

Submetido em: 10/05/2019

Publicado em: 10/07/2020

OS NOVOS PARADIGMAS DO NEGÓCIO JURÍDICO APÓS A CONVENÇÃO DE NOVA YORK

MARIANE MORATO STIVAL¹

KATIA RÚBIA DA SILVA PAZ²

CAIO ABNER DE SOUZA PEIXOTO³

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1 A CONVENÇÃO DE NOVA YORK. 1.1 A Convenção de Nova York no direito pátrio – a tutela dos direitos da pessoa com deficiência. 1.2 Convenção De Nova York – efeito jurídicos colaterais. 2 A CAPACIDADE E SUA RECONSTRUÇÃO. 2.1 Aos que não podem exprimir sua vontade. 3 O NEGÓCIO JURÍDICO. 4 AS LACUNAS E AS SOLUÇÕES. 4.1 Tomada de decisão apoiada. 4.2 Curatela. 4.3 Sem assistência. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: A Convenção de Nova York, ratificada em 2008 pelo Brasil, ampliou o conceito da capacidade civil, de modo que agora alcança todas as pessoas com deficiência. O presente artigo versa sobre os efeitos do postulado pela Convenção de Nova York no negócio jurídico celebrado por pessoas com deficiência intelectual, eis que agora, independente do grau de deficiência, todos os atos praticados por tais pessoas alcançam validade plena, o que pode significar prejuízos. O trabalho tem como desafio apresentar soluções para as lacunas deixadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei que regulamentou a Convenção de Nova York. Para isto, aborda-se de início o Tratado Internacional, bem como o seu impacto no direito brasileiro; estuda os conceitos fundamentais de capacidade e de negócio jurídico; e, por fim, debruça-se a apontar as possíveis soluções práticas. A metodologia utilizada foi bibliográfica, com consultas aos artigos científicos nacionais e à doutrina pátria e europeia.

¹ Pós Doutora. Centro Universitário de Anápolis. E-mail: marianemoratostival@hotmail.com

² Mestre. Centro Universitário de Anápolis. E-mail: biapaz@hotmail.com

³ Graduando. Centro Universitário de Anápolis. E-mail: lespaul.c@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Nova York. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil. Negócio Jurídico.

THE NEW PARADIGMS OF THE LEGAL BUSINESS AFTER THE NEW YORK CONVENTION

ABSTRACT: The New York Convention, ratified in 2008 by Brazil, has broadened the concept of civilian capacity so that it now reaches all people with disabilities. This article deals with the effects of the postulation of the New York Convention on the legal business concluded by people with intellectual disabilities, since now, regardless of the degree of disability, all the acts practiced by such persons reach full validity, which can mean damages. The work has as challenge to present solutions to the gaps left by the Disability Statute, a law that regulated the New York Convention. To this end, the International Treaty is addressed at the outset, as well as its impact on Brazilian law; studies the fundamental concepts of capacity and legal business; and, finally, it looks for to indicate the possible practical solutions. The methodology used was bibliographical, with consultations to the national scientific articles and to the homeland and European doctrine.

KEYWORDS: New York Convention. Statute of the Person with Disabilities. Civil capacity. Juridic business.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, arquitetado no Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA (NPDU), debruça-se sobre as recentes alterações sofridas pelo ordenamento pátrio, via da ratificação da Convenção Internacional de Nova York, que, dentre suas várias áreas de impacto, alcançou, significativamente, o negócio jurídico, suscitando relevantes questionamentos.

Postula-se demonstrar neste estudo a alteração ocorrida num dos conceitos basilares do Direito Civil, o da capacidade civil. Se antes a deficiência mental motivava a absoluta interdição e a conseqüente retirada dos poderes de uma pessoa para exercer seus direitos, hoje todos são considerados plenamente capazes, não importando o grau de eventual deficiência que possua.

Assim, os negócios jurídicos celebrados por quem, em virtude da deficiência, não tenha qualquer discernimento, não podem ser considerados inválidos com base em incapacidade. Retirou-se de cena, para tais pessoas, a proteção da anulação por “agente incapaz”, não se instituindo qualquer mecanismo que, seguindo o novo viés, substituísse aquela proteção.

Embora as mudanças sejam fruto de um Tratado de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil, e ingresso no sistema pátrio com status de norma constitucional, a omissão é atribuída à lei que o regulamentou, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, restando ao intérprete a carga de elaborar teses que excluam as eventuais lacunas deixadas pelo legislador pátrio.

Examinada as implicações da reconstrução conceitual da capacidade civil, esta pesquisa enfrenta o desafio de elaborar soluções para as consequências jurídicas sob a devida interpretação constitucional. Utilizou-se o método bibliográfico, com respaldo na doutrina pátria e europeia, jurisprudência e artigos científicos.

Na primeira parte, analisa-se o ato internacional do qual as mudanças defluem, e seu impacto ao entrar no ordenamento brasileiro. Na segunda e terceira, passa-se por conceitos de capacidade e negócio jurídico, a fim de compreender as alterações sofridas. Por fim, elaboram-se teses que visam imprimir a proteção necessária, sem, contudo, ferir as diretrizes ideológicas da Constituição.

1 A CONVENÇÃO DE NOVA YORK

Quando se trata de direitos humanos – essenciais à garantia da dignidade da pessoa – os holofotes da Organização das Nações Unidas (ONU) são atraídos, por ser esta organização internacional o melhor lugar para arguir-se direitos da humanidade. Nessa perspectiva, a proteção das pessoas com deficiência possui destaque especial, na medida em que enseja importantes discussões e Tratados⁴ de Direitos Humanos.

O reconhecimento igual de uma pessoa perante a lei é um direito presente em diversos ordenamentos jurídicos, e há tempos é estabelecido como princípio norteador nos Tratados Internacionais. No entanto, considerando-se a população de pessoas com deficiência, nota-se que tal direito coexistia com mecanismos que, sob certas condições, restringiam a capacidade civil dessas pessoas, notadamente aquelas com deficiências mentais.⁵

⁴ *E.g.*, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (1975) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

⁵ FRA – European Union Agency For Fundamental Rights. Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems (2013). Disponível em: <<https://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

A dignidade humana era ferida em dois momentos. Em regra, não se empregava qualquer esforço para saber quais eram as reais vontades e preferências daqueles que eram submetidos à interdição de direitos em face da deficiência perante a lei. Atentava-se contra a dignidade, também, no momento em que diferentes níveis e tipos de deficiência eram igualados e colocados sob um mesmo rótulo de incapacidade. Frente a este tipo de questão, a Assembleia Geral da ONU criou uma comissão *ad hoc*, à qual confiou a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, concluída em 13 de dezembro de 2006⁶.

