

Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades

Eduardo NUNES DE SOUZA*

Rodrigo DA GUIA SILVA**

RESUMO: O presente estudo parte de uma perspectiva funcional da invalidade dos negócios jurídicos, que autoriza ao intérprete modular as consequências do regime jurídico da nulidade ou anulabilidade legalmente previsto, por meio de um juízo fundamentado de merecimento de tutela dos efeitos produzidos pelo ato e dos interesses concretamente envolvidos. No caso dos atos praticados por pessoa com deficiência mental, que passou a ser considerada plenamente capaz no direito brasileiro, sustenta-se a necessidade de avaliar sua validade em concreto, de acordo com o discernimento e a vulnerabilidade apresentados pelo agente. Toma-se como norte o imperativo de proteção da pessoa humana, a conduzir a atividade interpretativa independentemente da existência de regime de curatela.

PALAVRAS-CHAVE: Atos jurídicos; invalidade; incapacidade; pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Estrutura e função das invalidades negociais; – 3. Fundamento jurídico da invalidade negocial decorrente da incapacidade do agente; – 4. Por uma efetiva proteção da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual em matéria de invalidade negocial; – 5. Síntese conclusiva; – 6. Referências.

ENGLISH TITLE: *Autonomy, Discernment and Vulnerability: a Study on Legal Acts' Invalidities in the Light of the New Incapacities System.*

ABSTRACT: *This study relies on a functional perspective of legal acts' invalidity, which authorizes the interpreter to modulate the consequences of a legally established regime of nullity or annullability by means of a rational judgment of worthiness of the effects produced by the act and the concretely involved interests. In the case of acts produced by a mentally disabled person, who is currently considered fully capable in the Brazilian civil law order, this work sustains the necessity of evaluating their validity in concreto, in accordance to the discernment and the vulnerability that the agent presents. Such an approach is guided by the imperative protection of the human person, so that the interpretation activity can be accomplished even in the absence of a curatorship regime.*

KEYWORDS: *Legal acts; invalidity; incapacity; psychically or intellectually disabled person.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Structure and function of legal acts' invalidities; – 3. Legal basis of a legal act's invalidity due to its agent's incapacity; – 4. Towards an effective protection of the psychically or intellectually disabled person in the field of legal acts' invalidity; – 5. Conclusion; – 6. References.*

* Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Assessor jurídico do TJERJ. *E-mail:* eduardo.nunesdesouza@yahoo.com.

** Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Advogado. *E-mail:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

1. Introdução

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988, não é incomum que o civilista ainda se depare com institutos pouco sensíveis ao projeto personalista do texto constitucional. Este parece ser o caso da teoria das incapacidades – tradicional reduto do pensamento estruturalista no direito civil que, em sua configuração binária, costuma reduzir o problema da proteção de pessoas com discernimento limitado à criação de duas espécies de castas incommunicáveis: capazes e incapazes.¹ Trata-se de inadmissível simplificação da questão. De fato, a complexidade da mente humana põe em xeque a antiquada noção segundo a qual a falta de discernimento afetaria do mesmo modo a aptidão para a realização de todo e qualquer ato da vida civil sem qualquer gradação, em uma mudança de perspectiva que já foi denominada “a revanche da vida” sobre as regras jurídicas.²

Se a incapacidade por razão etária ao menos permite ao indivíduo uma espécie de libertação desse sistema uma vez alcançada a maioridade civil, o mesmo não podia ser dito na maior parte dos casos de pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, comumente vítimas de nefastas interpretações, pretensamente *jurídicas*, que confundiam a necessária restrição à prática pessoal de certos atos com a negação plena de sua autonomia. Originalmente inspirada por uma função protetiva, a incapacidade civil que se atribuía a essas pessoas acabava por ser degenerada em uma espécie de desconsideração do *status personae*, que aprisionava o indivíduo em um sistema despreparado para lidar com os diferentes graus de discernimento que poderiam conviver com a deficiência psíquica ou intelectual.³

¹ Cuida-se aqui do raciocínio descrito por Stefano RODOTÀ como a “lógica binária da alternativa seca entre o sim e o não, entre a capacidade e a incapacidade” (*La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Roma: La Feltrinelli, 2006, p. 28. Tradução livre).

² Em emblemática passagem, pondera Stefano RODOTÀ: “A revanche da vida começa quando se coloca de cabeça para baixo a impostação que vê na pessoa quase exclusivamente o sujeito econômico e identifica a sua capacidade de tomar decisões substancialmente com a capacidade patrimonial. A consideração integral da personalidade, e assim a plenitude de vida, quebram esse esquema, impõem considerar na concretude do real, caso a caso, as situações nas quais se pode e se deve atribuir relevância à vontade de quem, de outra forma, seria considerado incapaz. Não basta, assim, a identificação preventiva de uma figura abstrata de incapaz. É preciso considerar a pessoa através de uma contínua série de facetas, ora reconhecendo-lhe capacidade autônoma de decisão, ora acompanhando-lhe com formas de apoio [*sostegno*]. [...] E a categoria fechada dos enfermos de mente, os excluídos por definição, releva a possibilidade de um agir autônomo graças a formas de apoio que os acompanham em momentos particulares da existência. A atenção crescente para as ‘situações de natureza existencial’ abre a porta a novos equilíbrios jurídicos” (*La vita e le regole*, cit., pp. 27-28. Tradução livre).

³ Nesse sentido, aduz Pietro PERLINGIERI: “Todo homem, enquanto tal, é titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 781).

Para além da invisibilidade política e da marginalização social que infelizmente acompanham as deficiências da mente,⁴ do ponto de vista jurídico a técnica das incapacidades permanecia alheia, até relativamente pouco tempo, à própria evolução da ciência. O codificador de 2002 pareceu atrelado, em larga medida, à figura que o Código Civil anterior designava como *louco de todo gênero*, isto é, o indivíduo acometido de uma enfermidade mental manifesta e perigosa para terceiros – no jargão da mais tradicional doutrina civilista, o *louco furioso*. Por trás de suposta naturalidade na caracterização da incapacidade ocultava-se uma escolha injusta entre a restrição total ou a completa falta de proteção aos enfermos mentais – em verdade, muito mais creditável à rigidez do sistema do que à própria natureza.⁵

Contudo, a doutrina mais atenta ao imperativo de tutela da pessoa em sua concreta vulnerabilidade já identificava a necessidade de se graduar a técnica jurídica da incapacidade, respeitando-se, tanto quanto possível, a autonomia individual, particularmente em matérias existenciais.⁶ Tanto no Brasil quanto em outros ordenamentos, cresciam as propostas de ampliação da autonomia reconhecida aos incapazes, inclusive (e particularmente) às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, evitando-se o paternalismo desnecessário e comumente injusto que tantas vezes desconsiderava por completo a vontade do incapaz.⁷ Premido pelo crescente despertar da comunidade internacional a respeito da situação das pessoas com deficiências mentais, porém, recorreu o legislador brasileiro, em busca de promover a

⁴ A questão da deficiência mental, não por acaso, também é objeto da filosofia política. A título meramente ilustrativo, cite-se a análise de Martha NUSSBAUM, que destaca como a tradição contratualista associa a respeitabilidade social à produtividade do indivíduo, bem como lembra a relevância da racionalidade para a própria noção de pessoa na tradição kantiana (*Frontiers of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 156-160). A deficiência mental (*mental impairment*) não apenas exige a reconstrução da noção de acordo racional insita ao contrato social (Ibid., pp. 145-154) como também repercute em questões de reconhecimento e de distribuição de bens sociais (Ibid., p. 168 e ss.).

⁵ Como alerta RODOTÀ, “[...] a loucura remete a uma alteração de uma normalidade cujas características são exatamente ditadas pela natureza”, de modo que “[N]ão seria, então, o direito a excluir, mas a natureza própria do sujeito ao qual se refere a exclusão” (*La vita e le regole*, cit., p. 28. Tradução livre).

⁶ Propõe Pietro PERLINGIERI “[...] privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’. Quando concretas, possíveis, ainda que residuais, faculdades intelectuais e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício das expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 781-782).

⁷ “Trata-se agora de reconhecer esse andamento irregular da vida, substituindo um direito que já decidiu uma vez por todas por uma disciplina que reconhece e acompanha a variedade das situações concretas, fazendo de vez em quando emergir aquelas nas quais pode assumir relevo a vontade da pessoa que, de outra forma, seria reputada incapaz. [...] Nasce, assim, um direito fático, que não afasta de si a vida, mas busca penetrá-la; que não fixa uma regra imutável, mas desenha um procedimento para o contínuo e solidário envolvimento dos sujeitos diversos; que não substitui à vontade do ‘débil’ o ponto de vista de um outro (como quer a lógica do paternalismo), mas cria as condições para que o ‘débil’ possa desenvolver um ponto de vista próprio (segundo a lógica do apoio)” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*, cit., p. 28. Tradução livre).

inclusão social dessas pessoas, a uma solução tão radical quanto a do codificador: reformando o sistema das incapacidades, estipulou, com a Lei n. 13.146/2015, que passariam a ser consideradas plenamente capazes na ordem civil. Movido por um nobre propósito, tomou a academia jurídica de assalto, ao modificar um dos pilares da teoria geral do direito civil, com repercussões cujos exatos contornos apenas a prática quotidiana poderá demonstrar.

A mudança, porém, não poderia ser mais oportuna para motivar o debate quanto à verdadeira questão subjacente à incapacidade: o necessário controle valorativo dos atos de autonomia privada. O problema de se reconhecer validade aos atos da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual (ou a quaisquer outros atos de autonomia privada), como este estudo buscará demonstrar, é sempre o problema de se avaliar a compatibilidade dos efeitos desse ato com a axiologia do sistema. É sob esse prisma, portanto, que o novo *status* jurídico da pessoa com deficiência mental deve ser tratado: sem romantizações ou maniqueísmos, mas sim como uma oportunidade de aplicação dos valores do sistema e, particularmente, de promoção da dignidade humana por intermédio do instrumento técnico da validade negocial.

2. Estrutura e função das invalidades negociais

A configuração moderna da noção de autonomia privada implica uma tensão permanente para o direito civil. Por um lado, o reconhecimento de tutela jurídica aos atos particulares importa a admissão de sua aptidão para produzir efeitos igualmente jurídicos, que se traduzem em situações subjetivas.⁸ De outra parte, a constatação de que tais efeitos emanam de fatos sociais (ditos fatos jurídicos em sentido estrito) e não de fontes como a lei, a jurisprudência ou o costume cria o problema de sua legitimidade.⁹

⁸ Segundo PERLINGIERI, “toda situação é efeito de um fato, ou seja, encontra a sua origem em um fato, natural ou humano, juridicamente relevante” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 669). Cf. José de Oliveira ASCENSÃO: “A valoração jurídica dos casos concretos implica a produção de consequências jurídicas. Essas consequências jurídicas traduzem-se justamente na modelação de situações jurídicas” (*Direito civil: teoria geral*, vol. III. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 11). No direito pátrio, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.

⁹ Por muito tempo, controverteu-se a doutrina quanto à chamada *teoria preceptiva* do negócio jurídico, que sustentava ser o negócio fonte criadora de normas jurídicas. Exponente da teoria, Emilio BETTI afirmava: “o negócio contém, e é, essencialmente, um estatuto, uma disposição, um preceito da autonomia privada, dirigido a interesses concretos próprios de quem o estabelece [...]. A declaração tem, portanto, natureza preceptiva ou dispositiva, e por conseguinte caráter vinculativo” (*Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 90). Em sentido contrário, aduzia Salvatore PUGLIATTI: “qualquer fenômeno jurídico não pode ser considerado como um fenômeno pré ou meta jurídico ao qual se acrescenta uma simples veste jurídica. Mas sim como uma síntese na qual o que preexiste à valoração jurídica pode ser considerado como elemento material, que adquire uma particular existência e um particular significado em virtude do elemento formal, proveniente do direito” (*I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 56).

Como colocar o inteiro sistema jurídico e seu aparato coercitivo à disposição da tutela de situações subjetivas criadas pela vontade individual? Como aferir a compatibilidade dos efeitos criados pelos atos particulares com o ordenamento jurídico? A resposta, que nasceu geminada com a própria tutela da autonomia privada, reside no princípio da legalidade, em sua acepção privatista.

