



A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES *THE NEW THEORY OF DISABILITY*

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Livre Docente e Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, por Concurso de Títulos e Provas. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito e Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira 62-patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); da Academia Notarial Brasileira (cadeira 16-patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito (IID), São Paulo, Brasil.
E-mail: mari.santiago@terra.com.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2679610153406796>.

Editora científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI: 10.5585/rjt.v5i2.426

Submissão: 04.06.2016

Aprovação: 21.08.2016

RESUMO

Este estudo procura analisar o impacto causado no direito brasileiro pela Lei n. 13.146/2015 no que atina à tormentosa questão da capacidade do portador de deficiência e das medidas protetivas extraordinárias, que são a curatela e a tomada de decisão apoiada, procurando ressaltar o respeito à dignidade do deficiente como ser humano e à sua autonomia da vontade, em busca de sua inclusão social, provocando, para tanto, uma revolucionária reconstrução da teoria das incapacidades.

PALAVRAS-CHAVES: Portador de deficiência; Capacidade; Incapacidade relativa; Interdição; Curatela; Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT

This study intends to analyze the impact of the Law number 13.146/2015 in Brazilian Law, in relation to the arduous question of the capacity of disabled people and the extraordinary protective measures, as guardianship and supported decision-making, looking for emphasize the respect for the dignity of the deficient as a human being and autonomy of the will, seeking the social inclusion, leading to a revolutionary reconstruction of the theory of disability.

KEYWORDS: *Disabled people; Capacity; Relative incapacity; Interdiction; Guardianship; Supported decision-making.*

1. PROTEÇÃO JURÍDICA DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na história da humanidade o portador de deficiência tem não só sofrido entraves na sua inclusão na sociedade e limites, no exercício de direitos, mas também sido vítima de preconceitos.

Flávia Piovesan¹, de forma lapidar, aponta quatro etapas relativas à proteção ao deficiente: a) a da intolerância, período, em que, na história, se o repudiava, por ser tido como impuro, sendo sua deficiência um castigo de Deus pela prática de algum pecado; b) a da invisibilidade, fase em que os direitos do portador de deficiência eram, simplesmente, ignorados; c) a assistencialista, período em que se considerava o deficiente como um doente e como tal devia ser auxiliado, terapeuticamente, para obtenção de sua cura; d) a humanista, que procura sua inclusão social e a superação de obstáculos para a consecução de seus direitos, que devem ser resguardados normativamente.

Por influência dos direitos humanos, alguns tratados foram assinados para tutelar o portador de deficiência como: a) Declaração das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas Com Deficiência, de 1975; b) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999; e c) Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo,

¹ PIOVESAN, Flávia. in Garcia e Lazari, *Manual de direitos humanos*, Salvador, JusPodivm, vol. único, 2015. p. 241.

assinados em New York, em 2007, ratificados no direito brasileiro, com a promulgação do Decreto n. 6949/2009, tendo *status* de emenda constitucional (CF, art. 5º, §3º).

A CDPD traz uma nova visão sócio-humanitária e jurídica do deficiente, procurando sua reabilitação no seio da comunidade, sua independência e sua igualdade no exercício da capacidade jurídica, visto que, no preâmbulo, assim reza: “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

A CDPD no art. 2º considera “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

O Projeto de Lei n. 7699/2006 procurou dar efetividade aos direitos do deficiente e se converteu na Lei n. 13.146/2015, que, tendo por base a CDPD, traçou diretrizes não só para a proteção do exercício dos direitos e da plena cidadania do portador de deficiência, como também para sua inclusão social, procurando o respeito à sua dignidade como ser humano e à sua autonomia da vontade, colocando em segundo plano a questão de sua vulnerabilidade. E, com isso, trouxe um impacto na teoria das incapacidades, pois pretendeu que não mais ficasse no rol dos incapazes, considerando-o como plenamente capaz, mesmo que, extraordinária e eventualmente, possa, para atender a seus interesses negociais ou patrimoniais, ficar sob curatela ou fazer uso da tomada de decisão apoiada para exercer atos da vida civil².

2. IMPACTO DA LEI N. 13.146/2015 NA TEORIA DAS INCAPACIDADES

O portador de deficiência é pessoa e, como tal, é sujeito de direitos e obrigações (CC, art. 1º). Tem, como qualquer ser humano, capacidade de gozo ou de direito para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil. Todavia, essa capacidade, como a de qualquer pessoa pode sofrer restrições legais quanto ao exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática, gerando “incapacidade”, por falta de capacidade de fato ou de exercício. Tal capacidade de exercício é

² VIEGAS, Cláudia Mara de A. R. As alterações da teoria das incapacidades à luz do Estatuto de pessoa com deficiência. *Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil*, 99:9 e 10; SANTOS, Ivana A. C. dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002, *Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil*, 99: 28 e 29.

a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.³

Se assim é, a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz, logo seu representante legal é que o exerce em seu nome ou, então, presta-lhe assistência.

Quanto a essa capacidade de exercício, o Estatuto do Deficiente veio a causar impacto ao revogar os incisos do art. 3º do Código Civil, estabelecendo que são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 anos e ao alterar o art. 4º do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

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

Com isso, ante a exclusão dos que por enfermidade ou deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e dos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (CC, art. 3º, II e III-ora revogados) da categoria de absolutamente incapazes e a retirada dos excepcionais sem desenvolvimento completo do rol dos relativamente incapazes, percebe-se que o portador de deficiência mental passa a ser considerado capaz para a prática da vida civil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência procura retirar os deficientes da categoria de incapaz, ampliando a ideia de capacidade civil.

Surge uma tormentosa questão: aqueles portadores de deficiência mental que se encontrarem, ao entrar em vigor a Lei n. 13.146/2015, sob interdição por incapacidade absoluta, passarão ser automaticamente capazes? Será que a novel lei poderia desconstituir *ipso iure* coisa julgada? Esse impasse se levanta porque é princípio fundamental de direito que as leis sejam aplicáveis a fatos anteriores à sua promulgação, desde que não tenha sido objeto de demandas, que não estejam sob o domínio da coisa julgada, nem configurem ato jurídico perfeito ou direito adquirido e, além disso, há um critério norteador da questão da aplicabilidade dos princípios da retroatividade e da irretroatividade, desde que não haja norma

³ CHAVES, Antônio. Capacidade civil. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1977, v. 13, p. 2 e 7; MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista do Direito Privado*, n. 3, pp. 9-34.

de direito intertemporal em sentido contrário, que poderá ser aplicado em conflito de leis no tempo: as normas sobre estado e capacidade das pessoas aplicam-se às que estiverem nas condições a que se referem. Assim, a lei nova concernente ao estado e capacidade da pessoa não poderia atuar sobre casos julgados já existentes. Será que a retirada do deficiente mental do rol dos absolutamente incapazes, declarado como tal em sentença de interdição antes do advento da Lei n. 13.146/2015 o atingiria ou não? Será que essa novel norma retroagiria, automaticamente, nessa hipótese? Será que poder-se-ia falar em relativização da coisa julgada, para que a nova lei abarque os deficientes mentais considerados por sentença prolatada antes de sua vigência, como absolutamente incapazes, tornando-os plenamente capazes? Será que as pessoas que hoje se encontram sob interdição por incapacidade absoluta, automaticamente, com a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 passarão a ser tidas como capazes, ante a eficácia imediata dessa lei, por não se justificar a sua permanência num regime jurídico restritivo, que não mais existe no ordenamento jurídico? Parece-nos que não, diante da circunstância de a sentença de interdição ser constitutiva com eficácia declaratória, que produz efeitos *ex tunc*. Assim, mais viável seria que o interessado ou o Ministério Público promovesse em juízo, uma revisão, da situação de interdição para passá-lo à categoria dos relativamente incapazes, continuando sob curatela ou se o “incapaz” o quiser sob o regime de tomada de decisão apoiada ou, ainda, passar considerá-lo plenamente capaz (CPC, art. 505, I).

