada pela ciência.

As pessoas com deficiência passam somente a ser consideradas desnecessárias, enquanto não forem reabilitadas.¹⁶ O foco passa, então, a ser tratar a deficiência, muitas vezes, ocultando os seus sinais para que a pessoa possa ser socialmente integrada, se tornando produtiva, ou seja, capaz de gerar riquezas.

Palacios e Bariffi¹⁷ afirmam que esse sistema começou a se desenvolver no início do mundo moderno, mas que, especialmente no campo legislativo, se

¹³ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 54.

¹⁴ Para Palacios, a exclusão ocorria “seja como consequência de subestimar as pessoas com deficiência e considerá-las objeto de pena, seja como consequência do medo ou rejeição por considera-la objetos de feitiços ou aviso de perigo iminente. Ou seja, que - seja por menosprezo, seja por medo, a exclusão parece ser a resposta social que gera paz de espírito”. (PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humano*, cit., p. 44, tradução nossa). No original: “(...) exclusión, ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir, que –ya sea por menosprecio ya sea por miedo–, la exclusión parece ser la respuesta social que genera mayor tranquilidad”.

¹⁵ CUETOS GONZALEZ, Glenda. *Discriminación de las personas con enfermedad mental*, cit., p. 22.

¹⁶ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 10.

¹⁷ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit..

consolidou no início do século XX após a primeira guerra mundial. No âmbito do Direito, essa preocupação, primeiramente, representou a garantia de benefícios sociais aos veteranos de guerra,¹⁸ benefícios estes que, posteriormente, foram estendidos a todas as pessoas independentemente da causa da deficiência.¹⁹

O desenvolvimento da medicina e os avanços científico-tecnológicos melhoraram a chance de sobrevivência e a qualidade de vida das pessoas com deficiência, tendo a educação se transformado em uma valiosa ferramenta para a reabilitação.²⁰ De fato, o modelo médico ou reabilitador partia da visão de uma sociedade homogênea, na qual cada indivíduo deve atender certas expectativas, especialmente enquanto agente econômico, para ser considerado parte dessa sociedade. Ou seja, quando a deficiência apresentava-se como um entrave ao cumprimento dessas expectativas, o indivíduo deveria tratá-la para que então passasse a interagir em sociedade. Esse modelo parte, portanto, da visão de deficiência como um problema individual “considerando-se que as causas do dito problema são resultado exclusivo das limitações funcionais ou de perdas psicológicas, que são assumidas como originadas pela deficiência”.²¹ Ruben Ávila Calvo²² afirma que a responsabilidade pela deficiência era atribuída à biologia ou ao acaso, e nunca à sociedade, razão pela qual desta só se podia esperar caridade. Coadunando com esse entendimento, Agustina Palacios²³ assevera que as respostas sociais concentravam-se nas atividades que as pessoas com deficiência não conseguiam praticar, na medida em que, por serem inferiorizadas, tais pessoas só se tornavam efetivamente iguais às outras à medida que superavam suas deficiência.

O modelo reabilitador apresentava algumas fragilidades. Em primeiro lugar, a não ser a dependência da assistência social, ele não dava respostas para

¹⁸ Para Francisco Bariffi assegurar esses benefícios àqueles que adquiriram uma deficiência na guerra “refletia de algum modo a crença sobre a existência de uma obrigação da sociedade de compensar a estas pessoas com pensões de invalidez, benefícios de reabilitação e cotas trabalhistas. (BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 45, tradução nossa): “(...) reflejaba de algún modo la creencia acerca de la existencia de una obligación por parte de la sociedad, de compensar a estas personas mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales”.

¹⁹ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 45.

²⁰ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 67.

²¹ “(...) considerando se que las causas de dicho problema son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que son asumidas como originadas por la deficiencia” (VICTORIA MALDONADO, Jorge A.. El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLVI, n. 138, set./dez. de 2013, p. 1100).

²² ÁVILA CALVO, Ruben. *Ciudadanía y discapacidad*, cit.

²³ PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit.,

aquelas pessoas que não conseguiam se reabilitar, seja em razão da deficiência seja por dificuldades da própria pessoa, incluindo a falta de instrumentos sociais para seu tratamento. Em segundo lugar, ele desresponsabilizava a sociedade, que, muitas vezes, é quem promove ou fomenta um tratamento excludente. A partir dessas fragilidades, outro modelo ganhou destaque.

2.3 O modelo social

A partir das décadas de 60 e 70 do século XX, nos Estados Unidos e Inglaterra, movimentos sociais encabeçados pelas próprias pessoas com deficiência se organizaram e passaram a exigir um tratamento mais adequado às suas necessidades, aspirações e autonomia.²⁴ Partindo da ideia de que “todas as pessoas possuem a mesma dignidade e, portanto, os mesmos direitos devem ser respeitados e postos em prática”,²⁵ surgiu o modelo social, o qual concebe a deficiência não como um atributo individual, mas um fenômeno complexo com várias repercussões, sendo muitas delas provocadas pela sociedade.²⁶

Se o modelo médico partia da ideia de uma sociedade homogênea, o modelo social entende a sociedade como heterogênea e, por isso, ao compreender as diferenças entre seus cidadãos, assegura a mesma dignidade a todos eles e promove a igualdade de oportunidades. O modelo social é, portanto, aquele que melhor se adapta a uma sociedade democrática e plural, uma vez que busca a real integração de seus membros e dá espaço para que eles desenvolvam sua autonomia e contribuam para o bem-estar comum. Segundo Maldonado,²⁷ esse modelo enfatiza não a reabilitação da pessoa, mas da própria sociedade, que deve ser idealizada e planejada para atender as necessidades de todos integrando seus indivíduos.