Antes desta Convenção, os tratados de direitos humanos existentes não abordavam de maneira abrangente a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, se mostrando insuficientes para solucionar questões mais complexas, como as relacionadas à capacidade civil de tais pessoas. Essa insuficiência já era percebida desde a primeira grande revisão internacional da implementação do Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, realizada em Estocolmo em 1987, na qual os participantes recomendaram a elaboração de uma convenção específica aos direitos das pessoas com deficiência⁷.

Apesar dos anseios de várias nações, inclusive com propostas, há muito tempo, feitas por governos de países como Itália e Suécia, somente em 2002 obteve-se o apoio suficiente para dar início às negociações do Tratado, que viria a ser concluído em tempo recorde. Em 30 de março de 2007 a Convenção e o seu Protocolo Facultativo já estavam abertos para assinatura na sede das Nações Unidas, em Nova York⁸.

A Convenção de Nova York (CNY) é o segundo tratado de direitos humanos mais recente ao qual o Brasil tornou-se signatário. Ela inova dando um conceito de pessoa com deficiência que traz subjacente a ideia de que o prejuízo na participação do deficiente na sociedade não se deve somente aos seus impedimentos de longo prazo de natureza física,

⁶ UNITED NATIONS – ENABLE. Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Promotion and Protection of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities (2002). Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357e.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁷ UNITED NATIONS. Chapter Two: The Convention in detail – Historical developments leading to a new convention (2007). Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/handbook-for-parliamentarians-on-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/chapter-two-the-convention-in-detail.html>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

⁸ UNITED NATIONS. Chapter Two: The Convention in detail – Historical developments leading to a new convention (2007), cit.

mental, intelectual ou sensorial. Aponta que a interação com diversas barreiras, inclusive leis, também integra o óbice à participação plena e efetiva dessas pessoas em sociedade⁹.

Desta forma, a adequação jurídica e social visando dirimir tal óbice pauta o viés ideológico da Convenção de Nova York, que altera a percepção que se tem da deficiência, de forma inovadora, reconhecendo que todas as pessoas devem ter oportunidade de alcançar plenamente seu potencial. Este viés da Convenção é sintetizado por Flávio Tartuce¹⁰ no binômio “dignidade-inclusão”. Os juristas internacionalistas também teceram comentários sobre a CNY, cita-se dentre eles Flávia Piovesan:

É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial¹¹.

A visão de vulnerabilidade que se tinha em relação àqueles que possuíam alguma deficiência, tratados como doentes, no modelo médico, é substituída por uma nova visão social de direitos humanos, cujo destaque é a igualdade e a liberdade, perceptível, inclusive, na inauguração da expressão oficial “pessoa com deficiência”, que ao contrário das anteriores nomenclaturas enfatiza que muito antes da deficiência, há personalidade, que, acima de tudo, o deficiente é uma pessoa, com dignidade humana. Elucida esta ideologia, Nelson Rosenvald¹², observando qual é o objetivo da Convenção.

[...] é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo social de direitos humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária.

A CNY merece atenção à vista da magnitude de seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro, além de trazer novas perspectivas que objetivam respeitar, proteger e promover a

⁹ UNITED NATIONS – DISABILITY. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006). Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, vol. 10, n. 2, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/63/65>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284.

¹² ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 set. 2018, p. 1.

dignidade humana, é oportuno destacar, ainda, que ela foi o primeiro¹³ Tratado Internacional a ingressar no ordenamento pátrio com status de norma constitucional. Significa dizer que, pela primeira vez, o direito brasileiro vê-se diante de uma matéria que, conquanto convencionada entre nações, possui a mesma rigidez de uma emenda constitucional elaborada pelo poder constituinte pátrio, o que acresce importância aos preceitos trazidos pela CNY¹⁴.

Ratificado o seu Protocolo Facultativo, em 9 de julho de 2008 pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, a Convenção obteve força de Emenda Constitucional a partir do Decreto nº 6.949, promulgado em 25 de agosto de 2009, em consonância com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Carta Magna, o qual condiciona o status constitucional de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros¹⁵.

Segundo o artigo 12.2 da CNY, os Estados Partes têm o dever de reconhecer que as pessoas com deficiência, em todos os aspectos da vida, gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. O dispositivo vai contra a declaração de incapacidade com base em algum comprometimento mental, intelectual ou sensorial, e, por conseguinte, a atribuição de um representante capaz juridicamente de exercer todos os direitos em nome do deficiente¹⁶.

Antes da CNY, tinha-se como entendimento universal que a restrição da capacidade era um instrumento indispensável para a proteção de pessoas com deficiência. Alguns países, como a Polônia¹⁷, declararam que interpretariam o artigo 12 da Convenção de maneira a permitir a aplicação desta incapacitação. À vista disso, o Escritório do Alto Comissariado das Nações

¹³ A despeito das divergências doutrinárias, entende-se, a partir do insigne posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343-SP, que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda 45/2004 possuem somente status supralegal. Possibilita sustentar, portanto, que o caráter constitucional se restringe apenas aos tratados aprovados em conformidade com o que estabelece o art. 5º, § 3º (em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos).

¹⁴ STF – RE: 466343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

¹⁶ UNITED NATIONS – DISABILITY. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), cit.

¹⁷ UNTC – UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4#EndDec>. Acesso em: 12 abr. 2019.

Unidas para os Direitos Humanos¹⁸, órgão responsável por observar, promover e proteger os direitos humanos, ratificou a inteligência do mencionado artigo, asseverando que a legislação que admitir a declaração de incapacidade em virtude de quaisquer deficiências entra em conflito com a CNY.