Pelo art. 6º, da Lei n. 13.146/2015,

a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I- casar-se e constituir união estável;
- II- exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III- exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV- conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V- exercer direito de família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI- exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

E pelo art. 84, desse mesmo diploma legal, “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Ao deficiente se dá liberdade para praticar esses atos arrolados no art. 6º do EPD.

Hodiernamente, só se tem, como vimos, uma única causa de incapacidade absoluta: a menoridade de 16 anos. Assim, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, porque devido à idade não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou não

fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial. Dado seu desenvolvimento mental incompleto carecem de auto-orientação, por serem facilmente influenciáveis por outrem. E, por isso, precisarão estar representados por seus pais ou tutor, sob pena de nulidade absoluta (CC, art. 166, I) do ato negocial.

São relativamente incapazes:

a) Os maiores de 16 e menores de 18 anos, pois sua pouca experiência e insuficiente desenvolvimento intelectual não possibilitam sua plena participação na vida civil, de modo que os atos jurídicos que praticarem só serão reputados válidos se assistidos pelo seu representante, caso contrário, serão anuláveis.

b) Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos. Logo, alcoólatras ou dipsômanos (os que tem impulsão irresistível para beber ou os dependentes de álcool), toxicômanos, ou melhor, toxicodependentes (opiômanos, usuários de psicotrópicos, *crack*-Decreto n. 7.179/2010, com alteração do Decreto n. 7.637/2011-heroína e maconha, cocainômanos, morfinômanos) são tidos como relativamente incapazes, pois entorpecentes, tóxicos, substâncias naturais ou sintéticas, como morfina, cocaína, heroína, *crack*, maconha etc., introduzidos no organismo, podem levar os viciados à ruína econômica pela alteração da sua saúde mental.

c) Os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (CC, art. 4º, III). Expressão muito abrangente que, com base em posição fundada em subsídios mais recentes da ciência médico-psiquiátrica, alarga, na nossa opinião, os casos de incapacidade relativa. Por tal razão, entendemos, que pela lógica do razoável (Recaséns Siches), ante o disposto no art. 4º, III poderão estar, por serem considerados relativamente incapazes, sob curatela, se, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, por não terem a livre disposição de volição para cuidar dos próprios interesses, devendo ser assistidos por um curador (CC, art. 1767, I) ou apoiados por apoiadores: a) portadores de enfermidade físico-psíquicas, que impedem o discernimento como: demência ou fraqueza mental senil; demência afásica; degeneração; psicastenia; psicose tóxica; psicose autotóxica (depressão, uremia etc); psicose infectuosa (delírio pós-infeccioso etc); paranóia, demência arteriosclerótica; demência sifilítica; mal de Parkinson senil; mal de Alzheimer; demência progressiva; doença neurológica degenerativa progressiva; surdo-mudez que impossibilite manifestação de vontade ou que retire discernimento por ter havido lesão no sistema nervoso central; b) deficiência mental ou anomalia psíquica, congênita (Síndrome de

Down) ou adquirida. Aqui se incluem, havendo impossibilidade de transmissão de vontade, os alienados mentais, psicopatas, mentecaptos, maníacos, imbecis, dementes e loucos.

Como se pode ver o art. 4º, III não impede interdição do deficiente mental que não pode, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade.

Nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso em nada afetaria sua dignidade como ser humano. Dignidade não é sinônimo de capacidade. O seu *status personae* e o seu viver com dignidade no seio da comunidade familiar ou social não se relaciona com a sua capacidade mental ou intelectual para exercer direitos, nem com o apoio recebido de apoiadores, nem com a transferência de suas decisões, havendo interdição, para um curador, que o assistirá nos atos da vida civil, se não puder, por causa transitória ou permanente manifestar sua vontade. Além disso, o art. 84, §§1º e 3º do EPD prescreve que, quando for necessário, a pessoa com deficiência deverá ser submetida à curatela, atendendo-se às necessidades e circunstâncias de cada caso, durando o menor tempo possível, e o Ministério Público tem legitimidade ativa para promover interdição nos casos de doença mental grave (CPC, art. 748). Tal interpretação sistemática justificaria aquela inclusão.

Em respeito a sua dignidade humana dever-se-á, isto sim: a) facilitar sua inclusão social e cidadania e seu tratamento terapêutico; b) preservar suas faculdades residuais; c) acatar suas preferências, escolhas, afetividade e crenças; d) eliminar barreiras e preconceitos; e) possibilitar sua realização pessoal e vocacional; f) aprimorar sua educação etc.

Será que seria viável inserir os que, por causa transitória ou permanente, não podem manifestar sua vontade na categoria dos relativamente incapazes? Se estiverem impossibilitados de exprimir qualquer volição, será que sua incapacidade poderia ser relativa? Se na interdição, ao se definir os limites da curatela, ficar estabelecido que seriam representados, como ficaria sua situação? Fica no ar esta questão que requer ponderação maior ou até mesmo reforma legislativa.

d) Os pródigos, pois até nosso direito anterior já restringiu a capacidade daquele que, desordenadamente, dilapidava os seus bens ou patrimônio, fazendo gastos excessivos e anormais, mandando que fosse apregoado seu estado, para que ninguém fizesse qualquer negócio com ele, qualificando a prodigalidade como uma espécie de alienação mental (Ordenações L. 4, título 103, §6º), em razão de manifestação de ação perdulária. O Código Civil, ao enquadrar o prodigo entre os relativamente incapazes, privando-o, exclusivamente, dos atos que possam comprometer seu patrimônio, não podendo sem assistência do curador

(CC, art. 1767, V) alienar, emprestar, dar quitação, transigir, hipotecar, agir em juízo e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração (CC, art. 1782). Todos os demais atos da vida civil poderão ser, por ele, validamente praticados, como: casamento, fixação do domicílio do casal, autorização para que seus filhos contraíam matrimônio etc. O pródigo, enquanto não declarado tal, é capaz para todos os atos, pois só com sua interdição passa a ser relativamente incapaz.