As pessoas com deficiência passam a ser tratadas materialmente como sujeitos de direitos fundamentais, podendo exigir o cumprimento do direito de serem incluídas socialmente, seja para participar da sociedade, seja para decidir os rumos da própria vida. Assim, as pessoas com deficiência deixam de esperar pela caridade do Estado, para se tornarem credoras de seus direitos, que devem ser promovidos por meio de políticas públicas estatais. Por essa razão

²⁴ BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., p. 47-48.

²⁵ ÁVILA CALVO, Ruben. *Ciudadanía y discapacidad*, cit., p. 352.

²⁶ VANEGAS GARCÍA, José Hoover; GIL OBANDO, Lida Maritza. La discapacidad, una mirada desde la teoría de sistemas y el modelo psicossocial. *Hacia la Promoción de la Salud*, v. 12, p. 59, jan./dez. 2007.

²⁷ VICTORIA MALDONADO, Jorge A.. *El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, cit., p. 1093-1109.

Palacios e Bariffi²⁸ afirmam que o direito das pessoas com deficiência é uma questão de direitos humanos.

O modelo social propõe uma concepção de deficiência relacionada à ideia de que existem barreiras que impedem o exercício da igualdade, da liberdade e da cidadania, obstando, assim, a efetiva integração do grupo à sociedade. É, justamente, essa noção que foi adotada pela Convenção de Nova Iorque ao preconizar, em seu art. 1º, que

(...) pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Essa convenção é um marco internacional normativo dos direitos das pessoas com deficiência e possui força cogente, podendo gerar sanções aos países signatários que não cumprirem com os compromissos nela assumidos.

No direito brasileiro, ela é também um marco legislativo importante, tendo sido recepcionada, em 2009, com o *status* de norma constitucional, uma vez que foi aprovada pelo legislativo seguindo o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com isso, desde 2009 o Brasil assumiu essa concepção de pessoa com deficiência, que foi reforçada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ou lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Lei nº 13.149/2015), que em seu art. 2º praticamente repetiu a redação do artigo da Convenção de Nova Iorque anteriormente colacionado.

Apesar de o EPD ter trazido significativos avanços na maioria dos aspectos atinentes ao tema, uma crítica pode ser feita a esse diploma. Ao tratar a deficiência de modo amplo e geral, a lei brasileira não deu respostas mais concretas a determinadas deficiências que exigiriam um tratamento mais específico, levando em conta que as barreiras são mais ou menos problemáticas dependendo da natureza do impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial). Ao trazer previsões mais genéricas, o EPD tratou todos os deficientes de forma semelhante, não dando atenção às peculiaridades de cada impedimento, resultando em um tratamento igual aos desiguais. Com isso, a referida legislação provocou algumas dificuldades para a real inclusão das pessoas com deficiência, notadamente no que diz respeito à relação das pessoas com deficiência de natureza mental e intelectual e a higidez dos atos jurídicos por elas praticados.

²⁸ PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco José. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit.

3 Pessoa com deficiência e capacidade civil

Ao contrário do direito do trabalho, que se preocupava com a reabilitação do trabalhador e do direito previdenciário, que trazia os benefícios sociais, até o EPD, o direito civil não se preocupou com a pessoa com deficiência como um gênero. Somente aqueles indivíduos que, em razão de uma deficiência mental ou intelectual, tivessem prejudicado seu discernimento para a prática de atos jurídicos gozavam de um sistema protetivo previsto nos códigos civis brasileiros: o sistema das incapacidades.

Desde o Código Civil de 1916, o direito civil nacional possui um sistema de capacidades integrado por dois conceitos diferentes: capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito se refere à aptidão de todas as pessoas (naturais ou jurídicas) de serem titulares de direitos e de deveres na ordem civil (art. 1º do Código Civil de 2002)²⁹ e, por se associar à ideia de personalidade jurídica, é conferida em igual medida a todos a quem o ordenamento jurídico atribui a condição de pessoa. Já a capacidade de fato se relaciona à possibilidade de pessoalmente exercer os direitos de que se é titular em razão da capacidade de direito.³⁰

Se a capacidade de direito não permite qualquer modulação, o mesmo não ocorre com a capacidade de fato, a qual possuía gradações em razão do grau de discernimento que a pessoa detinha concretamente, o que, por óbvio, só se aplicava às pessoas naturais. O discernimento era entendido como “possibilidade de querer, entender e responsabilizar-se pelas escolhas feitas”³¹ e sua presença ou ausência, esta última em maior ou menor medida, fazia com cada indivíduo fosse classificado como capaz, relativamente incapaz ou absolutamente incapaz.

O rol daqueles que eram considerados relativa e absolutamente incapazes era composto por categorias abstratas e nem sempre homogêneas. Todavia, a resposta dada pelo ordenamento era sempre a mesma. Aos absolutamente incapazes era proibida a prática de qualquer ato civil, devendo sua vontade ser

²⁹ O Código Civil de 1916 dava tratamento semelhante à capacidade de direito utilizando a palavra “obrigações” no lugar de “deveres”. Dessa forma, a definição de capacidade de direito pouco se alterou desde 1916.

³⁰ A expressão “atos da vida civil” deve ser interpretada de acordo com a lógica do Código Civil de 1916, que é quando ela foi relacionada com o regime de capacidade. No contexto daquele código de matriz liberal, o direito civil somente se preocupava com atos de conteúdo patrimonial, quais sejam, contratar, ser proprietário, herdar e até casar. Com a expansão do direito civil para os aspectos existenciais faz-se necessário remodelar esse conceito, tema esse que não será aprofundado nesse trabalho.