A noção original de legalidade determinava que os atos particulares deveriam submeter-se a um controle negativo de legitimidade, de índole estrutural: aqueles atos cuja realização não fosse vedada pela ordem jurídica poderiam produzir efeitos juridicamente tuteláveis.¹⁰ A evolução da hermenêutica jurídica exigiria a criação de novas instâncias de controle, que envolvessem também uma verificação de compatibilidade funcional e valorativa desses atos com o ordenamento (o que se efetivou pela vedação à figura que ficaria conhecida como abuso do direito) e, mais contemporaneamente, também um controle funcional positivo, que privilegiasse, em caso de atos particulares conflitantes, aquele que melhor promovesse os valores do sistema (o que se pode designar como merecimento de tutela em sentido estrito, verdadeiro estágio atual do princípio da legalidade no direito civil).¹¹

Nessa direção, em perspectiva civil-constitucional, ao se considerar que todos os fatos sociais correspondem ao exercício de uma liberdade garantida pelo Direito (e não de uma liberdade pré-jurídica),¹² constata-se que a autonomia privada apenas será tutelada onde (e na medida em que) não apresentar antijuridicidade, vale dizer, não implicar quaisquer contrariedades ao ordenamento.¹³ Algumas dessas contrariedades apenas podem ser verificadas, por sua própria natureza funcional, no momento da concreta produção de efeitos. Assim, por exemplo, o exercício abusivo do direito não pode ser apreciado em tese, mas apenas diante do efetivo exercício pelo titular de uma situação jurídica. Analogamente, no caso de duas pretensões individuais antagônicas, ambas lícitas e não abusivas, apenas diante dos interesses concretamente envolvidos é possível decidir qual será merecedora de tutela.¹⁴

¹⁰ A respeito da diferença de conteúdo do princípio da legalidade no direito público e no direito privado, cf., dentre muitos outros, BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. *Temas de direito constitucional*, t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 165-170.

¹¹ Sobre a evolução do princípio da legalidade em direção ao controle da abusividade e do merecimento de tutela, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

¹² Trata-se de pressuposto da escola civil-constitucional, como leciona Pietro PERLINGIERI: “[...] os chamados fatos ‘juridicamente irrelevantes’, na verdade, ou são fatos relevantes (como o exercício de liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 640).

¹³ Cf. PERLINGIERI, Pietro. Il diritto di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010, p. 187.

¹⁴ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., pp. 100 e ss.

Outros mecanismos de controle valorativo da autonomia privada, porém, combinam o sempre presente controle funcional com um (não menos importante) controle estrutural, que corresponde mais fielmente à noção original de legalidade e, assim, admite uma aferição realizada em abstrato. Nessa seara inserem-se os atos ilícitos (aqui entendidos como quaisquer atos que contrariem vedações expressas do ordenamento, em acepção mais ampla do que a figura prevista pelo art. 186 do Código Civil) e, particularmente, os atos jurídicos inválidos.¹⁵ De fato, também a categoria da invalidade costuma ser considerada um instrumento de valoração dos atos de autonomia privada, que os avalia em sua própria gênese, a partir da aferição do preenchimento ou não de certos requisitos pela sua estrutura¹⁶ – requisitos que, para o legislador, seriam necessários e suficientes para denotar a legitimidade dos efeitos jurídicos que o ato se destina a produzir.¹⁷

Longe de consistirem em simples imposição arbitrária do ordenamento aos atos de autonomia privada, tais requisitos podem ser compreendidos, contemporaneamente, como pressupostos mínimos cuja observância permite ao legislador presumir que, na normalidade dos casos, os efeitos a serem produzidos poderão ser reconhecidos pelo ordenamento, isto é, podem ser revestidos de juridicidade e exigibilidade.¹⁸ O papel desempenhado pelas invalidades, nesse sentido, não é meramente o de investigar a presença ou a ausência de certos vícios na estrutura original de um ato jurídico, mas sim o de sinalizar para o intérprete uma presunção de legitimidade ou ilegitimidade das situações jurídicas que costumam decorrer de atos que apresentam ou não tais defeitos genéticos. É da aprovação pelo sistema dos efeitos que potencialmente decorrerão de cada ato jurídico que trata o legislador ao dispor sobre sua validade.¹⁹

¹⁵ A associação entre a invalidade e a noção de ilicitude (no sentido de antijuridicidade), algo controvertida em doutrina, já era reconhecida por autores como Francesco FERRARA, que lecionava: “Um negócio em choque com uma vedação civil é um negócio ilícito” (*Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1902, p. 3. Tradução livre).

¹⁶ MENEZES CORDEIRO considera a nulidade “uma falha estrutural do negócio” (*Tratado de direito civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 924), a ressaltar sua vinculação ao perfil estático do ato negocial. Nesse sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma sobre a invalidade do negócio jurídico “que a sua configuração vai prender-se à sua estrutura” (*Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2016, p. 528).

¹⁷ No direito italiano, por exemplo, afirma Guido ALPA: “Na linguagem jurídica, esse termo [validade] e o seu contrário [invalidade] tem um significado técnico preciso: o contrato e, de modo mais geral, o negócio [...] não é válido quando não responde aos requisitos indicados pela lei” (*Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006, p. 120. Tradução livre). Na doutrina francesa, já se encontra na obra de AUBRY e RAU a definição: “a nulidade é a invalidade ou a ineficácia de que um ato é atingido como contravenor de um comando ou de uma vedação da lei” (*Cours de droit civil français*, t. 1^{er}. Paris: ILGJ, 1869, p. 118. Tradução livre). No direito brasileiro, v. Orlando GOMES: “Negócio nulo é o que se pratica com infração de preceito legal de ordem pública” (*Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 423).

¹⁸ Leciona Pietro PERLINGIERI: “A juridicidade traduz-se no poder de realizar ou de exigir que outros realizem (ou que se abstenham de realizar) determinados atos e encontra confirmação em princípios e em normas jurídicas” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 672).

¹⁹ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016, *passim*.

A *contrario sensu*, presumem-se contrários ao sistema os efeitos decorrentes de atos que não preenchem todos os requisitos de validade, motivo pelo qual se sustenta com frequência que tais efeitos “sequer chegaram a ser produzidos” (em se tratando de atos nulos) ou que podem ser desfeitos a pedido do interessado (no caso dos chamados atos anuláveis), a depender do nível de reprovação pelo ordenamento. Como se percebe, embora se trate de uma análise deflagrada por vícios originários do ato, isto é, verificados em abstrato apenas sobre a estrutura do mesmo, ainda se está diante de uma análise valorativa – ainda que restrita, em um primeiro momento, aos limites ínsitos à natureza geral e abstrata da norma legislada. De acordo com a valoração das situações jurídicas normalmente decorrentes de atos com tais ou quais vícios, prevê o legislador os regimes da nulidade e da anulabilidade, com consequências específicas e suficientes, na generalidade dos casos, para regular esses efeitos.²⁰

Nas mais variadas áreas do direito civil, porém, progressivamente se constata a insuficiência da análise exclusivamente estrutural e *a priori* do direito para um efetivo controle valorativo da autonomia privada à luz da legalidade constitucional.²¹ Em matéria de invalidade dos atos jurídicos, a necessidade de uma análise funcional e dinâmica implica que a valoração dos efeitos concretamente produzidos por certos atos (em princípio) inválidos possa justificar um tratamento jurídico diferenciado em relação ao abstrato regime previsto para a nulidade ou a anulabilidade negocial,²² à luz de um juízo de merecimento de tutela dos valores e interesses concretamente envolvidos.²³ Compreendidas as causas legais de invalidade como juízo abstrato feito pelo legislador sobre os prováveis efeitos a serem produzidos por certos atos, parece lógico concluir que esse juízo pode e deve ser completado em concreto pelo intérprete, a quem se autoriza

²⁰ Caio Mário da Silva PEREIRA reconhecia o valor da teoria clássica das nulidades, mas recomendava “bom senso” em sua aplicação: “o que se deve ter presente é que os conceitos tradicionais ainda são e devem ter-se por constitutivos de um sistema conveniente. Tem dado bons resultados, bastando comedimento e bom senso na sua aplicação” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., pp. 541-542).

²¹ Sustenta PERLINGIERI: “Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que propõe a realização de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor [...]” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 591).

²² Com efeito, René JAPIOT, um dos expoentes da teoria crítica das nulidades negociais na França, denunciava a artificialidade do sistema clássico – que, segundo o autor, “[...] apenas apresenta o regime das nulidades sob essa forma elegante e clara tomando por ponto de partida certas concepções nascidas da imaginação dos teóricos, e violentando as realidades objetivas para lhes atribuir uma simplicidade puramente artificial” (*Des nullités en matière d’actes juridiques: essai d’une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909, p. 156. Tradução livre).

²³ Conforme sintetiza Pietro PERLINGIERI, “os interesses individuados, deduzidos no contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 374). No direito brasileiro, cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 375 e ss.

afastar em parte ou no todo as consequências ordinárias da nulidade ou da anulabilidade se identificar interesse merecedor de tutela²⁴ que fundamentadamente o justifique.²⁵

Semelhante proposta se funda sobre uma aparente contradição: é preciso recorrer, ao mesmo tempo, tanto à análise estrutural quanto à análise funcional para a identificação de uma invalidade.²⁶ De fato, embora o problema da validade apenas se coloque diante de uma causa legal (expressa ou virtual)²⁷ de invalidade a ser observada na estrutura do ato jurídico, a conclusão final quanto à validade depende da valoração dos efeitos que o ato pode (e costuma) ter concretamente produzido, à revelia da previsão *iuris tantum* de desconformidade desses efeitos com o ordenamento. Apenas em concreto pode o julgador confirmar a adequação da disciplina prevista em lei para os efeitos do ato de acordo com os vícios verificados (caracterizadores de nulidade ou de anulabilidade, com as peculiaridades de cada regime) ou, diversamente, modular a disciplina legal, fundamentando a viabilidade da manutenção de alguns ou de todos os efeitos do ato ou, ainda, a necessidade de seu desfazimento total ou parcial.

Desse modo, autoriza-se ao intérprete a modulação do regime legal da nulidade e da anulabilidade por força de uma concreta valoração dos efeitos negociais, fundamentadamente, sempre que a disciplina prevista para o tipo de invalidade não promover, do modo mais adequado, os valores do ordenamento.²⁸ Assim, as causas legais

²⁴ Trata-se de ponderação em concreto que deve acompanhar a valoração previamente realizada pelo legislador. Como leciona Ana Paula de BARCELLOS, o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “[...] apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 154-155).

²⁵ Nesse sentido, Hamid Charaf BDINE JÚNIOR propõe que “o que se tem em vista no campo das invalidades são os valores a tutelar. Prestigiam-se os que forem mais dignos de proteção [...]. Se tais valores forem prestigiados pela manutenção do contrato que o ordenamento relaciona entre os passíveis de nulidade, não se haverá de declarar a invalidade que, como sanção, deve ser justificada pela violação às mesmas finalidades indicadas” (*Efeitos do negócio jurídico nulo*, cit., p. 131).

²⁶ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 185.

²⁷ Leciona Francesco GALGANO: “não se exige, para que um contrato seja nulo, que a nulidade seja prevista pela lei como consequência da violação de uma norma imperativa; basta que uma norma imperativa tenha sido violada. [...] É a assim chamada nulidade virtual, que supera o antigo princípio da nulidade textual” (Il negozio giuridico. In CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 267. Tradução livre). Para uma aplicação contemporânea da noção de *nulidade virtual*, remete-se ao item 4 deste trabalho.

²⁸ Pietro PERLINGIERI ressalta a relevância do perfil da eficácia para a identificação da invalidade: “[...] a determinação da sanção (nulidade – e diversa graduação das suas consequências –, anulabilidade ou ineficácia) é o resultado de uma atenta consideração dos valores e interesses envolvidos: a função da norma não se extrai da ‘sanção’ nulidade, mas é a nulidade que deve ser justificada com base na função (pré-individuada) da norma” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 291).

de invalidade representam apenas um indício da necessidade de desfazimento dos efeitos do ato (de ofício ou a pedido do interessado, de forma retroativa ou apenas para o futuro, e assim por diante, a depender do tipo de invalidade).²⁹ Concretamente, porém, é possível que um ato em princípio inválido seja reputado parcial ou totalmente válido pelo julgador, desde que reste demonstrado, a partir de juízo de merecimento de tutela dos interesses envolvidos, que a alteração das regras gerais da invalidade conduzirá a uma maior compatibilidade com a axiologia do sistema.

O principal entrave a essa perspectiva funcional das invalidades negociais parece residir na notável difusão, nas últimas décadas, da teoria dos planos de análise do negócio jurídico no direito brasileiro. Conhecida também pela designação de *escala ponteana*, em reconhecimento à relevância da obra de Pontes de Miranda para sua popularização,³⁰ a análise dos negócios jurídicos compartimentada entre os planos da existência, da validade e da eficácia, embora aparentemente didática e de grande utilidade prática,³¹ não apenas carece de subsídio no sistema positivo brasileiro como ainda acarreta uma série de concepções inadequadas em matéria de invalidade negocial.³²

A primeira delas, e talvez a mais grave, é a noção de que a eficácia negocial consistiria em fenômeno apartado da validade – concepção frontalmente contrária à dinâmica negocial. Ao contrário: as questões normalmente relegadas ao chamado plano da eficácia costumam restringir-se às causas de ineficácia superveniente do ato (por exemplo, o não implemento da condição ou a onerosidade excessiva que autoriza a resolução contratual), ao passo que o chamado “plano da validade” cuida da inteira discussão quanto à manutenção ou ao desfazimento de efeitos de um ato que apresente um vício originário. A rigor, também em matéria de validade negocial se está diante de um problema de eficácia.³³ Mais ainda, progressivamente se flexibilizam as diferenças entre os regimes da nulidade e da anulabilidade, conforme se reconhece que não há distinção ontológica entre tais categorias, mas simples tentativas do legislador de graduar a (in)eficácia dos

²⁹ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Invalidade do negócio jurídico em uma perspectiva funcional*, cit., p. 375.

