



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- Uniceub

Faculdade de ciências Jurídicas e Sociais - Curso de Direito

Marina de Oliveira Vasconcelos

Discussão sobre a viabilidade do casamento e da união estável de indivíduos incapazes: uma perspectiva das mudanças propostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

Brasília

2016

MARINA DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Discussão sobre viabilidade do casamento e da união estável de indivíduos incapazes: uma perspectiva das mudanças propostas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Brasília

2016

MARINA DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Discussão sobre viabilidade do casamento e da união estável de indivíduos incapazes: uma perspectiva das mudanças propostas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira

Brasília, _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Danilo Porfírio Vieira

Professor examinador

Professor examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu Deus que permitiu que estivesse aqui, pois só Ele sabe quantas vezes clamei para que me desse forças para perseverar e atingir meus objetivos.

Ao orientador Danilo Porfírio, por me dar o suporte técnico que necessitei durante a realização desta pesquisa acadêmica e, muitas vezes, o suporte emocional, para que acreditasse mais em mim mesma.

Aos meus familiares e aos meus amigos, pois com a sustentação moral e afetiva de um ciclo admirável, encontrei forças para concluir o curso e alcançar novas conquistas.

Especialmente à minha mãe e ao meu pai. A primeira que além de cumprir com maestria sua função de mãe, com todo seu carinho e compreensão, indispensáveis para que não desistisse diante das dificuldades que essa longa caminhada acadêmica possuiu, foi essencial para o levantamento bibliográfico deste trabalho e durante todo o curso. E o segundo, que sempre acreditou muito na minha capacidade e determinação, por isso sempre me apoiou incondicionalmente em todas as decisões que tomei.

Dedico este trabalho de conclusão de curso á minha avó Milaide, minha segunda mãe, que, apesar de não estar aqui comigo fisicamente, estará sempre dentro do meu coração. Ela é a grande responsável pela formação do ser humano que sou hoje.

RESUMO

O objeto deste trabalho de pesquisa foi uma análise de alguns impactos relevantes, decorrentes da modificação da Teoria das Incapacidades, e nos seus efeitos, realizada pelo recém instituído Estatuto da Pessoa com Deficiência. O Estatuto é a concretização da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional. Esta legislação tem o caráter garantista e visa a promoção da autonomia das pessoas com deficiência. Por essa razão abominou qualquer restrição que alijasse o indivíduo da sociedade, por isso, reafirmou que a curatela só será instituída extraordinariamente e afetará, somente, atos de natureza patrimonial e negocial, assim como não alcança o direito sobre o corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Tendo isso em vista, foram analisados, por meio de entendimento doutrinário, a teoria das incapacidades tradicional, aquela proposta pelo Estatuto e os institutos do casamento e da União Estável, juntamente com seus efeitos, para discutir a viabilidade de ter como nubente um absolutamente incapaz, que por ficção jurídica é relativamente incapaz.

Palavras-chaves: Incapacidade. Teoria das incapacidades. Curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Autonomia. Casamento. União Estável.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1.DA CAPACIDADE EM SUA DIMENSÃO TRADICIONAL	3
1.1.DISTINÇÃO ENTRE PERSONALIDADE E CAPACIDADE	4
1.2.CONDIÇÕES E EFEITOS DA LIMITAÇÃO DE CAPACIDADE NO DIREITO CIVIL ANTES DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ...	9
2. DA NOVA TEORIA DAS INCACIDADES PROPOSTA PELA LEI 13.146/2015	20
2.1. DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	20
2.2. DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI BRASILEIRA DE INTEGRAÇÃO – E SUA TRAMITAÇÃO	24
2.3. DA ALTERAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES DECORRENTE DA LBI	25
2.4. DO PROJETO DE LEI 757/2015.....	30
2.5. DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA AUTONOMIA PRIVADA.....	32
3. A QUESTÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL POR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ CONFORME A LEI 13146/15	34
3.1.CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL.....	36
3.1.1.O CASAMENTO	36
3.1.2.DA UNIÃO ESTÁVEL	42
3.2.DO REGIME DE BENS.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51

INTRODUÇÃO

A inexistência de uma lei capaz de garantir a inclusão da parcela da população com algum tipo de deficiência foi, durante muito tempo, uma injustificável lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Aparentemente, no entanto, o legislador, no intuito de editar um instrumento normativo tido como garantista e protetista dirigido a essa parcela da população, acabou por cometer alguns excessos ao elaborar a Lei Brasileira de Inclusão, LBI, publicada em julho de 2015.

Ocorre que, na tentativa de demonstrar que a deficiência em si não é suficiente para tornar uma pessoa incapaz e que o princípio da dignidade da pessoa humana estava sendo suprimido em detrimento de arbitrariedades, o legislador retirou do rol dos incapazes, pessoas que de fato necessitavam daquela proteção, como pessoas sem discernimento ou que não poderiam expressar sua vontade.

Elaborou-se, então, uma lei que concede amplos direitos às pessoas com deficiência. No entanto, alguns desses direitos são incoerentes com o restante do ordenamento jurídico e até mesmo ineficazes. A título de exemplo, o direito de contrair matrimônio ou união estável, que pela interpretação da LBI, tornou-se possível às pessoas com deficiência. De fato, uma pessoa com deficiência de locomoção não pode ser impedida de se casar, pois atende todos os requisitos constantes no Código Civil para tal. Por sua vez, a situação não é a mesma para um indivíduo que padece de enfermidade que lhe reduz a capacidade de discernimento. A este último falta o requisito da autonomia privada que é necessário para que o casamento possa existir. Mesmo assim, a lei permite, expressamente, que o indivíduo se case sem, no entanto, oferecer-lhe qualquer tipo de proteção.

Tendo em vista as incoerências trazidas pela lei ao ordenamento jurídico brasileiro e os efeitos decorrentes de sua vigência, foi escolhido o tema com o objetivo de não só apontar as imperfeições da nova lei, mas sugerir formas razoáveis de sua aplicação.

Sendo assim, no primeiro capítulo, buscou-se explicar a Teoria das Incapacidades, anterior à vigência da Lei 13.146/15, a qual institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim como apresentar o Processo de Interdição.

Já no segundo capítulo foi apresentada a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ocorrida no âmbito da Organização das Nações Unidas, na qual foi calcado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. No mesmo capítulo, foi introduzido o Estatuto, as mudanças na Teoria das Incapacidades que este propôs e o novo processo de Curatela. Foi, ainda, feita menção à tramitação de um projeto de lei que deseja corrigir o Estatuto devido às críticas que vem sofrendo da doutrina e de juristas.

No terceiro capítulo, a partir da constatação de que a curatela proposta pelo Estatuto, quando necessária, somente abrange questões patrimoniais, fez-se uma análise se deveras seria possível desvincular questões patrimoniais e não patrimoniais no que tange à constituição de famílias por indivíduos capazes por ficção jurídica, seja por via do casamento ou da União Estável. Para tentar concretizar este direito e torná-lo viável, foram analisados os institutos e suas características.

1.DA CAPACIDADE EM SUA DIMENSÃO TRADICIONAL

No decorrer dos acontecimentos históricos, em especial das atrocidades da 2ª Guerra Mundial, na comunidade internacional, como um todo, foram emitidos normas e tratados aptos a reprimir os atos atentatórios contra esses Direitos da personalidade, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, que, além de condenar esses atos, procurou aflorar a sensibilidade nos homens de modo que a sociedade a aplicasse e a respeitasse.¹

Como marco histórico no Brasil, a Constituição de 1988 reconheceu os direitos e garantias individuais e coletivos e concedeu devida importância ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-o base dos direitos da personalidade.²

Tem-se no princípio constitucional da igualdade uma das melhores formas de expressar direitos da personalidade, pois se trata de não discriminar ou diferenciar nenhum ser humano independentemente de etnia, gênero, nacionalidade, condição de desenvolvimento físico ou mental.³

O fato é que existem indivíduos que, devido às suas vicissitudes, necessitam de uma atenção diferenciada do Estado, seja por meio de desenvolvimento de políticas públicas ou, até mesmo, por meio da curatela, que uma vez instituída, permitirá que outra pessoa atue na defesa de seus interesses.

O que muito se debate é se ao constituir a curatela de uma pessoa suprime-se sua personalidade, sua dignidade ou cuida-se de medida protetiva, na qual a personalidade permanece intacta e alguns direitos nem poderiam ser exercidos de fato. Neste sentido, foi realizado um estudo diferenciando a personalidade jurídica e a capacidade, além de uma comparação da Teoria das Incapacidades anterior e posterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 202.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 202.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

1.1.DISTINÇÃO ENTRE PERSONALIDADE E CAPACIDADE

A personalidade é atributo jurídico que todo homem possui⁴ e somente o ser humano pode ser sujeito de direitos e deveres. Ainda que haja legislação referente à proteção dos animais contra maus tratos, por exemplo, estes não são os titulares dos direitos.⁵

Em alguns ordenamentos, para ser considerado nascido vivo e iniciar a personalidade há certos requisitos a serem observados. No ordenamento espanhol, por exemplo, exige-se que a criança tenha figura humana e viva por 24 horas; no Holandês e no Francês é exigido que o bebê tenha viabilidade, ou seja, que a criança tenha condições de viver. Na contramão destes, há outros, como o ordenamento Argentino, que acompanha o entendimento de Teixeira de Freitas que entende que a personalidade é adquirida desde a concepção.⁶

Para o ordenamento brasileiro, em regra, a personalidade, que é condição de existência do ser humano⁷, perdura pelo tempo de vida do indivíduo, ou seja, se inicia ao nascer com vida e termina com a morte. Sendo, ainda, permitido pelo ordenamento que exista a personalidade fictícia, abarcando o nascituro e o ausente.⁸ Logo, personalidade é a soma de aptidões da pessoa, é o que ela é.⁹

Sobre isso, entende-se por nascimento a separação do feto do ventre materno, constituindo dois corpos com “economia orgânica própria”.¹⁰ Já a vida, se opera com a primeira inspiração, a entrada de ar nos pulmões denota vida. Antes disso, só havia direitos potenciais¹¹ condicionados ao nascimento com vida e por isso, o natimorto não adquire personalidade.¹²

⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 127.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9

⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6

⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 129

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.126.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 186.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 187.

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8

Em contrapartida, o fim da personalidade jurídica se dá, segundo a ciência moderna, com o fim da atividade cerebral, ou seja, com a morte encefálica.¹³

Estipulado essa perdura, o indivíduo que nasce já possui assegurado a personalidade que lhe é inerente tornando, dessa forma, inconcebível a ideia de perda de personalidade em vida.¹⁴

Sequer pode haver a vinculação da ideia de personalidade com consciência, pois desta independe. Assim, até mesmo uma criança recém-nascida, ou até mesmo uma pessoa que padece de enfermidade neurológica que lhe gere restrições ao discernimento, tem personalidade, pelo simples fato de ser pessoa.¹⁵

Assim, como o nascimento já enuncia a titularidade concreta de direitos da personalidade, nasce um sujeito de direitos¹⁶. Importa, porém, salientar que ser sujeito de direito não implica exercício do direito¹⁷.