³¹ RETTORE; Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. O regime das incapacidades à luz do Estatuto da pessoa com deficiência: da legislação aos tribunais. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Taisa Maria Macena de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Autonomia e vulnerabilidades*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. No prelo.

substituída pela vontade do representante, enquanto aos relativamente incapazes era permitida a prática autônoma de alguns atos, exigindo-se majoritariamente a concordância do assistente. Como resume Edgard Marx Neto “pode-se identificar na representação a substituição da vontade do representado pela do representante e na assistência a adição dessas vontades”.³²

Para Caio Mário da Silva Pereira, esse sistema de capacidades foi pensando não

com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao revés, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que a falta de discernimento, de que sejam pacientes, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência (sic) das condições peculiares dos mentalmente deficitários.^{33 34}

Pela regulamentação do Código Civil de 1916, as únicas pessoas com deficiência que estavam sob o manto desse sistema protetivo, já que eram considerados absolutamente incapazes, eram as pessoas com deficiência mental, chamados à época de “loucos de todo gênero” (art. 5º, II), não havendo nenhuma deficiência que conduzisse à incapacidade relativa. Já no Código Civil de 2002, o panorama mudou. A expressão “loucos de todo gênero” foi eliminada e passaram a ser considerados absolutamente incapazes as pessoas com deficiência mental que não possuíam o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (art. 2º, II). Eram considerados relativamente capazes tanto aqueles que em razão da deficiência mental possuíam o discernimento reduzido, como aqueles que não tivessem o desenvolvimento mental completo (art. 3º, II e III).

A mudança no rol dos incapazes não veio acompanhada de alterações qualitativas no tratamento dos institutos protetivos que viessem a promover os direitos desses indivíduos, o que representou a continuidade da exclusão jurídica

³² MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 13, n. 100, p. 358, jul./set. de 2011.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil*. V. I. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 168.

³⁴ Tal visão foi posteriormente alvo de críticas. Para Renata Rodrigues, a falta de dispositivos legais dedicados exclusivamente à pessoa do incapaz e o grande número de artigos que tratavam de seu patrimônio demonstram que havia uma maior preocupação com os valores patrimoniais e com a segurança jurídica, o que se revelava tanto na tentativa de evitar que o incapaz dissipasse suas posses, como na busca da garantia certeza e estabilidade no tráfego de riquezas a terceiros que eventualmente negociassem com eles. (RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2007, p. 40).

e social da qual as pessoas com deficiência mental eram submetidos. Dessa forma, o sistema de incapacidades continuou ainda mais inspirado no modelo médico do que no modelo social da deficiência. Coube ao EPD promover efetivas modificações no sistema de incapacidades ao revogar os arts. 2º, II, e 3º, II e III do Código Civil de 2002 mencionados. Ele também retirou do rol dos absolutamente incapazes e introduziu dentre os considerados relativamente incapazes as pessoas, por causa transitória ou permanente, que não puderem exprimir sua vontade (art. 3º, III).

Tais modificações inegavelmente visaram a adequar o ordenamento jurídico nacional aos ditames da Convenção de Nova Iorque, introduzindo no plano infraconstitucional o modelo social de deficiência. Como trabalhado no tópico anterior, esse modelo, partindo do pressuposto de que a defesa e promoção da autonomia que possuem as pessoas com deficiência são meios asseguradores da inclusão na vida social, busca a referida não só em relação ao direito ao trabalho, mas também a uma efetiva participação na vida comunitária e familiar, o que passa por participar das decisões afetas a sua própria vida, a sua família e à sociedade na qual está inserido. O sistema das incapacidades, como previsto originalmente nos códigos civis brasileiros, não tinha esse objetivo, uma vez que suprimia total ou parcialmente o exercício autônomo pelos incapazes de seus direitos. Dessa forma, a incapacidade de fato se tornou de fato uma barreira jurídica para o exercício da autonomia das pessoas com deficiência intelectual e psicossocial,³⁵ especialmente quando se nota que a capacidade civil acabou servindo como critério para atribuição da titularidade de direitos fundamentais.³⁶

A Convenção de Nova Iorque, em seu art. 12.2, fixou para os Estados signatários a obrigação de reconhecerem “que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em

³⁵ Para o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU, “as pessoas com deficiência intelectual são aquelas que têm dificuldades em suas funções intelectuais, por exemplo, as pessoas com síndrome de Down. As pessoas com deficiências psicossociais incluem aqueles a problemas de saúde mental, diagnosticados ou que têm problemas deste tipo, por exemplo, transtorno bipolar, autismo ou esquizofrenia”. (ALTO COMISSARIADO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicossocial*. Disponível em: <[http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper\(2012\)2_ES.pdf](http://www.feaps.org/files/Documentos/CommDH-IssuePaper(2012)2_ES.pdf)>. Acesso em: 21 de set. 2016). “(...) las personas con discapacidad intelectual comprenden aquéllas que tienen dificultades en sus funciones intelectuales, por ejemplo, las personas con el síndrome de Down. Las personas con discapacidad psicossocial comprenden aquéllas a las que se ha diagnosticado problemas de salud mental, o que tienen problemas de este tipo, por ejemplo, trastorno bipolar, autismo o esquizofrenia”.