A Lei n. 13.146/2015 alterou a redação do art. 228 do CC, revogando os incisos II e III, e acrescentando §2º, que passou a prescrever:

Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - Revogado

III - Revogado

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo. § 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

Consequentemente, pessoas doentes (p. ex. com mobilidade reduzida) ou retardados mentais, apesar de lhes faltar discernimento, cegos e surdos poderão testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhes assegurados, para tanto, todos os recursos de tecnologia assistiva ou ajuda técnica, ou seja, produtos, equipamentos, dispositivos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade relacionada à atividade que devem desempenhar e à sua participação, visando a sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (Lei n. 13.146/2015, art. 3º, III). Mas, pelo CPC/2015 art. 447, §1º, I, II e IV são incapazes para depor: como testemunhas: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. Surge aqui uma antinomia aparente, cuja solução remete o julgador a uma simples interpretação e à aplicação do art. 5º da LINDB, não requerendo a edição de uma norma que esclareça a questão. Parece-nos que o mais viável seria admitir que o portador de deficiência possa testemunhar apenas no plano negocial, pois o art. 228 do CC (norma substantiva) não mais o

arrola como incapaz de servir como testemunha, mas estaria impedido de prestar depoimento testemunhal no âmbito processual (CPC, art. 447, §1º-norma adjetiva).

Pelo art. 928 e §único do CC, o incapaz responde pelos prejuízos, que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. A indenização, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependerem. Primeiro responderá o representante (pais, tutor ou curador) do incapaz com seus bens, por ser seu responsável, e o lesante, apesar de incapaz, apenas subsidiariamente perante terceiro, para garantir, em certa medida, a reparação do dano causado, se tiver recursos econômicos e se seu responsável não tiver obrigação de arcar com tal ressarcimento (p. ex. por não ser o genitor-guardião) ou se não tiver meios suficientes para tanto. Poderá haver exclusão da responsabilidade do incapaz-lesante, se a indenização vier a privá-lo dos meios necessários á sua subsistência. Há quem entenda que – ante o fato de a Lei n. 13.146/2015 ter considerado como absolutamente incapaz apenas o menor de 16 anos (CC, art. 3º) e como relativamente incapaz (CC, art. 4º), o maior de 16 anos e menor de 18, ébrio habitual, toxicômano, pessoa que, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir sua vontade e o pródigo pessoa com discernimento reduzido, excepcionais sem desenvolvimento mental completo seriam plenamente capazes, respondendo civilmente, como qualquer pessoa, não se lhes aplicando o art. 928. Será que isso ocorre? E se essas pessoas não puderem manifestar sua vontade?

Dispõe o art. 1518 do CC: “até a celebração do casamento podem os pais e tutores revogar a autorização”. A Lei n. 13,146/2015 retirou tal possibilidade do curador, ao alterar o art. 1518 do CC, simplesmente porque se sua função é reger patrimônio, não pode permitir nem revogar atos pertinentes a direito de casar e de constituir família.

O art. 1518 sofreu modificação redacional, pois a Lei n. 13.146/2015 retirou a necessidade de autorização do curador para casamento de incapaz, que, com isso, não poderá revogá-la. Como para o casamento do incapaz (sob poder familiar ou sob tutela) a lei requer o consenso de seu representante legal, permitirá, se for dado, que seja revogado, tendo em vista o interesse do incapaz, até a celebração do casamento. Tal revogação, que será entregue ao oficial do registro, deverá ser feita por escrito, indicando o motivo justo e superveniente à anuência anteriormente dada, constando o erro que o levou a consentir. Se, no entanto, essa revogação se der no instante da celebração do ato nupcial, poderá, então, ser feita verbalmente, constando de termo do casamento, que deverá ser assinada pelo juiz, pelos nubentes, pelo representante legal (pais ou tutor) que se arrependeu ou se retratou, pelas

testemunhas e pelo oficial do registro. Havendo revogação do representante legal, o nubente poderá entrar com pedido de suprimento judicial de consentimento para que o casamento possa realizar-se.

Isto é assim porque a Lei n. 13.146/2015 revogou o inciso I do art. 1548 do CC, que passou a dispor:

- É nulo o casamento contraído:
- I- revogado.
- II- por infringência de impedimento.

Com isso somente será nulo casamento contraído com infração de impedimento matrimonial (CC, art. 1521, I a VII). Eivado de nulidade absoluta estará o casamento entre: parentes consanguíneos; afins em linha reta; pessoas que, em razão da adoção, assumem no seio da família posição idêntica aos parentes; pessoas casadas; consorte sobrevivente com o autor do homicídio ou tentativa de homicídio, sendo dolosos tais crimes. Com a revogação do inciso I, o enfermo mental, em idade núbil, mesmo sem o necessário discernimento poderá contrair casamento e constituir família (Lei n. 13.146/2015, art. 6º, I, III e V), desde que expresse sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (art. 1550, §2º, CC, acrescentado pela Lei n. 13.146/2015) sob pena de anulabilidade, pois, pelo art. 1550, IV, é anulável casamento contraído por pessoa incapaz de consentir ou de manifestar, inequivocamente, o seu consentimento. Levanta-se aqui uma questão: se o incapaz vier a se casar, expressando sua vontade por meio de responsável ou curador, isso não estaria descaracterizando o caráter personalíssimo do casamento?

O EPD altera o inciso III e revoga o inciso IV, do art. 1557, do CC, que passa a vigorar com seguinte conteúdo:

- Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:
- I- o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;
- II- a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;
- III- a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, que não caracterize deficiência, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua ascendência;
- IV - Revogado.

Diante disso, o desconhecimento de defeito físico irremediável, desde que não caracterize deficiência, anterior ao casamento, capaz de tornar impossível a satisfação sexual,

justificará o pedido de anulação matrimonial, ante a presunção *juris et de jure* de intolerabilidade da vida em comum. P. ex. hermafroditismo, ausência vaginal congênita, vaginismo, infantilismo, hérnias inguinais volumosas, deformações genitais, ulcerações penianas etc. Apenas a impotência *coeundi* autoriza a anulação, logo, a *generandi*, incapacidade para a fecundação, e a *concepiendi*, incapacidade para a concepção, não são suscetíveis de anular o matrimônio, embora haja julgado entendendo que a vasectomia ignorada pela mulher anula o casamento (RT, 547: 55).

A ignorância de moléstia grave e transmissível por contágio ou herança, preexistente ao casamento constitui erro essencial que permite sua anulação, mesmo se curável, devido à repulsa que o enganado teria pelo outro. É o que ocorre, p. ex. com: a epilepsia; a lepra; a sífilis; a tuberculose; a blenorragia; a AIDS; a hemofilia; a hanseníase; a hepatite C etc.

Havendo alguma doença mental grave, anterior ao casamento, que cause insuportabilidade da vida em comum, o cônjuge enganado não mais poderá anulá-lo por erro essencial, em razão da revogação do inciso IV, do art. 1557, do CC, pelo EPD. É o que ocorria, por ex., se o outro cônjuge fosse portador de: esquizofrenia, sadismo, oligofrenia, psicopatia, paranoia, psicose maníaco-depressiva etc.

A Lei n. 9099/95, que, em seu artigo 8º, impede o incapaz de postular em Juizado Especial, não mais terá sentido com a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, arts. 79 a 83.