Se a existência de uma deficiência é um motivo direto ou indireto para uma declaração de incapacidade legal, a legislação deste tipo entra em conflito com o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência consagrada no artigo 12, parágrafo 2.¹⁹

Elaborada com a finalidade de resguardar os direitos das pessoas com deficiência, a Convenção de Nova York, que no Brasil ostenta status de norma constitucional, revolucionou a percepção que se tinha de deficiência. Com a disposição de seu dispositivo 12, reconhece a plena capacidade de todas as pessoas, tornando vedada a restrição da capacidade em razão da deficiência. Essa nova perspectiva entra no ordenamento jurídico brasileiro fazendo reconstruções de conceitos basilares, como será estudado a frente.

1.1 A convenção de Nova York no direito pátrio – a tutela dos direitos da pessoa com deficiência.

No Brasil, a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – alicerçou-se nos mandos da CNY para reconstruir o que se entende por capacidade civil. O Estatuto deu uma nova redação para artigos do Código Civil (CC), retirando a deficiência mental como causa de incapacidade. Na função regulamentar, o EPD assevera que a deficiência não afeta em nada a capacidade civil, assegurando ao deficiente o exercício da capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas, ainda que para isto valha-se de medidas assistenciais.

A despeito de haver posicionamento doutrinário que considere esta capacidade jurídica tratada no EPD como uma capacidade *sui generis*, que não garante poder para o exercício dos direitos, Pablo Stolze²⁰ articula que o Estatuto sem inaugurar um novo conceito de capacidade, direcionado às pessoas com deficiência, paralelo ao conceito geral do Código Civil, ampliou de

¹⁸ OHCHR. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2009). Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>. Acesso em: 17 set. 2018, p. 14.

¹⁹ Tradução livre de “Whether the existence of a disability is a direct or indirect ground for a declaration of legal incapacity, legislation of this kind conflicts with the recognition of legal capacity of persons with disabilities enshrined in article 12, paragraph 2.”

²⁰ STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51407>>. Acesso em: 15 set. 2018.

modo a desatrelar por completo a deficiência da incapacidade. Entendendo que se o legislador criasse um novo conceito apenas para as pessoas com deficiência incorreria em inconstitucionalidade e discriminação. Na doutrina de Stolze²¹, “se assim o fosse, haveria um viés discriminatório e inconstitucional”.

O Estatuto inaugura, com vistas às barreiras que o deficiente eventualmente encontre ao agir na vida civil, a tomada de decisão apoiada. Recepcionada pelo CC em seu artigo 1783-A, a medida faculta à pessoa com deficiência a nomeação de no mínimo duas pessoas para seu auxílio. O apoiado determina quando inicia, como será procedida, especifica para qual ato requer apoio e delinea os limites. É um instituto que possui clara facultatividade, não obrigando o deficiente a aderi-lo, porquanto a ausência de nomeação não compromete a validade dos atos celebrados pela pessoa com deficiência²².

A inserção deste instituto no ordenamento pátrio mostra-se como uma concretização do que dispõe o artigo 12.3 da Convenção, o qual responsabiliza os Estados Partes pela tomada de medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal²³. Medidas semelhantes a esta já se encontram implantadas em países como Alemanha e França. O ordenamento italiano, nos artigos 404 e 413 do seu Código Civil, prevê o “amministratore di sostegno” (administrador de apoio), instituto que há quatorze anos apresenta bons resultados em prover, concomitantemente, assistência e conservação da capacidade plena²⁴.

Ao lado da tomada de decisão apoiada, o EPD adotou, com caráter excepcional, a curatela, que, conquanto presente em nosso ordenamento há tempos, recebeu uma nova roupagem à luz da CNY. As interferências, agora, só são admitidas no âmbito patrimonial e negocial, jamais existencial, se constituindo medida específica para determinados atos. Quanto àquela ideia de interdição com poderes absolutos, em que o curador exercia todo e qualquer ato, malgrado haja vergonhoso entendimento contrário na jurisprudência²⁵, Paulo Lôbo

²¹ STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista Jus Navigandi, cit., p. 3.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil I. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²³ UNITED NATIONS – DISABILITY. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), cit.

²⁴ ITALIA. Italian Codice Civile. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/601300/_/italian-codice-civile/>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵ TJRS – AC n. 70078241742, rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 25.07.2018.

assevera que não há falar mais desta medida, cuja finalidade de vedar o exercício, e não de possibilitá-lo, vai contra a Convenção.

Não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.²⁶

Embora se tenha abandonado o conceito de interdição, a nomenclatura permaneceu, indevidamente, na legislação brasileira. Explica-se. Não fosse a inobservância do legislador em relação ao trâmite simultâneo do EPD e do Código de Processo Civil (CPC), hoje a expressão “interdição” teria sido substituída por “processo que define os termos de curatela”. Por se tratar de norma de direitos humanos, o EPD possui *vacatio legis* diferenciada, peculiaridade que não foi considerada pelo Legislativo, resultando na entrada em vigor da lei mais velha – CPC – depois da mais nova – EPD. Assim, a nova perspectiva de curatela, que receberia outra nomenclatura, leva o nome, ainda, de “interdição”, consoante explica Caio Mário.

Buscou-se substituir o termo "interdição" pela locução "processo que define os termos da curatela", reformando-se o art. 1.768 do Código Civil; este, porém, foi logo depois revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, que volta a utilizar a expressão "processo de interdição" em seus arts. 747 e seguintes.²⁷

Assentado o entendimento de que a pessoa com deficiência possui plena capacidade legal, o EPD dispõe mecanismos que buscam viabilizar o exercício desta capacidade, sem ferir a dignidade humana, quais sejam, a nova curatela e a tomada de decisão apoiada. Ocorre que mudanças desta dimensão podem gerar efeitos negativos que, conquanto não possam ser usados para negar o avanço da CNY, devem receber atenção, a fim de evitar o retrocesso. É o que se passa a analisar.

1.2 Convenção de Nova York – efeito jurídicos colaterais.

Mudanças em institutos basilares do direito, como o da capacidade civil, possuem proporções capazes de gerar efeitos colaterais. Tendo como foco o artigo 4.4 da Convenção de Nova York, o qual enuncia que nenhuma disposição mais propícia à realização dos direitos das pessoas com deficiência será afetada, sob a alegação de que não houve compatibilidade com a

²⁶ LOBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 15 ago. 2018, p. 1.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil I, cit., p. 234.

