

O direito de testar da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica

Joyceane Bezerra de MENEZES*

Ana Beatriz Lima Pimentel LOPES**

RESUMO: Este artigo tem como ponto central de discussão a possibilidade da pessoa com diversidade funcional elaborar seu próprio testamento. Apresenta-se as linhas gerais da sucessão testamentária no Brasil indicando os requisitos subjetivos para a confecção de ato de última vontade. Perfaz-se uma análise da capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual que esteja sob tomada de decisão apoiada. Por fim, o trabalho volta-se ao estudo da possibilidade de testar de pessoa sob curatela.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sucessório; testamento; pessoa com deficiência; curatela; tomada de decisão apoiada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Regras gerais sobre a capacidade sucessória testamentária no Direito nacional; – 3. Testador sob apoio: conciliação entre tomada de decisão apoiada e o direito de testar; – 4. A (in)capacidade testamentária ativa da pessoa sob regime de curatela; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: The Right to Test of the Psychically and/or Intellectually Disabled Person

ABSTRACT: This article has as a central point of discussion the possibility of the person with functional diversity to elaborate his own will. It presents the general lines of the testamentary succession in Brazil indicating the subjective requirements for the making of act of last will. An analysis of the active testamentary capacity of the person with psychic and / or intellectual disability who is under the supported decision-making is made. Finally, the work turns to the study of the possibility of testing of person under trusteeship.

KEYWORDS: Succession law; testament; person with disabilities; trusteeship; supported decision making.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. General rules on testamentary succession in national law; – 3. Tester under support: conciliation between supported decision making and the right to test; – 4. An active testamentary (in)capacity of the person under trusteeship regime; – 5. Conclusion; – References.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação Strictu Senso em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPQ: Direito Constitucional nas Relações Privadas. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: joyceane@unifor.br.

** Doutoranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Mestre em Direito Público - Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Especialista em Direito Privado pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). E-mail: abeatrizlp@hotmail.com.

1. Introdução

No Direito brasileiro, a transmissão de bens e direitos *mortis causa* pode seguir a sucessão legítima, tal como disciplina a lei e/ou a sucessão testamentária, organizada por meio de um testamento elaborado pelo *de cujus* quando ainda em vida, atendendo a forma e as solenidades impostas pela legislação. A sucessão testamentária é expressão da autonomia privada e permite realizar a vontade do testador na seara patrimonial e existencial no momento ulterior a sua morte por meio de testamento, sendo por esta razão, um negócio jurídico de eficácia diferida.

Ao reconhecer o testamento com negócio jurídico personalíssimo de disposição de última vontade, cuja formalidade e solenidade vinculam a estrutura e a substância do ato, é necessário analisar a possibilidade de sua elaboração pela pessoa com deficiência intelectual ou psíquica, submetida ou não à curatela ou à tomada de decisão apoiada. O objeto do presente texto, é exatamente analisar a capacidade testamentária da pessoa com deficiência para dispor de última vontade quanto aos bens e outros aspectos não patrimoniais. O estudo não alcançará a discussão sobre os chamados testamentos vitais ou atos semelhantes como as diretivas antecipadas da vontade.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, será desenvolvido um estudo descritivo e exploratório acerca do tema, na tentativa de alcançar o resultado pretendido. Para sistematizar a análise, o texto se subdivide em três partes. A primeira traz um apanhado geral sobre a sucessão testamentária de modo a identificar e explicar as suas principais regras, a fim de balizar a resposta que se pretende oferecer quanto à validade do testamento elaborado pela pessoa com deficiência.

Adiante, na segunda parte do artigo, explicam-se os termos nos quais se dá o exercício da capacidade jurídica pela pessoa com deficiência, sob a fundamentação legal da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei no.13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão), e sua conexão com os mecanismos de apoio. Parte-se da premissa da igual capacidade jurídica que desautoriza a utilização da deficiência como critério incapacitante e suscita a aplicação do apoio adequado, mais ou menos intenso, na medida da necessidade do sujeito.