Por direitos da personalidade entendem-se os direitos essenciais a toda pessoa com o objetivo de resguardar sua dignidade.¹⁸

Nesta linha, Orlando Gomes¹⁹ cita Frederico de Castro para definir os direitos de personalidade como “direitos que concedem um poder às pessoas para protegerem a essência de sua personalidade e suas qualidades mais importantes”.

Então, direitos da personalidade são direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, vitalícios e necessários. Tais direitos têm oponibilidade *erga omnes*, ou seja, todos devem abster-se de cerceá-los.²⁰ Neste mesmo sentido, Ferrara coaduna com o entendimento de que direitos da personalidade não têm como objeto uma coisa, mas

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 189.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 189.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 181

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratados de Direito privado*. 2. ed. Campinas: bookseller, 2000. p.215

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratados de Direito privado*. 2. ed. Campinas: bookseller, 2000. p.215

¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 134

¹⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 135.

²⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 137

o respeito ao exercício do direito pelos demais indivíduos. Trata-se de obrigação negativa que é incumbida a todos.²¹

Os bens jurídicos sob os quais incidem são inestimáveis, por isso se outrem causar dano ou ofensa, a reparação é impossível, mas o ordenamento permite que o lesado seja indenizado.²²

Por serem personalíssimos, contra os transgressores desses direitos só o titular será legítimo, enquanto vivo, para demandar em desfavor daqueles. Se o titular não for mais vivo, transfere-se a legitimação aos herdeiros (descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro e colaterais até o 4º grau), para que preservem a personalidade do *de cuius*.²³

Os direitos da personalidade podem ser divididos em dois grupos: adquiridos e inatos. Estes se sobrepõem a qualquer legislação, são intransferíveis, sendo inválida qualquer tentativa de cessão de direitos; individuais; imprescritíveis, podendo ser reclamados a qualquer tempo por seus titulares; irrenunciáveis, não poderão ser limitados nem mesmo por seus titulares; absolutos e oponíveis a quem quer que os esteja cerceando.²⁴

Em regra, todo ser humano é dotado de aptidão jurídica para conceber direitos e obrigações, sendo esta aptidão chamada de capacidade. A capacidade e a personalidade têm caráter complementar uma em relação à outra.²⁵ Entretanto, é prudente distingui-las.

Nessa lógica, existem duas capacidades, a de direito, que pode ser confundida com a personalidade e a de exercício, que ao contrário da primeira, não será concedida aos que não preenchem certos requisitos.

²¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 136

²² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 138

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 205

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P 204

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223

Reitera-se, dessa forma que todo indivíduo pode adquirir direitos, mas nem todo homem poderá exercê-los.²⁶

É sucinto sobre o tema Silvio Rodrigues²⁷ quando enuncia que “A incapacidade é o reconhecimento da inexistência numa pessoa de requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos”.

Neste sentido, opina Afrânio de Carvalho²⁸:

A capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou seu estado de saúde. A capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade ou seu estado de saúde.

Assim, todo indivíduo que possa contrair direitos, pode usufruir deles ou não, podendo essa faculdade de não fruição ser caracterizada como uso. Portanto, a negação de capacidade genérica a um indivíduo importa a sua exclusão do mundo jurídico.²⁹

A capacidade se organiza em dois tipos: a de direito e a de fato. A primeira concerne a aptidão de adquirir direitos e é inegável a qualquer pessoa, por estar atrelada à personalidade. Já a segunda, entende-se como a aptidão de exercício.³⁰ A capacidade de exercício está atrelada ao estado da pessoa, tratando-se de valor moral do qual podem decorrer efeitos econômicos, mas não está ligada diretamente ao patrimônio.³¹

Daí, conclui-se que todas as pessoas têm capacidade de direito, mas nem todas têm capacidade de fato³².

²⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 149

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.41

²⁸ CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 21

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 223

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 223

³¹ PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 226

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224

O indivíduo detentor de capacidade de fato deve cumprir os seguintes requisitos: ter aptidão para realizar ato-fato jurídico, praticar atos jurídicos em sentido estrito, manifestar vontade no mundo jurídico como negócio jurídico.³³

Então, toda pessoa tem personalidade jurídica, mas nem todas têm capacidade de fato plena ou, às vezes, sequer, a parcial³⁴. Dessa forma tem-se que a personalidade jurídica da pessoa humana se inicia com seu nascimento e está diretamente ligada à capacidade de direito, ou gozo, ou aquisição, pois é dela decorrente. Entretanto, a primeira é inerente ao ser, está arraigada em si, e não se necessita de mais nada para estar sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. A capacidade de direito trata da aptidão de adquirir direitos e responsabilidades³⁵.

Dessa forma, evidencia-se a impossibilidade de se tratar de incapacidade de direito, por esta ser inerente ao ser humano e irrecusável, sob pena de “despi-lo dos atributos da personalidade³⁶”. Além disso, a capacidade de direito não pode ser graduada pela teoria das incapacidades.

Cabe ressaltar que a personalidade jurídica de uma pessoa vai muito além da mera titularidade de direitos³⁷. Trata-se de ser reclamante de direitos inatos e fundamentais, pelo simples fato de existir. Por esse motivo, é universal e intrínseca à pessoa. E é, ainda, a partir dela que se passa a ser detentor de outros direitos, “servindo como valor máximo da ordem jurídica”.³⁸

³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratados de Direito privado*. 2. ed. Campinas: bookseller, 2000. p.212

³⁴ROSEVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.897.

³⁵ROSEVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.897.

³⁶ PERREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil: parte geral*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 205.

³⁷ ROSEVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 895.

³⁸ROSEVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 896

Em contrapartida à capacidade de direito, a capacidade de fato corresponde ao exercício de alguns direitos, conforme sua habilidade de exprimir vontade de cada indivíduo³⁹.

1.2.CONDIÇÕES E EFEITOS DA LIMITAÇÃO DE CAPACIDADE NO DIREITO CIVIL ANTES DA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Diante do exposto, há, portanto, por parte do Estado, a limitação da capacidade de exercício como forma de proteção do incapaz. Essas limitações são decorrentes do estado individual da pessoa e são de ordem física ou jurídica. Salienta-se que a limitação é proporcional à causa impeditiva, pois há uma gradação da incapacidade da pessoa, podendo ser absoluta ou relativa.⁴⁰

Ocorre que o incapaz exige que o ordenamento o trate de forma diferente, ou seja, exige tratamento isonômico, já que não tem a mesma percepção de mundo que os demais. Sendo assim, o ordenamento deve ter um cuidado especial para com essa pessoa.⁴¹

Quanto ao “estado da pessoa”, cuida-se de situação jurídica do indivíduo, como se encontra. Logo, é matéria de ordem pública por ser relevante para toda a sociedade. Dada tamanha relevância, tem-se que esse estado não pode ser alterado por simples vontade da parte. Não se trata de conceder caráter de imutabilidade,⁴² mas, por se querer modificar, criar ou desconstituir uma situação jurídica, a alteração de estado deve ser feita na forma da lei, mediante uma ação de estado.⁴³ Estas ações visam a proteção do estado civil e por isso têm caráter personalíssimo, intransmissível e imprescritível.⁴⁴

No que concerne ao estado da pessoa, há três características a serem mencionadas: a indisponibilidade, a indivisibilidade (relativa à impossibilidade de

³⁹CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.85

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 150

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: Teoria geral*. ed. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 297

⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 152

⁴³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 153

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14

uma pessoa possuir dois estados incompatíveis, como por exemplo, ser casado e solteiro ao mesmo tempo), e a imprescritibilidade, por não se perder *status* com o decorrer do tempo.⁴⁵

Reitera-se que ter capacidade de exercício é a regra. Sendo assim, só será considerado incapaz aquele que expressamente o enunciado normativo prever como tal – com caráter de ordem pública. Por isso o rol do Código Civil é taxativo e não admite interpretação extensiva, nem analogias⁴⁶. O caráter excepcional se dá devido ao fato de se tratar de restrições a uma pessoa de praticar atos civis.⁴⁷

Da mesma forma pensa Maria Helena Diniz⁴⁸:

A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício de atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que a capacidade é regra e a incapacidade a exceção.

A incapacidade é decretada visando à proteção do indivíduo que não pode plenamente exercer seus direitos. Tendo isto em vista, foram criados institutos da representação, assistência e autorização, para que certos atos pudessem ser praticados.⁴⁹

A declaração de incapacidade nunca se tratou de sanção, ao invés disso, o legislador, considerado a idade, estado de saúde e má formação mental, entendeu que alguns indivíduos deveriam dispor de uma proteção diferenciada e conseqüentemente, restringiu seus direitos de exercício, sendo necessário auxílio para tal.

A incapacidade formal deve ser graduada em absoluta ou relativa. Esta gradação é feita calcada na necessidade de proteção do indivíduo⁵⁰. Sobre isso, à luz dos ensinamentos de Caio Mário, Carnacchioni retrata este panorama da seguinte forma:

⁴⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p.153

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.p. 900.

⁴⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.88.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 157

⁵⁰ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010.). p.92

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena capacidade psíquica. O direito observa essas diferenças e, em razão delas, gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos [...]; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável.⁵¹

A constatação da incapacidade é dada por meio de processo de interdição, cuja base normativa está fundamentada nos artigos 3º, 4º e 1767 do Código Civil atual.

Pelo direito brasileiro, a incapacidade é decretada em decorrência da existência de uma situação de fato do indivíduo e a hipótese descrita no enunciado normativo. Se comprovada a diminuição de consciência do indivíduo em questão, no momento da realização do negócio jurídico, este está fadado à ineficácia.⁵²

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil arrolava os incapazes da seguinte forma:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

III -os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.⁵³

O inciso II se refere ao portador de deficiência mental ou de enfermidade que substituiu o “louco de todo gênero” que era enunciado no Código Civil de 1916.

No que tange à consequência jurídica do negócio jurídico ou ato praticado por absolutamente ou relativamente incapaz, cabe salientar que o negócio não será nulo

⁵¹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.93.

⁵² PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.230

⁵³ BRASIL. *Lei n° 10 406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

ou anulável por ser eivado de vício de consentimento, mas pela inexistência de “perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos”⁵⁴

O legislador, nos incisos II e III, preferiu se exceder ao declarar estas pessoas absolutamente incapazes, a ter que prever intervalos de lucidez do indivíduo e submeter um negócio jurídico à incerteza de ter sido ou não realizado nesse intervalo.⁵⁵ Trata-se de observação pertinente, já que há doenças graves que se manifestam de maneira cíclica.⁵⁶

Neste sentido Caio Mário, sobre o antigo entendimento, sustentava que o ordenamento jurídico não poderia coadunar com a insegurança jurídica proporcionada por basear-se em intervalos de lucidez do agente e por isso eram classificados como absolutamente incapazes aqueles que apresentavam momentos de lucidez.⁵⁷

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, só se mantiveram no rol de absolutamente incapazes aqueles cuja incapacidade advém de critério etário. Este critério foi estabelecido quando o Código Civil de 2002 reduziu para 18 anos a maioridade, e passou a tratar o menor de 16 anos como alguém que, devido à sua imaturidade, necessita de ampla proteção estatal⁵⁸. Neste sentido, iluminado por Orlando Gomes, justificou Carnacchioni: “Até certa idade, a pessoa não adquire a maturidade necessária de espírito indispensável ao exercício pessoal dos atos da vida civil”⁵⁹.