Houve alteração, nos art. 1767, 1768, 1769, 1771, 1772 e 1777, do CC, e revogação dos arts. 1776 e 1780, do CC, pela Lei n. 13.146/2015, que incluiu os arts. 1775-A e 1783-A ao CC, que logo mais comentaremos por serem pertinentes à proteção do incapaz, sendo que os arts. 1768 a 1773 foram, posteriormente, revogados pelo CPC/2015, que, ao entrar em vigor (norma posterior), passou a reger a questão.⁴

⁴ Sobre o assunto: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Max Limonad, 1967. p. 72; STANZIONE, Pasquale. Personalità, capacità e situazione giuridiche del minore. *RTDCIV, 1*: 113; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2015. pp. 164 a 224; DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 22, 2005. pp. 24 e sgtes; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 16, p. 391 a 393; RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*. São Paulo: Fiuza, 2002; SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, vols. 1 e 5, 1977; NERY JR, Nelson. e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015; RIBEIRO, Moacyr P. de A.. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil*, 99: 40 a 46; VIEGAS, Claudia, As alterações... cit. p. 10 a 15; ROUBIER, Paul. *Des conflits des lois*, v.1, pp. 49-55; GABBA, *Teoria dela retroattività dele legge*, vol. 1, p. 228; CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil*, 99: 22 a 26; SANTOS, Ivana A. C. dos. O Estatuto cit...pp. 29 a 34.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INCAPAZES

3.1. Representação e assistência

A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio da representação (CC, art. 3º) ou assistência (CC, art. 4º) que lhes dá segurança, quer em relação a sua pessoa, quer relativamente ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de seus direitos (CC, arts. 115 a 120; 1634, V, 1690, 1734, 1747, I, 1767 e Lei n. 13.146/2015).

Os pais, detentores do poder familiar, irão representar os filhos menores de 16 anos, ou assisti-lo se maiores de 16 e menores de 18 anos (CC, arts. 1634, V e 1690). Se se tratar de menor, que não esteja sob o poder familiar, competirá ao tutor representá-lo até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade até que atinja a maioridade ou seja emancipado, nos atos em que for parte (CC, art. 1747, I).

Em se tratando de maior declarado interdito por incapacidade de exprimir sua vontade, por alcoolismo, por toxicomania ou por prodigalidade o seu curador, se for declarado relativamente incapaz, irá assisti-lo nos atos da vida civil, havendo, ainda, de apoio por apoiadores.

3.2 Finalidade da interdição e da curatela como medida extraordinária e excepcional

A curatela é um instituto de interesse público, ou melhor, é um *munus público*, cometido, extraordinária e excepcionalmente (EPD, art. 85, §2º), por lei a alguém para proteger, se necessário, direitos patrimoniais e negociais de maiores, que por si sós não estão em condições de fazê-lo (Lei n. 13.146/2015, art. 85, §1º), não mais regendo a pessoa dos incapazes, pois, sua deficiência não atinge a sua capacidade civil para casar-se ou constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos; conservar fertilidade, ter acesso a informação sobre reprodução e planejamento familiar; exercer guarda, curatela, adotar e ser adotado etc. (art. 6º, I a VI da Lei n. 13.146/2015). O CC, art. 1778, por sua vez, prescreve que a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos menores do curatelado. E o CPC, art. 757, reza que a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob guarda e responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. Estes últimos artigos referem-se à curatela prorrogada que, na verdade, trata-se, relativamente, aos

filhos menores do curatelado, de uma simples tutela. Todavia, há quem ache que a curatela geral a que estão sujeitos os adultos incapazes pode estender-se aos seus filhos, desde que seja necessário suprir o poder familiar, configurando-se a curatela prorrogada ou extensiva, que consistiria numa espécie de prorrogação da competência do curador. Só será, na verdade, curatela prorrogada se houver algum incapaz interdito sob a responsabilidade do curatelado ao tempo interdito da interdição. Qual seria, então, a função do curador? Reger a pessoa e administrar bens do incapaz? Ou só administrar seu patrimônio?

Com a entrada em vigor do CPC/2015 (art. 749 c.c. art. 757, 1ª parte) a autoridade do curador estender-se-ia ou não à pessoa e aos bens do incapaz?

Levanta-se aqui uma outra questão, ter-se-ia: a) uma revogação tácita do art. 85, §1º do Estatuto do Deficiente pelos arts. 749 c.c. 757, 1ª parte do CPC? ; b) uma antinomia real que requer para sua solução a edição de uma terceira norma que opte por uma delas ou a aplicação, no caso *sub judice* dos arts. 4º e 5º da LINDB, em busca do critério do *justum*? ou c) uma antinomia aparente (parcial-parcial, quanto à extensão da contradição), pois as duas normas só em parte conflitam uma com a outra, que se resolveria, interpretando-se, conjuntamente, o art. 757, do CPC, segunda parte, que dá discricionariedade ao juiz de considerar outra solução mais conveniente aos interesses do incapaz, com o art. 755, I, do CPC, que permite a ele, na sentença da interdição fixar os limites da curatela segundo o desenvolvimento mental do interdito. Assim ficaria cada caso concreto sob apreciação do magistrado que, com prudência objetiva, atendendo aos reclamos da justiça (LINDB, art. 5º), verificará se deve aplicar o CPC, art. 749 c.c. 757 (primeira parte) ou a Lei n. 13.146/2015, art. 85, §1º? Poderia determinar que o incapaz fique sob curatela de uma pessoa e seu responsável, que foi interditado, sob a de outra, averiguando se o curador regerá a pessoa e os bens ou somente administrará o patrimônio? Parece-nos que esta última seria a solução mais razoável e consentânea com a realidade, se bem que o art. 85, §1º do EPD deva ser, em regra, o aplicado, ante o disposto no art. 6º do EPD.

O pressuposto fático da curatela é a incapacidade relativa, de modo que estão sujeitos a ela os adultos que, por causa patológica, congênita ou adquirida, não podem administrar seu patrimônio (CC, art. 4º, 1767, I, III e V, com redação da Lei 13.146/2015). Visa proteger o doente, que cedo ou tarde, poderá causar a si mesmo algum mal irreparável (RT, 160:187), por não poder exprimir sua vontade, por ser ébrio habitual, toxicômano ou pródigo (CC, art. 1767, I, III e V com a redação da Lei n. 13.146/2015).

Com a curatela há pretensão de constituir um poder assistencial ao incapaz maior, completando ou substituindo sua vontade, protegendo, essencialmente seus bens, auxiliando em sua manutenção e impedindo sua dissipação.

O pressuposto jurídico da curatela é uma decisão judicial, uma vez que gera uma *capitis deminutio*, pois o capaz passa a ser incapaz. Há quem ache que o Estatuto do Deficiente não admite a interdição, por vedar, como diz Paulo Lôbo, o exercício, pelo deficiente, de todos os atos da vida civil, mas tão somente a curatela específica para determinados atos. Mas será que é assim, se o CPC (norma posterior) rege a interdição e admite que a sentença imponha limites à curatela? Será necessário o processo de interdição ou bastaria um processo visando a nomeação de um curador? Essa dúvida decorre do fato de o art. 1.768, do CC, ter sido alterado pela Lei n. 13.146/2015, não mais mencionando que “interdição será promovida”, mas prescrevendo que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. Ora, o art. 1.768 foi revogado pelo CPC, logo, persiste a interdição que está disciplinada na lei processual.