Na terceira e última parte, encerra-se a discussão respondendo sobre a capacidade de testar da pessoa com deficiência intelectual ou psíquica para testar, estando ela sujeita

ou não à curatela ou à tomada de decisão apoiada. Considerando as mudanças empreendidas pela CDPD e LBI, busca-se responder à presente questão, seguindo a interpretação mais adequada à unicidade do sistema cujo eixo valorativo consagra a inclusão, a igualdade e a não discriminação da pessoa com deficiência. Dito isto, qualquer resposta à presente questão que se enfrenta deverá partir do reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência, em igualdade com as demais, mesmo quando esta possa ser exercitada com o sistema de apoio.

2. Regras gerais sobre a capacidade sucessória testamentária no Direito nacional

No direito das sociedades clássicas, não se reconhecia a possibilidade de testar ao sujeito uma vez que a propriedade tinha caráter sagrado e vinculado à família, sob a gestão do *pater*. Ao morrer, outro destino não poderia ser dado aos bens que não ao filho varão que, ocupando àquela função de *pater*, continuaria a perpetuação da propriedade e do fogo sagrado da família¹. O registro mais antigo do direito de testar extrai-se de alguns fragmentos da Lei das XII Tábuas, nos quais se permitia a disposição do patrimônio pelo titular por meio de documento que expressasse sua vontade².

No Brasil, não era costume corrente, provavelmente, na explicação de alguns autores, evitava-se enfrentar problemas associados à morte por medo ou superstição³. Só mais recentemente o cidadão brasileiro tem esboçado alguma preocupação com o testamento e como o planejamento sucessório em geral. Algumas das vezes para evitar conflitos entre os herdeiros e, por meio de outros instrumentos palatáveis ao planejamento sucessório, reduzir custos fiscais e empresariais. O fato de o testamento não ser um instrumento largamente utilizado para a realização do planejamento sucessório.

O modelo atual de sucessão testamentária guarda algumas correlações com o que estava presente na codificação de 1916 – especialmente quanto às formas previstas de testamento - mas inova em aspectos essenciais como o critério da capacidade

¹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 119.

² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 262.

³ Por todos: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 e NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

testamentária. Segundo a lei, toda pessoa capaz pode realizar o ato de testar.⁴ Mas no âmbito específico do Direito das Sucessões, a capacidade para testar se inicia aos dezesseis anos, conforme anuncia o art. 1.860, CC.⁵ E, nos termos do parágrafo único desse artigo, não podem testar os incapazes e todas as pessoas que, no momento do ato, não tiverem discernimento íntegro.⁶

Aqui desponta o primeiro problema - o que seria o discernimento e como se pode aferi-lo. Na explicação de Silvio Rodrigues, a exigência do dispositivo consiste em que a pessoa que deseja testar “possa exprimir livremente a sua vontade, apresentando compreensão e entendimento necessário para perceber, assimilar, alcançar, numa palavra, saber o que está fazendo e qual o significado e extensão do ato que pratica”.⁷

Na sistemática da CDPD e EPD, essa possibilidade de exprimir livremente a vontade também é assegurada àquele que o fará mediante apoio. Chancela-se a autonomia na interdependência⁸ para assegurar a inclusão da pessoa com deficiência!⁹⁻¹⁰

Os dispositivos que restringem a capacidade de testar não se referem à pessoa com deficiência. Tampouco, na atual sistemática proposta pela Convenção, qualquer restrição pautada nesse fator seria inconstitucional. Não há espaço para dúvidas quanto ao novo sistema de incapacidades: não se pode abordar a deficiência, em si, para modular a capacidade do sujeito. De acordo com o art.12, da CDPD¹¹ e com o art.60. do Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD,¹² a pessoa com deficiência goza de capacidade legal (jurídica) em igualdade com as demais.

⁴ Art. 1.857, CC: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

⁵ Art. 1.860, CC: [...] Parágrafo único. “Podem testar os maiores de dezesseis anos”.