³⁶ 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. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, p. 3-4, jan./jun./2015. Disponível: <<http://civillistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso: 22 set. 2016.

todos os aspectos da vida.” Tal dispositivo serviu como base para as alterações promovidas no sistema das capacidades pelo EPD, especialmente por modificar o regramento sobre a capacidade de fato. No entanto, a interpretação dada ao dispositivo mencionado foi alvo de críticas por parte de juristas brasileiros. Segundo Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira:

Ocorre que a forma como o referido dispositivo foi lido pelos legisladores pátrios demonstra-se equivocada, pois parece ter compreendido “capacidade legal” como “capacidade de fato”, redundando na retirada de qualquer menção à deficiência, mesmo que acompanhada de redução ou ausência de discernimento, do enquadramento das incapacidades. O referido dispositivo, em verdade, deveria ter sido interpretado como atinente à “capacidade de direito”, não podendo ser os deficientes excluídos da possibilidade de titularizarem direitos e obrigações.³⁷

Em que pese o entendimento dos referidos autores, discorda-se da interpretação por eles empreendida. Isso porque, em primeiro lugar, nunca existiu dúvida de que qualquer pessoa natural e, por óbvio, todas as pessoas com deficiência, tenham capacidade de direito. Assim, a defesa de que o EPD teria conferido aos portadores de deficiência a capacidade de direito equivale a reconhecer que a nova legislação em nada mudou a ordem jurídica nacional. Em segundo lugar, o entendimento de que capacidade jurídica a que se refere a Convenção de Nova Iorque engloba a capacidade de fato e de direito foi adotado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, sendo esta a concepção que melhor se amolda à busca pela inclusão e autonomia proposta pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

O EPD, atento à metodologia civil-constitucional, posto que busca dar efetivamente ao programa constitucional de promoção da dignidade humana,³⁸ apenas traz para a legislação infraconstitucional o que a norma constitucional já deixava claro e o faz de maneira cristalina em seu art. 84, o qual dispõe que a “pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Dessa forma,

³⁷ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: LARA, Maria Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho (Org.) *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 129.

³⁸ FIUZA, César. Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5894>. Acesso: 29 dez. 2016.

as pessoas cuja deficiência lhes afetava o discernimento e, por essa razão, anteriormente podiam ser consideradas incapazes, passam a ser consideradas capazes, eliminando a rotulação e permitindo um tratamento mais isonômico.³⁹ Como pontua Flávio Tartuce,⁴⁰ essa modificação facilita a inclusão social proporcionando a superação da dignidade-liberdade pela dignidade-autonomia.

Diante desse giro de perspectiva promovido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, nota-se que se antes a curatela precedia uma decretação de incapacidade, o que colocava o curatelado sob a proteção do sistema das incapacidades, agora, para a doutrina que se adota como marco teórico do presente estudo, ela pressupõe a relação do curador com uma pessoa capaz. As repercussões daí advindas para a teoria geral do direito privado vão se descortinando à medida que a comunidade jurídica se depara com a novel legislação no dia a dia forense. Isso trouxe reflexos para a teoria geral do direito privado, especialmente no que se refere, conforme se abordará a seguir, aos atos praticados pelo curatelado, que tradicionalmente se baseava na teoria das invalidades.

4 Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no estudo dos planos do negócio jurídico

Tradicionalmente, o estudo dos negócios jurídicos é feito em doutrina⁴¹ de forma tripartida, analisando-os nos planos da existência, validade e eficácia. Assim, discute-se, no plano do ser,⁴² primeiramente se o negócio jurídico tem existência, ou seja, se dispõe de uma estruturação básica e elementar. Em seguida, examina-se a validade dessa estruturação básica e elementar, isto é, desse suporte fático, o que pressupõe uma conformação com a ordem vigente, atendendo aos elementos exigidos pelo sistema jurídico. Por fim, como o próprio nome

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: Parte Geral, cit., p. 148.

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral, cit.

⁴¹ Diz-se em doutrina, pois o Código Civil sempre optou por uma análise bipartida dos negócios jurídicos, limitando-se a positivar os planos da validade e eficácia. “A idéia de atos inexistentes, em virtude da falta de um elemento constitutivo, surgiu na Alemanha e foi desenvolvida na doutrina francesa, como forma de superar a dificuldade gerada pelo princípio de segurança jurídica, segundo o qual as nulidades deveriam vir expressas no texto legal (*pas de nullité sans texte*)”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 307).

⁴² “Ao sofrer a incidência da norma juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: Plano da existência. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134).

indica, o estudo do plano da eficácia diz respeito à possibilidade de o negócio produzir efeitos, criando, modificando, substituindo ou extinguindo situações jurídicas concretas.

Nesse estudo do negócio jurídico compartmentado entre os planos, o exame da vontade já assumia papel de suma relevância. Isso porque a vontade *em si* é precisamente a estruturação básica e elementar a que se refere o plano da existência, isto é, o suporte fático indispensável para que se possa falar que o negócio existe. Por outro lado, a higidez e a integridade dessa vontade são afetadas ao plano da validade, uma vez que esse plano é o reduto de análise da existência ou não dos predicados do suporte fático – da qualidade da vontade manifestada, em última instância – para que o negócio seja considerado válido ou inválido (nulo ou anulável a depender da gravidade do defeito verificado).

A importância conferida à vontade e à qualidade de sua manifestação sempre partiu da premissa de que a legitimidade ou não das situações jurídicas decorre, como já dito, da possibilidade, concretamente verificada, de o agente poder responsabilizar-se pelos deveres advindos do ato praticado. Ou seja, a vontade vincula aquele que a manifesta à medida do discernimento e das condições individuais de entender os desdobramentos resultantes da escolha feita.⁴³

Sob essa lógica, como trabalhado no tópico anterior, os negócios jurídicos praticados por pessoas cuja deficiência psíquica ou intelectual implicasse redução de discernimento – maculando, portanto, as manifestações de vontade – e fossem, por isso, judicialmente reconhecidas incapazes eram inquinados de invalidade, absoluta (nulidade) ou relativa (anulabilidade), a depender do grau de incapacidade do agente, nos termos do art. 104, I do Código Civil.