Ressalta-se, ainda, que para a comprovação de tal incapacidade, exige-se apenas prova documental (documento de identidade do menor)⁶⁰.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: Teoria geral*. ed. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 297

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. ed.10. São Paulo: Saraiva, 2012. p.113

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona . *Novo curso de direito civil: Parte geral*. vol.1. ed.3. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98

⁵⁷ PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 236

⁵⁸ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p. 103

⁵⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.103

⁶⁰ ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p.911.

A sentença que decreta a incapacidade absoluta torna nulo qualquer ato praticado pelas pessoas em questão, pois a ele é denegada a capacidade de exercício, sendo inaceitável a tentativa de comprovar que estava lúcido naquele momento. Já os atos anteriores à sentença necessitam de prova de falta de discernimento no momento da realização do contrato,⁶¹ consoante o previsto no artigo 166, I do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;⁶²

Sabe-se que a incapacidade deve ser reconhecida por meio de processo de interdição⁶³, entretanto, reconheceu-se a situação retratada por Orlando Gomes⁶⁴: se um indivíduo padece de “incapacidade natural” e esta ainda não foi declarada em juízo, ou seja, a pessoa é capaz, mas não tem capacidade de exercício, e pratica negócio jurídico no qual a outra parte desconhecia seu estado, este negócio é válido. Ao passo que, para que este negócio seja nulo de pleno direito são necessárias a presença de má-fé da outra parte, a incapacidade de discernimento do indivíduo em questão e a demonstração que o outro contratante sofreu grave prejuízo. Importa destacar que o negócio jurídico, neste caso, se anularia não por vício de vontade, mas pela ausência de entendimento do indivíduo.

Sobre esse entendimento, se declara contrário Silvio Rodrigues⁶⁵:

Tal solução, entretanto, é demasiado severa para com os terceiros de boa-fé que com ele negociaram, ignorando sua condição de demente. De modo que numerosos julgados têm aplicado, entre nós, aquela solução encontrada alhures, segundo a qual o ato praticado pelo psicopata não interdito valerá se a outra parte estava de boa-fé, ignorando a doença mental que o afetava [...] entretanto se a alienação era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, se podia, com alguma diligência, apurar a condição de incapaz, ou, ainda, se da própria estrutura do negócio ressaltava que seu proponente não estava em seu juízo perfeito, então o

⁶¹ PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 235

⁶²BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abril 2016

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: Parte geral*. vol.1. ed.3.São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. ed. 19. Rio de Janeiro: Revista forense, 2008. p. 154

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral vol.1*. ed. 28. São Paulo: Saraiva, 1998. p.48

negócio não pode ter validade, pois a ideia de proteção à boa fé não mais ocorre.

Já no que concerne à incapacidade relativa, o CC 2002, trazia o seguinte rol:

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

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

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

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

V - os pródigos.⁶⁶

Os indivíduos considerados relativamente incapazes não poderiam praticar certos atos sem assistência, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico ao que se propunha, conforme o art.171:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;⁶⁷

Cabe observar que esses atos ou negócios jurídicos são passíveis de anulação. Dessa forma, até que decisão judicial conceda tal efeito, segue gerando consequências jurídicas.⁶⁸

Ressalta-se, todavia, que os relativamente incapazes têm suas autonomias limitadas, mas suas opiniões e vontades têm relevância jurídica.⁶⁹ Suscita-se, nesse sentido, a situação do maior de 16 anos e menor de 18 anos, na qual o relativamente incapaz já pode praticar alguns atos ou negócios jurídicos, por já se presumir ter discernimento. Entretanto, por zelo, o legislador preferiu exigir que seus atos fossem confirmados por seus assistentes. Dessa forma, se estes não derem a confirmação, o negócio ou ato se torna anulável.⁷⁰

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

⁶⁷ BRASIL. *Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abril 2016

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: Teoria geral*. ed. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307

⁶⁹ PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de janeiro: Forense, 2014. p. 240

⁷⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19

Ainda sobre os relativamente incapazes do inciso I do antigo artigo 4º do CC/2002, é importante afirmar que, conforme estabelece o art.180 do mesmo código, se um indivíduo se declarar plenamente capaz (maior de 18 anos), ao praticar ato do qual decorre obrigação, responde como se esta correspondesse à sua realidade. Este dispositivo garantiu ao terceiro de boa fé que o incapaz não se valesse de a própria torpeza para não cumprir obrigação decorrente de negócio jurídico realizado.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigarse, declarou-se maior.⁷¹

Há ainda a possibilidade de o indivíduo em tela poder ser admitido como testemunha, conforme art. 228, I:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos⁷²

Afirma de forma complementar Alvaro Villaça⁷³:

Poderão também testar, ser mandatário, casar-se, se alistar como eleitor e requerer pessoalmente, sem percebimento de multa o registro de seu nascimento.

Os indivíduos que apresentassem as características arroladas nas antigas redações dos artigos 3º e 4º estariam sujeitos à curatela. Trata-se de instituto pertencente à seara de direitos assistenciais e visa defender os interesses de maiores relativamente ou absolutamente incapazes⁷⁴. Está prevista no Art. 1.767 do Código Civil, e o rol das pessoas que serão submetidas ao regime da curatela está disposto da seguinte forma:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

⁷¹ BRASIL. *Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abril 2016

⁷² BRASIL. *Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abril 2016

⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015. p. 459.

- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
- V - os pródigos.⁷⁵

A incapacidade devido à enfermidade ou doença mental só será declarada se, em decorrência daquelas, a pessoa não possuir discernimento algum para desempenhar os atos da vida civil. À luz dos pensamentos de Carlos Roberto Gonçalves⁷⁶, Carnacchioni define da seguinte forma:

A fórmula genérica empregada pelo legislador abrange todos os casos de insanidade mental, provocada por doença ou enfermidade mental congênita ou adquirida [...], bem como por deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos, desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para os atos da vida civil⁷⁷

Segundo o art.1769 do Código Civil, será parte legítima para pleitear tal ação os pais ou tutores, os cônjuges, parentes e o Ministério Público, não importando a ordem. Talvez por um “cochilo” o legislador não tenha se atentado para a questão da união estável e não incluiu o companheiro ao rol dos legitimados. Entretanto, ainda assim, este será parte legítima em homenagem ao princípio constitucional que considera a união estável como unidade familiar⁷⁸.

Neste sentido, uma vez declarada a incapacidade, os atos praticados pelo incapaz serão ineficazes, sendo desnecessária a prova de plena consciência ou não no momento negocial, pois a sentença de declaração de incapacidade é suficiente como prova.⁷⁹

Há certa discussão sobre a natureza jurídica da sentença. Se for considerada declaratória, os efeitos dela decorrentes poderão ser retroativos (*ex tunc*), implicando a nulidade de atos anteriores à sentença, por apenas declarar um estado

⁷⁵ BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2015

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

⁷⁷: CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p. 95

⁷⁸CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.98.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de janeiro: Forense, 2014. p.230

pré-existente de uma pessoa. Por outro lado, se for considerada uma sentença constitutiva, lhe reserva os atributos de tornar nulos apenas atos posteriores à prolação da sentença (*ex nunc*).⁸⁰

A vertente doutrinária que considera a sentença constitutiva fundamenta-se no fato de que, mesmo com o uso do termo “declara” no art.1773 do CC e mesmo que a decisão judicial não crie um estado de uma pessoa, somente, a partir da sentença que a incapacidade começa a produzir efeitos jurídicos. Em outras palavras, essa corrente defende que a incapacidade tem efeitos *ex nunc*.⁸¹

Já a vertente contrária se pauta no fato de que a sentença do processo de interdição tem caráter declaratório (sentido amplo), por reconhecer um estado ou situação preexistente, apenas formaliza uma situação jurídica.⁸²

Defende a mesma tese Carnacchionl⁸³

Não é a sentença que incapacita a pessoa e sim o fato ou a causa prevista nos arts.3º e 4º do Código Civil. A sentença de interdição tem natureza meramente declaratória, pois, apenas vai reconhecer, na parte dispositiva, um estado preexistente (incapacidade). Por essa razão, em regra (salvo as questões relacionadas à boa fé do terceiro), os atos realizados pelo incapaz entre o início da incapacidade e a sentença de interdição, ficarão sujeitos às sanções previstas nos arts.166 e 171 do CC (invalidade)

Nesta linha cita Caio Mário:

No direito brasileiro a sentença proferida no processo de interdição tem efeito declaratório, e não constitutivo, não é o decreto de interdição que cria a incapacidade, e sim a alienação mental. Daí positivar-se que, enquanto não apurada a demência pela via legal, enfermidade mental é uma circunstância de fato a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderá este ser declarado inválido.⁸⁴

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 523

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 523

⁸² CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.101

⁸³ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.100

⁸⁴ PERREIRA, Caio Mário da Silva, *Instruções de direito civil: parte geral*.20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 250.

A partir daí, conclui-se que a curatela também não é consequência da sentença, mas da incapacidade do curatelado.⁸⁵

Após a prolação da sentença, deverá o juiz, de ofício ou à requerimento do interessado ou do Ministério Público, fazer uma gradação da interdição, de forma a individualizar o processo de interdição⁸⁶ e permitir que a pessoa ainda tenha certa autonomia em searas diversas às que tenha certa limitação. Dessa forma, a pessoa permanece, sendo sujeito de direito.

Na vigência do CC 2002, havia um grande problema em relação à aplicação dos enunciados normativos que se referiam à constatação da incapacidade e sua gradação⁸⁷ pelo juiz de direito. Esse problema se dava devido ao fato de que, em regra, os julgadores não tinham nem condições, nem o conhecimento multidisciplinar que uma decisão dessa completeza exige, somente com base em um laudo médico. Então, na prática, o juiz ao reconhecer as características presentes na norma, declararia a incapacidade sem poder perceber o indivíduo em suas singularidades e potencialidades, como se a sentença já estivesse pronta e a pessoa que devesse se adequar àquela.⁸⁸

Reconhecer uma incapacidade somente embasando-se em laudos médicos, trata-se de reduzir o ser humano a uma manifestação clínica, sendo que ele é muito mais que isso: tem vontades, afetos e é titular de direitos fundamentais.⁸⁹

Sabe-se que a individualização é o ideal, mas grande parte da culpa desta sentença uniforme, digamos assim, deve ser imputada ao Conselho Nacional de Justiça que impõe metas exageradas aos juízes, fazendo com que estes tenham que ser muito objetivos para render números, e não, verdadeiramente, solucionar conflitos. Para que essa sentença seja individualizada, os juízes de família deverão ter prerrogativas concedidas pelo CNJ.

⁸⁵ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.100.

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil. Direito de famílias*. 6. ed. Salvador: juspodivm, 2014. p. 912

⁸⁷ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p.99

⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. Humanização da curatela no novo CPC. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra* proferida aos alunos e professores do UNICEUB.

⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. Humanização da curatela no novo CPC. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra* proferida aos alunos e professores do UNICEUB.

Conclui-se, dessa forma, que pessoas, muitas vezes declaradas, equivocadamente e com base em generalidades, absolutamente ou relativamente incapazes, na verdade, só necessitariam de suporte para superar suas limitações e alcançar sua autonomia. Neste ponto, cabe ao Estado promover formas para que essas pessoas retomem sua autonomia, pois estas, por serem diferentes, necessitam de proteção diferenciada, como por exemplo, por meio de legislação específica, como é o caso da LBI.