A curatela é sempre deferida pelo juiz em processo de interdição (CPC, arts. 747 a 758); CC, arts. 1.768 a 1.773 - revogado pela novel lei processual; 1.776 e 1.780-revogados pela Lei n. 13.146/2005-1.777; art. 1.777, alterado pela Lei n. 13.146/2015; 1.775-A; acrescentado pela Lei n. 13.146/2015, que tem por escopo apurar fatos justificadores da nomeação de curador, averiguando não só se é necessária a interdição e se ela aproveitaria ao arguido da incapacidade, mas também a razão legal da curatela, ou seja, se a pessoa é, ou não, incapaz de reger seu patrimônio (CPC, 752, §3º) e negócios.

A interdição é uma medida excepcional de proteção a incapaz, que decorre de ato judicial, que declara a incapacidade relativa, real e efetiva, de um adulto para a prática de atos na vida civil, com o escopo de evitar dano ao seu patrimônio. O foro competente é o do domicílio do interditando; o do requerente só o será quando o interditando estiver em local incerto e não sabido ou não estiver domiciliado no Brasil. O processo de interdição é incompatível com a tutela de evidência (CPC, art. 311), porque requer comprovação da causa da incapacidade, que exige prova pericial (CPC, art. 753). Urge lembrar que, enquanto se processa a interdição, pode-se dar ao interditando um curador provisório se houver urgência, indicando atos que poderão ser praticados por ele (CPC, art. 300, 749, parágrafo único, e 755, I; Lei n. 13.146/2015, art. 87).

O processo de interdição inicia-se com um requerimento dirigido ao magistrado feito pelo cônjuge (independentemente do regime matrimonial de bens) ou companheiros, pelos

parentes sucessíveis (EJ TJRJ, 7: 66) até o limite da ordem de vocação hereditária, ou seja, colaterais até o 4º grau (CPC, 752, §3º; C.C, arts. 1.591, 1.592, 1.829, IV, e 1.839); pelo tutor, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou, ainda, subsidiariamente pelo Ministério Público (CPC, arts. 747 e 748, I a III) p. ex., em casos de doença mental grave, havendo inércia ou inexistência das pessoas acima arroladas. O incapaz não pode pedir sua interdição, pois o CPC revogou o art. 1.768, IV, do CC (na redação dada pela Lei n. 13.146/2015), e ao juiz é vedado iniciar de ofício o processo de interdição.

O juiz mandará citar o interditando, a fim de que ele tenha conhecimento do pedido e para convocá-lo a uma inspeção pessoal. Nada obsta que o interditando constitua por livre escolha advogado (RJ, 375:157) para sua defesa e, se não o fizer, seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível que poderá intervir como assistente (CPC, art. 752, §3º), embora o representante do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, seja seu defensor nato (CPC, art. 752, §1º). Nos casos em que o incapaz não tiver representante ou se os interesses deste colidirem com os daqueles ou a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará curador á lide, ou melhor, um curador especial (membro da Defensoria Pública) ao suposto incapaz (CPC, art. 72, I e parágrafo único). A audiência efetiva-se em segredo de justiça, sendo que o magistrado assistido por especialista (CPC, art. 751, §2º) ou por equipe multidisciplinar (CPC, art. 753, §1º) fará uma avaliação biopsicossocial da deficiência (Lei n. 13.146/2015, art. 2º, §1º) e o entrevistará pessoalmente, interrogando-o “minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos e sobre o que lhe parecer necessário para seu convencimento quanto à sua capacidade de praticar atos da vida civil e deverão ser reduzidas a termo as perguntas e respostas” (CPC, art. 751). O magistrado deverá indagar o interditando sobre fatos triviais de sua vida, como valor de dinheiro, negócios, bens, vontades, laços afetivos, conhecimento de fatos atuais, nomes de familiares, dados sobre depósito bancário, aquisição e venda de bens, situação de suas propriedades etc. Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos (p. ex. computador) capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas (CPC, art. 751, §3º). “A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas” (CPC, art. 751, §4º). Após o interrogatório começa a correr o prazo de 15 dias para o interditando impugnar o pedido (CPC, art. 752). Passado tal lapso temporal, o órgão julgante determina a produção de prova pericial para proceder à avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil (CPC, art. 753). Com a

apresentação do laudo pericial, havendo prova oral a ser produzida, o magistrado designará audiência, após o que pronuncia a sentença judicial de interdição que, deverá: a) nomear curador, pessoa que melhor atenda aos interesses do curatelado (CPC, art. 755, §1º). Se ao tempo da interdição, algum incapaz estava sob a guarda do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor tutelar os interesses do interdito e do incapaz (CPC, art. 755, §2º). Poderá observar a ordem estabelecida no CC, art. 1.775, companheiro ou cônjuge, não separado judicial ou extrajudicialmente ou de fato; pai ou mãe, não havendo estes, o descendente que se demonstrar mais apto, sendo que o mais próximo precede o mais remoto. Faltando essas pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador dativo, levando em conta sua idoneidade e capacidade para exercer o cargo. Contudo, o art. 1775 do Código Civil não tem caráter absoluto, pois, não se submete o interdito à curatela de pessoas que não lhe merecia confiança ao tempo em que gozava de pleno discernimento (RT, 527: 80). Esse artigo ao ser aplicado pelo órgão judicante deverá ceder ante os interesses da pessoa protegida (RT, 529: 109; Bol. AASP, 2747: 2051-09). Se o interditando for, p. ex., portador de deficiência (física ou mental) (CC, art. 4º), o juiz poderá, atendendo à sua afetividade, aos seus interesses, às suas preferências, não havendo conflito de interesses ou influências nefastas, estabelecer a curatela compartilhada, p. ex., a seus pais ou até mesmo a seus irmãos, pois com eles sempre conviveu em harmonia (CC, art. 1.775-A, acrescentado pela Lei n. 13.146/2015), facilitando assim o acompanhamento de suas atividades especiais ou dos cuidados de que tanto necessita; e b) fixar os limites da curatela, conforme o estado e desenvolvimento mental do interdito, considerando suas características pessoais (CPC, art. 755, I e II), vontades, potencialidades, preferências e habilidades. A sentença do juiz põe, portanto, os bens, e, se for o caso, excepcionalmente, a pessoa e os bens do interditando sob direção do curador, pessoa idônea que velará por ele, exercendo seu encargo pessoalmente (AJ, 101: 91). A sentença poderá concluir, ao fixar os limites da curatela, por incapacidade maior ou menor para a prática de certos atos, deferindo no primeiro caso, a curatela plena e, no segundo a limitada (CPC, art. 755, I e II). É preciso graduar a incapacidade, fixando sua extensão, averiguando a aptidão do interditando para a prática de atos patrimoniais e extrapatrimoniais, para que haja uma real proteção do curatelado por parte do curador. Pelo Estatuto do Deficiente se poderia admitir isso? Quais seriam as funções do curador, na plena, representar o incapaz e na restrita assisti-lo? O curador nomeado deverá prestar compromisso, por termo em livro rubricado pelo juiz, no prazo de 5 dias contados: da sua nomeação; da intimação do despacho que mandar cumprir testamento ou instrumento público que o houver instituído (CPC, art. 759, I e II, §1º).