Reconhecida a imprescindibilidade de se conferir especial proteção àqueles albergados pelo regime da incapacidade, previa-se que o ato praticado pessoalmente por quem, em virtude de uma deficiência que comprometesse substancialmente o discernimento, fosse considerado absolutamente incapaz era tido como nulo (art. 166, I, do Código Civil) e, por se tratar de vício que não convalida, poderia ser arguido a qualquer tempo (art. 169 do Código Civil), notadamente porque em relação a tais pessoas não corria prazo prescricional (art. 198, I, do Código Civil). Em outro sentido, acaso se tratasse de relativamente incapaz, aos quais se reconhece discernimento incompleto, os atos praticados sem a participação do assistente seriam considerados anuláveis (art. 177, I, do Código Civil)

⁴³ “Nega-se validade a tais atos sobretudo porque falta a um dos agentes 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” (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, a. 5, n. 1, p. 13, 2016. Disponível: <<http://civilistica.com/autonomiadiscernimento-e-vulnerabilidade/>>. Acesso: 12 set. 2016.

se o vício fosse arguido pelo interessado, não houvesse ratificação expressa (art. 172 do Código Civil) ou convalidação pelo decurso do prazo decadencial (art. 178, III, do Código Civil).

Tudo a demonstrar que o ordenamento preocupava-se – ao prever a incapacidade absoluta ou relativa, bem como os desdobramentos dos atos levados a efeito por quem assim era reconhecido judicialmente – em garantir instrumentos protetivos àqueles que, atuando no tráfego jurídico pessoalmente, não reuniam as condições biopsíquicas necessárias para serem responsabilizados pelas próprias manifestações de vontade.

Como exposto, irrompendo um novo paradigma tendente a promover a autonomia, patrimonial e existencial, do portador de deficiência, o EPD inova ao expressamente prever que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (art. 6º). Daí decorre que, como o portador de deficiência psíquica ou intelectual tem assegurada, a despeito do déficit cognitivo, a sua plena capacidade,⁴⁴ os atos por ele praticados não podem mais ser invalidados com base na incapacidade do agente, prevista no art. 104, I, do Código Civil, levando-se em conta que por ficção legal são considerados plenamente capazes.

Não se ignora, tampouco foi intenção do legislador fazê-lo, que, para além das opções ideológicas, existem e continuarão a existir no plano da facticidade pessoas sem condições de dimensionar as repercussões das vontades exteriorizadas, não em virtude de uma ordem jurídica que não ampare e promova seus espaços, ainda que residuais, de autonomia e capacidade de autodeterminação, mas porque suas condições pessoais assim não permitem; porque lhes falta uma aptidão natural de querer e entender.⁴⁵

Assim, ainda que à luz do EPD não se possa mais cogitar da invalidade do negócio jurídico por incapacidade do agente, ou seja, da ausência de um pressuposto de validade relativo ao sujeito, é de se ter atenção à circunstância de que seguem havendo pessoas cuja ausência de discernimento é, em maior ou menor grau, óbice a que elas sejam responsabilizadas e vinculadas pela vontade manifestada.

⁴⁴ Repise-se que o presente estudo é desenvolvido tomando por premissa a parcela da doutrina que entende que os portadores de deficiência psíquica ou intelectual têm preservada sua capacidade, ainda que se admita, com esteio no art. 84 do EPD, sua sujeição à curatela. Não se ignora, contudo, como pontuado em introdução, as outras vertentes doutrinárias para as quais esses mesmos deficientes poderiam ser enquadrados no rol dos relativamente incapazes, o que sujeitaria os atos por eles praticados às previsões do art. 171, I do Código Civil.

⁴⁵ “O civilista não se pode deixar seduzir, em suma, por qualquer das propostas extremistas: se é verdade, uma parte, que a incapacidade de fato tem o condão de restringir em alguma medida o exercício da autonomia das pessoas com deficiência, é igualmente verdade, de outra parte, que a disciplina da incapacidade tem, como se expôs anteriormente, uma inegável vocação protetora de vulnerabilidades” (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades*, cit., p. 24.

Daí a necessidade de se encontrar, sem que para tanto seja possível desconsiderar a sistematicidade e coesão do ordenamento tal como posto, meios para compatibilizar o projeto emancipatório do EPD com o papel protetivo tradicionalmente desempenhado pela teoria das invalidades, cujo fundamento “em decorrência da incapacidade do agente volta-se funcionalmente à proteção da própria vulnerabilidade da pessoa”,⁴⁶ evitando-se, assim, que a nova legislação corresponda ao fim da proteção dos deficientes, como já advertido em doutrina.⁴⁷ Afinal, como sintetizam com absoluta propriedade Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder:

Aos chamados Estatutos não compete, portanto, reescrever as noções fundantes do sistema jurídico ou desenhar seus princípios próprios e autônomos, mas realizar o projeto constitucional em dado campo específico, sempre atendendo à necessidade de preservação do caráter sistêmico da ordem jurídica.⁴⁸

Dito de outra forma, o desafio consiste em identificar subsídios que autorizem, diante do caso concreto, que os negócios jurídicos praticados por pessoas cuja deficiência psíquica ou intelectual comprometa as funções cognitivas e volitivas não as vinculem, a despeito de não se poder mais invocar um vício referente à condição subjetiva do agente, que resultaria na invalidade do ato praticado.