Convenção²⁸, é de se perquirir o real benefício do EPD às pessoas com deficiência, uma vez que o mero reconhecimento da capacidade plena não é o suficiente para proporcionar-lhes vida digna.

No mesmo afã da Convenção de dar tratamento isonômico, o EPD retirou a proteção que outrora, por certo prisma, mostrava-se eficaz em resguardar as pessoas com deficiência frente aos negócios jurídicos, não instituindo quaisquer mecanismos substitutivos. Os questionamentos dos efeitos estatutários não passaram despercebidos pela maioria dos autores, que, como José Fernando Simão, considera dramática a situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção, indagando se houve ou não, nesse aspecto, alguma vantagem aos deficientes²⁹.

Em agosto de 2015, o Brasil participou da 14^o Sessão do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, ocorrida em Genebra. A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, foi apresentada como uma inovação legislativa com fito de preservar os interesses das pessoas com deficiência. Conseguiu-se demonstrar, no cenário internacional, esforço legislativo em cumprir as determinações assinadas pelo Brasil. Entretanto, sobre o prisma interno, ainda há lacunas a serem preenchidas a fim de evitar que pessoas com deficiência, agora consideradas plenamente capazes, se vejam desprotegidas diante dos negócios jurídicos que celebrarem. Passa-se ao estudo da capacidade, a fim de se enfrentar os questionamentos.

2 A CAPACIDADE E SUA RECONSTRUÇÃO

Todos os seres humanos têm genérica aptidão para titularizar direitos e contrair obrigações na esfera jurídica. Isto se dá por possuírem personalidade, que, segundo a corrente majoritária, é garantida às pessoas pelo ordenamento brasileiro desde o nascimento com vida³⁰. Ao longo da história, entretanto, nem sempre se compreendeu desta forma. Como bem leciona Carlos Roberto Gonçalves³¹, no Direito Romano o escravo ocupava uma posição jurídica de objeto, não possuindo aptidão para titularizar direitos nem deveres, ou seja, era juridicamente sem personalidade civil.

²⁸ UNITED NATIONS – DISABILITY. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), cit.

²⁹ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 6 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acesso em: 15 ago. 2018.

³⁰ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Este reconhecimento a todos, mostra-se, de fato, uma grande conquista, imprescindível à garantia da dignidade humana. Este avanço jurídico-sociológico não se restringiu a um determinado povo, consubstanciando uma compreensão mundial. Não são, mais, levados em conta as características acidentais, tais como idade, capacidade intelectual ou posição social, mas somente a essência humana. É válido mencionar, assim, a preleção civilista francesa de Ripert *et al.*

La personalidad jurídica está vinculada a la existencia del individuo, y no a su conciencia o a su voluntad. Um niño muy pequeño, o um loco, es una persona. Entre las personas físicas no se hace diferencia alguna para la atribución de derechos civiles; por muy débil o incapacitado que esté, todo ser humano es, y sigue siendo, una persona del derecho.³²

De nada valeria possuir esta aptidão sem poder adquirir e exercer com plenitude os direitos. Nesse viés, é concedida pelo ordenamento jurídico a capacidade civil, que se divide em duas: de direito (ou de gozo) e de fato (ou de exercício). A primeira, ao revestir o indivíduo com a aptidão para adquirir direitos e obrigações, constitui-se medida da personalidade, fazendo referência ao 1º artigo do Código Civil³³. Já a capacidade de fato permite-lhe exercer por si só os direitos da vida civil. Esta se refere ao estado das pessoas, não é imanente ao indivíduo, ou seja, nem todos possuem. Conquanto estes tenham capacidade para titularizar direitos e deveres, são consideradas incapazes de praticar por si só os respectivos atos.³⁴

A teoria da incapacidade se assenta no viés ideológico de proteção aos que não têm discernimento para realizar ações na vida pública. Neste sentido, aos de incapacidade absoluta, tem-se a representação³⁵, no qual os atos são praticados pelo representante, sem a participação do incapaz. Em caso de relativa incapacidade há a assistência, que proporciona auxílio para o indivíduo no exercer dos direitos, sendo imprescindível sua participação.³⁶

Sem uma proteção adequada por parte do Estado, tais pessoas correriam grandes riscos de serem prejudicadas nos mais diversos atos, sobretudo nos patrimoniais e negociais. O entendimento de Arnaldo Rizzardo elucida esta proteção que se tinha, de forma expressa, na lei

³² RIPERT, Georges et al. Tratado de derecho civil: segun el tratado de Planiol. Buenos Aires: La Ley, 1988, p. 310.

³³ Artigo 1º do CC: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, cit.

³⁵ Atualmente, apenas os menores de 16, em que a representação se dá por tutela.

³⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

civil antes do EPD, ressaltando que, “em vista das condições pessoais, procura a lei munir de precauções seus atos, especialmente os que conduzem a celebrar negócios comerciais”.³⁷

Entretanto, o conceito de capacidade civil no direito brasileiro antigo não é passível se quer de ser imaginado em adequação ao atual viés dessa teoria, o ordenamento pátrio já se transformou e reconstruiu diversas vezes no intento de acompanhar a evolução da sociedade. A codificação civil de 1916, por exemplo, já trouxe no rol dos incapazes “os loucos de todo o gênero”, “os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade” e até mesmo, dentre os relativamente incapazes, “as *mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal*”.³⁸

Diante da codificação da época, tem-se que a limitação da capacidade não se respaldava somente na preocupação em proteger o indivíduo, os estigmas sociais lastreavam a literalidade da lei. Já no Código Civil de 2002 inovações foram apresentadas, e o viés de proteção aos vulneráveis tornou-se latente. Antes do EPD, era possível ter a incapacidade de exercício reconhecida com base na falta de discernimento advindo da deficiência.³⁹

O Código Civil de 2002 dispunha que os absolutamente incapazes eram os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental não tivessem necessário discernimento; e os que não pudessem, ainda que por causa transitória, exprimir sua vontade. Eram reputados como relativamente incapazes os entre dezesseis e dezoito anos; ébrios habituais, viciados em tóxico, ou os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; e os pródigos. Sendo a capacidade civil dos índios regulada por legislação especial.⁴⁰

A CNY entendeu que dar o rótulo da incapacidade por causa da deficiência desencadeia o aumento das dificuldades que a pessoa possui. Como visto, a função do Estado, segundo a Convenção, é diminuir tais barreiras e possibilitar o exercício da capacidade plena e efetivamente. Assim sendo, a inserção da deficiência nas causas de incapacidade não mais é compreendida como uma solução protetiva adequada.⁴¹

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Introdução ao direito e parte geral do código civil. 8a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 175.