Prestado o compromisso o curador assume a administração dos bens do curatelado (CPC, art. 759, §2º). Regerà a pessoa e os bens do incapaz (adulto maior), que estava sob a guarda do curatelado ao tempo da interdição, caso em que, como vimos, se terá a curatela prorrogada, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz (CPC, art. 757). A sentença de interdição deverá ser assentada (Lei n. 6015/73, art. 92; CC, art. 9º, III) no Registro das Pessoas Naturais e publicada na rede mundial de computadores no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 meses, na imprensa local uma vez e no órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador que o assistirá nos atos da vida civil, a causa da interdição e os limites da curatela e não sendo total a interdição os atos que o interdito poderá praticar autonomamente (CPC, art. 755, §3º).

O assento da sentença no registro de pessoas naturais e a publicação editalícia são indispensáveis para lhe assegurar eficácia *erga omnes*.

Ao decretar a interdição, o magistrado, dando apoio necessário para o interdito ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, evitando seu recolhimento em estabelecimento que o afaste desse convívio, só, excepcionalmente, deverá determinar seu internamento em estabelecimento adequado ou apropriado, particular ou público, conforme sua condição social e econômica, se entender ser inconveniente ou perigoso deixá-lo em casa ou se o tratamento médico o exigir (CC, art. 1777, com redação da Lei n. 13.146/2015), com o escopo de obter terapia e apoio apropriados à conquista de sua autonomia (CPC, art. 758). Mas se possível for, dever-se-á evitar seu recolhimento em estabelecimento que o afaste de sua imprescindível convivência sócio familiar. Enfim, deve receber todo tratamento e apoio que forem necessários (CC, art. 1777, primeira parte).

Tal sentença, apesar da omissão do CPC/2015 e da revogação do CC, art. 1773, deverá decidir sobre o termo inicial da interdição ou a data que possa fazer as suas vezes, se impossível a sua aferição e não gerar efeito relativamente aos atos praticados pelo interditando, antes da interdição, será suscetível de apelação (CPC, art. 1009) e terá efeito imediato, porque a apelação, nesta hipótese, não possui efeito suspensivo (CPC, art. 1012, VI, §1º). A decisão que decretar a interdição produzirá, portanto, efeitos desde logo, por que está sujeita a recurso que tem efeito apenas devolutivo. Tal recurso levará ao tribunal o conhecimento do julgamento, não impedindo a produção dos efeitos daquela decisão.

Surgem questões que requerem reflexão: a partir de quando o deficiente é tido como incapaz? O negócio praticado por ele, se interdito, sem assistência de curador teria validade? Se aquele que não puder manifestar sua vontade por causa transitória ou permanente (p. ex. por deficiência mental), o ébrio ou toxicômano, vier a praticar ato sem intervenção do curador que, por decisão judicial, conforme os limites de curatela, deveria representá-lo ou assisti-lo; tal negócio só por ele assinado teria, ou não validade? Essas pessoas são relativamente incapazes, salvo o deficiente, que antes da interdição, seria plenamente capaz, mas a curatela, advinda da sentença, não lhes assegura a tutela jurídica. Assim, por ex., se um portador de deficiência, sob curatela, por não poder exprimir sua vontade, vier a efetuar sozinho um contrato, o operador do direito deverá, ante essa situação inusitada, aplicar por analogia os arts. 166, I e 171 do CC, logo aquele negócio seria nulo, se na sentença, ao delinear os limites da curatela, estiver estipulado que o curador deveria representá-lo (CC, art. 166, I, por analogia) ou anulável, se deveria assisti-lo (CC, art. 171, por analogia)? Ter-se-ia, então, uma invalidade jurídica *sui generis* ante o fato de haver capazes sob curatela? Ou se deveria evitar o emprego de analogia utilizando-se de interpretação restritiva, hipótese em que tais atos seriam anuláveis? Na nossa opinião, esta última seria a solução mais consentânea com o art. 4º CC, combinado com o art. 171, do CC, pois essas pessoas sob curatela são relativamente incapazes.

Entendemos, por não admitirmos o emprego da argumentação analógica, que, quem invocar doença mental para obter a nulidade relativa do ato negocial de interdito deverá provar a sua incapacidade de entender e querer no momento da realização daquele ato. A causa da incapacidade é anomalia psíquica e não a sentença de interdição; esta tão somente declara um fato preexistente, que lhe dá causa. Os atos anteriores a ela serão, por mera interpretação, anuláveis, se se provar, no processo de interdição ou em outra ação, que ao tempo em que foram efetivados já subsistia a causa da incapacidade relativa. O regime jurídico dessa incapacidade conduz à anulabilidade de atos levados a efeito sem assistência do curador.

Assente o vício da nulidade relativa dos atos praticados antes da sentença por agente comprovadamente incapaz, indaga-se: A declaração de invalidade exigiria também a má-fé do outro contratante? Deveria ele ou não, ter ciência da incapacidade do agente? O que realmente importa, no nosso entender é a inteligência e a possibilidade de manifestação da vontade, que fundamentarão a declaração da vontade livre e espontânea, não sendo relevante a questão da boa-fé ou má-fé da outra parte contratante (RJTJ RS, 79: 186).

Se se admitir a possibilidade de uso de analogia, após a prolação, da sentença, nulos ou anuláveis serão os atos praticados pelo interdito conforme a gradação da interdição, sendo que os atos anteriores à sentença declaratória serão nulos ou anuláveis, se se comprovar, em juízo, que sua incapacidade maior ou menor, já existia no momento da realização do negócio. Estamos nos referindo a uma classificação dos civilistas atinente ao reconhecimento judicial de uma situação fática, que dá causa à incapacidade, ou seja, a alienação ou moléstia mental, não mencionando a questão processual alusiva ao momento da eficácia da sentença de interdição, ou seja, do seu efeito *ex nunc*. Deveras, o efeito da sentença de interdição é, em regra, *ex tunc*, por isso, há quem a considere como uma *sentença constitutiva*, pois a partir dela se modifica a situação do interdito, com imposição de limites à prática de atos da vida civil, que importem oneração do seu patrimônio. Geralmente, seus efeitos começam a atuar a partir da sentença, antes mesmo do trânsito em julgado. Assim, pensam, p. ex, Rogerio Lauria Tucci e Humberto Theodoro Junior. Mas, como nem sempre tal ocorre, alguns autores, com o quais concordamos, chegam a afirmar que essa sentença é: concomitantemente declaratória e constitutiva. Em regra, só depois de decretada a interdição é que se recusa a capacidade de exercício, sendo inválido qualquer ato praticado pelo interdito fora dos limites da curatela, embora seja possível invalidar ato por ele praticado, mesmo antes da decretação judicial de sua interdição, desde que se comprove judicialmente, a existência de sua incapacidade por ocasião da efetivação do ato negocial (*RF*, 81: 2b13; *RTJ*, 102: 359; *RT*, 537: 74; 539: 149) caso em que produz efeito *ex tunc*.