Na busca por uma solução para o problema apontado, Zeno Veloso, mencionando, a título de exemplo, aquele que celebra um contrato sendo portador do mal de Alzheimer em grau extremo, recorre à teoria da inexistência, defendendo que a vontade transmitida sem um mínimo de compreensão e discernimento equivaleria à ausência de vontade e, por conseguinte, à inexistência do negócio jurídico, na medida em que, como dito, a vontade é o suporte fático, isto é, o elemento estrutural básico para que o negócio exista no plano do ser.⁴⁹

⁴⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades*, cit., p. 14.

⁴⁷ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+d+estruciao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso: 20 set. 2016.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 10, p. 23, out./dez. 2016. Disponível: <[https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2010%201%200Out-Dez%202016&category_id=159&arquivo=data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_00_completo-\(final\).pdf](https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%2010%201%200Out-Dez%202016&category_id=159&arquivo=data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_00_completo-(final).pdf)> Acesso: 27 dez. 2016.

⁴⁹ “O que transmite a sua vontade tem de ter um mínimo de liberdade, compreensão, discernimento. E se tiver sido nomeado curador ao deficiente, não há intervenção do assistente que supra a questão principal de o agente não possuir vontade consciente, de não ter a mínima compreensão a respeito do significado, extensão, efeitos do negócio jurídico. Na falta de uma intervenção corretiva do legislador (que sempre é tardinha), minha primeira impressão sobre a questão que estou apresentando, é de que, para evitar

As reflexões propostas por Zeno Veloso merecem aplausos, na medida em que criticamente identificam o desarranjo proporcionado pelo EPD no regime das incapacidades, notadamente no que se refere à teoria das invalidades, e os perigos de que, na ausência de intervenção do legislador, as pessoas portadoras de deficiência que a lei se propõe a proteger e promover fiquem, em verdade, desacobertadas, em franca desconsideração de suas particularidades.

Discorda-se, contudo, do recurso à teoria da inexistência, por se entender que a subsunção da vontade manifestada de forma não hígida a uma não vontade implica um desvirtuamento dos planos de análise dos negócios jurídicos, nos moldes em que propostos por Pontes de Miranda, seu idealizador no cenário nacional. Tanto assim que, de uma perspectiva didática, os planos do negócio jurídico sempre foram diferenciados no sentido de que no plano da existência surgiriam os substantivos, sem quaisquer qualificações, ao passo que, no da validade, esses mesmos substantivos passariam a ser adjetivados.

Significa, portanto, tal como já afirmado, que a vontade em si – e, por óbvio, sua ausência – diz respeito ao plano da existência. A qualidade dessa vontade, vale dizer, se aquele que a transmite tem ou não um mínimo de compreensão e discernimento, é questão afeta ao plano da validade. Para Marcos Bernardes de Mello:

(a) A questão da autenticidade da autoria da manifestação de vontade, isto é, se aquele a quem se atribui a vontade é, efetivamente, o figurante do ato jurídico, constitui elemento que diz respeito ao cerne do suporte fático, por isso tem implicações diretas quanto à existência do ato jurídico. Não se relaciona à sua validade. Na falsa atribuição da manifestação de vontade a alguém, que não na manifestou, ou quando a vontade é “manifestada” à força (vis absoluta), não há vontade e, portanto, não há concreção do suporte fático do ato jurídico respectivo. Não existe, assim, ato jurídico

graves distorções e evidentes injustiças, temos de invocar a teoria da inexistência, e privar de qualquer efeito negócios jurídicos cuja vontade foi extorquida e nem mesmo manifestada conscientemente. Para ser nulo ou anulável, é preciso que o negócio jurídico exista. A inexistência é uma categoria jurídica autônoma. Como adverte o doutíssimo Pontes de Miranda, o problema de ser ou não-ser, no direito como em todos os ramos do conhecimento, é o problema liminar (Tratado de Direito Privado, tomo 4, §358). A inexistência não é um *tertium genus*, ao lado da anulabilidade e da nulidade. O plano da inexistência não é o da validade, mas o da existência dos negócios jurídicos. Sem que tenha havido manifestação de vontade, o negócio não apresenta um requisito essencial, inafastável para que tivesse ingresso no mundo jurídico. Era o *nec ullus* do direito romano clássico. Não é nem que seja ruim ou péssimo o que se apresenta; é nada, nenhum. O negócio inexistente não produz quaisquer efeitos – nem parciais, secundários –, não se lhes aplicando as figuras da redução e da conversão” (VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica*. Disponível: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>. Acesso: 20 set. 2016.

algum. A espécie é de inexistência em sentido próprio. (b) A perfeição da vontade manifestada (= integridade e higidez) constitui elemento complementar do suporte fático dos atos jurídicos que atuam como pressupostos de sua validade. O sistema jurídico brasileiro tem como defeitos que afetam a perfeição da manifestação da vontade os chamados vícios da vontade (= erro substancial, dolo, coação, estado de perigo e lesão), a simulação, a fraude contra credores e a falta de anuência de alguém, quando necessária (...). A existência de qualquer desses defeitos acarreta a invalidade (= anulabilidade ou nulidade) do ato jurídico.⁵⁰

Daí por que parece indefensável considerar inexistente o negócio jurídico celebrado pela pessoa que, muito embora sem quaisquer condições psíquicas e cognitivas de dimensionar as consequências advindas de suas escolhas, indiscutivelmente manifesta uma vontade. De igual forma, a discussão não parece ser afeta ao plano da eficácia. Isso porque, dada a ausência de uma sistematização dogmática de uma teoria geral da ineficácia, as hipóteses referentes ao terceiro degrau da escada ponteana estão isoladamente normatizadas. Assim, ainda que não se ignorem situações⁵¹ que, graças a uma construção jurisprudencial *contra legem*, foram resolvidas no plano da eficácia, afigura-se atécnico, por ausência de lastro teórico para fazê-lo, defender a incidência de tal plano nos negócios praticados pelos deficientes mentais sem a presença do curador.