Há ainda a possibilidade de que, uma vez cessada a causa geradora da interdição, ocorra o seu levantamento. Neste caso, o próprio interdito ou o Ministério Público podem pleiteá-lo. Desse levantamento, que será procedida por ação autônoma, resultará uma sentença de eficácia constitutiva e terá a mesma publicidade que a decretação de interdição⁹⁰.

Quanto à participação de incapazes em sociedades, diz a Lei 12.399/2011 que deverão ser feitos alguns ajustes pois os sócios incapazes não poderão exercer cargos de administração, devendo os sócios relativamente incapazes ser assistidos, ao passo que os absolutamente incapazes deverão ser representados por seus representantes legais.⁹¹

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 254.

⁹¹ PEREIRA, Caio Márioda Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 238

2. DA NOVA TEORIA DAS INCACIDADES PROPOSTA PELA LEI 13.146/2015

2.1. DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com o passar do tempo, a sociedade vai evoluindo e modificando sua perspectiva de mundo, de uma maneira geral, devido à tecnologia e aos avanços da medicina, por exemplo. Em decorrência dessas mudanças da própria sociedade, há certas situações e condições estabelecidas que já não são mais aceitáveis, entre elas, está a situação do deficiente em nossa sociedade.

Antigamente, uma pessoa com deficiência em pouco tempo padeceria de sua enfermidade, devido à falta de conhecimento e de perspectiva de melhora de seu quadro. Neste ponto de vista, a pessoa com deficiência era completamente retirada da sociedade por esta não se saber como lidar com a diferença daquele indivíduo, quer dizer, por ignorância. Pode se dizer que sempre foi mais cômodo retirar “o problema” do que enfrentá-lo.

O que se olvidou, durante este processo, foi o fato de que todo indivíduo é detentor de direitos, independentemente de seu grau de discernimento, de que todos têm direito à vida, à personalidade e aos direitos a ela inerentes e de que estão sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, o Estado precisa promover formas de reabilitar essa pessoa e reinseri-la na sociedade.

O que foi dito pode ser evidenciado na legislação anterior ao Código Civil de 2002, o Código Civil de 1916. Este instrumento normativo, que não se distancia tanto assim de nós, tratava as pessoas em questão por “loucos de todo gênero”. De fato, para os dias atuais soa depreciativo e pejorativo, mas é importante recordar que a medicina daquela época tinha grandes dificuldades de diagnóstico.⁹²

Pouco depois, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 1º que a República Federativa Brasileira é fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito de todo ser humano ser tratado com estima e respeito. Assim, se este for tratado pela sociedade de forma diversa perderá a condição de pessoa. Consiste, ainda, em direito de proteção perante o Estado e a sociedade, ou seja, uma possibilidade de a pessoa se resguardar contra terceiros. Além dessa eficácia negativa, há a positiva, que diz que o ser humano tem direito à promoção de

⁹²CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil Parte Geral. Institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2010. p. 94

seus direitos. Em outras palavras, a sociedade tem a função de promover a autonomia de cada pessoa para que cada um possa escrever sua própria história e escolher o *modus vivendi*.⁹³

No mesmo sentido conceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁹⁴

Nesse contexto, surgiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, nomeada de Lei Brasileira de Inclusão - LBI, que tem seu texto pautado nos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD. Tal convenção ocorreu em 30 de março de 2007 em Nova York. Foi realizada no âmbito da Organização das Nações Unidas e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro em 2009, com força de Emenda Constitucional, nos termos do art.5 §3º da Constituição Federal de 1988. Isso se deu por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008 (trata-se de decreto legislativo especial, fruto de votação em dois turnos e aprovado por três quintos em cada casa legislativa⁹⁵).

A CDPD objetivou reafirmar a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, promover a autonomia das pessoas que possuem deficiência.

A convenção define a pessoa com deficiência da seguinte forma:

⁹³ROSENVALD, Nelson. Humanização da curatela no novo CPC. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra* proferida aos alunos e professores do UNICEUB.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.70-71

⁹⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Painel Sobre a proteção das pessoas com deficiência no Brasil: a aparente insuficiência da Constituição e uma tentativa de diagnóstico*. In: ROMBOLI, Roberto. ARAUJO, Marcelo Labanca Corrêa de. (Org.). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2015. p. 504

*Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.*⁹⁶

O que traduzindo significaria:

Pessoas com deficiência incluem as que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse sentido, o Estatuto conceituou, em seu art.2º, a pessoa com deficiência da mesma forma:

Art. 2º Considera-se 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.⁹⁷

Nota-se que o conceito dado pela CDPD é mutável, pois em seu preâmbulo (item “e”) aponta, expressamente, que a deficiência é um conceito em evolução.

*e. Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,*⁹⁸

Infere-se daí que o rol do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência é meramente exemplificativo⁹⁹, o que é o ideal, pois um rol fechado poderia excluir de sua égide pessoas que necessitam da proteção e atenção diferenciada que a CDPD e a Lei 13.146/15 propõe.

Destaca-se, todavia, que se trata de um conceito divergente do modelo médico da deficiência que se pautava, basicamente, em alterações de saúde do

⁹⁶ United Nations Organization. *Convention on the rights of persons with disabilities*. article 1 purpose. Disp UNITED NATIONS ORGANIZATION. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁹⁷BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

⁹⁸UNITED NATIONS ORGANIZATION. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 10 nov. 2015.

⁹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no Direito brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.86, p. 165-181, jan./mar. 2014. p. 170.

paciente. O conceito dado pela CDPD espera que os Estados signatários não só promovam e proporcionem o tratamento e a remediação de quadros clínicos, mas também promovam a autonomia dessas pessoas. Esperam, ainda, que elas sejam reinseridas na sociedade de modo à colocá-las em situação de igualdade com as demais. Trata-se de inclusão social desses indivíduos, com a eliminação de barreiras ambientais e sociais.¹⁰⁰

O Estatuto traz a mesma nomenclatura utilizada pela CDPD: pessoa com deficiência. De início, parece algo de pouca relevância a discussão aprofundada do termo utilizado, mas isso faz toda diferença para o grupo abarcado por ele.

Ao longo do tempo houve diversas variações na nomenclatura. Na constância da Constituição de 1967, usava-se o termo “deficiente” no texto da Emenda constitucional 12 de 1969 que, por si só, já é discriminatório, pois ressalta o “defeito” da pessoa e a define somente por aquela característica que possuía.¹⁰¹ Em seguida, quando houve necessidade de tratar da educação destas pessoas, usou-se o termo “excepcionais”. Já na constância da Constituição atual, de 1988, adotou-se “portador de deficiência”, ainda inadequada, pois se assimila, a partir desse termo, que a pessoa carrega sua deficiência como sendo um fardo.

Finalmente, a CDPD trouxe o termo pessoa com deficiência que, de fato, é o mais adequado pois, parafraseando Mara Gabrili, “se para de olhar a pessoa pela doença, para olhá-la por sua funcionalidade”¹⁰².

Ressalta-se, entretanto, que por mais que a CF/88 não tenha alterado seu texto, em nada altera a abrangência da proteção ao público em tela.¹⁰³

¹⁰⁰ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no Direito brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.86, p. 165-181, jan./mar. 2014.

p.168.

¹⁰¹ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coor.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 204 -2011. p.204.

¹⁰² *Seminário Estatuto da Pessoa com Deficiência (LBI): Desafios para a concretização de direitos*. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o6yZQ4AgM-Y>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁰³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coor.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 204 -2011. p.205.

Aparentemente, o principal requisito para o indivíduo ser considerado uma pessoa com deficiência é o impedimento, seja de qual sorte for, mas não é suficiente que só haja esse. É necessário que a pessoa seja analisada em sua concretude, ou seja, o que aquele impedimento causa no âmbito em que ela está inserida.¹⁰⁴

2.2. DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI BRASILEIRA DE INTEGRAÇÃO – E SUA TRAMITAÇÃO

Não há que se questionar a influência dessa Convenção no Estatuto em questão. Em contrapartida, não se pode esquecer que o projeto de lei que o originou é do ano de 2007, ou seja, anterior à CDPD.

O PL em questão é Projeto de Lei do Senado número 6, de 2003, de autoria de Paulo Paim. Ao propor tal projeto, ele expôs na justificativa os motivos que o levaram a fazê-lo. Nela estão contidos os objetivos de “reduzir ou eliminar as barreiras decorrentes da deficiência” e está o desejo de suprir a lacuna que existia no ordenamento jurídico, em nível federal, no que tangia ao esclarecimento de quais seriam os direitos da pessoa com deficiência, “pois havia somente legislações esparsas e circunstanciais que tratavam de forma secundária ou complementar” da questão do deficiente. Nesse sentido, o projeto sugeria parâmetros para que o Estado elaborasse políticas públicas para a reinserção da pessoa com deficiência na sociedade concedendo-lhe condições especiais e tratamento diferenciado, necessário e adequado para ali subsistir.

O Projeto em questão percorreu uma longa jornada até a sanção presidencial ocorrida em 6 de julho de 2015. Nesse período, houve diversas audiências públicas e ficou disponível para consulta pública pelo sítio *e-democracia*, para que as pessoas diretamente afetadas, as com deficiência, e seus parentes expusessem suas necessidades. Desse modo, a lei poderia vir a cumprir o seu papel: permitir que essas pessoas fossem incluídas na sociedade.

O projeto tramitou no Senado sob a relatoria do, na época senador, Romário e quando na Câmara, teve relatoria do então deputado, Celso Russomano e depois da Deputada Mara Gabrili.

¹⁰⁴ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no Direito brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.86, p. 165-181, jan./mar. 2014. p.168.

Com o advento da CDPD e sua internalização para o ordenamento jurídico brasileiro, o PL em questão se adequou a ela e a tornou efetiva.

Tanto a CDPD quanto o Estatuto têm em suas essências pilares referentes à inclusão das pessoas com deficiência e, sobretudo, o objetivo de promover a maior autonomia possível a elas.

Neste sentido, a LBI, como uma legislação garantista, trouxe diversas inovações. Dentre estas, na seara trabalhista, por exemplo, há previsões de cotas para essas pessoas, pois é sabido que por mero preconceito não são empregadas. Isso ocorre porque, infelizmente, conhecer a vicissitude da pessoa de forma individual não é o caminho mais fácil. Então, se não há imposição normativa, não se é feito espontaneamente.

2.3. DA ALTERAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES DECORRENTE DA LBI

O Estatuto mitigou os artigos 3º e 4º do Código Civil, já que retira do rol dos absolutamente incapazes as pessoas com deficiência, realocando-as, quando for necessário, ao rol de relativamente incapazes.

O Código civil estabelecia da seguinte forma:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

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

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

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

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

V - os pródigos.¹⁰⁵

Com o advento da Lei 13.146/15, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

I - (Revogado);

¹⁰⁵BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

II - (Revogado);
 III - (Revogado).(NR)
 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
 II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
 III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;¹⁰⁶

Sabe-se que a mudança abrupta e relevante na teoria das incapacidades gerou bastante polêmica na doutrina, dividindo opiniões. Segundo ROSENVALD¹⁰⁷, o legislador acertou ao realocar o deficiente no rol dos relativamente incapazes, visto que ali estão inseridos os que estão impossibilitados, de forma real e duradoura, de expressarem seu querer e entender. Desse modo, justificam a curatela sem que se exima o ser humano de suas condições e dignidade, reduzindo-o a um exame.