³⁰ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 6.

³¹ A demonstrar o apreço da doutrina por tal facilidade didática, Antônio Junqueira de AZEVEDO: “o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25).

³² As críticas mencionadas neste trabalho aos planos de análise do negócio encontram-se desenvolvidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*, cit., *passim*.

³³ Cite-se a precisa lição de Salvatore PUGLIATTI: “Ao perfil da eficácia se reportam os assim chamados requisitos de validade, aos quais não interessam a existência jurídica do negócio nem o surgimento dos efeitos jurídicos, mas unicamente a duração de tais efeitos, já que esses são destinados a desaparecer mediante a impugnação de quem é pela lei legitimado a isso” (*I fatti giuridici*, cit., p. 66. Tradução livre).

atos inválidos.³⁴

Um outro equívoco fomentado pela teoria dos planos de análise, embora muito mais tradicional em doutrina do que essa própria teoria, corresponde à noção de que as nulidades operariam de pleno direito ou, em outra formulação, de que os atos nulos jamais produziram efeitos. Não é recente em doutrina a crítica à suposta operatividade *pleno iure* da invalidade.³⁵ Em verdade, muito ao contrário, a produção de efeitos pelo ato inválido se dá, com grande frequência, independentemente da existência de vícios genéticos, seja pela execução espontânea de alguns ou da totalidade dos efeitos pelas partes, seja pela simples criação de confiança legítima das partes na validade e exigibilidade plena do negócio.³⁶

Assim, a intervenção judicial é sempre imprescindível em matéria de invalidade: a uma, para determinar se restou verificada uma causa de invalidade (muitas vezes de duvidosa identificação para as partes e mesmo para terceiros); a duas, para, em caso afirmativo, aferir se a disciplina legal daquele tipo de invalidade atende de modo satisfatório à ponderação dos interesses concretamente envolvidos ou se, ao revés, tais interesses justificam uma modulação diferenciada dos efeitos já produzidos ou a serem produzidos pelo negócio. Não existe, portanto, invalidade de pleno direito. A invalidade consiste em uma valoração sobre os efeitos do ato, iniciada em abstrato pelo legislador (ao prever a causa de nulidade ou anulabilidade e suas consequências jurídicas) e a ser concluída pelo intérprete à luz do caso concreto. A mesma noção se aplica aos ditos atos *inexistentes*,

³⁴ A distinção é mitigada, dentre outros, por J. G. do VALLE FERREIRA: “Atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições, mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária” (Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. XIV, n. 3 (nova fase). Belo Horizonte: out./1963, p. 30). Assim também reconhece a doutrina italiana, que já admite que uma nulidade, por exemplo, possa ser reputada em certos casos como prescritível, sanável ou acionável apenas por quem nela tenha um interesse merecedor de proteção jurídica (*La nullità parziale*. Napoli: ESI, 2002, p. 372). Para uma análise das aproximações entre nulidade e anulabilidade, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*, cit., *passim*.

³⁵ Assim já entendiam AUBRY e RAU na doutrina francesa (*Cours de droit civil français*, t. 1^{er}, cit., p. 122). No direito brasileiro, Orlando GOMES mostra-se contundente: “Não é igualmente correta a tese de que a nulidade é imediata ou instantânea. O negócio nulo subsiste, se escapa à apreciação do juiz. Seja para pronunciá-la, declará-la ou decretá-la, a intervenção judicial é imprescindível” (*Introdução ao direito civil*, cit., pp. 431-432). Assim também J. G. do VALLE FERREIRA: “[...] encontramos referência frequente a uma nulidade de pleno direito. A expressão é simples resíduo verbal de sistemas há muito tempo superados e assim na linguagem de hoje só pode perturbar, como frequentemente ocorre. Não há nulidade de *pleno iure*, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída pela declaração do juiz” (Subsídios para o estudo das nulidades, cit., pp. 31-33).

³⁶ Segundo a lição de René JAPIOT: “o ato, por nulo que seja, poderá ter uma existência aparente que, de forma vã, a teoria pretendia desconhecer; ele terá algo, não será o nada. Essas aparências desempenham [...] um papel importante, quer se trate de organizar sua destruição, quer se trate, ao contrário, de assegurar seu respeito” (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, cit., pp. 169-170. Tradução livre).

para aqueles que reconhecem a categoria.³⁷

A supramencionada perspectiva funcional das invalidades parece contribuir para a superação das concepções acima, bem como para a construção de um sistema das invalidades regido por uma lógica unitária, consistente na própria axiologia do ordenamento. Evita-se, assim, a visão segundo a qual a teoria das invalidades consistiria em um oceano de exceções às regras gerais, impostas sempre que o senso de justiça do intérprete ou do próprio legislador (em última análise, o seu conhecimento dos valores do sistema) determinasse solução diversa daquela que decorreria do vício verificado no ato.³⁸ Se a função de fato pode modificar a estrutura, como se afirma,³⁹ também a invalidade determinada por lei a partir de vício estrutural do negócio pode ser modificada pelo juízo valorativo realizado sobre os efeitos negociais – ao ponto de se admitir, inclusive, que o ato venha a ser reputado plenamente válido, com a consequente preservação de sua total eficácia, se uma ponderação minuciosa e fundamentada dos interesses em jogo assim justificar.⁴⁰

3. Fundamento jurídico da invalidade negocial decorrente da incapacidade do agente

Os valores que podem orientar o intérprete em seu papel de modular as consequências jurídicas de uma invalidade negocial são os mais variados: estendem-se desde a vedação ao enriquecimento sem causa, do princípio de preservação da vontade negocial e da proteção à boa-fé objetiva até o princípio da segurança jurídica ou a necessidade da proteção de vulneráveis.⁴¹ É justamente a este último interesse que parecem vincular-se mais intimamente os casos de invalidade negocial decorrentes da incapacidade do agente. Tal vinculação, porém, nem sempre foi evidente. Segundo a doutrina tradicional,

³⁷ A ideia de um negócio inexistente não apenas sequer é mencionada pelo legislador brasileiro como ainda pode ser substituída, com vantagem, pela figura da nulidade negocial, que conta com minuciosa disciplina legal. Nesse sentido, cf., dentre outros, GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 422.

³⁸ Reconhece Caio Mário da Silva PEREIRA a respeito da teoria das invalidades que “com o tempo foram aparecendo diversidades de entendimento e de aplicação, que lhe desfiguraram a aparência de organismo uno”, de tal modo que, hoje, “vigora largo ilogismo na aplicação” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 540).

³⁹ Segundo Pietro PERLINGIERI, “[N]a individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118).

⁴⁰ Como precisamente notado por Pietro PUTTI, “A nulidade é o resultado de uma valoração primeiro política e depois judicial, a aplicação de uma consequência jurídica a uma determinada situação de fato e por isso é possível que a sua disciplina seja diversificada segundo as técnicas e os princípios que se podem extrair pela interpretação do fundamento das normas que a preveem” (*La nullità parziale*, cit., p. 373).

⁴¹ Sobre valores que podem influenciar a modulação de consequências da invalidade, cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, cit., pp. 184 e ss.; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 192 e ss.

a incapacidade permitia infirmar a validade do ato muito mais em deferência à higidez da vontade negocial (pedra fundamental da teoria do negócio jurídico e valor máximo do direito civil moderno) do que propriamente em proteção à pessoa do agente.⁴² Alguns casos de incapacidade, aliás, eram francamente discriminatórios – pense-se no exemplo da mulher casada à luz do Código Civil de 1916, antes do advento do Estatuto de 1962.⁴³

No entanto, a associação da validade negocial exclusivamente à supervalorização da vontade peca por injustificável maniqueísmo. Com efeito, ainda que a excessiva deferência à vontade individual fosse a exclusiva motivação original da teoria das incapacidades, a doutrina há muito consolidou uma mudança de perspectiva em direção à proteção da pessoa.⁴⁴ Não poderia ser diferente, em uma ordem constitucional que institui como valor máximo a tutela da dignidade humana. A capacidade civil encontra-se indissoluvelmente ligada à responsabilidade do agente.⁴⁵ Assim, os atos praticados por incapazes são inválidos porque a tentativa de revesti-los de tutela e exigibilidade jurídica em benefício da outra parte poderia colocar em risco o patrimônio do incapaz, sua subsistência ou a de seus responsáveis legais; por outro lado, tornar esse ato válido apenas no que beneficiasse o incapaz desequilibraria por completo a avença, motivo pelo qual a regra é a invalidade oponível contra ambas as partes.⁴⁶

O tipo de invalidade dependerá da incapacidade do agente: são nulos os atos praticados por absolutamente incapazes sem representação, e anuláveis os atos dos relativamente incapazes sem assistência. Em qualquer caso, torna-se cada vez mais distante a noção de

⁴² Assim, PLANIOL e RIPERT, no direito francês, consideravam que os atos dos “alienados” não poderiam produzir efeitos porque lhes faltaria “o elemento essencial, aquele que lhe dá vida, a saber, a vontade de um ser inteligente” (*Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}. Paris: LGDJ, 1908, p. 659. Tradução livre).

⁴³ A Lei n. 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, modificou o art. 6º do Código Civil de 1916 para suprimir seu inciso II, retirando assim a mulher casada do rol de pessoas relativamente incapazes. A incapacidade da mulher casada já era criticada pela doutrina mais tradicional, que considerava, ainda sob a perspectiva da desigualdade dos cônjuges no casamento, que, “se os cônjuges são chamados a exercer funções diferentes na vida da família, não há, nessa circunstância, razão para se estabelecer a inferioridade de um deles” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 94).

⁴⁴ No ponto, é imprescindível a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Essa era a ideia fundamental que o inspirava, e acentuá-lo ainda é de suma importância para a sua projeção na vida civil” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 228). No mesmo sentido, RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

⁴⁵ Na lição precisa de Maria Celina Bodin de MORAES: “A consequência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o autor de seus próprios atos, devendo em consequência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade)” (Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192. Grifo do original).

⁴⁶ Com frequência, porém, no que tange aos efeitos já executados do ato, normalmente se coloca o incapaz ao abrigo do dever de restituição (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. I. Paris: PUF, 2004, p. 547).

invalidez como sanção ao agente, como efetiva *capitis deminutio*.⁴⁷ Nega-se validade a tais atos sobretudo porque falta a um dos agentes o fundamento subjetivo para que possa ser cobrado pelo cumprimento dos deveres negociais ou, de modo mais amplo, possa participar de modo juridicamente responsável das trocas sociais e da vida de relação.⁴⁸ A solução para que não se vejam privados totalmente do gozo de sua capacidade de direito, nestes casos, é a atuação de seus representantes ou assistentes – os quais, tendo participado do ato, legitimam seus efeitos e se responsabilizam pela sua execução.⁴⁹

A regra geral que se acaba de enunciar, ressalte-se, comporta incontáveis exceções, construídas progressivamente por doutrina e jurisprudência ou previstas pela própria lei. De fato, como proposto na perspectiva funcional ora esposada, a causa de invalidez em decorrência de um vício no ato (neste caso, a incapacidade) consiste apenas em um indicador de análise valorativa prévia, feita pelo legislador sobre os potenciais efeitos do ato. Nada impede que os interesses concretamente envolvidos autorizem a modulação da invalidez que decorreria da incapacidade – e, em se tratando de causa de invalidez que se volta à proteção da parte vulnerável (o incapaz), essa proteção há de ser um dos valores decisivos para determinar se e em que medida tal modulação deve ocorrer.⁵⁰

Nesse sentido, por exemplo, é tradicionalmente aceita em doutrina a validade de negócios de pequena monta realizados por incapazes (tais como a aquisição de bens de uso cotidiano e de pequeno valor ou o uso de transporte público com o pagamento da respectiva tarifa), na figura conhecida como comportamentos socialmente típicos.⁵¹ Da

⁴⁷ A expressão, ainda tomada por empréstimo pela doutrina atual, significava, no direito romano, a perda do *status libertatis*, do *status civitatis* ou do *status familiae*, de modo a excluir ou restringir a capacidade do sujeito (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 48).

⁴⁸ De grande relevância, nesse aspecto, mostra-se a lição de Salvatore PUGLIATTI a respeito do conceito de autorresponsabilidade, entendido como a imposição das consequências de uma ação ou de uma omissão a cargo do agente, isto é, sobre seu patrimônio ou, de modo mais geral, sobre a sua esfera jurídica (Autorresponsabilità. *Scritti giuridici*, vol. IV. Milano: Giuffrè, 2011, p. 205). Segundo o autor, o fundamento jurídico da autorresponsabilidade é, de modo geral, o elemento subjetivo da culpa, a indicar a estreita ligação entre a imputabilidade do agente e a imposição de autorresponsabilidade por seus atos (Ibid., p. 219).

⁴⁹ Ressalta Silvio RODRIGUES que a lei não impede o incapaz “de participar do comércio jurídico; apenas o impede de fazê-lo pessoalmente, porque o legislador acredita que, em virtude de suas condições pessoais, ele não pode aferir sua própria conveniência. Condiciona, em razão disso, a atividade do incapaz ao fato de ser representado por uma outra pessoa que tenha maturidade e tirocínio, e que possa, atuando em seu lugar, suprir a vontade defeituosa” (*Direito civil*, vol. I, cit., p. 41). Nesse sentido, com frequência se alude à representação e à assistência como *remédios à incapacidade* (v., por todos, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. I, cit., p. 547).