Aplicar-se-ão à curatela as disposições concernentes à tutela que não contrariarem sua essência e seus fins (CC, arts. 1.774 e 1.781; CPC, arts 759 a 763). Consequentemente, o curador terá os mesmos direitos, garantias, obrigações e proibições do tutor, podendo escusar-se do encargo ou dele ser suspenso ou removido (*RT*, 785: 229), nos casos legais. Pelo art. 760, §2º, do CPC caberá ao juiz decidir de plano o pedido de escusa da curatela. Se rejeitá-lo, o nomeado continuará exercendo o *munus* até o trânsito em julgado da sentença que o dispensa. O curador poderá sofrer remoção (CPC, art. 761) ou suspensão do exercício de suas funções (CPC, art. 72) nos casos de extrema gravidade, hipótese em que haverá nomeação de substituto interino. Cessando suas funções pelo decurso do prazo em que estava obrigado a servir, poderá requerer exoneração do encargo, dentro de 10 dias seguintes à expiração do termo (CPC, art. 763, §1º). Com o término da curatela, o curador deverá prestar contas.

Vigoram para os curadores as causas voluntárias e proibitórias dos arts. 1735 e 1736 do CC, estando, ainda, adstritos à caução (CC, art. 1745 e parágrafo único), à apresentação de

balanço anual e à prestação de contas de sua gestão (*RT*, 518: 65 Lei n. 8069/90, art. 201, IV; CPC, art. 763, §2º, 550 a 553 e Lei n. 13.146/2015, art. 84, §4º). O curador terá ação regressiva contra o curatelado para haver o que despendeu, desde que ele tenha bens suficientes para tal.

Mas pelo art. 1.783 do CC, quando o curador for o cônjuge não será obrigado a apresentar contas, se o regime de casamento for o de comunhão universal, salvo determinação judicial, se, por ex., houver suspeita de desvio de bens. Isto é assim porque, nesse regime, a ambos os cônjuges pertence o acervo familiar, logo o consorte-curador tem interesse em preservá-lo. Se outro for o regime matrimonial, o cônjuge-curador deverá fazer o balanço anual e prestar contas.

O curador tem direitos e deveres concernentes aos bens do curatelado estendendo-se sua autoridade à pessoa e patrimônio dos filhos menores do curatelado (CC, art. 1.778), mesmo se nascituro (CC, art. 1.779, parágrafo único), pois o curador nomeado será o tutor dos filhos menores do incapaz submetido à curatela.

Os bens do interdito só poderão ser alienados ou arrendados mediante alienação judicial, desde que haja vantagem na operação e sempre mediante autorização de juiz (CC, art. 1.750, CPC, art. 725, III e 730 e segts; *RT* 550: 455; *RJTJSP* 80:36; *RF240*: 200). Será dispensável tal alienação, se o curador for o próprio cônjuge ou o pai; a alienação operar-se-á, então, por autorização judicial (*RT*, 166: 161) e a metade do produto da venda será depositada para garantir a subsistência do incapaz (*RT*, 154: 159).

Pela Lei n. 1.869/53, todas as quantias em dinheiro pertencentes ao interdito serão recolhidas em estabelecimento bancário oficial, de onde apenas serão retiradas para atender ao tratamento de enfermo ou para aquisição de bens de raiz ou títulos de dívida pública.

Como a curatela tem por escopo proteger o incapaz, terminará, se ele recobrar sua integridade mental, segundo o que se apurar em processo judicial de levantamento de interdição, logo a interdição será levantada, total ou parcialmente, desde que se prove a cessação da causa que lhe deu origem, mediante pedido feito pelo interdito, curador ou Ministério Público, que será apensado aos autos de interdição, após apresentação do laudo pericial (CPC, art. 756, §§1º e 4º), e a sentença que a levantar como a que a decretou devem ser levadas a registro no cartório competente e publicadas para conhecimento de terceiros (CPC, arts. 755, §3º e 765; Lei n. 6.015/73, arts. 29, V, e 104). Cessada a incapacidade levanta-se a interdição e o curatelado readquire a sua plena capacidade.

A curatela é uma medida extraordinária porque o incapaz poderá, se preferir, fazer uso de outro meio assistencial para que possa praticar atos da vida civil, que é a tomada de decisão apoiada.⁵

3.3. Tomada de decisão apoiada: regime alternativo à curatela

O portador de deficiência conta, com o advento da Lei n. 13.146/2015, com um novel regime alternativo à curatela: a tomada de decisão apoiada (art. 84, §2º), que se diferencia da curatela, porque possibilita que o deficiente decida sobre sua vida, constituindo, como diz Nelson Rosenthal, um *tertium genus* protetivo de assistência ao portador de deficiência (p. ex. vítima de AVC, com sequela; cego, tetraplégico; portador de deficiência intelectual com limitação na expressão de sua vontade), possibilitando a prática de ato negocial em condição de igualdade com as demais pessoas e a preservação de seus bens. A opção pela tomada de decisão apoiada não conduz à perda da capacidade, mas à validade do negócio efetuado pelo deficiente. O portador de deficiência, portanto, preservará sua capacidade, visto que não será interdito. O deficiente apesar de coadjuvado pelos apoiadores não sofrerá quaisquer restrições em sua capacidade civil, tão somente perderá legitimidade para exercer, por si, atos da vida civil. O interdito, por sua vez, ante sua deficiência e impossibilidade de autogestão, será submetido à curatela, passando a ser relativamente incapaz.

Como as pessoas com deficiência não são mais tidas como incapazes ante as recentes alterações dos arts. 3º e 4º do CC, para que possam, ante sua capacidade limitada de agir, exercer atos na vida civil, deverão socorrer-se da curatela ou tomada de decisão apoiada (CC, art. 1.783-A, §1º a 11, acrescentado pela Lei n. 13.146/2015).

A tomada de decisão apoiada não exclui a curatela, nem a substitui, podendo com ela conviver, como ocorre na França com *sauvegarde de justice*, pois, p. ex., pelo art. 1.783-A e §11º, as mesmas disposições regerão ambos os institutos, no que atina à prestação contas, mas poderá provocar a ineficácia social da curatela por desuso. Apresenta-se, na verdade, como um concorrente da curatela.

⁵ GOZZO, Débora. O procedimento de interdição, *Coleção Saraiva de Prática de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1986, n. 19; ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, 1994; DINIZ, Maria Helena, *Curso...*cit. vol. 5, 2014, pp. 740-59; Novas Coordenadas fundamentais da tutela e curatela no novo Código Civil, *Novo Código Civil-estudos em homenagem a Miguel Reale*, S. Paulo LTR, 2003, pp. 1334-6; SILVA PEREIRA, Caio Mario da; *Instituições...*cit. vol. 5, p. 309 e segs; RIBEIRO, Moacyr P. de A. *Estatuto da Pessoa...*cit. pp. 44 e 45.

Para optar por este novel instituto, o deficiente deverá ter certa lucidez e um grau de discernimento.

O próprio deficiente poderá, para tanto, requerer a nomeação de duas pessoas aptas e idôneas, por ele indicadas, com as quais mantenha vínculos (de parentesco consanguíneo, socioafetivo; de afetividade) e que gozem de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para o exercício de sua capacidade. Com isso, poder-se-á evitar a imposição de um curador à sua revelia ou até mesmo contrário aos seus interesses. Há, similarmente ao mandato, um respeito à autonomia da vontade do apoiado, pois no termo em que é feito o pedido desse regime firmado pelo apoiado e pelos apoiadores, deverá constar: a) os limites do apoio a ser oferecido, conforme as necessidades do apoiado; b) os compromissos dos apoiadores; c) o prazo de vigência do acordo, embora possa surgir tendência de torná-lo indeterminado, como ocorre, por ex., no CC italiano (arts. 404 e 405, V.2) com a *amministrazione de sostegno*, ou determinado, como se dá, na França com a medida de *sauvegarde de justice* (CC francês art. 439), que não pode ultrapassar o período de um ano, renovável uma vez, e d) respeito à vontade, aos direitos e aos interesses do portador de deficiência (CC, 1.783-A, §§1º e 2º).