A partir da vigência do referido estatuto, o critério para determinação da incapacidade absoluta passa a ser exclusivamente etário, ou seja, a incapacidade absoluta dar-se-á por critério objetivo.¹⁰⁸

Portanto, todos aqueles que por deficiência ou por outra causa tiverem sido declarados incapazes são plenamente capazes, em tese. Consagrando, dessa forma, uma ampla inclusão social em prol da dignidade.¹⁰⁹

Assim, com o advento da “revolução da teoria das incapacidades”¹¹⁰, qualquer pessoa que objetivamente não consiga se autodeterminar, ou que em caráter permanente não consiga autogoverno, ou relacionar-se socialmente, ou consiga conectar-se e manter sua subjetividade poderá ser considerada, no máximo relativamente incapaz, independentemente de possuir deficiência ou não.¹¹¹

¹⁰⁶BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

¹⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. *Em 11 perguntas: tudo que você precisa saber para conhecer o Estatuto da pessoa com deficiência*, 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=148015370230231&id=1407260712924951&sbstory_index=0> Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁰⁸ ROSENVALD, Nelson. *Humanização da curatela no novo CPC*. Palestra proferida em 27 ago. 2015. Brasília: UniCEUB, 2015.

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.129.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.129.

¹¹¹ROSENVALD, Nelson. *Humanização da curatela no novo CPC*. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra proferida aos alunos e professores do UNICEUB*.

Cabe recordar que o regime jurídico das incapacidades visa salvaguardar estes indivíduos.¹¹²

Segundo a LBI, o processo que dá efeito à incapacidade relativa não é mais chamado de interdição, mas instituição da curatela. Fundamentou-se naquela que a palavra “interdição” não pode mais ser utilizada, pois nos remete à segregação. Seria como se a interdição fosse um processo de neutralização da pessoa humana, transformando-o em um “nada” jurídico, por não poderem, a partir daquela sentença, desempenhar ato algum na esfera civil e sua manifestação de vontade se tornasse irrelevante para o direito. Esses indivíduos, além de alijados da sociedade, teriam que ser representados, em todos os atos de sua vida, por uma terceira pessoa, algumas vezes sem necessidade.

É importante constar que houve um atropelamento legislativo nesse ponto, em que o CPC de 2015, ao entrar em vigor, retomou a nomenclatura repudiada pelo Estatuto.

Seguindo o que se propõe, garantir a autonomia aos indivíduos com deficiência, o estatuto em seu art.84 inova apontando que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, mas quando **necessário**, esta poderá ser submetida à curatela, como medida excepcional e proporcional a cada caso, com menor duração possível. Além disso, é possível a adoção da tomada de decisão apoiada.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º *Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.*

§ 2º *É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.*

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

¹¹² MENEZES, Joyceane Bezerra de; NETO, Jáder de Figueiredo Correia. *Interdição e curatela no novo CPC à luz da Dignidade da pessoa humana e do Direito Civil constitucional*, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>> Acesso em: 20 de ago. 2016. p.5.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.¹¹³

A curatela afetará somente atos patrimoniais e só será instituída por sentença motivada e justificada em processo judicial, mediante enquadramento em uma das hipóteses do art.4º do CC/2002. Salienta-se que o juiz deverá dar preferência a pessoas com vínculos afetivos, familiares ou comunitários com o curatelado.¹¹⁴

No que tange à autonomia, a CDPD traz diversas vezes em seu texto a alusão àquela para que, quando for imprescindível a adoção da curatela, não deixe de ser respeitada. Conforme as alíneas do art.3º:

a) lembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo

n) reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas¹¹⁵

Já a tomada de decisão apoiada, é inspirada no Direito Italiano. Esse instituto é qualitativamente superior à curatela e tutela, pois não visa à proteção do incapaz, mas a promoção da autonomia da pessoa capaz com deficiência.¹¹⁶ Este indivíduo elegerá, pelo menos, duas pessoas idôneas de sua confiança para lhe auxiliar em atos mais complexos, como contratos e aquelas terão a missão de reestabelecer a autonomia plena do apoiado, conforme o art. 26, I da CDPD.¹¹⁷

Artigo 26 I. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da

¹¹³BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui Lei Brasileira de inclusão de Pessoas com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.131.

¹¹⁵ BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 22 de ago. de 2016

¹¹⁶ ROSENVALD, Nelson. *Humanização da curatela no novo CPC*. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra* proferida aos alunos e professores do UNICEUB

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.131.

vida. Para tanto, os Estados Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas:¹¹⁸

O Estatuto estabelece tal instituto para vigor no Código Civil de 2002 da seguinte forma:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

*§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.*

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 22 de ago. de 2016.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.¹¹⁹

2.4. DO PROJETO DE LEI 757/2015

A LBI é um marco civilizatório que não pode ser ignorado, mas como toda lei extensa e cuja tramitação perdurou por tanto tempo, não é perfeita. Tratam-se tanto de deslizos de redação, quanto de aberrações processuais, como por exemplo, a alteração na teoria das incapacidades feita pela LBI no ordenamento jurídico.

Em virtude do desconforto decorrente das mudanças na teoria das incapacidades, foi protocolado o Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 de autoria dos senadores Antônio Carlos Valadares, Paulo Paim e outros, que está em tramitação como substitutivo e foi recentemente aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, e está sob a relatoria da Senadora Lídice da Mata. O substitutivo objetiva corrigir as aberrações e os atropelamentos legislativos causados pelo Estatuto.

Entre as alterações que o Projeto de Lei em tela pretende está a repriminção dos dois incisos do art. 3º da codificação material, com pequenas alterações. Com as alterações, o inciso II preceituaria como absolutamente incapazes “os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”, enquanto o inciso III

¹¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

restringiria a capacidade dos “que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.¹²⁰

Pretende, ainda, a remoção do inciso III do art.4º do CC/2002, pois o seu conteúdo passaria a compor a redação do inciso III do art. 3º do Código Civil, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, que são pessoas que simplesmente não têm condições de exercer seus direitos, possuindo ou não alguma deficiência. Neste sentido, a lei acaba por desprotegê-las, pois antes do advento da LBI poderiam ser consideradas absolutamente incapazes e agora serão, no máximo consideradas relativamente incapazes.

Na realidade, a pessoa descrita não se modificou, continua no mesmo estado. Então, o status de relativamente incapaz gerará prejuízos a ela, como por exemplo, a possibilidade de prescrever o direito de ação que não prescreveria se fosse absolutamente incapaz. Há, também, a impossibilidade de o curador agir com plenitude para defender os direitos dele, pois, se por ventura estiver acamado, ou em situação análoga que lhe impeça de expressar sua vontade, ainda assim, só poderá ser assistido e não representado.

É importante constar que há grupos contrários à aprovação do substitutivo, entre eles, está a comissão de Direitos Humanos do Ministério Público Federal presidido pelo Procurador Felipe Fritz. Defende Fritz¹²¹ que qualquer alteração que volte a tolher direitos das pessoas com deficiência é um retrocesso e que o substitutivo em questão é defendido por civilistas que, geralmente, não têm conhecimento das reais necessidades de uma pessoa com deficiência.

São argumentos insustentáveis, pois, como já foi tratado, há pessoas que simplesmente não podem exercer seus direitos. Sendo assim, se é justamente nisso que concerne a capacidade de exercício, qual a finalidade de conceder capacidade a quem não pode exercê-la e somente gerar mais barreiras para seus familiares atenderem às suas necessidades? A CDPD, que serviu de base para a edição do

¹²⁰TARTUCE, 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://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>> Acesso em: 10 ago. 2016.

¹²¹ *Seminário Estatuto da Pessoa com Deficiência (LBI): Desafios para a concretização de direitos.* 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o6yZQ4AgM-Y>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem como objetivo maior eliminar barreiras para que o indivíduo seja incluído na sociedade e, neste ponto, acabou por aumentá-las. Portanto, corrigir esses erros não implica retrocessos, mas evitar bizarrices legais.

Coaduna com essa opinião José Fernando Simão¹²²:

Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.

Nesse sentido opina o consultor legislativo do Senado Federal, Felipe Basile¹²³:

Em vez de eliminar cirurgicamente os elementos do Código Civil que discriminavam as pessoas com deficiência e colocá-las em plena igualdade com as demais pessoas, o novo Estatuto desfigurou todo o regime de incapacidade, com prejuízos para todos que, com ou sem deficiência, não tenham condição de exercer plenamente sua autonomia civil. O Legislativo mirou no que viu – a discriminação – e acertou no que não viu – a necessidade de apoiar quem, com ou sem deficiência, precise de apoio para exercer os atos formais da vida civil.

2.5. DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia importa na capacidade de se autogovernar. A partir desse conceito é possível determinar o significado de autonomia da vontade. É importante lembrar que o conceito sofreu alterações à medida que o tempo passava e o modelo econômico das sociedades se modificava. Então, a autonomia da vontade original, situada em um Estado liberal, com um Estado pouco intervencionista, era quase absoluta, ou seja, os contratantes tinham ampla liberdade de estabelecer seus contratos conforme suas necessidades e regular os efeitos decorrentes dos

¹²² SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> . Acesso em: 16 ago. 2016.

¹²³ BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol40>> Acesso em: 10 ago. 2016.

negócios jurídicos.¹²⁴ Cabia ao Estado liberal somente o dever de garantir que essa vontade não fosse eivada de vícios que maculavam os contratos. Esta ideia principal se fundamentava em Kant “quando alguém decide por si próprio é impossível pensar em injustiça”¹²⁵.

Com o passar do tempo percebeu-se que ideia da soberania unicamente das vontades contratuais atendia à individualidade em detrimento dos efeitos sociais que gerava, sobretudo, desigualdades social e econômica, além do abuso de poder. Assim, surge, para tentar equilibrar a ordem social, o Estado do Bem-estar social, onde a autonomia da vontade deve ser ponderada aos moldes de uma visão solidarista¹²⁶

Em contraponto, existe a corrente objetivista que, segundo BERTI¹²⁷ foi a adotada no Estado pós-moderno que não buscou fundamentos na Teoria da vontade, mas na Teoria da declaração. Nesta última, suporta-se a ideia segundo a qual para que a vontade produza efeitos jurídicos é indispensável sua declaração. Dessa forma, adotam o termo “autonomia privada”.¹²⁸ Há que se ressaltar que o termo não tem o sentido patrimonialista como sugere, mas almeja trazer o homem para o centro da discussão não apenas como sujeito titular de bens.

Assim, conceitua-se princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada como sendo “a prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral e não o contradiga”¹²⁹.

¹²⁴ BERTI, Natália. *Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 57, n.1493, p. 69 – 94, jan./mar. 2014. p.77.

¹²⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

¹²⁶ BERTI, Natália. *Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 57, n.1493, p. 69 – 94, jan./mar. 2014. p.79.

¹²⁷ BERTI, Natália. *Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 57, n.1493, p. 69 – 94, jan./mar. 2014. p.79.

¹²⁸ KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 6.

¹²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações da vontade*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15.