⁵⁰ “Há situações em que a realização do contrato e sua manutenção melhor atendem à proteção do incapaz. Não se afasta dessa situação aquela em que o proveito do negócio reverteu em benefício do incapaz, sem empobrecê-lo, ou em que tenha sido por ele utilizado para salvar-lhe a vida ou a de alguém de sua família. Parece que os valores em conflito justificariam largamente, efetuado um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a preservação do negócio” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*, cit., pp. 196-196).

⁵¹ O tema, objeto de antigo debate, não poderia ser desenvolvido nesta sede. A respeito, cf. LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, 2006. Para uma abordagem à luz da teoria das invalidez no direito pátrio, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Por uma releitura funcional das invalidez do negócio jurídico*, cit., pp. 171 e ss.

mesma forma, o mútuo feito a menor, embora inválido, não gera para o mutuante o direito à restituição do valor emprestado (art. 588 do Código Civil), salvo em hipóteses nas quais o legislador considera que houve satisfação de interesse do incapaz ou, diversamente, que não havia vulnerabilidade a ser protegida (art. 589 do Código Civil). Em previsão mais ampla, o art. 181 do Código Civil impede que, em negócio inválido em decorrência da incapacidade do agente, reclame a outra parte a repetição do que pagou ao incapaz, a não ser que demonstre que o pagamento tenha revertido em proveito deste.

Todos esses exemplos demonstram que o fundamento último da invalidade negocial em decorrência da incapacidade do agente volta-se funcionalmente à proteção da própria vulnerabilidade da pessoa.⁵² É por tal razão que, como sugerem as hipóteses mencionadas, o melhor interesse do incapaz pode motivar, com maior frequência do que em geral se supõe, a validade total ou parcial do ato, afastando-se as regras gerais das invalidades em decorrência de um juízo de merecimento de tutela concretamente realizado pelo intérprete.⁵³ Não se vislumbra, assim, na invalidade negocial uma sanção ao incapaz ou, menos ainda, uma postura discriminatória da ordem jurídica quanto à pessoa deste.⁵⁴

Contemporaneamente, a invalidade negocial em decorrência de uma incapacidade representa a proteção de um tipo de vulnerabilidade das partes. Devem-se evitar, assim, interpretações que identifiquem significados mais profundos na disciplina de determinados institutos do que aqueles efetivamente perseguidos pela lógica do ordenamento. Particularmente em sede de validade negocial, o papel atual da capacidade do sujeito parece ser, em grande medida, o de indicar a oponibilidade ao agente dos deveres eventualmente decorrentes do ato.⁵⁵ A capacidade de fato, como já se ressaltou em doutrina, não se confunde com a personalidade (entendida como o atributo do sujeito que justifica sua tutela jurídica prioritária pelo sistema e deve, por isso, ser amplamente

⁵² No direito estrangeiro, fala-se inclusive em *incapacidades de proteção*, a ensejar as chamadas *nulidades de proteção*, isto é, aquelas que apenas podem ser suscitadas pela pessoa cujo interesse a nulidade visa a tutelar (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. I, cit., p. 545).

⁵³ Destaca Silvio RODRIGUES a relevância do caso concreto para uma efetiva proteção do incapaz: “através de medidas várias, o legislador estabelece um sistema de proteção para os incapazes. E a jurisprudência, inspirada no sentido moral da regra e no anseio de proteger, dentro das normas de justiça, os incapazes, tem estendido ou restringido tal proteção, de acordo com as imposições do caso concreto” (*Direito civil*, vol. I, cit., p. 40).

⁵⁴ A lição de Caio Mário da Silva PEREIRA é contundente: “A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 228).

⁵⁵ Por isso mesmo, liberalidades puras (que não acarretam prejuízos ou deveres juridicamente exigíveis para o beneficiário) podem ser aceitas até mesmo por absolutamente incapazes, em aplicação extensiva do art. 543 do Código Civil, que dispensa a aceitação da doação nesses casos.

promovido).⁵⁶ Não se justifica, assim, a perspectiva que procura vislumbrar na validade negocial uma espécie de expressão privilegiada do desenvolvimento da personalidade individual das partes, e na invalidade uma postura discriminatória do legislador.⁵⁷ A preocupação do sistema ao regular as incapacidades é muito mais pragmática: tem um viés eminentemente protetivo, diante da constatação de que a promoção da dignidade humana nem sempre se associa a uma liberdade irrestrita.

Em síntese, nem a incapacidade implica a supressão da liberdade (uma vez que a maior parte dos atos da vida civil pode ser realizada pelo incapaz com a participação do representante ou do assistente), nem a liberdade consiste no conteúdo único da dignidade humana, sendo necessário sopesar, em cada caso, em qual medida a promoção da liberdade favorece ou prejudica a promoção da dignidade da pessoa.⁵⁸ À semelhança de praticamente todos os demais institutos civilísticos, porém, a atual configuração da teoria das invalidades (e, particularmente, da nulidade e da anulabilidade decorrentes da incapacidade) foi desenvolvida tendo em vista a prática de atos patrimoniais, o que justifica a crescente e louvável preocupação em adaptá-la à lógica valorativa das relações existenciais.⁵⁹ O fato de atos de natureza predominantemente extrapatrimonial dizerem respeito de forma mais direta à promoção da personalidade do agente, contudo, não afasta totalmente a lógica que se acaba de expor. Também (e, talvez, principalmente) em matéria extrapatrimonial a autonomia reconhecida ao indivíduo é proporcional ao seu grau de responsabilidade (ou, no entendimento da doutrina especializada, autorresponsabilidade) por ele apresentada.⁶⁰

Cresce, nesse sentido, o clamor doutrinário pelo recurso ao critério do discernimento como parâmetro legitimador do exercício da autonomia existencial por pessoas

⁵⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁵⁷ Oportuna, neste ponto, a lição de Pietro PERLINGIERI, que destaca a natureza instrumental da capacidade, por oposição ao conteúdo eminentemente valorativo da personalidade: “O *status personae*, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra da subjetividade –, representa a configuração subjetiva de um valor” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 708).

⁵⁸ Sobre a liberdade como um dos conteúdos da dignidade humana, e os demais corolários da cláusula geral de tutela de pessoa que são com ela sopesados, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

⁵⁹ Cf. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189.

⁶⁰ Valiosa é a lição de Salvatore PUGLIATTI: “na base do conceito de responsabilidade está a ideia de liberdade, de tal modo que entre os dois termos se pressupõe uma certa ligação. [...] Pode-se, por isso, afirmar que o enquadramento sistemático do conceito de autorresponsabilidade resulta, nos seus termos maximamente genéricos, da relação entre liberdade, como possibilidade de tomar uma dada iniciativa e de assumir um dado comportamento em relação a um determinado interesse próprio, e a responsabilidade relativa. Sob esse perfil, pode-se afirmar que liberdade e autorresponsabilidade são termos correlativos; e se pode falar de um princípio da autorresponsabilidade privada, correlata à liberdade de querer” (Autorresponsabilità, cit., p. 198. Tradução livre).

incapazes.⁶¹ Se a incapacidade, assim, não produz resultados tão adequados em matéria existencial quanto aqueles observados na seara patrimonial,⁶² a noção de discernimento parece ser o fiel da balança na modulação do regime de invalidade de atos existenciais praticados por incapazes, o que pode resultar, na perspectiva apresentada, até mesmo na plena validade dos atos concretamente considerados.⁶³

Não se trata, porém, de substituição *tout court* da capacidade de fato pelo critério do discernimento ou pela simples liberdade irrestrita.⁶⁴ De fato, como se comentou anteriormente, a autonomia é uma garantia conferida ao indivíduo pelo Direito, que nasce juntamente a limitações e à imposição de deveres. Assim, tanto as pessoas plenamente capazes quanto aquelas às quais falta a capacidade de fato não têm a sua autonomia propriamente *limitada* pelo direito. Ao contrário, em perspectiva civil-constitucional, a liberdade é tutelada pela ordem jurídica apenas *porque e na medida em que* é exercida de acordo com os valores do próprio sistema – o que não traduz desprestígio à autonomia, uma vez que a própria liberdade consiste em valor com *status* privilegiado no ordenamento.⁶⁵

Particularmente no que tange às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, às quais o Código Civil originalmente atribuía a incapacidade (absoluta ou relativa), vale destacar

⁶¹ Como pondera Maria Celina Bodin de MORAES, “O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. [...] Quando temos discernimento, temos autonomia para decidir o que queremos. [...] O exercício da liberdade – e com ela a responsabilidade – está condicionado, no âmbito do direito, à capacidade, a qual por sua vez se funda no discernimento, na racionalidade do sujeito” (Uma aplicação do princípio da liberdade, cit., pp. 192-193). Para uma análise do papel do discernimento à luz do pensamento dworkiniano, cf. MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, pp. 14-15.

⁶² Segundo Rose Melo Vencelau MEIRELES, “a principal razão para que se critique a teoria unitária da capacidade civil para os atos patrimoniais e os existenciais consiste na peculiar estrutura das situações existenciais em que o referencial objetivo é a pessoa do titular, seus interesses pessoais e suas escolhas existenciais, de modo que contraria a natureza destas situações o uso da representação ou mesmo da assistência” (A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais: o exemplo da capacidade civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Coleção Direito UERJ 80 Anos, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 177).

⁶³ A respeito, afirma-se que, “[...] pela natureza existencial do ato de autonomia, deve ser dada ao incapaz a possibilidade de participar, contribuindo pessoalmente com a sua vontade, se verificado, no caso concreto, discernimento bastante. Não há absoluta substituição do representado pelo representante [...]. Com efeito, a representação legal, embora deva ser vista em uma nova perspectiva, qual seja, a de respeitar a vontade do incapaz nas situações que lhe disserem respeito pessoalmente, sempre que o seu grau de discernimento permitir, ainda é útil, desde que usada apenas em caso de necessidade e em benefício do incapaz” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., pp. 224-225).

⁶⁴ No direito italiano, afirma-se que, “ainda que o sistema não tenha abandonado a fundamental distinção entre sujeito capaz e incapaz, tende-se a favorecer soluções majoritariamente ligadas às situações singulares, [...] também introduzindo institutos novos, nos quais a intervenção do juiz se dê em grau de avaliar a solução melhor para o sujeito a ser tutelado, com a menor limitação possível da sua capacidade de agir” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015, p. 289. Tradução livre).

⁶⁵ Pietro PERLINGIERI, nesse sentido, afirma que a autonomia apenas merece tutela se exercida de acordo com os princípios do ordenamento: “É a partir de tais princípios que se extrai a valoração de merecimento de tutela para a autonomia negocial: a autonomia, portanto, não é um valor em si” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 342).

que sua autonomia sempre foi maior, por exemplo, do que aquela conferida aos incapazes em decorrência da menoridade. Isso porque – e este é um ponto crucial para os fins do presente estudo –, ao contrário do que ocorre com os menores, cujos atos praticados sem representação ou assistência podem ser declarados nulos sem grande dilação probatória, a invalidade dos atos das pessoas com deficiência nunca decorreu da deficiência *per se*. Ao revés, nesses casos, antes de declarar a invalidade impunha-se ao magistrado uma declaração prévia: a de que estava verificada uma efetiva causa de incapacidade, após a análise do grau de deficiência psíquica ou intelectual.⁶⁶

Na prática, assim, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual que jamais viesse a ser interdita praticava, em princípio, todos os atos da vida civil sem representação ou assistência e de modo válido. Após a sentença de interdição, *a fortiori*, menos ainda decorria a invalidade da deficiência, e sim do descumprimento da determinação judicial de que os atos da pessoa sujeita à curatela fossem acompanhados pelo curador. Este parece ser o verdadeiro conteúdo do *caput* do art. 3º do Código Civil, em sua redação original, quando explicitava quais pessoas eram incapazes “de exercer *pessoalmente* os atos da vida civil”: o exercício de tais atos acarretava sua nulidade quando feito pessoalmente, isto é, sem o intermédio de representante. Ao menos quanto às pessoas interditas, portanto, a invalidade dos atos praticados pessoalmente parecia decorrer, em grande medida, desse vício de representação.

A distinção entre a incapacidade decorrente da menoridade e a antiga causa legal de incapacidade decorrente de deficiência psíquica ou intelectual, longe de ser bizantina, mostra-se de crucial relevância prática diante das diferentes formas de representação e assistência existentes. A representação (e, analogamente, a assistência) do menor de idade é dita (meramente) *legal* porque decorre da simples incidência da norma jurídica sobre um fato objetivo, consistente na idade do sujeito. Dispensa-se a intervenção judicial, em regra, para a constituição dessa representação ou assistência, que é conferida por lei aos pais da criança ou do adolescente na normalidade dos casos.⁶⁷ Apenas na necessidade de nomeação de tutor a representação se torna *judicial* e passa a depender

⁶⁶ Destaca a doutrina que a sentença da interdição fornecia prova pré-constituída da incapacidade para fins de facilitar a invalidação dos atos posteriores a ela, de tal modo que, aos interessados em invalidar atos anteriores, fazia-se necessário provar a existência da deficiência mental ao tempo do ato (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 570). A propósito, remete-se ao item 4 deste trabalho.