Com efeito, a controvérsia há de ser resolvida no plano da validade – a despeito, repita-se, de não se tratar de vício subjetivo, isto é, afeto à capacidade do agente, consoante o disposto no art. 104, I do Código Civil –, tomando por base o fato de que as invalidades correspondem a uma sanção⁵² aos negócios jurídicos *praticados em violação a uma norma jurídica cogente*.⁵³ Nesse particular, vale retomar o que se disse em introdução, no sentido de que este estudo assume que as pessoas cuja deficiência resulta em comprometimento do discernimento

⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da validade*, cit., p. 67-68.

⁵¹ Sob a égide do Código Civil de 1916 era inválido o reconhecimento de filho extraconjugal feito na constância do casamento. Não obstante, houve construção jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento feito via testamento era apenas ineficaz até que sobreviesse o falecimento do testador, no intuito de preservar a declaração feita, assegurando ao filho extraconjugal os direitos advindos da filiação.

⁵² Seja consentido remeter a LIMA, Taisa Maria Macena de. Os planos do mundo jurídico e a teoria das nulidades. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 30, n. 60, p. 209-219, jul./dez. 1999.

⁵³ “Finalmente, nulo será o ato que a lei taxativamente assim o declarar – é a denominada nulidade textual, expressa ou cominada – ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção – é a nulidade virtual ou não cominada – decorrente da violação de norma jurídica cogente, que proíba ou que imponha determinada conduta humana, sendo omissa quanto à nulidade e não definindo outra espécie de sanção para a sua transgressão.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. V. I, cit., 311.

poderão ser submetidas à curatela, com fulcro no que dispõem os arts. 6º e 84, §1º, do EPD, sem que para tanto se cogite da supressão de sua plena capacidade.⁵⁴ Cuida-se, assim, nas palavras de José Fernando Simão,⁵⁵ da curatela de capazes.

Ao definir a curatela, delimitando seu preciso alcance, o juiz, em obediência ao disposto no art. 85, §2º, do EPD, e do art. 755, I, do Código de Processo Civil, deverá minudenciar os atos para os quais será necessária a intervenção do curador e, ao assim proceder, estará criando a norma jurídica individualizada do caso concreto, visto que “a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário”.⁵⁶

A positivação, tanto na lei material, quanto na processual, do comando no sentido de que o juiz deve modular o alcance da curatela em todo e qualquer caso⁵⁷ atendeu a alertas da doutrina especializada, que desde há muito advertia acerca da impossibilidade de as pessoas serem encaixadas em um catálogo de incapacidade pré-fixada pelo ordenamento.

Agora, superada a categorização apriorística e estanque de incapacidade, exige-se do juiz mais do que o mecânico enquadramento da pessoa no rol tipificado de antemão, superando-se em absoluto o modelo interpretativo de subsunção, na medida em que é cogente que o exame seja feito em consideração à pessoa com todas as suas particularidades.

Houve, como já dito, verdadeiro giro de perspectiva, levando-se em conta as previsões legais de que é a partir da análise da pessoa dotada de alguma deficiência e não categorias abstratas de incapacidade que se deve verificar quais atos ela pode ou não praticar e em quais deve ou não estar acompanhada de seu curador.⁵⁸

⁵⁴ Assumir a possibilidade de a curatela ser fixada com esteio em dispositivo do EPD, prescindindo do reconhecimento da incapacidade, implica reconhecer que o EPD traz mais uma hipótese de fixação da curatela, além daquelas elencadas no art. 1.767 do Código Civil.

⁵⁵ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#_ftn3>. Acesso: 22 set. 2016.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso: 25 set. 2016.

⁵⁷ O art. 1.772 do Código Civil já positivava a fixação da extensão e dos limites da curatela para os casos de incapacidade relativa, havendo advertência em doutrina para que tal regra fosse estendida para todos os casos de incapacidade, “pois preserva os espaços de capacidade e liberdade, caso a pessoa tenha algum discernimento” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ESTEVES, Rafael. Artigos 1.767 a 1.783. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Código das Famílias Comentado*. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 647).

⁵⁸ Ver TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A renovação do instituto da curatela e autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: uma reflexão a partir da esterilização de pessoa maior incapaz. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23-43.

Reforça-se, assim, a noção de sentença – tomada em sua acepção ampla, como sinônimo de decisão judicial – como norma jurídica individualizada, advinda do reconhecimento de que a jurisdição é uma atividade criativa, haja vista que, ao decidir, os tribunais criam algo novo, diferente das formulações abstratas dos preceitos normativos elaborados pelo Poder Legislativo.

Afinal,

Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.⁵⁹

Assumindo-se, então, que a sentença que define os contornos da curatela, pormenorizando os atos para os quais será necessária a intervenção do curador, é a norma jurídica individualizada do caso concreto, afigura-se viável defender, tal como também fazem Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva,⁶⁰ que a violação a essa norma cogente implica a invalidade do ato transgressor, consoante o disposto no art. 166, VII do Código Civil.