3. A QUESTÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL POR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ CONFORME A LEI 13146/15

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando trata do instituto da curatela, estabelece que serão submetidos à sua égide somente os direitos naturalmente patrimoniais e negociais. Dessa forma, o relativamente incapaz, ainda que submetido à curatela, tem domínio pleno de seu corpo, sexualidade, privacidade, educação, saúde, trabalho, voto e pode contrair matrimônio, conforme previsto no artigo 85 do Estatuto:

Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.¹³⁰

Subentende-se, então, que apesar de não ser habilitado a desenvolver certos negócios jurídicos, como a compra ou venda de um imóvel, os indivíduos em tela podem e devem desenvolver suas relações afetivas, pois uma área não interfere na outra. Tal conclusão é possível pelo fato de o Direito não ter o condão de intervir nos sentimentos das pessoas, como por exemplo, no amor.¹³¹

Para amar, a pessoa com deficiência, como as tantas outras, está livre para fazê-lo da forma que lhe convier. Todavia, a partir do momento que esse amor transcende em relações familiares, em particular o casamento, há que se respeitar a forma determinada em lei como determina o princípio da autonomia da vontade.

¹³⁰ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

¹³¹ ROSENVALD, Nelson. *Humanização da curatela no novo CPC*. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra proferida aos alunos e professores do UNICEUB*

A intenção do Estatuto é conceder autonomia com a maior plenitude possível, pois os indivíduos em questão são pessoas como todas as outras, exceto por suas vicissitudes que, em interação com barreiras externas, prejudicam sua interação. Essa ideia se reflete no art. 6º da lei citada:

Art. 6º 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 o direito à 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.¹³²

Entretanto, o Estatuto, apesar de ter permitido em seu artigo 6º, inciso I, que as pessoas com deficiência se casem ou constituam união estável, não se preocupou com os efeitos jurídicos decorrentes dessa união. Isso porque existem implicações patrimoniais que não foram abarcadas pelo Estatuto.

Neste ponto, nos deparamos com uma encruzilhada na qual a lei diz claramente que a curatela só abrangerá questões patrimoniais, enquanto o próprio indivíduo praticará os atos relacionados à sua esfera íntima. Trata-se de uma incoerência visto que o regime de bens é consequência jurídica do casamento e não subsiste sem ele, sendo impossível desvencilhar um do outro. Inclusive, conceitua-se regime matrimonial como regras relacionadas a interesses patrimoniais e econômicos resultantes da entidade familiar.¹³³

Neste sentido, sabiamente cita Maria Berenice Dias: “a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas de patrimônio”¹³⁴ e complementam

¹³² BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2016.

¹³³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.128.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 228.

na mesma linha de raciocínio ROSENVALD e FARIAS¹³⁵ "nem somente de afeto é composta uma relação familiar. "

É sabido que do casamento decorrem obrigações que têm caráter patrimonial, como por exemplo a assistência recíproca, guarda, sustento dos filhos, manutenção do lar e, por essa razão, foram regulamentados os regimes de bens no Código Civil Brasileiro.

Assim, ao nos depararmos com tal situação, tentamos imaginar uma maneira de solucionar tal conflito de maneira que se proteja o relativamente incapaz de modo a tentar preservar sua autonomia, na medida do possível.

Vejamos, em um casamento ou união estável, salvo vontade expressa dos nubentes, presume-se que ele ocorra sob o regime de comunhão parcial de bens, como determina o enunciado do art.1640 do CC/02. Entretanto, se refletirmos um instante, iremos nos deparar com uma gafe (espera-se que não tenha sido intencional) do Estatuto quando, objetivando garantir igualdade aos seus abarcados, acaba por desproteger essas pessoas, em especial as pessoas que antes da vigência do Estatuto eram consideradas absolutamente incapazes e que agora são consideradas relativamente incapazes. Ora, se o Código Civil, em seu inciso II, artigo 1641, não permite que a pessoa septuagenária se case em regime diverso ao de separação de bens por justamente tentar proteger seu patrimônio, por qual motivo deixaria as referidas pessoas sem a devida proteção?

Portanto, com o objetivo de adequar a nova teoria das incapacidades ao Estatuto fez-se necessária a análise dos institutos do Casamento e da União Estável.

3.1.CONCEITO DE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

3.1.1.O CASAMENTO

O casamento concerne em união de duas pessoas, com objetivo de constituição de família, baseada em laço afetivo, sob regulamentação e conhecimento do Estado.¹³⁶

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. ed. 7. São Paulo: Atlas, 2014. p. 265.

Existem três teorias para definir a natureza jurídica do casamento: natureza negocial, que entende o casamento como negócio jurídico; natureza institucional, enxergando o matrimônio como situação jurídica; e natureza mista ou eclética, que considera o casamento um ato complexo, com características institucionais e contratuais concomitantemente.¹³⁷ O aspecto negocial é evidenciado pela forma que se inicia ou tem seu fim: pela vontade das partes.

Por outra via, há quem defenda que seria um acordo de vontades, já que contratos e acordos não se confundem por suas constituições que, no casamento, são de vontades convergentes.¹³⁸

Já Pablo Stolze, Pamplona Filho, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues e Caio Mário creem veemente que o casamento é contrato *sui generis*.¹³⁹ Ressalta, então, Caio Mário:

[...] o casamento como um contrato especial dotado de conseqüências peculiares, mas profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas.¹⁴⁰

Também comungando dessa forma, Beviláqua:

Será um contrato mais solene do que qualquer outro, pois envolve [...] o mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada; terá efeitos mais extensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, que em todo caso é um contrato¹⁴¹

Já do ponto de vista de Tartuce¹⁴², o casamento tem natureza jurídica mista, que tem conteúdo de instituição social e formação contratual, pois, em sua concepção, ao se casarem, o que se espera é que as pessoas não busquem o intuito patrimonial, mas o afetivo.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.45.

¹³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 150.

¹³⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 58.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: 2013. p. 117.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 86-87.

¹⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 7. ed. Recife: Editora Rio, 1976. p. 35.

¹⁴² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.48.

Quanto às características do casamento podemos elencar seu caráter personalíssimo, ou seja, decorre de manifestação exclusiva do interessado e livre da escolha dos nubentes. É um ato solene, pois em sua celebração estabelece uma comunhão de vida e não pode ser submetido a encargo ou condição.

A liberdade para escolher com quem se vai casar não é absoluta, existem impedimentos matrimoniais decorrentes de posição especial do sujeito com relação a certos bens, pessoas e interesses. Estes impedimentos são materiais, por situação fática e de direito subjacente, e formais, ou seja, têm que derivar da lei.¹⁴³ Assim, devido a esta última característica, é necessário que o impedimento esteja elencado no rol taxativo do art.1521 do Código Civil, sendo impossível interpretação ampliada.¹⁴⁴

Ressalta-se, nesta oportunidade, que os conceitos de impedimento e incapacidade jurídica não são fungíveis e não admitem confusão de um pelo outro, visto que os impedimentos estão relacionados à falta de legitimidade para contrair o matrimônio, ou seja, inibição de determinados atos em virtude das circunstâncias do indivíduo. Já a capacidade jurídica trata de habilidade de exercício de direitos.¹⁴⁵ Pode-se confirmar essa constatação pelo fato de que uma pessoa, ainda que plenamente capaz, não pode se casar com seu irmão.¹⁴⁶

Ainda sobre os impedimentos, por se tratar de matéria de ordem pública, a violação de impedimentos previstos no art.1548 da codificação civil implica nulidade do casamento, do qual não decorrerá efeito algum.¹⁴⁷

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - (Revogado);

II - por infringência de impedimento¹⁴⁸.

¹⁴³FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 166.

¹⁴⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 199.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

¹⁴⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 198.

¹⁴⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 199.

Antes da vigência do Estatuto em questão, o art. 1548 do Código Civil possuía duas hipóteses de nulidade do casamento: quando contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil e quando houvesse infringência de impedimento. A primeira foi revogada expressamente pelo Estatuto. Sua redação tratava, justamente, dos indivíduos que seriam considerados absolutamente incapazes e que, em decorrência da sua vigência, passaram a ser considerados somente relativamente incapazes. Dessa forma, um casamento de uma pessoa sem condição alguma de manifestar sua vontade é válido como qualquer outro casamento entre nubentes com deficiência.

Os impedimentos legais de que trata o inciso II do art.1548 do CC/02, que ainda é válido, são os encontrados no rol taxativo do art.1521 CC:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.¹⁴⁹

Uma vez que tenha o conhecimento impedimento ao matrimônio, qualquer pessoa poderá suscitá-lo. Todavia, se o casamento já tiver ocorrido somente interessados ou o MP poderão buscar a nulidade daquele, a qualquer tempo. O legislador não mencionou quem são os interessados, só dispõe, no art.1552 do Código Civil, que quando se tratar de menores, os seus representantes e seus ascendentes são legítimos para pleitear a anulação.¹⁵⁰

¹⁴⁸ BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016

¹⁴⁹ BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 166.

Existem, ainda, causas suspensivas do casamento, que são recomendações para que certas pessoas não se casem e, uma vez não acatadas, geram sanções relacionadas à imposição do regime de bens. Esse tema será tratado no tópico 3 deste capítulo.

Quando se trata de invalidade do casamento, há três possibilidades: inexistência, nulidade e anulabilidade.¹⁵¹

A inexistência do casamento advém da Teoria da inexistência que, apesar de não ser amplamente aceita, prosperou e fundamenta-se em 3 pilares: falta de celebração, ausência total de consentimento e identidade de sexo. A primeira diz respeito à inobservância da forma de celebração do matrimônio na forma da lei. Já a segunda, tratam-se de casos em que o procurador esteja investido de poderes gerais ao invés de especiais para receber o outro nubente em matrimônio. A terceira, no entanto, desde a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, não pode mais ser suscitada, visto que equiparou casais homoafetivos aos demais.¹⁵²

A nulidade, como já tratado, decorre da inobservância dos impedimentos.

Em contrapartida, a anulabilidade é decorrente da contravenção das hipóteses constantes no art.1550 da Lei Civil. Importa salientar que não se tratam de questões de ordem pública, sendo facultado aos nubentes suscitá-las a partir da adequação das hipóteses ao caso concreto. Ressalta-se que o prazo é de 180 dias, contados da data do matrimônio, conforme art.1.560, caput e §1º do CC.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 158.

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 161.

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.¹⁵³

Às hipóteses em questão, houve o acréscimo do §2º do qual se depreende que a intenção do legislador foi de reafirmar a ideia do art.6º da LBI: a pessoa com deficiência, inclusive a que estiver sob curatela, também pode se casar, mediante expressa exteriorização da vontade direta ou feita pelo curador. O que é contraditório no contexto da LBI que tanto preza pela autonomia e acaba por tornar o curador como uma sorte de mensageiro. Ao fazer esta ponte, o próprio legislador mitiga a autonomia do curatelado. Sem fazer menção ao fato de que se o curatelado não pode se expressar diretamente, como o curador terá certeza de sua vontade?

Essa possibilidade de exteriorização da vontade do curatelado por intermédio de seu curador é inconcebível em um casamento devido ao intuito *personae* que é uma de suas características. Tanto é assim que na modalidade de casamento por procuração, por exemplo, o nubente que não puder estar presente na cerimônia, necessita de um instrumento específico para tal ato para que seu mandatário o represente. Ao passo que, no caso da Lei 13.146/15, o legislador simplesmente suprime a vontade do nubente pela do curador.