⁶⁷ Como explica Caio Mário da Silva PEREIRA, “[A] representação dos incapazes pode dar-se automaticamente, quando em razão da relação de parentesco ocorrem as hipóteses legais dela: em tais casos (poder familiar, tutela legal), o representante do incapaz não necessita, para sê-lo, de qualquer ato de investidura ou designação; ou pode verificar-se por nomeação ou designação da autoridade judiciária; nestes casos (tutela dativa, curatela e ausentes), o representante adquire esta qualidade em razão de um ato judicial, e só em função dele é que se legitima a representação” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 229).

de provimento do magistrado para sua constituição. Isso significa que, em regra, a invalidade dos atos praticados por menor de dezoito anos sem representante ou assistente é objetivamente cognoscível pela generalidade das pessoas, de tal modo que a relevância da apreciação judicial residirá, sobretudo, na identificação de interesses concretos que justifiquem alterar o regime geral da invalidade.

De outra parte, no caso da incapacidade decorrente de condição psíquica ou intelectual do agente, a necessidade de participação de representante ou assistente na prática do ato sempre ofereceu grande insegurança. Nesses casos, sempre se entendeu que a representação não seria legal, mas sim *judicial*:⁶⁸ seria necessário que ao incapaz fosse conferido pelo juiz um curador, por meio do procedimento denominado *interdição*.⁶⁹ Antes da constituição de curatela, os atos praticados pelo incapaz não careciam, na prática, da participação de terceira pessoa e, assim, acabavam sendo reconhecidos como válidos na maior parte dos casos, notadamente quando a condição psíquica da pessoa não fosse notória.⁷⁰ A rigor, portanto, a própria incapacidade era objeto de dúvida antes da constituição da curatela:⁷¹ justamente porque a deficiência tende a não oferecer o mesmo grau de certeza que o critério etário – sendo evidente, ademais, que a deficiência psíquica ou intelectual comporta, em regra, diversos graus nem sempre simples de se diferenciar –, apenas com a sentença de interdição passava a haver certeza quanto à incapacidade.⁷²

⁶⁸ A rigor, tanto a representação do menor por seus pais quanto a representação do curatelado pelo curador constituem hipóteses de representação legal, por oposição à representação convencional. No entanto, as hipóteses de representação cuja constituição depende de provimento do juiz denominam-se frequentemente *judiciais* (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 235).

⁶⁹ “O que é fundamental no estabelecimento da curatela é que, em caso de tutela, é sempre a menoridade e a falta de pai ou mãe que indicam a necessidade de se estabelecer um vínculo tal. Nos outros casos de incapacidade não é possível saber se o incapaz verdadeiramente o é, sem previamente se instruir um processo cujo objetivo é obter uma sentença constitutiva de curatela. A este processo chama-se processo de interdição; através dele o magistrado procura conhecer da existência ou inexistência das causas de incapacidade previstas na lei. Obtida a decisão a respeito da incapacidade é que se estabelece a situação legal que dá lugar à curatela [...]” (DANTAS, F. C. de San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 440).

⁷⁰ “A possibilidade de anular-se o negócio jurídico, ultimado com o amental não interdito, decerto representa um elemento de insegurança, inconveniente para a vida social” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. I, cit., p. 45).

⁷¹ Ao ponto de alguns autores, como Silvio RODRIGUES, entenderem que “[A] inclusão dos amentais no rol dos absolutamente incapazes depende [...] de um processo de interdição” (*Direito civil*, vol. I, cit., p. 44). No direito italiano, também se afirma que, “sem a declaração judicial [de interdição], o sujeito conserva a capacidade de fato mesmo se for deficiente mental” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2002, p. 250). Idêntica posição é expressada no direito português por ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

⁷² É nesse sentido que adverte Caio Mário da Silva PEREIRA: “A apuração prévia da incapacidade influi na sistemática da prova: os atos daquela pessoa declarada incapaz são ineficazes, porque o estado de incapacidade proclamado dispensa a pesquisa do discernimento, enquanto a arguição de sua invalidade, sob fundamento de ser o agente portador de uma deficiência psíquica grave no momento de sua prática, requer do interessado a prova dessa circunstância” (*Instituições de direito civil*, cit., pp. 227-228).

Essa advertência revela-se da maior importância para se afastar a concepção, muito encontrada em doutrina, segundo a qual o Código Civil em vigor, na sua redação original, confundia a deficiência mental com o próprio estatuto jurídico da incapacidade.⁷³ A rigor, já no regime anterior se considerava amplamente que era a incapacidade o conceito relevante para o direito civil, de tal modo que a deficiência psíquica ou intelectual nada representava juridicamente sem que estivesse acompanhada do reconhecimento da eventual incapacidade civil dela decorrente, preferencialmente pela prova pré-constituída da interdição. A noção de *incapacidade natural*, invocada por alguns autores para representar a condição de fato da pessoa antes da constituição da dita incapacidade legal pela sentença de interdição,⁷⁴ já não se considerava uma categoria jurídica autônoma no direito brasileiro.⁷⁵

Na perspectiva ora apresentada para a teoria das invalidades, seria possível afirmar que, no regime original do Código Civil de 2002, sendo a incapacidade decorrente de deficiência psíquica ou intelectual, o intérprete tinha duas funções cruciais: a de declarar a existência da causa de invalidade (a incapacidade) e a de modular as consequências da invalidade de atos já praticados pelo incapaz e de atos futuramente praticados por ele sem o curador. Embora não correspondesse à aplicação majoritária do sistema das incapacidades, esta parecia ser a interpretação mais plausível para o tema, em uma perspectiva civil-constitucional.⁷⁶ Nesse sentido, a doutrina mais atenta, mesmo antes da reforma no sistema das incapacidades provocada pela Lei n. 13.146/2015, já destacava como era relevante que o magistrado restringisse a necessidade de participação do curador apenas aos atos cuja natureza exigisse capacidade de fato do agente que se

⁷³ Afirma-se, inclusive, com frequência que “a principal contribuição do Estatuto do Deficiente constitui a desidentificação do deficiente com o incapaz. Trata-se do uso da lei na sua função promocional, com vistas a não discriminação” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais, cit., p. 178). No mesmo sentido, REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2016.

⁷⁴ Por todos, cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 154.

⁷⁵ Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Alguns escritores fazem distinção entre incapacidades naturais e incapacidades arbitrárias, ou puramente legais; as primeiras correspondentes a um estado físico ou intelectual da pessoa; as segundas, ditadas por uma organização técnica das relações jurídicas. No direito brasileiro entendemos que não há lugar para a distinção. Toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota [...]. O que é necessário frisar é que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta da coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo e a hipótese jurídica da *capitis deminutio* definida na lei” (*Instituições de direito civil*, cit., pp. 226-227).

⁷⁶ Nesse sentido, Pietro PERLINGIERI, no direito italiano, sustenta ser necessário “diferenciar os estatutos protetivos da pessoa e, portanto, [...] graduar de modo oportuno a sua incapacidade. O decreto judicial de interdição [...], ao determinar a extensão e os limites da incapacidade, o regime de tutela e de proteção, poderá, por exemplo, reconhecer tanto uma idoneidade para realizar os atos de pequena e cotidiana administração [...] quanto uma idoneidade para a realização dos atos de natureza existencial. Isso naturalmente não exclui a intervenção *a posteriori* do juiz, isto é, depois da realização do fato; essa intervenção tende a verificar, caso a caso, a capacidade intelectual e volitiva. Investigação esta, que deverá ser coordenada com a gradação da capacidade verificada e declarada *a priori*” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 785).

encontrasse prejudicada pela sua condição psíquica ou intelectual.⁷⁷ Em atenção à autonomia do incapaz, já se propunha, a despeito da inexistência de exigência legal, que os termos da curatela se limitassem aos atos por cujas consequências a pessoa com certa deficiência não pudesse efetivamente ser responsabilizada.⁷⁸

A doutrina também ressaltava, antes do advento da Lei n. 13.146/2015, que o Código Civil de 2002 realizou importante avanço em prol da autonomia das pessoas com deficiência quando, inovando em relação à codificação anterior, previu que a deficiência psíquica ou intelectual poderia acarretar tanto incapacidade absoluta quanto relativa. De fato, na redação original, o art. 3º, II previa a incapacidade absoluta para as pessoas que, “por enfermidade ou deficiência mental”, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil, ao passo que o art. 4º, III considerava relativamente incapazes os “excepcionais”, isto é, pessoas sem desenvolvimento mental completo.⁷⁹ A despeito das críticas à terminologia empregada pelo legislador,⁸⁰ fato é que o Código Civil parecia sinalizar no sentido de permitir ao intérprete uma progressiva gradação do rigor da invalidade dos atos praticados por tais pessoas sem participação de curador de acordo com suas condições concretas,⁸¹ particularmente ao invocar a noção de discernimento

⁷⁷ Essa é a lição de Silvio RODRIGUES: “tanto no despacho que nomeasse administrador provisório como na sentença que decretasse a interdição, o juiz, tendo em conta o estado mental do psicopata, em face das conclusões da perícia médica, determinaria os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando assim a incapacidade relativa ou absoluta do doente mental” (*Direito civil*, vol. I, cit., p. 47). No mesmo sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V, cit., p. 569; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: GEN, 2015, pp. 1292 e 1295.

⁷⁸ Trata-se, em verdade, de tendência verificada também em outros ordenamentos. Como destaca Alberto TRABUCCHI, à noção de irresponsabilidade protetiva do incapaz tem-se somado a tendência cada vez maior de valorizar sua autonomia na medida do possível: “A visão moderna da vida tem influenciado profundamente o modo de valorar as intervenções da mão pública no que tange aos deficientes mentais. Da rígida concepção precedente, que se limitava à proteção conexa à declaração de incapacidade de fato e à incidência de irresponsabilidade, hoje abre-se a soluções que visam a valorizar o sujeito de direitos referente ao paciente a tutelar” (*Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 288. Tradução livre).

⁷⁹ A respeito da redação original do Código Civil de 2002, comentava Caio Mário da Silva PEREIRA: “O que se compreendia do ora revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, como causa de incapacidade absoluta, era a deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que fosse a razão: moléstia no encéfalo, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente etc. – atingindo os centros cerebrais e retirando do paciente a perfeita avaliação dos atos que praticava. [...] No entanto, a referência à ‘deficiência mental’ encontrava-se também presente no art. 4º, que trata da incapacidade relativa. *Ou seja, dependendo do grau de deficiência a ser verificado por perícia médica, entendia-se ser o caso de incapacidade absoluta ou relativa*. Somente aqueles a quem faltasse, de modo completo, o discernimento, seriam declarados absolutamente incapazes” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., pp. 232-233. Grifou-se).

⁸⁰ Em defesa das críticas dirigidas, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, à terminologia da lei (que chegava ao extremo de aludir a “loucos de todo gênero”), a advertência de SAN TIAGO DANTAS não deve ser ignorada: “A lei não deve de maneira nenhuma esposar termos técnicos que variam entre autores, deve procurar as expressões que já estão radicadas na consciência comum. Os técnicos depois encaixarão certos casos sob estas rubricas gerais. A lei não foi feita para escritores, foi feita para que o povo a entenda e para que o juiz saiba o que quis dizer o legislador” (*Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140).

⁸¹ Aduz Caio Mário da Silva PEREIRA: “As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito sempre observou estas diferenças e em razão delas graduava a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos [...]; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado [...]” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., pp. 228-229).

para a caracterização da própria incapacidade.⁸²

Tal constatação importa para demonstrar que a disciplina legal anterior à reforma do sistema das incapacidades não representava entrave à política de inclusão buscada pela Lei n. 13.146/2015. Permite, ainda, destacar a ausência de intuito discriminatório na previsão da incapacidade do agente como causa de invalidade negocial. De fato, se as causas legais de incapacidade consistem, como se sustentou, em mera presunção abstrata de inadmissibilidade dos efeitos potenciais do ato, no caso das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual essa presunção não decorria da simples condição de saúde do agente. Ao contrário, a interpretação mais consentânea com a lógica do sistema parece ser a de que se configurava a invalidade apenas se a pessoa com deficiência, judicialmente interditada e sujeita à curatela, agia sem o curador – ou na excepcional hipótese em que o interessado conseguisse comprovar que a deficiência era tamanha a ponto de afetar o consentimento da pessoa não interditada. Nessa perspectiva, resulta infundada a associação, já realizada em doutrina, entre o *status* jurídico do interditado e o estigma social imposto à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.⁸³ De fato, creditar a grave discriminação social dirigida contra essas pessoas à designação jurídica que lhes era conferida consiste em injustificável simplificação do problema.