³⁸ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

³⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁴¹ UNITED NATIONS – DISABILITY. Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), cit.

Por meio do EPD, alterou-se os dispositivos correlatos à capacidade: passa a prever, o artigo 3º do CC, que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.⁴² Enquanto o artigo 4º perdeu todas as referências à deficiência mental, recepcionando, do artigo 3º, o inciso III, alteração peculiar, que se analisa a seguir.

2.1 Aos que não podem exprimir sua vontade

Concomitante à retirada da expressão “deficiência mental” das causas de incapacidade – o que se mostra corretíssimo em relação aos moldes da Convenção de Nova York – o Estatuto também transferiu o inciso III do artigo 3º – “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” – para o artigo 4º. Se antes a impossibilidade de exprimir vontade figurava no rol da incapacidade absoluta, agora torna-se causa de incapacidade apenas relativa.⁴³

Esta mudança redacional no artigo 4º deve receber especial atenção pelas consequências jurídicas que dela resulta. Ademais considera-se, salvo melhor juízo, que tal alteração não deflui da CNY. Infere-se da leitura que este inciso não fazia, sequer, alusão à deficiência. O engano estatutário se evidencia por ser improvável que uma pessoa, não podendo exprimir sua vontade, participe de um ato com assistência.⁴⁴ Desde o início, Flávio Tartuce já atacava esse disparate legal em seu parecer ao Senado Federal quanto ao Projeto de Lei nº 757/2015, defendendo o retorno da impossibilidade de exprimir vontade às causas de absoluta incapacidade.

[...] é totalmente correta a revogação do inciso III do art. 4º, pois o seu conteúdo passaria a compor a redação do inciso III do art. 3º do Código Civil, voltando à redação originária da Lei Civil. Assim, as pessoas em coma, por exemplo, voltam a ser tratadas como absolutamente incapazes, o que é perfeito e correto juridicamente, e não mais como relativamente incapazes, o que não parece ter sentido [...].⁴⁵

Todavia, acredita-se que a solução para este problema não será estruturada sob tal diretriz. O mencionado projeto de lei, que tramita desde 2015 no Congresso Nacional, foi

⁴² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁴³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁴⁴ STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista Jus Navigandi, cit.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. Parecer. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 15 set. 2018, p. 8.

recentemente aprovado⁴⁶ no Senado Federal (Casa Iniciadora), e a pretensão de devolver o inciso III às causas de absoluta incapacidade não prosperou no texto final, enviado à Câmara dos Deputados. Em observância ao nítido contrassenso de se postular assistência a alguém impossibilitado de participar de um ato, o Projeto de Lei resolve a questão instituindo, através do acréscimo de um parágrafo⁴⁷ ao artigo 4º, a representação para este caso específico de incapacidade relativa.

Cumprе reafirmar que, a despeito dos equívocos do legislador regulamentar, e da luta para remediá-los, a reconstrução do conceito de capacidade alicerçou-se, não no mero cadinho da regra civil, mas na magna forja da norma constitucional. Portanto, é em virtude dos mandos da CNY que as pessoas com deficiência gozam de capacidade tanto de direito quanto de exercício.⁴⁸

A constante atenção à natureza constitucional das mudanças é, ao intérprete da lei, imprescindível para a análise de seus efeitos diretos e indiretos. Seja na correção legislativa, seja na construção de teses, alhear o aspecto constitucional é fundamental. Neste diapasão, passa-se ao estudo do negócio jurídico, a fim de, em ato contínuo, excogitar soluções para os eventuais cenários inóspitos de desproteção da pessoa com deficiência criados com as alterações.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos acolhidos pelo ordenamento. Com base na teoria tripartida – de destacada idealização no Brasil por Pontes de Miranda – entende-se que o negócio, até chegar à sua plenitude, passa pelos planos da existência, validade e eficácia.⁴⁹

⁴⁶ Aprovado em 26/11/2018 na Casa Iniciadora. Após, remetido à Casa Revisora (Câmara dos Deputados), em 29/11/2018.

⁴⁷ § 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo outorga ao curador o poder de representação, e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.

⁴⁸ STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5538, 30 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68666>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. Direito civil: exposição técnica e sistemática do código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1939.

No primeiro plano estão os elementos mínimos, sem os quais o negócio jurídico é tido como inexistente. São eles: partes, objeto, vontade e forma. O segundo é o plano dos requisitos, que contém as qualificações dos elementos da existência: o agente deve ser capaz; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; a vontade deve ser exteriorizada de modo livre e consciente; a forma, prescrita ou não defesa em lei. O plano da eficácia contém a possibilidade de o negócio jurídico surtir efeitos, em que situações jurídicas concretas são criadas, extintas, substituídas ou modificadas.⁵⁰

Quando eivado de defeito, o negócio jurídico é atacado por mecanismos do próprio ordenamento que comina, como pena, a nulidade ou a anulabilidade. Tais mecanismos visam tutelar o interesse do agente, de terceiro ou de ordem pública. Caio Mário elucida a possibilidade de uma nulidade não estar expressa na lei, em que a mera existência de proibição conduz à invalidade, sendo, portando, virtualmente cominada.

É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal. Nem sempre, contudo, se acha declarada na própria lei. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então diz-se que a nulidade é expressa ou textual [...]; outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá implícita ou virtual [...].⁵¹

Nessa esteira, é relevante notar a possibilidade de anomalias na manifestação da vontade motivarem uma anulação. Não se presume absolutamente que a letra no instrumento negocial seja condizente com a vontade real, sendo aceitável discuti-la e perquiri-la em cada caso concreto. Depreende-se do artigo 112 do CC uma mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*⁵², em que a intenção consubstanciada à declaração da vontade é levada em conta mais que a literalidade da linguagem. Todavia, sem desprezar o instrumento negocial, como assevera Caio Mário.