Ou seja, o negócio celebrado pessoalmente pelo portador de deficiência psíquica ou intelectual, sem a participação do curador quando a sentença que definiu os termos da curatela a previa, é inquinado do que se convencionou chamar em doutrina de *nulidade virtual* ou *não cominada*, conceituada como aquela que “resulta da violação da norma cogente, proibitiva ou impositiva, que seja silente quanto à sanção da nulidade e que *não defina outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida*”.⁶¹

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. V. I, cit., p. 104.

⁶⁰ “Uma vez fixada a curatela através de decisão judicial, a prática de ato de natureza patrimonial em desconformidade com a sentença acarretará sua nulidade, com fulcro no art. 166, VII, do Código Civil. Trata-se de aplicação do entendimento consagrado na doutrina e jurisprudência nacionais mesmo antes da reforma, no sentido de que a prática de ato por curatelado sem intervenção do curador padece de nulidade. De fato, traduziria efetivo contrassenso admitir a atuação individual da pessoa curatelada sem a intervenção do respectivo curador. Dessa constatação se pode depreender que a sentença instituidora de curatela implica, em matéria de invalidade negocial, presunção (relativa) de invalidade dos atos praticados sem a presença do curador, de modo semelhante ao que sucede com as causas legais gerais de invalidade dos atos. A relatividade dessa presunção decorre do fato de que o caso concreto pode apresentar valores idôneos a justificar a modulação dos efeitos da invalidade ou mesmo a afirmação da plena validade do ato, como se sustentou anteriormente” (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Autonomia, discernimento e vulnerabilidade*: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades, cit., p. 26.

⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 125-126.

Assim, o recurso às nulidades virtuais, tema pouco explorado na literatura jurídica nacional, seria reavivado, passando a ter papel primordial nessa nova lógica que deve orientar o tratamento das pessoas com deficiência, compatibilizando a promoção máxima da autonomia existente e, ao mesmo tempo, zelando pelos interesses do indivíduo quando lhe faltar essa mesma autonomia.

5 Conclusão

Do estudo aqui empreendido é de se concluir que o EPD provocou uma grande modificação no tratamento conferido à pessoa com deficiência no Brasil ao introduzir no plano infraconstitucional o modelo social, o qual busca proteger e promover toda a autonomia possível daqueles indivíduos vulneráveis em razão da deficiência. É importante frisar que tal modelo já era vigente no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Convenção de Nova Iorque em agosto de 2009, tendo tal norma status constitucional.

Trazendo o desenvolvimento dos direitos da pessoa com deficiência na perspectiva dos direitos humanos, pode-se notar que o modelo social de deficiência é o que mais se adapta à proteção e à promoção desses direitos, devendo ser o próprio titular aquele que exercerá tais direitos sempre que possível.

No direito privado, o EPD trouxe mudanças importantes, especialmente por promover alterações no regime das incapacidades (arts. 3º e 4º do Código Civil) e na curatela (art. 84 a 87 do EPD). Com a retirada da pessoa com deficiência mental ou intelectual do rol das pessoas absolutamente incapazes e a previsão excepcional de essas pessoas serem curateladas, tornou-se possível pensar na figura do indivíduo capaz curatelado. Embora essa não seja a única interpretação possível à legislação vigente, este trabalho buscou explorar tal entendimento, ou seja, de que todos os portadores de deficiência serão considerados à luz da nova legislação plenamente capazes, e analisar suas repercussões nos planos do negócio jurídico. Afinal, com a alteração legislativa, os atos praticados pelo portador de deficiência não padecem mais de qualquer vício subjetivo, isto é, afeto à capacidade do agente, consoante o disposto no art. 104, I, do Código Civil, mas segue sendo de todo importante pensar-se em remédios jurídicos, com lastro dogmático, que confirmam proteção àquele que transita no tráfico jurídico em condições de vulnerabilidade.

Nesse sentido, a dúvida maior surge quando a pessoa com deficiência pratica autonomamente atos jurídicos que lhes foram vedados na sentença que decretou a curatela. Nesse contexto, nota-se que, no plano da existência, tais atos seriam considerados existentes, uma vez que não se poderia afirmar que não houve manifestação de vontade. Também não poderia se falar em qualquer

violação no plano da eficácia, vez que a tal situação não está prevista na lei como uma das hipóteses de ineficácia do ato. No entanto, analisando o plano da validade, afigura-se defensável que o ato seja considerado nulo com base na previsão do art. 166, VII, do Código Civil, ou seja, seria uma nulidade virtual.

Diante do atual panorama legislativo e possível existência da figura do curatelado capaz, recorrer às nulidades virtuais afigura-se a melhor solução para, sem comprometer a sistematicidade do ordenamento jurídico promovendo verdadeiros saltos conceituais, não deixar a pessoa com deficiência desamparada, garantindo, assim, sua proteção nas relações patrimoniais.

Reflections on people with disabilities and the impacts of the Statute 13.146/2015 in the study of legal transaction's existence, validity and efficacy

Abstract: Assuming as a premise the theoretical strand led by Pablo Stolze Gagliano and Rodolfo Pamplona Filho that people with mental and psychic disabilities will, since the advent of the Person with Disabilities Law (PDL), always considered capable, was sought initially presenting the development of the treatment they have been given throughout history, highlighting the paradigm overcoming promoted by the novel legislation: from dignity-protection to dignity-autonomy of the disabled person. Next, the reflexes of the PDL were worked on in the juridical businesses celebrated by the disabled, in order to conclude, without pretension to exhaust the unfolding that will certainly happen on the subject, the possibility of invoking the virtual nullities so that they relate to acts practiced disabled person without the presence of a guardian.

Keywords: Disabled person; civil capacity; legal transaction.

Recebido em 11.01.2017
Artigo publicado a convite.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da Lei nº 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017.