Uma solução viável teria sido a permissão ao curador de realizar controle posterior à união do curatelado, em ação de anulabilidade, na qual deveria ser fundamentado o motivo de aquela união ser prejudicial ao curatelado. Ainda assim, esbarraria na promoção da autonomia proposta pela LBI.

Com o advento do EPD alterações foram feitas. Entre elas está a revogação de todos os incisos do art. 3º do CC/02 que implicou considerar absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. Isso ocasionou a retirada dos enfermos e deficientes mentais sem o necessário discernimento para práticas da vida civil ou das pessoas que por causa transitória ou definitiva não pudessem exprimir sua vontade do rol.

¹⁵³ BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016

Em decorrência da vigência da LBI, surgiu a questão da aplicação do que seria o antigo inciso III do artigo 3º do Código Civil, que foi revogado pela Lei 13.146/15, combinado com o inciso IV do artigo 1.550 do mesmo instrumento, que determina que será anulável o matrimônio do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. A incapacidade de que trata o artigo 3º é absoluta e, sendo assim, somente poderia ensejar nulidade absoluta do matrimônio. No entanto, ao tornar os que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade, por exemplo, em relativamente incapazes, seus matrimônios são anuláveis. Sanou-se uma possível incoerência técnica.¹⁵⁴

Houve também quem entendesse que a alteração foi positiva visto que se consideravam incapazes para o casamento somente os menores de 16 anos, desde antes da alteração. Atualmente, também, são eles os únicos absolutamente incapazes.¹⁵⁵

Além disso, antes da alteração, pelo texto do Código Civil era possível inferir que o legislador via como prejudicial o casamento das pessoas até então consideradas incapazes.¹⁵⁶

3.1.2.DA UNIÃO ESTÁVEL

O instituto da União Estável está previsto no art.1.723 do Código Civil de 2002 e no §3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. É conceituado como sendo “*relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.*”¹⁵⁷

Portanto, são requisitos para união estável: união pública, contínua, duradoura, com *animus familiae*¹⁵⁸. Importa destacar que não há prazo determinado para declarar existência da união, sendo sempre necessária a análise do caso concreto.

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 87.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 51.

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.86.

¹⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: 2013. p. 424.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 319.

Com a evolução dos costumes, a coabitação sequer é requisito essencial da União Estável apesar de ser necessária a habitualidade das relações seguidas e regulares.¹⁵⁹ Tal dispensabilidade foi até objeto do enunciado de Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁰

De forma alguma os institutos do casamento e da união estável podem ser confundidos. Isto se evidencia pela leitura do artigo 226, §3º cuja redação indica a possibilidade de conversão da união estável em casamento e institutos iguais não se convertem em outros.

Apesar disso, se há possibilidade de conversão de um para o outro, há que se reconhecer que ambos têm o mesmo objetivo, qual seja, a constituição de uma entidade familiar. Nesse sentido, cabe ressaltar que os impedimentos para o casamento, constantes nos incisos I a V e VII do art.1.521 CC/02 são aplicáveis à união estável nos termos do §1º do art. 1.723 do mesmo códex.

Aplica-se a mesma regra de impedimento às uniões estáveis visto que estas só serão válidas se puderem ser convertidas em casamento. Ressalvando a segunda parte do §1º do art.1.723 do Código Civil que relativiza o impedimento se um dos indivíduos for casado, mas estiver separado de fato ou juridicamente. Alguns doutrinadores defendem que, diferentemente da situação de casamento, pessoas separadas de fato podem constituir união estável de acordo com a Emenda 66/2010, a Emenda do Divórcio.¹⁶¹ Cabe salientar, ainda, que a questão é controversa, devido ao fato de que pode haver confusão patrimonial, pois vigera um casamento e uma união estável simultaneamente aos olhos do Estado.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso

¹⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.50.

¹⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 382*. A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 17 de ago. 2016.

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 324.

VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.¹⁶²

Ressalta-se que a lei traz a não incidência das causas suspensivas que resultariam em regime obrigatório de separação de bens. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já tem entendimento favorável à aplicação do parágrafo em questão.¹⁶³

Quanto ao regime de bens, da mesma forma que no casamento, por analogia, pode ser escolhido por pacto antenupcial pelo casal.¹⁶⁴

Quanto à natureza jurídica, aponta-se que o pacto de convivência, o qual declara a existência da União Estável é contrato que rege relações patrimoniais do Direito de Família.¹⁶⁵

Dessa forma, complementarmente, Tartuce¹⁶⁶ traz uma importante observação: *“não se olvide que a União Estável, como ato ou negócio jurídico, exige capacidade e discernimento das partes, sob pena de sua nulidade ou inexistência.”* Tornando, dessa forma, inviável a união estável de pessoa que antes era absolutamente incapaz e agora será relativamente incapaz, pois negócio jurídico só será válido se praticado por agente capaz, conforme inciso I do art.104 e inciso I do art.166 do Código Civil. Tal conclusão é possível, pois a situação fática é que a pessoa em questão não teve sua essência modificada, continua sendo absolutamente incapaz.

¹⁶² BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 327.

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

¹⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60

¹⁶⁶TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 327.

3.2.DO REGIME DE BENS

Conceitua-se regime matrimonial como sendo as regras relacionadas a interesses patrimoniais e econômicos resultantes da entidade familiar.¹⁶⁷

O ordenamento jurídico brasileiro permite que haja plena liberdade na escolha do regime de bens no casamento, combinar características de vários regimes, desde que não infrinja nenhum dispositivo legal ou de ordem pública. Somente será válida se não houver vício de vontade dos nubentes.¹⁶⁸ Esta autonomia será exercida por meio de pacto antenupcial, conforme preceitua o artigo 1.639 do CC/02:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.¹⁶⁹

Apesar de ser perfeitamente possível a escolha de um regime atípico, há de se respeitar o princípio de indivisibilidade do regime de bens, ou seja, o casal terá um único regime. Não há possibilidade de um regime servir para um consorte e não servir para o outro. Caso estipulado dessa forma ele será nulo de pleno direito.¹⁷⁰

Em meio a essa ampla autonomia concedida aos casais, o Código determina uma parcela da população que será impedida de exercê-la quando institui o regime de separação obrigatória de bens, nos termos do art.1.641.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.¹⁷¹

Busca-se, por seu intermédio, a proteção de determinadas pessoas no que tange ao seu patrimônio e isso é resultado de um “patrimonialismo exagerado”.¹⁷² As

¹⁶⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.128.

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.129.

¹⁶⁹ BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016

¹⁷⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 130.

¹⁷¹ BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 9 de junho de 2016

¹⁷² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 142.

limitações ao regime patrimonial do casal configuram inconstitucionalidades visto que para a união estável não há qualquer previsão neste sentido.¹⁷³

Quanto à primeira previsão do referido artigo, de separação obrigatória, defende-se a tese de que é um tipo de sanção do Estado àqueles que não deveriam se casar (arrolados no art. 1.523 CC/02) e por teimosia o fizeram.¹⁷⁴

Já no caso da segunda hipótese, a mais polêmica, implica restrição ao septuagenário. O legislador não conseguiu sustentar sua tese protetiva que, supostamente, seria voltada ao idoso, que visa salvaguardá-lo de um potencial “golpe do baú”, aparentando que almeja resguardar o direito de herança dos herdeiros da pessoa viva que, em sua opinião, não é nada plausível¹⁷⁵.

A limitação em tela foi discutida na I Jornada de Direito Civil, em que juristas editaram o Enunciado nº. 125 do CJF/STJ, o qual fundamenta o porquê deste artigo ser inconstitucional:

125 – Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. Proposta: revogar o dispositivo. Justificativa: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.¹⁷⁶

Entende-se que a restrição imposta ao septuagenário é norma de preconceito quando deveria ser norma de tutela. Para sustentar tal tese baseia-se no fato de que

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 231.

¹⁷⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257.

¹⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

¹⁷⁶JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília. Brasília: CFJ, 2002. Enunciados aprovados, nº 125. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > Acesso em: 08 de jun. 2016.

a norma deixa de considerar o idoso como um indivíduo habilitado a exercer seus direitos assim que completa 70 anos. Como se o primeiro raio de sol de seu aniversário mudasse completamente o indivíduo e seu discernimento,¹⁷⁷ sendo que a idade avançada, por si só, não implica incapacidade.¹⁷⁸

Sobre isso, defende-se que, enquanto estiver vivo, qualquer indivíduo pode casar-se com quem lhe convier, pois se trata de sua autonomia privada.¹⁷⁹

Há diversos projetos de lei tramitando neste momento, no Congresso Nacional, que visam modificar de alguma forma essa restrição, seja aumentando a idade, seja abolindo de vez a limitação. Esta última mudança foi proposta no projeto de lei que quer instituir o Estatuto das Famílias (PL 6583/13).

Cabe recordar que já houve majoração desta idade de 60 para 70 anos, por meio da Lei 12.344/10, devido à elevação da expectativa de vida do brasileiro.

De fato, no caso do septuagenário trata-se de uma vedação desnecessária e uma flagrante afronta à dignidade da pessoa humana pelo fato de ser uma pessoa capaz que, de uma hora para outra, tem seus direitos limitados por ato que beira a liberalidade.

Por outro lado, considere-se o caso dos indivíduos absolutamente incapazes e que vieram a ser classificados como relativamente incapazes por ficção jurídica consubstanciada no texto do novo Estatuto. Para essas pessoas, poderia ser uma solução usar a citada analogia nesta lacuna legislativa. Os argumentos que levam a crer que a restrição ao septuagenário é inconstitucional são todos contestados, quando aplicados no caso do novo relativamente incapaz, tornando, assim, viável a aplicação.

Nesse caso, não se trata de tolher a pessoa de exercer sua vontade, mas de proteger uma pessoa que se pressupõe vulnerável e cuja autodeterminação é reduzida ou inexistente. Ora, a lei a tornou plenamente capaz, mas sua condição não se modificou. Ela continua sem habilidades suficientes para exercer seus direitos. Trata-se de um indivíduo que de fato é vulnerável e que pode ser facilmente

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

¹⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: 2013. p. 327.

¹⁷⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

ludibriado por terceiro de má-fé que, valendo-se da sua fragilidade, possa se apropriar de seu patrimônio.

Há que se ressaltar que o rol do art. 1.641 do Código Civil é taxativo por versar sobre limitação a uma autonomia de vontade. Todavia, existindo um vazio na lei que dificulte a função jurisdicional, a analogia é um método interpretativo que poderia ser utilizado, pois o juiz, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e no caput do art.140 do CPC de 2015, não poderá se eximir de decidir em decorrência de lacuna ou obscuridade na lei.