Mas não quer, também, dizer que o intérprete desprezará a linguagem para cair à cata da vontade, nos meandros cerebrinos de sua elaboração. Cabe-lhe buscar a intenção dos contratantes percorrendo o caminho da linguagem em que vazaram a declaração, mas sem se prender demasiadamente a esta.⁵³

Faz-se imprescindível aludir, para esta análise, a invalidade pela falta de capacidade do agente. Antes da vigência do EPD aqueles que tinham deficiências que limitassem a expressão

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, cit.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil I, cit., p. 507.

⁵² É o princípio segundo o qual vincula-se as partes ao contrato, tangenciando a imutabilidade.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 44.

de sua livre vontade, com incapacidade declarada, contavam com específica proteção do ordenamento. Entretanto, hoje, com a nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, os negócios celebrados por pessoas com deficiência, ainda que não possuam qualquer discernimento, têm sua validade absolutamente presumida quanto à capacidade do agente.⁵⁴ Indubitavelmente, independente do avanço plausível em outros aspectos, nosso ordenamento sofreu a perda de uma medida protetiva de grande relevância.

Outros ordenamentos jurídicos de países também signatários das CNY, embora tomem rumos parecidos no que concerne a capacidade civil, demonstram a permanência de medidas similares a esta. *Exempli gratia*, deflui do Código Civil da Alemanha – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) – que aquele em estado de distúrbio patológico que exclui a determinação de livre arbítrio é incapaz para negociar, a menos que o estado seja temporário por natureza. Porém, até mesmo não sendo permanente o estado, a declaração de vontade dos que não possuem discernimento, para fins jurídicos, contém vício, consoante a seção 105 do mesmo código.⁵⁵

O ordenamento da França também demonstra, ainda, mecanismos protetivos semelhantes. Prevê, em sua codificação civil, que possui nulidade relativa os contratos celebrados por “toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté [...]”⁵⁶ acobertadas por alguma das medidas de proteção jurídica previstas no capítulo II, título XI do livro I.⁵⁷

Pondera-se que, neste aspecto, os mencionados ordenamentos não podem servir de exímio referencial para o legislador e operador do direito brasileiro, se observado que ainda se fazem presentes em suas leis civis conectores entre deficiência e incapacidade. Todavia, percebe-se que a morosidade em retirar estas inconformidades com a CNY advém da preocupação com a proteção dos deficientes, visto que, no caso da Alemanha, embora há muito tempo tenha sido revogado os dispositivos 6º e 104.3 do BGB, que expressamente relacionavam

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁵⁵ ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetz/BGB>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁵⁶ Qualquer pessoa que seja incapaz de prover, por si só, seus interesses em razão de uma alteração, constatada medicamente, seja de suas faculdades mentais ou de suas faculdades corporais capazes de impedir a expressão de sua vontade (tradução nossa).

⁵⁷ FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 17 set. 2018.

deficiência e incapacidade, permaneceu a previsão de invalidez da seção 104, referente à incapacidade para negociar.⁵⁸

4 AS LACUNAS E AS SOLUÇÕES

No ordenamento pátrio, após as modificações do EPD, as pessoas com deficiência que não possuem discernimento suficiente para os atos negociais não são mais alcançadas pela proteção em forma de causa de nulidade, disposta nos artigos 166, I, e 171, I, do CC. Tal proteção alicerça-se no poder da “vontade” de vincular o indivíduo que a manifesta às obrigações correlatas, condicionado à medida do discernimento e capacidade de compreender os efeitos da escolha feita. Uma pessoa com capacidade intelectual reduzida, proveniente de severas limitações da deficiência, não pode ter afastada proteção desta espécie em nome da igualdade, sem que seja dada atenção à demanda de caminhos protetivos substitutivos.

Objetivando evitar que inúmeros deficientes, com discernimento reduzido em seus níveis vários, experimentem enormes prejuízos ao celebrar um negócio jurídico, é imprescindível que adequados mecanismos, já conhecidos pelo direito brasileiro, sejam mais intensamente usados. Duas situações suscitam a reflexão de uma construção de medidas protetivas. A primeira, quando a pessoa com deficiência estiver acobertada pelos institutos indicados no EPD (Tomada de Decisão Apoiada ou Curatela), e a segunda situação dar-se-á quando, apesar da deficiência, não houver revestimento de qualquer medida assistencial.⁵⁹

4.1 Tomada de decisão apoiada

A tomada de decisão apoiada é o processo em que a pessoa com deficiência elege ao menos duas pessoas, idôneas e de confiança, para fornecer-lhe elementos e informações a fim de prover as condições necessárias ao exercício de sua capacidade. Tendo em vista ser uma faculdade, o instituto só é usado quando a própria pessoa percebe que possui uma demanda de assistência frente às eventuais barreiras para a prática de determinado ato.

Sendo assim, a sentença que defere o pedido de “tomada de decisão apoiada” é, implicitamente, uma declaração⁶⁰ de que sem o requerido apoio, de prestação de informações e

⁵⁸ ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch, cit.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁶⁰ Percebe-se esta linha de raciocínio no Projeto de Lei n° 757, que propõe, em seu texto final enviado à Câmara, a inserção do seguinte inciso, §2º, no art. 4º do CC: “III – o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave,

elementos, a manifestação de vontade poderá ser prejudicada. Facilitando, portanto, o reconhecimento de um defeito quanto a qualidade da manifestação volitiva, em que a declaração não condiz com a vontade real, classificando-se como causa de anulabilidade ou nulidade relativa do negócio jurídico.⁶¹

Todavia, a questão é vista de outra forma por Pablo Stolze⁶², que defende que o problema se assenta no plano da existência e não da validade, invocando a inobservância do aspecto formal. Nesta linha intelectual, quando os apoiadores nomeados não participarem do ato para o qual foram designados haverá nulidade absoluta, porquanto a participação dos apoiadores consubstancia o revestimento formal da própria manifestação volitiva.