4. Por uma efetiva proteção da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual em matéria de invalidade negocial

Nas últimas décadas assistiu-se a um considerável esforço da comunidade internacional no sentido de vedar a discriminação e garantir o respeito à integridade, à dignidade e à liberdade individual das pessoas com deficiência. Fruto dessa empreitada é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que busca definir parâmetros para que os Estados signatários promovam a efetiva participação de tais pessoas na sociedade, o que deveria se operacionalizar através de leis, políticas e

⁸² Mesmo diante da redação codificada original já se defendia que “[A] condição real de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquele considerado civilmente incapaz. De fato, o *discernimento é critério imprescindível, inclusive na definição da incapacidade*. [...] Mais difícil é a defesa da consideração da vontade do incapaz por motivo de enfermidade. Isto porque é justamente a falta de discernimento que determina a incapacidade. [...] Assim, poderá a avaliação pericial definir se há algum grau de discernimento quanto às situações pessoais e nestes termos definir os limites da curatela” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 130. Grifou-se).

⁸³ Afirma-se com frequência, por exemplo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência procurou “evitar os termos ‘incapacidade’ e ‘interdição’, que geravam estigma desnecessário às pessoas com deficiência mental ou intelectual, pois toda pessoa é capaz e suscetível de direitos, podendo ser suprida sua incapacidade intelectual de fato por meio da curatela” (OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 18. abr. 2016).

programas que atendessem especificamente às suas condições concretas. Sob inspiração da referida Convenção, internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio com o *status* de normativa constitucional,⁸⁴ o legislador ordinário editou, por meio da Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. No bojo de renovado panorama jurídico-social tendente a consagrar a dignidade das pessoas com deficiência e promover-lhes a autonomia (patrimonial e, sobretudo, existencial), a novel legislação apresenta o escopo deliberado de assegurar e “promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º).

Em uma de suas mais marcantes inovações, a referida lei previu expressamente que a “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, inclusive para atos de natureza existencial (art. 6º). Trata-se, antes de tudo, de importante tomada de posição ideológica pelo legislador – cujo conteúdo, porém, corria o risco de se limitar a uma reafirmação (de caráter pedagógico e promocional) do art. 1º do Código Civil, que assegura a toda pessoa, sem distinção, a capacidade de direito na ordem civil. Não foi o que ocorreu. A opção legislativa em prol da capacidade civil plena das pessoas com deficiência intelectual ou psíquica repercutiu em uma série de corolários lógicos previstos no mesmo diploma legal. Destaquem-se, a título ilustrativo, a necessidade de consentimento informado da pessoa com deficiência para a submissão a intervenção ou tratamento médico ou pesquisa científica (arts. 11-12) e a possibilidade de poder servir como testemunha (art. 80) e de se casar ou constituir união estável sem necessidade de autorização (art. 6º, I).

Contudo, a inovação de maior relevância para o escopo do presente trabalho diz respeito à alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, particularmente em dois pontos: i) supressão da causa legal de incapacidade civil absoluta relacionada à ausência do necessário discernimento em decorrência de enfermidade ou doença mental (antigo inciso II do art. 3º); e ii) supressão das causas legais de incapacidade civil relativa relacionadas à redução do discernimento em decorrência de deficiência mental e à ausência de desenvolvimento mental completo (antigo inciso III do art. 4º). Em sentido correlato ao da mencionada modificação das causas legais de incapacidade, a Lei n. 13.146/2015 promoveu, ainda, a alteração do art. 1.767 do Código Civil, para excluir do rol de pessoas sujeitas à curatela aquelas que, segundo o novel Estatuto, deixaram de se submeter à disciplina da

⁸⁴ A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, tendo passado a vigorar internamente a partir da edição do Decreto n. 6.949/2009.

incapacidade.

Com efeito, a previsão de “plena capacidade civil” da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual (art. 6º da Lei n. 13.146/2015) poderia gerar a impressão de que as pessoas com deficiência não mais estariam sujeitas a curatela, em razão do entendimento tradicional de que este instituto se prestaria apenas à proteção incapazes.⁸⁵ Em inusitada inovação no Direito Civil brasileiro, porém, e a despeito da alteração do art. 1.767 do Código Civil, a novel legislação, após proclamar a “plena capacidade civil” da pessoa com deficiência, previu expressamente a possibilidade de submissão à curatela “quando necessário”, em caráter de extraordinariedade, limitação e temporariedade (art. 84, §§1º e 3º). Em decorrência do caráter extraordinário da submissão de pessoa com deficiência a curatela, incumbe ao juiz fundamentar detidamente a instituição de tal medida (art. 85, *caput* e §2º).

Na sequência, o diploma legal restringe o alcance da curatela aos atos de caráter patrimonial, restando a ela imunes os atos de natureza existencial (art. 85, *caput* e §1º).⁸⁶ Em verdade, além da exposição das razões justificadoras da medida, o juiz sentenciante deverá determinar pormenorizadamente os atos ou categorias de atos patrimoniais para os quais será necessária a intervenção do curador, fixando estritamente os limites da curatela (art. 755, I, do CPC). Admite-se a fixação da curatela para a generalidade dos atos de natureza patrimonial, mas para isso será necessária fundamentação detida da total impossibilidade de o curatelado praticar essa espécie de ato. Tal hipótese, contudo, não deverá corresponder à generalidade das situações, sob pena de desvirtuamento do caráter extraordinário, proporcional e temporário da medida e, subseqüentemente, subversão ao seu escopo eminentemente protetivo.⁸⁷

O propósito de tais alterações é louvável, vez que, como já mencionado, intencionam superar o estigma que por tanto tempo pendeu sobre as pessoas portadoras de deficiência psíquica ou intelectual. Com essa finalidade, se a doutrina já asseverava, na

⁸⁵ Cf., por todos, GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 386.

⁸⁶ Neste ponto, a inovação legislativa segue o raciocínio consagrado no Enunciado 138 do CJF: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

⁸⁷ Ainda sob o regime anterior, Jussara Maria Leal de MEIRELLES destacava a lógica protecionista subjacente à disciplina da curatela: “A excepcionalidade das hipóteses legais e a sua interpretação restritiva marcam a ideia de proteção que o instituto das incapacidades carrega consigo, posto que lhe dá fundamento. Tanto na aplicação dos seus princípios definidores, quanto na apreciação dos efeitos da incapacidade (aproveitamento ou ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes), de se afastar qualquer propósito legislativo de prejudicar as pessoas que padecem de uma falta de discernimento, acentuando-se sempre o intuito de lhes oferecer a necessária proteção” (O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 606).

tradição do direito brasileiro, que a capacidade era a regra e que as causas de incapacidade se interpretavam restritivamente, optou o legislador por levar ao extremo essa máxima no que tange às pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, estipulando que estas jamais serão consideradas incapazes no direito brasileiro, ainda que sujeitas a curatela. Por se tratar de norma que diz respeito ao estado pessoal, sua aplicabilidade é imediata, inclusive para pessoas que já haviam sido declaradas incapazes sob a égide do regime anterior: todas tornam-se legalmente *capazes*, embora permaneçam sob curatela, com o intuito de se promover, com essa designação, uma efetiva inclusão social.⁸⁸

Sem embargo, não parece aconselhável – ao menos em matéria de invalidade negocial – a recepção acrítica da reforma legislativa na disciplina das incapacidades, pela civilística pátria, sob os *encantos da novidade*.⁸⁹ De fato, à luz da metodologia civil-constitucional, todo juízo de (in)validade dos atos de autonomia privada deve levar em consideração a gama de interesses merecedores de tutela no caso concreto. O civilista não se pode deixar seduzir, em suma, por qualquer das propostas extremistas: se é verdade, de uma parte, que a incapacidade de fato tem o condão de restringir em alguma medida o exercício da autonomia das pessoas com deficiência, é igualmente verdade, de outra parte, que a disciplina da incapacidade tem, como se expôs anteriormente, uma inegável vocação protetora de vulnerabilidades.

Assentadas tais premissas (*rectius*: advertências), ao se investigar a validade de certo negócio jurídico praticado por pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, não será possível restringir o processo de interpretação-qualificação do direito ao ultrapassado modelo subsuntivo. Caso assim se procedesse, a interpretação literal dos dispositivos legais pertinentes (arts. 3º e 4º c/c arts. 166, I, e 171, I, todos do Código Civil) poderia levar a uma conclusão tão simplista quanto perigosa: todo e qualquer efeito negocial seria reputado válido independentemente da averiguação da específica vulnerabilidade da pessoa humana e dos valores merecedores de tutela no caso concreto. Nada mais avesso aos propósitos protetivos que inspiraram a Lei n. 13.146/2015, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e que decorrem, sobretudo,

⁸⁸ “Todas as pessoas que foram interditas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário” (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 6. ago. 2015). No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 233.

⁸⁹ Faz-se alusão à célebre frase de Blaise Pascal: “As impressões antigas não são as únicas capazes de nos enganar; os encantos da novidade têm o mesmo poder” (In: *La raison du christianisme*: ou preuves de la vérité de la religion, t. 1^{er}. Paris: Pourrat Frères Libraires/Sapia Libraire-Éditeur, 1836).

da tábua axiológica constitucional. De fato, ao persistir no recurso à técnica regulamentar para disciplinar o problema da capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, submeteu-se o legislador às mesmas críticas que eram formuladas ao regime anterior. A solução apriorística da regra positivada, seja no sentido de se considerarem tais pessoas incapazes, seja no sentido de afirmar sua capacidade plena, não dá conta das múltiplas possibilidades de vulnerabilidade concreta e dos diversos graus de discernimento que podem ser apresentados pelo agente, a demandar um regime específico que, como se afirmou, apenas pode ser individualizado à luz do caso concreto.

A nova disciplina legal, assim, na contramão do propósito nobre que permeia toda a Lei n. 13.146/2015, talvez tenha proporcionado, em alguns pontos, proteção menos intensa às pessoas com deficiência psíquica e intelectual do que o regime anterior.⁹⁰ Se a exigência de fundamentação detalhada da constituição de curatela e da minuciosa estipulação de seus limites constituiu enorme avanço em prol da tutela dessas pessoas,⁹¹ a supressão do inciso II do art. 3º do Código Civil retirou do texto codificado a referência ao discernimento, critério aclamado pela doutrina especializada como fundamental à sua proteção na realização de atos de autonomia. Suprimiu-se, além disso, a gradação entre incapacidade absoluta e relativa que, como acima mencionado, constituía importante indicativo para o intérprete da necessidade de se graduar a incapacidade e, por via de consequência, a invalidade dos atos a partir das condições concretas da pessoa. De mais a mais, não se pode interpretar como absoluta a presunção de capacidade da pessoa com deficiência mental, sob pena de se desprezarem, ainda uma vez, a sua realidade concreta, o seu efetivo discernimento e a sua vulnerabilidade.⁹²

⁹⁰ Parte da doutrina criticou, com razão, duramente a reforma. Por exemplo, afirma Maria Celina Bodin de MORAES, em atualização à obra de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Alheio a essa nobre função, há muito enunciada pela doutrina, da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda e mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei no 13.146/2015, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo status de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (ordem pública), instaura-se nesse momento grande dificuldade, que demandará os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos, e golpes, supostamente cancelados pela reforma legislativa” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 228).

⁹¹ No direito italiano, destaca Pietro PERLINGIERI a necessidade, aplicável ao caso brasileiro, de se superarem “confusões entre não idoneidade para exercer atividades patrimoniais e a enunciação de proibições relativamente a algumas significativas escolhas existenciais” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 781).

⁹² Veja-se, a propósito, a crítica formulada por José Fernando SIMÃO à reforma: “Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma” (Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I), cit.).

Incumbe à doutrina e à jurisprudência, portanto, efetivar o escopo protetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobretudo nos pontos onde a reforma legislativa não logrou fazê-lo. A solução mais segura para as dificuldades surgidas na matéria residirá, uma vez e sempre, no recurso à análise funcional como subsídio metodológico para a aferição da (in)validade dos negócios praticados por pessoa com deficiência mental. Por certo, as hipóteses concretas serão as mais diversas, mas parece possível abordar algumas delas em conjunto, de acordo com certas características comuns. Propõe-se a análise da invalidade, assim, nos seguintes grupos de hipóteses, tomando-se por marco referencial a existência ou não de sentença fixadora de curatela: i) ato praticado após a sentença instituidora da curatela e em violação direta dos respectivos termos; ii) ato praticado em hipótese não regulada expressamente na sentença instituidora da curatela; iii) ato praticado antes do advento da sentença instituidora da curatela; iv) ato praticado por pessoa que não era nem vem a ser sujeita a curatela.

As quatro hipóteses enunciadas demonstram que assume especial relevância a compreensão dos efeitos advindos da sentença que institui a curatela. Uma vez fixada a curatela através de decisão judicial, a prática de ato de natureza patrimonial em desconformidade com a sentença acarretará sua nulidade, com fulcro no art. 166, VII, do Código Civil.⁹³ Trata-se de aplicação do entendimento consagrado na doutrina e jurisprudência nacionais mesmo antes da reforma, no sentido de que a prática de ato por curatelado sem intervenção do curador padece de nulidade. De fato, traduziria efetivo contrassenso admitir a atuação individual da pessoa curatelada sem a intervenção do respectivo curador. Dessa constatação se pode depreender que a sentença instituidora de curatela implica, em matéria de invalidade negocial, presunção (relativa) de invalidade dos atos praticados sem a presença do curador, de modo semelhante ao que sucede com as causas legais gerais de invalidade dos atos. A relatividade dessa presunção decorre do fato de que o caso concreto pode apresentar valores idôneos a justificar a modulação dos efeitos da invalidade ou mesmo a afirmação da plena validade do ato, como se sustentou anteriormente.