⁶ Art. 1.860, CC: “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”.

⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva. Vol. 7, 2002, p. 161.

⁸ DANDHA, Amita. *Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429 2006-2007, p. 429.

⁹ Artigo 3, CDPD: “Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; [...]”.

¹⁰ “Se considera así como discriminatorio tanto el trato diferente basado en circunstancias no relevantes, cuanto el trato no diferente desconocedor de circunstancias relevantes. Las circunstancias que se tienen en cuenta en este campo se corresponden bien con rasgos de las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la identidad) bien con situaciones en las que se encuentran las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la situación)” (ROIG, Rafael Asís. Sobre capacidade y derechos. In: AVILÉS, Maria del Carmen B; AGÓN, Oscar Celador; FERNANDEZ, Félix Vaca. (Coord.). *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 51).

¹¹ CDPD, artigo 12: [...] “2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

¹² EPD, Art. 6º: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]”.

Ainda há, no entanto, quem associe eventual falta de *discernimento* à situação da deficiência. Mas é de se aperceber que o critério do *discernimento* desapareceu dos arts. 3º. e 4º. do CC e dos demais dispositivos do Código, a partir de sua reestruturação pelo EPD. Permaneceu no art. 1.860 e, certamente, por mero descuido ou porque ali não estaria correlacionado à deficiência, mas a qualquer fator capaz de abalar a livre compreensão dos fatos o que inclui o hipnotismo, a ingestão de álcool, drogas ou psicotrópicos.

Ao admitir que o testamento possa trazer disposições existenciais,¹³ mais ainda se reforça o argumento da capacidade sucessória ativa daqueles que, a rigor, estariam afastados de uma capacidade civil plena para tanto.

O discernimento exigido para o reconhecimento da plena capacidade ou de algum grau de incapacidade tem em vista a proteção de eventual relação jurídica de natureza patrimonial assim também no direito sucessório do CC/02.¹⁴ Os atos de natureza existencial não estão assentados na ideia fulcral da plataforma das incapacidades.¹⁵ E nem poderiam estar, uma vez que demandam análise diferenciada diante do caso concreto apresentado.

Os tribunais sempre foram muito cautelosos na invalidação do testamento em virtude da alegação de ausência de *discernimento* ou são juízo do testador ao tempo de sua elaboração. Ao longo do tempo, as decisões que confirmavam a validade mantinham-se como a maioria.¹⁶ Ora, presume-se a capacidade - esta é uma garantia secular que vige no sistema civil. Somando-se a isso a proteção volitiva da declaração de última vontade, para respeitar a manifestação da pessoa já falecida ao tempo em que vivera, não se pode por meio de argumento vazio ou temerário, atacar a validade e comprometer os efeitos de um negócio jurídico desta natureza.

Na sistemática atual, a emanção da vontade jurídica não necessariamente se fará de modo absolutamente independente. Isto porque nem todas as pessoas possuem uma ilustrada aptidão para, de pronto e imediato, apresentar uma conclusão volitiva

¹³ Considera-se exemplos de disposições existenciais passíveis de disposição testamentária: o reconhecimento de filiação; a nomeação da tutela testamentária; disposições sobre o próprio corpo para depois da morte; reconhecimento de prole eventual póstuma fruto de reprodução humana artificial heteróloga; autorização de publicação ou não de obras autorais; dentre outras.

¹⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 21.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. Vol. 7, 2006, p.149.

inexoravelmente independente, autônoma e irretocável sobre os fatos da vida e quanto às escolhas que precisa fazer.¹⁷ Também será válida, a vontade consolidada e externalizada com o apoio de terceiros que estejam no auxílio da pessoa, apresentando-lhe melhor a clareza dos fatos e de suas consequências. Essa é a expressão da autonomia na interdependência apresentada pela filosofia dos direitos humanos e adotada pela CDPD. Expressa o lema do movimento social das pessoas com deficiência - "independentes mas não só!"