Imagine-se, por exemplo, que uma pessoa com síndrome de Down, após amealhar recursos provenientes do seu trabalho, pretenda comprar um apartamento. Pode ser que tenha dificuldade no ato de lavratura da escritura pública. Dada a desnecessidade da nomeação de um curador para atuar em espectro amplo no campo negocial, a própria pessoa interessada indicará os seus apoiadores que irão assisti-lo (apoiá-lo), especificamente, na compra do bem. Em tal contexto, designados os apoiadores, judicialmente chancelados para a prática do ato negocial de aquisição do imóvel pretendido pela pessoa com síndrome de Down, a ausência de manifestação deles na lavratura e registro da escritura, a despeito da presença do interessado, resultará na nulidade absoluta do ato negocial, por inobservância de aspecto formal (art. 166, IV, CC). Isso porque a participação dos apoiadores integra o revestimento formal da própria declaração de vontade negocial.⁶³

A despeito do postulado por Stolze, possui-se, neste trabalho, o entendimento de que a questão, repisa-se, é caso de nulidade relativa. Fundamenta-se. Salvo constada nos termos do apoio acordado a imprescindibilidade dos apoiadores, estes não revestem a forma do ato, uma vez que o instituto é uma faculdade prevista a uma pessoa com plena capacidade para contratar. Com a homologação da tomada de decisão apoiada, o deficiente não tem a capacidade restringida, nem se pode presumir indispensável a presença dos apoiadores.⁶⁴

Sabe-se, pela letra do artigo 171, inciso I, do Código Civil, que a incapacidade relativa do agente leva à anulabilidade do negócio jurídico. Assim, se nem mesmo um interditado cuja capacidade foi restringida em parte terá a nulidade absoluta maculando seus negócios, entende-

garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista neste Código e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.”

⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁶² STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. Revista Jus Navigandi, cit.

⁶³ STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. Revista Jus Navigandi, cit., p. 7.

⁶⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

se que no caso da pessoa com deficiência, plenamente capaz, submetida à tomada de decisão apoiada, não é razoável falar em nulidade absoluta. Ademais, partindo da premissa de que o terceiro com quem a pessoa apoiada negocia tem a faculdade de solicitar as contra-assinaturas dos apoiadores no instrumento negocial, não constituindo uma obrigação⁶⁵, a ideia de revestimento formal se distancia mais ainda do adequado.⁶⁶

Seguindo o ilustrado pelo professor, imagine-se que a pessoa com síndrome de Down por algum motivo pessoal realizara o ato, dias antes, sem os apoiadores, mas que, no entanto, atingira os vantajosos resultados que de fato pretendia. É uma possibilidade palpável. Compreender tal ato como nulo poderia prejudicar tanto o apoiado quanto a outra parte, tendo em vista que o negócio nesta situação não é passível de convalescimento com o decurso do tempo. Diante disto, postula-se a facilitação do reconhecimento de uma nulidade relativa, nos casos em que a pessoa acabe por praticar, sozinha, ato para o qual nomeara apoiadores.

4.2 Curatela

Tratando-se da curatela, haja vista seu caráter excepcional – apenas para casos em que a designação de apoiadores não se faz suficiente – o negócio firmado pela pessoa com deficiência sem o seu curador, poderá ser nulo, ou até inexistente. Este entendimento encontra respaldo no artigo 166, inciso IV, justificando-se pela inobservância formal do ato, se considerado imprescindível a participação do curador consoante prescrição implícita na lei.⁶⁷

O artigo 104, CC, estabelece como um dos pressupostos para a validade do negócio jurídico a observância da forma prescrita ou não defesa em lei, e o artigo 166 traz em seu rol a respectiva sanção. Nesse seguimento, destaca-se a doutrina de Pietro Perlingieri⁶⁸ que, em seu livro “O Direito Civil na Legalidade Constitucional”, observa ser cabível que a prescrição da forma do ato seja interpretada, pelo prisma constitucional, de modo a restringir ou estender o comando.

O estabelecimento legal da forma que o ato deve revestir é um mecanismo que visa tutelar interesses, podendo incorrer em medida protetiva da pessoa humana. Há casos em que,

⁶⁵ Segundo o art. 1.783-A, § 5º, não é uma obrigatoriedade. Todavia, o Projeto de Lei nº 757 pretende dar nova redação ao § 5º no sentido de tornar obrigatória, nos atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada, a contra-assinatura dos apoiadores.

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

mesmo estando prescrita em lei, a autonomia privada venha a prevalecer; assim como é possível que, apesar de não legalmente cominada, a forma imposta decorra do sujeito, do objeto ou das circunstâncias, desde que em consonância com todo o sistema.⁶⁹

Partindo do pressuposto de que o curador é aquele que dá assistência a fim de possibilitar o exercício da capacidade, e que, diferente da tomada de decisão apoiada, a curatela é usada apenas quando não há outra medida ou meio que possibilite tal exercício, pode-se inferir que a participação do curador reveste a forma do negócio jurídico praticado pelo curatelado. O que conduz a uma solução no âmbito da nulidade absoluta.⁷⁰

Nos casos extremos em que a pessoa não manifeste vontade, não sendo capaz de compreender a situação fática, tampouco jurídica, sem que esteja ali seu curador (capaz de interpretar suas manifestações e fazê-la compreender os fatos), a ausência do elemento volitivo conduzirá a inexistência do ato; ou, se houver alguma suposta manifestação de vontade, reforçará a interpretação ora exposta, que assenta-se no cabimento de prescrição implícita da forma.⁷¹

Todavia, esta é uma solução pouco adequada que somente por força das lacunas da lei deve ser invocada. Em verdade, a devida medida protetiva eficaz e efetiva a ser adotada seria a que se debruça sobre a nulidade virtual. Prevista na parte final do inciso VII, art. 166, do CC, esta invalidação ocorre quando a lei traz uma proibição sem, no entanto, declarar a respectiva consequência do descumprimento. O negócio jurídico contrai, nesses casos, nulidade absoluta, mesmo não havendo sanção especificada.⁷²

No assunto em tela, a solução dar-se-ia da seguinte forma: o juiz, observando as características de cada pessoa, determinaria – dentre outras eventuais especificidades adequadas ao caso – no termo de curatela a imprescindibilidade, ou não, do curador para negócios jurídicos, sem cominar sanção. Assim, aquele que, em decorrência das particularidades da sua deficiência, não tivesse condições de realizar sozinho um ato, e isto houver sido devidamente considerado no processo de curatela, contaria com a proteção da nulidade virtual.⁷³

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil I, cit.

⁷⁰ STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. Revista Jus Navigandi, cit.

⁷¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁷² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, cit.