A maior dificuldade reside, com efeito, nas outras três hipóteses aventadas. Em todas essas possíveis situações, a análise da (in)validade do negócio dependerá da análise dos efeitos produzidos e dos elementos do caso concreto, com destaque para o grau de

⁹³ Vale ressaltar que traduziria impropriedade técnica a justificativa da nulidade em comento com base no inciso I do art. 166 do Código Civil, vez que, embora submetidos a curatela, as pessoas com deficiência não mais se consideram absoluta ou relativamente incapazes, conforme modificações operadas pela Lei n. 13.146/2015.

discernimento da pessoa com deficiência. A solução, como se percebe, é unitária e não destoa daquela proposta para os atos praticados após a interdição (hipótese na qual a presunção de ineficácia do ato apenas indica uma direção inicial para o intérprete). Faz-se útil, nesse diapasão, o recurso ao entendimento adotado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do regime anterior, acerca dos efeitos da sentença de interdição.

De longa data, a doutrina especializada controverte sobre a eficácia prospectiva ou retroativa da sentença de interdição, em controvérsia que alcançou os tribunais. De uma parte, argumenta-se que a referida sentença teria natureza constitutiva, “pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*”.⁹⁴ A decisão judicial de interdição traduziria, assim, o marco temporal de início do estado jurídico de incapacidade.⁹⁵ Parece subjazer a tal linha de pensamento a compreensão de que somente a certeza inerente à decisão judicial se coadunaria com a exigência constitucional de segurança jurídica.⁹⁶

De outra parte, sustenta-se que a sentença de interdição teria natureza declaratória, vez que o estado natural de incapacidade seria decorrente da deficiência mental e, portanto, necessariamente anterior à decisão judicial.⁹⁷ O presente entendimento parecia ter como importante ponto de apoio a redação do revogado art. 1.773 do Código Civil, o qual fazia menção à “sentença que declara a interdição”. A relevância da decisão judicial de interdição residiria, assim, na “pre-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade”,⁹⁸ restando sempre possível a

⁹⁴ STJ, REsp. 1.251.728/PE, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 14.5.2013. A controvérsia do caso dizia respeito aos efeitos da sentença de interdição sobre as procurações outorgadas pelo interditando a seus advogados no próprio processo. Após a afirmar a natureza constitutiva da sentença, o STJ concluiu que a “outorga de poderes aos advogados subscritores do recurso de apelação que permanece hígida, enquanto não for objeto de ação específica na qual fique cabalmente demonstrada sua nulidade pela incapacidade do mandante à época da realização do negócio jurídico de outorga do mandato”. Assentou, ainda, a não incidência do art. 682, II do CC ao caso, sob pena de cerceamento do direito de defesa da pessoa no seu próprio processo de interdição.

⁹⁵ Nesse sentido, a 4ª Turma do STJ já asseverou que “a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*” (STJ, AgRg. no REsp. 1.152.996/RS, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 8.4.2014). Com base em tal premissa, a Corte concluiu que a sentença de interdição não teria o condão de afetar a validade de contrato de mútuo celebrado anos antes.

⁹⁶ Tal preocupação se faz presente também na doutrina italiana. A propósito, v. a lição de Francesco GAZZONI: “Os efeitos da interdição e da inabilitação se produzem a partir do dia da publicação da sentença” (*Manuale di diritto privato*. Nápoles: ESI, 2015, p. 138. Tradução livre).

⁹⁷ Nesse sentido também decidiu a 4ª Turma do STJ: “A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso” (STJ, REsp. 1.206.805/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 21.10.2014). A Corte destacou a irrelevância, no caso concreto apreciado, da discussão acerca do caráter absoluto ou relativo da incapacidade civil de fato: “A discussão acerca de a incapacidade ser relativa ou absoluta no caso concreto não terá nenhum resultado prático, pois reconhecida a ausência de aptidão volitiva do doador”.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 235.

investigação, no caso concreto, do grau de discernimento da pessoa cujos atos se pretendesse invalidar.

Gradativamente, ganharam espaço na civilística as propostas intermediárias, segundo as quais a existência da sentença de interdição não esgotaria a atividade do intérprete no que tange à perquirição do grau de discernimento da pessoa no momento da realização do ato, bem como dos valores pertinentes que sejam reputados merecedores de tutela. Seria possível, desse modo, o reconhecimento da invalidade de certos atos praticados antes da interdição.⁹⁹ Para tanto, alguns dos requisitos mais comumente aludidos pela jurisprudência são: i) existência de efetivo prejuízo à pessoa com deficiência mental, o que se justificaria em razão do escopo eminentemente protetivo da disciplina da incapacidade;¹⁰⁰ ii) demonstração da efetiva ausência de discernimento à época do fato, diante da expressiva tendência doutrinária de recurso ao critério do discernimento como parâmetro legitimador do exercício da autonomia existencial por pessoas civilmente incapazes;¹⁰¹ iii) ausência de discernimento perceptível ao outro contratante, no intuito de proteger a confiança legítima de terceiros.¹⁰²

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça parece se inclinar, com efeito, para o sentido de mitigar a relevância da definição apriorística dos efeitos da sentença de interdição (se declaratórios ou constitutivos) e fazer prevalecer, por outro lado, a investigação do concreto grau de discernimento da pessoa com deficiência à época da realização do ato.¹⁰³ De fato, no árido terreno da invalidade dos negócios celebrados por

⁹⁹ Nesse sentido, Francisco AMARAL afirma que a sentença de interdição “não tem eficácia retroativa, o que não impede que os atos praticados anteriormente sejam julgados nulos, provada a incapacidade do agente no momento em que os praticou” (*Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267).

¹⁰⁰ “A imposição de sanção pecuniária decorre da conduta reprovável adotada pela instituição financeira em obstar a utilização plena dos vencimentos auferidos pelo demandante, impondo a compensação de dívidas totalmente nulas, pois contraídas por pessoa absolutamente incapaz, em prejuízo da subsistência do interdito” (TJRS, Ap. Cív. 70061502738, 12ª C.C., Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, julg. 27.8.2015).

¹⁰¹ “Os elementos dos autos permitem concluir que o discernimento psíquico da parte autora já se encontrava comprometida à altura da celebração do primeiro contrato de crédito direto ao consumidor, mesmo porque a grave enfermidade psiquiátrica de que padece não se desenvolve num piscar d’olhos” (TJRJ, Ap. Cív. 0255167-98.2009.8.19.0001, 27ª C.C., Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, julg. 7.4.2014).

¹⁰² “Embora haja divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da sentença de interdição, se declaratória ou constitutiva, certo é que embora os negócios pretéritos não sejam atingidos pela sentença de interdição, podem ser anulados se comprovado que à época dos fatos, a incapacidade era manifesta e o outro contratante agiu de má-fé” (TJSP, Ap. Cív. 0300117-61.2010.8.19.0001, 13ª C.C., Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, julg. 29.1.2013).

¹⁰³ Digno de transcrição, neste ponto, o seguinte trecho da ementa de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido ainda sob a égide do regime anterior, que admitia a interdição das pessoas com deficiência: “Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado da incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes afiguram-se nulos, independente de prova” (STJ, REsp. 1.414.884/RS, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg.

pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, o melhor caminho parece consistir na análise do concreto grau de discernimento da pessoa à época da realização do ato e, ao mesmo tempo, dos valores merecedores de tutela na específica situação. A partir dessa renovada postura metodológica – que corresponde, em verdade, à necessária análise funcional de todos os institutos civilísticos –, será possível concluir se o ordenamento do caso concreto sinaliza para a manutenção dos efeitos do ato ou, diversamente, para o reconhecimento (em certo grau) da sua invalidade.

Retomando a atenção aos supramencionados grupos de hipóteses fáticas em matéria de invalidade negocial referente a pessoas com deficiência, verifica-se que a maior dificuldade reside nas seguintes situações: i) ato praticado em hipótese não regulada expressamente na sentença instituidora da curatela; ii) ato praticado antes do advento da sentença instituidora da curatela; e iii) ato praticado por pessoa com deficiência que não era nem vem a ser sujeita a curatela. A referida dificuldade decorre do fato de em tais hipóteses não haver causa legal expressa (pela exclusão das pessoas com deficiência do rol dos incapazes) nem decisão judicial (pelo não enquadramento da hipótese aos estreitos limites de eventual sentença instituidora de curatela) aptas a desencadear presunção relativa de invalidade dos atos praticados pessoalmente pela pessoa com deficiência.

Assentada a inoccorrência de presunção relativa de invalidade nas hipóteses descritas acima, cresce a responsabilidade do intérprete na individualização da normativa do caso concreto.¹⁰⁴ Com efeito, a ponderação dos valores relevantes na específica situação e a averiguação do concreto grau de discernimento da pessoa com deficiência psíquica ou

3.2.2015). Na hipótese, controverteu-se acerca da configuração de união estável entre o homem acometido de esquizofrenia progressiva e a mulher que se apresentara como sua companheira desde período anterior à sua interdição. A Corte veio a entender que, independentemente da celeuma doutrinária sobre os efeitos da sentença de interdição, a demonstração cabal da ausência de discernimento por parte da pessoa com deficiência mental impediria o reconhecimento da união estável, por aplicação analógica do inciso I do art. 1.548 do Código Civil (dispositivo que viria a ser revogado pela Lei n. 13.146/2015). Concluiu-se, então, que “encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente”.

¹⁰⁴ “Pronunciando o decreto judicial de interdição, ao interdito era recusada a capacidade de exercício, e, por conseguinte, reputava-se nulo qualquer ato por ele praticado. Mas, como no direito brasileiro a sentença proferida no processo de interdição tinha *efeito declaratório*, e não constitutivo, não era o decreto de interdição que criava a incapacidade, e sim a alienação mental. Daí positivar-se que, enquanto não apurada a demência pela via legal, a enfermidade mental era uma *circunstância de fato* a ser apreciada em cada caso, e, verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderia ser este declarado inválido. Reconhecia-se, contudo, diferença de tratamento: pronunciada a interdição, ocorria a pré-constituição da prova da insanidade, dispensando-se qualquer outra para fundamentar a invalidade; não pronunciada, cumpria ao interessado demonstrar a enfermidade, sua extensão e a coincidência com o ato incriminado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 233. Grifos do original).

intelectual poderão levar à conclusão pela nulidade de certo ato.¹⁰⁵ Subjazem a esse entendimento a perspectiva metodológica de constitucionalização do direito civil, em geral, e a conceituação ampla do princípio da legalidade, em particular,¹⁰⁶ a imprimir novos contornos à causa virtual de nulidade prevista no art. 166, VII, do Código Civil: onde tradicionalmente se leu “lei em sentido estrito e formal”, deve-se passar a ler “lei em sentido amplo e material”, vez que traduziria nefasto contrassenso afirmar a validade de atos que, embora adequados à legalidade formal do Código Civil, não se revelassem compatíveis com a axiologia constitucional.¹⁰⁷ Em suma, todo ato de autonomia privada contrário à normativa superior e fundante do sistema jurídico (a Constituição Federal) deverá ser considerado contrário à “lei” em sentido amplo e, portanto, nulo nos termos do art. 166, VII, do Código Civil.

Semelhante linha de entendimento também deverá ser adotada em matéria de atos de caráter existencial – os quais não serão afetados, em regra, pela curatela, a teor do que dispõe o art. 85 da Lei n. 13.146/2015. De fato, a previsão de que a curatela se destina unicamente a atos patrimoniais corresponde simplesmente à presunção, pelo legislador, de que toda pessoa tem algum discernimento para o exercício da autonomia existencial. Dito diversamente, na seara existencial, o legislador houve por bem não deflagrar a presunção de invalidade dos atos praticados pessoalmente pelo indivíduo com

¹⁰⁵ No direito italiano, TRABUCCHI destaca a possibilidade de reconhecimento da invalidade de certos atos praticados antes da interdição, quando a pessoa os houver praticado “em um momento de incapacidade de entender ou de querer”. Arremata o autor: “Não é fácil determinar quais pressupostos sejam necessários para que o sujeito seja reconhecido incapaz de entender ou incapaz de querer: o juiz deverá valorar caso a caso se no sujeito existia aquele tanto de discernimento e de atitude a determinar-se que justificam a produção das consequências jurídicas às quais o ato se refere” (*Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 284-285. Tradução livre do original). Cf., ainda, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014, pp. 156-157.

¹⁰⁶ V. a lição de Pietro PERLINGIERI, extensível ao direito brasileiro: “A noção de legalidade é essencial ao sistema. No nosso ordenamento, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei. A dificuldade está em individuar a normativa do caso concreto. O juiz deve considerar todas as possíveis circunstâncias de fato que caracterizam o caso – a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam – e procurar julgar, dando-lhe a resposta que o ordenamento, visto em uma perspectiva unitária, oferece” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 254). Trata-se de fenômeno com tendência expansiva a todos os ramos do direito, visto que a supremacia e a unidade axiológica constitucionais impõem a conformação de todo o sistema – inclusive o princípio da legalidade – aos ditames da Constituição. Ilustrativa do fenômeno no direito público é a lição de Gustavo BINENBOJM: “A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina” (*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 130).