Dessa forma, a limitação do regime não seria tão inadequada visto que a pessoa já teria uma dificuldade de se expressar de maneira plena, o que dificultaria, por exemplo, uma outorga uxória ou marital, no caso de um contrato de fiança realizado pelo outro cônjuge. Tal ponto de vista poderia ensejar questionamentos sobre estar limitando o direito, uma autonomia de um sujeito em detrimento de um direito de seu cônjuge. Entretanto, em se tratando de casamento ou união estável, há de se respeitar o princípio de indivisibilidade do regime de bens, ou seja, o casal terá um único regime. Não há possibilidade de um regime servir para um consorte e não servir para o outro.¹⁸⁰

No que tange ao septuagenário, só não será imposto o regime de separação obrigatória quando o casamento for resultado de uma conversão de união estável anterior em matrimônio.¹⁸¹ Conforme enunciado n. 261 da III Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

261 – Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.¹⁸²

Foi sugerido, como outra forma que vise sanar esse conflito, que se possa haver um pacto antenupcial, sendo exigida a presença do curador para que o ato

¹⁸⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 130.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. ed. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257.

¹⁸² JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004, Brasília. Brasília: CFJ, 2004. Enunciados aprovados, nº 261. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > Acesso em: 08 de jun. 2016.

seja válido.¹⁸³ Esta solução é inadequada para o caso, pois se transformaria em um pacto selado por vontades ou de dois curadores ou de um curador com o outro nubente. Dessa forma, não estaria sendo respeitada a autonomia da vontade dos nubentes que o próprio ato exige.

Outra questão a ser levantada que também é de grande relevância é a questão de a curatela subsistir, ou não, ao casamento. O Código Civil estabelece que o curatelado não deve se casar com seu curador, conforme previsto no inciso IV, do art.1.523, *in verbis*:

Art. 1.523. Não devem casar:
IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.¹⁸⁴

Importa salientar que, nesse caso, não há que se questionar se está em desacordo com a abrangência da curatela proposta pela LBI, pois, é possível depreender, da leitura do inciso em questão, que o motivo o qual enseja anulabilidade do casamento é patrimonial. Essa conclusão é fundamentada no trecho “não estiverem saldadas as respectivas contas”.

Ressalva feita, voltemos ao conflito: se uma pessoa curatelada se casa com um indivíduo plenamente capaz, como vai ser a relação com o curador? A figura ainda vai existir? O curador passa a ser o cônjuge? Ou em um caso ainda mais extremo, se dois relativamente incapazes se casarem ou tiverem união estável, vai ser uma relação a 4, os nubentes e seus respectivos curadores?

Tentando sanar algumas dessas indagações, Zeno Veloso¹⁸⁵ propõe a aplicação da teoria da inexistência do negócio jurídico. Implica dizer que um negócio jurídico praticado sem expressão da vontade de uma das partes inexistente, não

¹⁸³ DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. *Repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência (lei 13146/2015), nas legislações Civil e Processual Civil*. Revista do Direito Privado, São Paulo, v.66, p.?, abr./jul. 2016

¹⁸⁴ BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016

¹⁸⁵ VELOSO, Zeno. Estatuto da pessoa com deficiência: Uma nota crítica. Acesso em 18/8/2016 disponível em <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>

produzindo efeito jurídico algum. Essa teoria evita a hipótese de uma pessoa em coma se casar, pois apesar de plenamente capaz, conforme a nova teoria de incapacidades, não tem a mínima condição de expressar sua vontade.

Sem que haja depreciação da legislação protetiva da pessoa com deficiência, infere-se que esta não é autoaplicável e que o legislador poderia ter sido mais prudente ao tratar de um assunto tão delicado, que tem grande relevância e que em alguns pontos, simplesmente, não foram recepcionados pelo ordenamento jurídico, por incongruência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que despertou o desejo de estudar o tema deste trabalho foi uma palestra ministrada pelo Professor Nelson Rosenvald. No início, tinha-se uma ideia mais humanista do tema, no sentido de conceder autonomia plena a todos os indivíduos que possuíssem limitações. Entretanto, ao longo da pesquisa, à medida que se estudava o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema, de forma mais crítica, foi percebido que existem ideais que podem ser intangíveis e são incompatíveis com a realidade jurídica e, até mesmo fática.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência –CDPD- abriu os olhos do mundo para o fato de que não só o indivíduo tem uma deficiência, mas também a sociedade, que não está apta a receber esse indivíduo e colocou em pauta a importância de sanar esse problema. Indubitavelmente, foi um grande e atrasado passo, tendo em vista que a população com deficiência sempre existiu e sempre foi numerosa. No entanto, postergar algo que exige um pouco mais de trabalho é mais fácil que desenvolver soluções. E ainda, apesar de toda a demora em concretizar essas normas diretrizes, reafirmadas no nosso ordenamento pela LBI, demandará tempo para que a sociedade desenvolva meios para concretizá-las.

Assim, com o advento da lei, os operadores do direito, por exemplo, depararam-se com uma revolução na Teoria das Incapacidades, que é a base que sustenta toda a questão civil do indivíduo em um momento que todo o foco estava nas alterações monumentais trazidas pelo Código Processual Civil de 2015. Neste contexto, magistrados, promotores, advogados, ao perceberem o que havia passado, tentam aplicar a lei, mas percebe-se que está havendo grande dificuldade. A falta de diretrizes para aplicação da nova lei fica evidenciada nas decisões prolatadas pelos juízes que acabam por desconsiderá-la e, conseqüentemente, não aplicá-la. O intuito seria a aplicação da lei mais benéfica para não prejudicar um indivíduo que não deixou de ser absolutamente incapaz, mas que por ficção jurídica, deixou de ser e que, por isso, por exemplo, tem uma prescrição correndo em seu desfavor ou não pode receber um benefício previdenciário de responsável falecido. Infere-se, então, que esta revolução foi um ato precipitado e equivocado do legislador, haja vista que o próprio autor da lei, propôs um substitutivo para repará-la.

Viu-se, também, que o Estatuto, ao mesmo tempo em que prega, insistentemente, a promoção da autonomia dos indivíduos com deficiência, não nega que há, dentre estes, pessoas que poderão ser submetidas à curatela. Entretanto, a Lei 13.146/15 limita a abrangência daquela e instrui que, sob sua égide, só estarão atos patrimoniais.

Sabe-se que era um costume o curador cuidar do curatelado como se não fosse ser humano. Há relatos de que a própria sentença prolatada ao fim do antigo processo de interdição já permitia que o curador levasse o curatelado a uma clínica para que fosse esterilizado. Temia-se que por terem uma deficiência, toda a sua descendência também teria. Neste sentido, a alteração percebe estes indivíduos como seres humanos que devem ser respeitados, pois, apesar de não poderem realizar atos negociais, são pessoas. Portanto, elas têm personalidade jurídica que é suficiente para ser reclamante de direitos fundamentais.

É possível que o legislador tenha buscado com essa limitação do alcance da curatela, preservar os direitos inatos, relacionados à capacidade de direito. Entretanto, importa recordar que a curatela não despe o indivíduo de sua capacidade de direito.

Contudo, existem atos civis, como os abarcados neste trabalho – casamento e União Estável – dos quais não há possibilidade de desvincular o aspecto patrimonial do afetivo. Em face de questões como estas, há que se desenvolver formas que permitam que a pessoa com deficiência tenha sua dignidade preservada, mas que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, foi proposta a aplicação da analogia de restrição de escolha de regime de bens, imposta ao septuagenário, ao caso da pessoa que tem discernimento reduzido, como forma de proteção. Importa constar que, cuida-se de medida paliativa e provisória, pois o ideal seria que o projeto de lei fosse prontamente aprovado para corrigir estas distorções decorrentes da lei.

Essa limitação proposta deve ser considerada legítima, pois se trata de uma intervenção Estatal no âmbito familiar que visa a proteção da família e do indivíduo. Esse indivíduo foi desprotegido em decorrência de uma lei, então estas sugestões almejam restaurar um desequilíbrio caudado pelo próprio Estado ao desempenhar sua função legiferante.

O Casamento e a União estável são negócios jurídicos *suis generis*. Implica dizer que eles têm requisitos a serem respeitados como condição de existência, têm efeitos patrimoniais decorrentes, mas seu objetivo é a constituição de uma família.

Com base nas características contratuais desses institutos, há autores que, de pronto, afirmam que nos casos dos nubentes não possuem discernimento suficiente para manifestar sua vontade, o negócio jurídico sequer existe. Trata-se de outra medida paliativa, para aplicação do Estatuto enquanto não for aprovado o substitutivo.

Não se quer com isso dizer que a lei só prejudicou o indivíduo que pode ser submetido à curatela, ao revés, a lei trouxe a previsão de que, em um processo de curatela, a pessoa deverá passar por uma equipe interdisciplinar para que possa ser analisada e tenha uma sentença individual que abarque suas habilidades e déficits. O problema é que o Poder Judiciário ainda não possui essa estrutura em todas as Varas de Família do Brasil, tampouco foi concedida a prerrogativa de prazos maiores e mais flexíveis aos juízos competentes para que todo esse trabalho individualizado seja feito com maestria. Resulta que os julgadores terão que continuar exercendo suas funções jurisdicionais com os instrumentos que têm em mãos, o que acarretará em que o ser humano tenha que passar, novamente, por um exame.

As necessidades são antigas, mas a legislação é tenra no que diz respeito ao seu tempo de vigência. Ademais, o Brasil ainda tem uma longa jornada para implementar toda a estrutura que o Estatuto demanda.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 204 - 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no Direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, p. 165-18, jan./mar. 2014.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Painel Sobre a proteção das pessoas com deficiência no Brasil: a aparente insuficiência da Constituição e uma tentativa de diagnóstico. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. (Org.). *Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p.500-510.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol40>> Acesso em: 10 ago. 2016.
- BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 57, n.1493, p.69 - 94, jan./mar. 2014.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. 7. ed. Recife: Rio, 1976.
- BRAGA, Felipe Fritiz. Transversatilidade na aplicação do Estatuto: os desafios dos poderes; capacidade civil. In: SEMINÁRIO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA , 2016. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o6yZQ4AgM-Y>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 22 de ago. de 2016
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016
- BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui Lei Brasileira de inclusão de Pessoas com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de nov. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 382*. A vida em comum sob o mesmo teto, “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 17 de ago. 2016.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: parte geral*. Institutos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm , 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona . *Novo curso de direito civil: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília. Brasília: CFJ, 2002. Enunciados aprovados, nº 125. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > Acesso em: 08 de jun. 2016.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004, Brasília. Brasília: CFJ, 2004. Enunciados aprovados, nº 261. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 08 de jun. 2016.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. *Interdição e curatela no novo CPC à luz da Dignidade da pessoa humana e do Direito Civil constitucional*, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>> Acesso em: 20 de ago. 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; pessoas físicas e jurídicas*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações da vontade*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: direito de famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROSENVALD, Nelson. *Em 11 perguntas: tudo que você precisa saber para conhecer o Estatuto da pessoa com deficiência*, 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=148015370230231&id=1407260712924951&substory_index=0> Acesso em: 15 nov. 2015.

ROSENVALD, Nelson. Humanização da curatela no novo CPC. Brasília: UniCEUB, 27 ago. 2015. *Palestra* proferida aos alunos e professores do UNICEUB.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015.

Seminário Estatuto da Pessoa com Deficiência (LBI): Desafios para a concretização de direitos. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o6yZQ4AgM-Y>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade:* parte I. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações.* São Paulo: Método, 2015.

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://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>> Acesso em: 10 ago. 2016.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities.* Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>>. Acesso em 10 nov. 2015.

VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica.* Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>> Acesso em; 18/8/2016