⁷³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Esta tese faz-se grandemente acurada pelo ordenamento, a julgar pelos artigos 85, § 2º, do EPD, e 755, inciso I, do CPC, que delineiam a curatela no sentido de ordenar que o juiz, usando-se de ferramentas a sua disposição, como o amparo técnico de peritos, individualize fundamentadamente os limites da medida, considerando “potencialidades, habilidades, vontades e preferências” de cada um.⁷⁴

De mais a mais, resulta em conformidade com o viés ideológico da CNY, pois, de forma humana, haveria a perquirição, pelo magistrado, das demandas específicas de cada deficiente, assegurando proteção adequada às suas necessidades, sem etiqueta-los com a incapacidade. Impor o mesmo regime protetivo a pessoas com deficiências de diversos tipos, níveis, e efeitos – como tinha-se na interdição antes do EPD – nunca foi uma efetiva promoção da dignidade da pessoa humana.

4.3 Sem assistência

Se a pessoa com deficiência estiver desassistida – quando não houver curatela ou tomada de decisão apoiada – sua proteção frente aos negócios jurídicos, de certo, será dificultada. Merecendo, assim, atenção especial pelo intérprete da lei. Nesse contexto, Pablo Stolze⁷⁵, para os casos em que houver dolo ou lesão, por exemplo, sugere que se inverta o ônus da prova em favor do deficiente, estabelecendo uma paridade de armas no processo, como já se dá, *mutatis mutandis*, no âmbito das relações de consumo.

Sabe-se que, após atingir um “determinado grau de convicção acerca da correspondência entre a versão que lhe é apresentada e a realidade”⁷⁶, o juiz pode distribuir a carga probatória de forma diversa da ordinária. A lei impõe, como requisito para a inversão do ônus, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo; ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, por parte daquele que passará a suportar a carga.⁷⁷

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil, cit.

⁷⁵ STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. Revista Jus Navigandi, cit.

⁷⁶ SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 222, ago. 2013, p. 170.

⁷⁷ THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 58a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Consoante Humberto Theodoro Jr.⁷⁸, tal inversão não é uma discricionariedade, “a quebra do sistema estático do ônus da prova não se dá segundo o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo magistrado no caso concreto”, vez que “[...] o emprego da redistribuição dinâmica da carga probatória está sujeito a requisitos legais que são objetivos e escapam, portanto, do subjetivismo do juiz”. Assim, não se pode aderir a solução da inversão como uma fórmula jurídica, em que a existência de uma deficiência intelectual leva, necessariamente, a uma redistribuição do ônus. A fim de evitar que o terceiro de boa-fé tenha de suportar injustamente o ônus probatório sob o subterfúgio do combate à disparidade de armas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto não se negue o avanço da CNY em termos de dignidade humana, as mudanças sofridas pelo ordenamento jurídico são profundas e, por isso, levam o intérprete da lei a uma delicada fase de adaptação, agravada pelas lacunas e equívocos do legislador regulamentar.

Depreende-se do estudo realizado que os vícios de consentimento devem receber atenção ao tratar-se de proteção na tomada de decisão apoiada. Observadas as características do instituto, concluiu-se que, na situação estudada, a pessoa com deficiência deve receber resguardo mediante a facilidade de reconhecimento de uma nulidade relativa.

Já na curatela, de início pode-se explorar a inobservância formal quando não houver participação do curador, e posteriormente falar em nulidade virtual pelos termos de curatela que atenderão a demanda específica de cada pessoa com deficiência.

Por fim, no caso em que inexista curador ou apoiador, o entendimento de Pablo Stolze, que defende a inversão do ônus da prova, faz-se grandiosamente viável. Destacou-se que tal solução, contudo, não deve sequer tangenciar a obrigatoriedade de aplicação, o simples fato de a pessoa ter deficiência mental não lhe garante o livramento da carga probatória, sendo fundamental a atenção para os requisitos e observância do caso concreto.

Enfatizando que o autor deste artigo não pretendeu esgotar o tema, repisa-se que a proteção das pessoas com deficiência não pode ser ignorada, devendo receber atenção com o

⁷⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil, cit., p. 1136.

viés ideológico da Convenção, o qual pautará a bibliografia que há de vir – visto que, sobre o assunto, a doutrina ainda é parca.

Resta, assim, ao operador do direito o dever de propiciamente interpretar a Lei 13.146, trazendo apensado o questionamento de qual modelo de justiça anela-se arquitetar no País. É indubitável que o progresso do Judiciário não se restringe à esfera legislativa, mas também na luta forense em defesa de entendimentos mais avançados que deem efetiva aplicação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch**. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetz/BGB>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. **Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 757, de 2015. **Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <<https://www25.senado.gov.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

FRA – European Union Agency For Fundamental Rights. **Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems (2013)**. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 17 set. 2018.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ITALIA. **Italian Codice Civile**. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/601300/_italian-codice-civile/>. Acesso em: 20 set. 2018.

LOBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Direito civil: exposição técnica e sistemática do código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1939.

OHCHR. **Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2009)**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>. Acesso em: 17 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil I**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil III**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIPERT, Georges *et al.* **Tratado de derecho civil**: segun el tratado de Planiol. Buenos Aires: La Ley, 1988.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, ago. 2013.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STF – RE: 466343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 20 set. 2018.

STOLZE, Pablo. A invalidade do negócio jurídico em face do novo conceito de capacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5538, 30 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68666>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51407>>. Acesso em: 15 set. 2018.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 10, n. 2, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/download/63/65>>. Acesso em: 15 ago. 2018

TARTUCE, Flávio. **Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. Parecer.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>>. Acesso em: 15 set. 2018.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil.** 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJRS – Apelação Cível: AC 70078241742 RS. Relator: Des.ª Sandra Brisolara Medeiros. DJ: 25/07/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/606843910/apelacao-civel-ac-70078241742rs/inteiro-teor-606843920>>. Acesso em: 20 out. 2018.

UNITED NATIONS. **Chapter Two: The Convention in detail – Historical developments leading to a new convention (2007).** Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/handbook-for-parliamentarians-on-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/chapter-two-the-convention-in-detail.html>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

UNITED NATIONS – DISABILITY. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006).** Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

UNITED NATIONS – ENABLE. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Promotion and Protection of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities (2002).** Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357_e.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

UNTC – UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities.** Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4#EndDec>. Acesso em: 12 abr. 2019.