¹⁰⁷ Essa abordagem permite evitar o problema da impossibilidade de aplicação analógica de normas atinentes à invalidade, identificado por José Fernando SIMÃO: “Cabendo ao curador representar ou assistir o deficiente, qual é a consequência de o deficiente praticar o ato sem assistência ou representação? Em tese, pela boa técnica a resposta seria: nenhuma, pois ele é pessoa capaz e o ato é válido. Contudo, essa resposta torna a curatela do deficiente inútil e não o protege como deveria. Afinal, se curatela há é em razão de uma necessidade. Assim, haverá aplicação analógica das disposições dos artigos 166, I e 171, I [...]. Aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade é solução atécnica e contrária ao Direito. Se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais não se admitindo analogia. Entretanto, não vejo outra solução em razão do problema jurídico criado pelo próprio Estatuto” (Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 7. ago. 2015).

deficiência, mesmo quando sujeito à curatela. Isso não impede, contudo, que a análise dos interesses envolvidos e do concreto grau de discernimento quando da prática do ato indiquem a necessidade de não se preservarem certos efeitos extrapatrimoniais,¹⁰⁸ como sucede nos casos em que se discute a validade dos atos praticados por pessoa com deficiência não submetida a curatela ou que, caso submetida, tenha praticado atos antes da sentença instituidora da curatela ou em matéria por ela não regulada.

A reforma proporcionada pela Lei n. 13.146/2015 ainda inaugurou no direito brasileiro a figura da *tomada de decisão apoiada*, introduzida pelo art. 1.783-A do Código Civil. Trata-se de inovação que segue a tendência, observada em ordenamentos estrangeiros, pela preferência a outros institutos, mais promotores da autonomia das pessoas com deficiência do que a curatela.¹⁰⁹ É o que ocorre, por exemplo, com a *sauvegarde de justice* na França¹¹⁰ e a *amministrazione di sostegno* na Itália,¹¹¹ sistemas em que tais figuras alternativas convivem com figuras mais radicais, correspondentes à interdição. À semelhança dessas categorias estrangeiras, a tomada de decisão apoiada não se confunde com a curatela. Por outro lado, ao contrário do que ocorre nas citadas figuras estrangeiras – que afetam, ainda que de forma limitada, a capacidade de fato da pessoa protegida¹¹² –, a realização de atos pela pessoa apoiada sem o conhecimento do apoiador não implica, em princípio, a invalidade dos mesmos. Fala-se, nesse sentido, que o instituto proporcionaria um mero “reforço da validade” dos atos da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual – basicamente, uma prevenção contra eventuais alegações futuras

¹⁰⁸ Como leciona Pietro PERLINGIERI, “Não parece também que se possa compartilhar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa. A enfermidade mental, mesmo se menos grave, pode criar ao *inabilitato* a necessidade de uma assistência que não se restringe ao plano patrimonial” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 782-783).

¹⁰⁹ A respeito da tomada de decisão apoiada, já se esclareceu: “Ajuda a que a pessoa com alguma limitação mantenha a sua autonomia mas, visando cercar-se de maior proteção, possa receber apoio de terceiros no processo de tomada de decisão” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência*, cit., p. 16).

¹¹⁰ No direito francês, dispõe o *Code Napoléon*: “Article 433. *Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, a besoin d'une protection juridique temporaire ou d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés [...]*”.

¹¹¹ O *Codice civile* italiano prevê: “Art. 404. *Amministrazione di sostegno. La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*”.

¹¹² No caso da *sauvegarde de justice* do direito francês, dispõe o *Code Napoléon*: “Article 435. *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné [...]*”. Em relação à *amministrazione di sostegno* do direito italiano, dispõe o *Codice civile*: “Art. 409. *Effetti dell'amministrazione di sostegno. Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*”. A respeito do instituto italiano, ressalta TRABUCCHI que “os atos celebrados em violação das indicações contidas na lei ou no decreto [da *amministrazione di sostegno*] são anuláveis” (*Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 291. Tradução livre).

de invalidade dos atos, meramente facultativa e que, por isso mesmo, prevê como único legitimado a requerê-la o próprio apoiado.¹¹³

De fato, nos ordenamentos que criaram figuras alternativas à curatela, esta se revela forma mais drástica de restrição do exercício da autonomia do curatelado, motivo pelo qual caminharam as respectivas legislações em direção a um tratamento menos interventivo sempre que possível.¹¹⁴ No caso brasileiro, em que se recomenda expressamente uma curatela muito restrita e, de qualquer modo, apenas para questões patrimoniais, questiona-se a utilidade de uma tal figura. Como se não bastasse, controverte-se atualmente quanto à permanência do instituto da interdição no direito brasileiro. Embora já se admitisse amplamente no Brasil a interdição parcial, isto é, restrita a atos específicos,¹¹⁵ de modo plenamente compatível com a proposta da reforma para a constituição da curatela, sabe-se que o Estatuto buscou suprimir o termo de alguns dispositivos legais. A palavra “interdição”, porém, permanece vigente em outras tantas regras, e o procedimento de interdição recebeu disciplina expressa pelo Código de Processo Civil atual, que entrou em vigor pouco tempo depois do Estatuto. A dúvida terminológica, assim, persiste.¹¹⁶

Cumprir, ainda, uma última palavra ao caso das pessoas que, por causa permanente ou temporária, não podem exprimir sua vontade. Trata-se de hipótese originalmente tratada pelo Código Civil de 2002 como de incapacidade absoluta (antigo inciso III do art. 3º), e ora transportada para o rol de causas de incapacidade relativa (atual inciso III do art. 4º). No afã de promover a inclusão social das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, a lei especial modificou o regime jurídico de uma *fattispecie* totalmente alheia ao seu escopo. Trata-se, aqui, de hipóteses como a do paciente em coma, a da embriaguez ou do uso de drogas episódicos e outras tantas que não mantêm qualquer relação com deficiências psíquicas ou intelectuais. Na perspectiva

¹¹³ “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados” (REQUIÃO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada*, cit., p. 51).

¹¹⁴ Sobre a experiência italiana, cf. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 289.

¹¹⁵ O art. 1.772 do Código Civil, em sua redação original, determinava: “Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782”.

¹¹⁶ “Como se pode notar, o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de prever expressamente a interdição, submetendo a pessoa com deficiência ao regime da curatela [...]. Com o advento do estatuto, houve, inicialmente, alteração na redação dos artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil, que tiveram o vocábulo ‘interdição’ substituído por ‘curatela’. Posteriormente, houve revogação dos artigos 1.768 a 1.773 do CC com a entrada em vigor do novo CPC, que passou a tratar da matéria nos artigos 747 a 763. Embora o novo CPC ainda faça alusão à ‘interdição’, trata-se de expressão que deve ser abandonada, haja vista a existência de um estatuto todo voltado especificamente para a pessoa com deficiência e que teve o especial cuidado de abolir aquela expressão” (OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. *O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP*, cit.).

funcional das invalidades e das incapacidades ora proposta, contudo, a modificação não resulta tão drástica: de qualquer modo, incumbirá ao magistrado identificar o grau de consciência do agente e, se necessário, modular as consequências da anulabilidade (seja mitigando-as, seja aproximando-as mesmo do regime da nulidade). Além disso, o fato de a hipótese não ter sido suprimida totalmente do texto legislativo contribui com um importante elemento hermenêutico: serve de lembrete ao intérprete da importância da consciência e do discernimento, em qualquer caso e a despeito da designação legal, para a identificação da incapacidade concreta do agente.¹¹⁷

5. Síntese conclusiva

A reforma promovida pela Lei n. 13.146/2015 ainda dependerá de intenso esforço doutrinário e jurisprudencial para a definição de suas verdadeiras repercussões na ordem jurídica brasileira. Em muitos casos, parece ter o legislador simplesmente esquecido de se pronunciar sobre certas garantias antes estendidas à pessoa com deficiência mental pelo manto protetor da incapacidade – pense-se, por exemplo, na causa impeditiva de prescrição (art. 198, I do Código Civil) e decadência (art. 208, *in fine* do Código Civil), no domicílio necessário (art. 76 do Código Civil), nas regras relativas às obrigações solidárias e indivisíveis (art. 105 do Código Civil), na impossibilidade de dar quitação (art. 310 do Código Civil) e assim por diante. Se o caso foi de silêncio eloquente ou de lapso legislativo, ainda é cedo para afirmar. Assim como para a validade dos atos das pessoas com deficiência, também para esses outros problemas a única chave interpretativa segura parece ser a leitura funcional dos institutos, atenta ao concreto discernimento e à vulnerabilidade efetiva do agente.

Muito mais relevante do que a previsão legal de incapacidade (e do respectivo grau) ou a qualificação do interesse (se predominantemente patrimonial ou existencial) da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual será a individuação da normativa de cada caso particular, do modo que melhor promova a dignidade da pessoa concretamente considerada.¹¹⁸ Nesse sentido, no regime das invalidades em geral propõe-se a

¹¹⁷ Evita-se, assim, o risco da *excessiva proteção* do incapaz, já designada em doutrina como uma “terrível tirania” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 782).

¹¹⁸ Pietro PERLINGIERI afirma que “é possível prospectar, através da interpretação dos institutos vigentes à luz do respeito aos valores dos quais é portadora a Constituição, soluções mais correspondentes às exigências particulares de cada homem, não mais a ser representado como um sujeito abstrato e, portanto, um número, mas como um valor incomensurável em cuja busca de atuação ótima devem se pautar as instituições e a sociedade civil. De fato, o variado grau de atuação desse valor é a única medida para valorar o grau de civilidade de uma coletividade e de uma inteira época” (Gli istituti di protezione e promozione dell’“infermo di mente”: a proposito dell’andicappato psichico permanente. *La persona e i suoi diritti: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2005, pp. 342-343. Tradução livre).

possibilidade de o intérprete modular as consequências do regime jurídico de nulidade ou anulabilidade indicado por lei para certos vícios dos atos de autonomia privada – e, particularmente no caso das incapacidades, sustenta-se a necessidade de avaliá-las em concreto, à luz do discernimento e da vulnerabilidade apresentadas pelo agente, tomando-se como norte o referido imperativo de proteção da pessoa humana independentemente do enquadramento *a priori* que lhe seja conferido por lei.

Talvez o maior mérito da reforma promovida pela Lei n. 13.146/2015 tenha sido, inesperadamente, o de trazer o problema da curatela das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual e da validade de seus atos de volta ao centro das atenções do civilista. De fato, ao modificar um dos pilares da teoria geral do direito civil – justamente a teoria das incapacidades –, imprimiu o legislador nova urgência ao tratamento de uma questão já conhecida pela doutrina, consistente na necessidade de se dosarem os limites da interdição de acordo com a situação concreta da pessoa e com particular respeito à sua autonomia. Uma proteção mais efetiva talvez fosse proporcionada a essas pessoas se maior preocupação tivesse sido dirigida à fundamentação da sentença que fixa os limites da curatela, à gradação desses limites e à responsabilidade dos curadores do que à simples designação jurídica atribuída ao curatelado. O momento, porém, mostra-se oportuno para uma renovação funcional dos rígidos sistemas da incapacidade e, de modo mais geral, da invalidade. O civilista tem, assim, um projeto auspicioso à sua frente.

6. Referências

- ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direito civil: teoria geral*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*, t. 1^{er}. Paris: ILGJ, 1869.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade. *Temas de direito constitucional*, t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. I. Paris: PUF, 2004.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2012.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRARA, Francesco. *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1902.
- FERREIRA, José Geinaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. XIV, n. 3 (nova fase). Belo Horizonte: out./1963.
- GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In CICÙ, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JAPIOT, René. *Des nullités en matière d'actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*. Paris: LGDJ, 1909.
- LARENZ, Karl. Estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, 2006.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: GEN, 2015.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais: o exemplo da capacidade civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Coleção Direito UERJ 80 Anos, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- _____. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- _____. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 18. abr. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. V. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. Gli istituti di protezione e promozione dell'“infermo di mente”: a proposito dell'andicappato psichico permanente. *La persona e i suoi diritti: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2005.

_____. Il diritto di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010.

_____. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2014.

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

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}. Paris: LGDJ, 1908.

PUGLIATTI, Salvatore. Autoresponsabilità. *Scritti giuridici*, vol. IV. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.

PUTTI, Pietro Maria. *La nullità parziale*. Napoli: ESI, 2002.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2016.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Partes I e II). *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 6. ago. 2015 e 7. ago. 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Invalidez do negócio jurídico em uma perspectiva funcional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

_____. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. Tese de doutorado defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

_____. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et alii. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile. A cura di Giuseppe Trabucchi*. Padova: CEDAM, 2015.

civilistica.com

Recebido em: 22.5.2016

Aprovado em:

2.6.2016 (1º parecer)

26.6.2016 (2º parecer)

Como citar: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/autonomia-discernimento-e-vulnerabilidade/>>. Data de acesso.