O magistrado, antes de se pronunciar sobre tal pedido, deverá ouvir, assistido por equipe multidisciplinar (assistente social, médico, psicólogo etc.), após oitiva do Ministério Público, pessoalmente o requerente e as duas pessoas por ele indicadas para lhe prestar apoio (CC, art. 1.783-A, §3º).

Se o negócio pretendido pelo apoiado, for efetuado dentro dos limites do acordo da tomada de decisão apoiada, não haverá motivo para pleitear sua nulidade por questões atinentes à capacidade do apoiado, logo terá validade e produzirá efeitos sobre terceiros sem quaisquer restrições (CC, art. 1.783-A, §4º). Mas, para obter segurança jurídica, o terceiro, com quem foi feita a negociação, poderá pedir aos apoiadores que contrassinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, suas funções relativamente ao apoiado (CC, art. 1.723-A, §5º).

E, se o negócio jurídico efetivado, porventura, puder trazer algum risco ou prejuízo de certa relevância, havendo discordância de opinião entre o apoiado e um dos apoiadores, o órgão judicante, ouvido o Ministério Público, deverá decidir a controvérsia (CC, art. 1.783-A, §6º). Logo, se a divergência de opiniões não acarretar risco nem prejuízo relevante, claro está que deverá prevalecer a opinião do apoiado, visto que o instituto se constituiu para atender a seus interesses, pouco importando a vontade do apoiador, que poderá pleitear o registro de sua

opinião contrária, para que, no porvir, não seja tido como negligente no exercício de sua função.

O apoiador deve atuar conforme o interesse do apoiado, podendo ser destituído se for negligente de sua parte ou fizer pressão indevida sobre o apoiado ou, ainda, se não cumprir a obrigação assumida, por meio de denúncia feita pelo apoiado, ou qualquer pessoa, ao Ministério Público ou ao magistrado (CC, art. 1.783-A, §7º). Se essa denúncia for procedente, ter-se-á a destituição do apoiador. Mas essa destituição, levantará a necessidade de se ouvir o apoiado quanto ao seu interesse na nomeação de novo apoiador para a prestação do apoio (CC, art. 1.783-A, §8º).

O apoiado poderá a qualquer tempo solicitar o término do acordo firmado em processo de decisão apoiada (CC, art. 1.783-A, §9º). Assim, se um dos apoiadores for destituído e o apoiado não quiser a nomeação do novo apoiador ter-se-á extinção da tomada de decisão apoiada, que poderá dar-se a qualquer tempo a pedido do apoiado (CC, art. 1.783-A, §9º), no exercício de seu direito potestativo. Conseqüentemente, o juiz não poderá evitar a extinção da tomada de decisão apoiada, se o apoiado a pleitear.

Por outro lado, há possibilidade de que um dos apoiadores não mais deseje participar da tomada de decisão apoiada, caso em que deverá solicitar autorização judicial para sua exclusão do processo, que implicará nomeação de novo apoiador e não a extinção do instituto, que só se operará por vontade do apoiado. Logo, para que se opere o desligamento do apoiador, será imprescindível pronunciamento do juiz sobre a matéria (CC, art. 1.783-A, §10).

Percebe-se pelos parágrafos do art. 1.783-A do CC que a lei procura assegurar a autonomia da vontade do portador de deficiência.

Os apoiadores deverão prestar contas de seus atos, conforme as disposições do Código Civil alusivas à curatela (CC, art. 1.783-A, §11).

Esse novel regime alternativo à curatela poderá dar azo à ineficácia das normas sobre curatela e interdição, que, então, perderão, com o tempo, a eficácia social apesar de vigentes.⁶

⁶ Consulte: REQUIÃO, Mauricio. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. *Revista Consultor Jurídico* de 14-9-2015; VITOR, Paulo Távora. *A Administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra, 2008, pp. 175,176, 182 e 202.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão poder-se-á afirmar que a Lei n. 13.146/2015 teve um único objetivo: a inclusão social do portador de deficiência na comunidade, privilegiando a sua autonomia da vontade, possibilitando o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com outras pessoas. Conseqüentemente, a incapacidade relativa é uma exceção, pois a curatela passou a ser medida extraordinária, adotada apenas se for necessária.

O Estatuto do Portador de Deficiência, sob uma ótica humanitária, além de proteger a capacidade do deficiente, permite, ainda, a sua opção pela curatela ou pela tomada de decisão apoiada, preservando sua liberdade e sua autonomia de vontade.

A teoria da incapacidade sofreu, portanto, uma reconstrução e lançou um desafio para o século XXI: o respeito à dignidade do portador de deficiência para que possa gerir, na medida do possível, sua vida, fazendo escolhas para atender aos seus interesses, valendo-se, se necessário for, de institutos assistenciais (curatela ou tomada de decisão apoiada) para a efetivação de atos negociais ou patrimoniais.

Na verdade, o fulcro dessa nova teoria é um só: a proteção do deficiente e de seu patrimônio de eventuais riscos ou prejuízos, reabilitando-o no seio da coletividade.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz A. D. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, 1994.

CORREIA, Atalá, Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil*, n. 99, pp. 22 a 26.

CHAVES, Antonio. Capacidade Civil. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. S. Paulo: Saraiva, Vol. 13, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, vols. 1 e 5, 2014.

_____. Novas Coordenadas fundamentais de tutela e curatela. *Novo Código Civil-estudos em homenagem a Miguel Reale*. S. Paulo: LTR, 2003.

GABBA, *Teoria dela retroattività dele legge*, vol. 1.

GOZZO, Débora. O procedimento de interdição. *Coleção Saraiva de Prática de Direito*. S. Paulo: Saraiva, n. 19,1986.

MELLO, Marcos B. De. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. *Revista de Direito Privado*, n. 3, pp. 9-34.

NERY JR., Nelson, ANDRADE NERY, Rosa M. de. *Código de Processo Civil Comentado*. S. Paulo: RT, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Manual de direitos humanos* (Coord. Garcia e Lazari). Salvador: Jus Podivm, vol. Único, 2015.

PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 16.

REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime destinado à curatela. *Consultor Jurídico* de 14-9-2015.

RIBEIRO, Moacyr P. de A. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria dos incapazes e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil*, n. 99, p. 40 e ss.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Max Limonad, vol. 1, 1967.

ROUBIER, Paul, *Des conflits des lois*, vol. 1, s/d.

RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais*. S. Paulo: Fiuza, 2002.

SANTOS, Ivana A. C. dos. O Estatuto de Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002. *Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil*, 99: 28 e ss.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, vols. 1 e 5, 1977.

STANZIONE, Pasquale. Personalità, capacità e situazione giuridiche del minore. *RTDCiv*, 1: 113 e ss.

VITOR, Paulo Távora. *A administração do patrimônio das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra, 2008.