Na Argentina, o Código Civil e Comercial da República dispõe de um modo um pouco diferente para dizer que toda pessoa legalmente capaz de "ter vontade e de manifestá-la" terá a faculdade para dispor de seus bens por testamento.¹⁸ Aplicando-se a principiologia da CDPD a tal dispositivo, tem-se que à pessoa com deficiência estará assegurada em sua capacidade de testar, na medida em que ainda puder exprimir essa vontade por meio do suporte legal adequado. Nessa medida, uma pessoa com deficiência que é capaz de manifestar, por qualquer meio, a sua vontade, poderá realizar um testamento válido. Se estiver com o suporte da decisão apoiada, mais escorreitamente poderá exercitar esse direito, afastando eventual discussão sobre a vulnerabilidade na consolidação e exarcação do aspecto volitivo.

Não se pode aceitar eventual restrição à capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência apenas pela previsão do termo discernimento que ainda persiste no art.1.860 do CC/02.¹⁹ A deficiência, reitera-se, não é abordada para os fins de modulação da capacidade. Se o sujeito com limitação psíquica e/ou intelectual desejar testar e conseguir, com ou sem o apoio legal, fazê-lo, não há porque restringir-lhe essa faculdade. Assim como os demais, deverá exarar, ao cabo e ao fim, uma vontade livre de pressões ou captações. Nem mesmo o suporte ou apoio poderá exercer qualquer pressão ou captação, essa seria uma disfunção.

¹⁷ ARAÚJO, Luis Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: Reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

¹⁸ Art. 3.606. "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad".

¹⁹ No dizer de Agustina Palácios, *"en lo personal, quien escribe prefiere utilizar el término "diversidad funcional" en remplazo del término "deficiencia", porque de este modo se elimina la connotación negativa sobre las palabras que aluden a las características de un ser humano"*. (PALÁCIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madri: Grupo editorial CINCA, 2008, p. 34.). No presente trabalho, adere-se ao entendimento da autora por compreender ser o mais adequado, mas opta-se pela utilização também da palavra "deficiência" por ser sob esta denominação que a legislação brasileira cuida do tema além de, em segundo plano, possibilitar a variação na terminologia empregada no texto.

Ademais, se a lei não exige a plena capacidade civil para o testamento, na medida em que permite àqueles maiores de dezesseis anos fazê-lo, porque inviabilizaria essa alternativa à pessoa com deficiência? O que em verdade se requer é a emanção de uma vontade jurígena válida. O Código presume que a pessoa com dezesseis a tem. E o sistema jurídico na sua inteireza não afasta, do contrário, reconhece a capacidade jurídica da pessoa com deficiência. Ainda que para o seu exercício, venha a se valer dos instrumentos de apoio necessários.

Antes do advento da CDPD, é bom observar com Silvio Rodrigues que o Código Civil de 2002 não restringia o direito de testar aos relativamente incapazes pelo fator da idade ou prodigalidade. Como referido, a partir dos dezesseis anos creditava-se a capacidade para testar. E os pródigos, por sua vez, só estariam privados de praticar, sem a assistência do curador, os atos da vida civil que viessem a comprometer seu patrimônio em vida, levando-os ao empobrecimento. O testamento não se incluía nessa restrição, pela dicção do art.1782 (hoje revogado).²⁰

Superados os critérios de abordagem da deficiência para modulação da capacidade, presentes nos Código Civil de 1916 (*status approach*), no Código Civil de 2002 (*outcome approach* e *functional approach*) anteriormente à CDPD e ao EPD, tem-se, nos dias atuais, que a deficiência não pode ser utilizada como critério limitador da capacidade.²¹ Passadas as três fases que se sucedem,²² no estágio atual não há mais que associar a incapacidade à deficiência. Se algum daqueles critério deve ser aplicado aos dias atuais - seria o *functional approach* e para delimitar o apoio e não para roubar a capacidade.²³

A concretização da autonomia privada,²⁴ no entanto, depende não apenas do reconhecimento da atribuição desse *poder*²⁵ à pessoa por parte do ordenamento, que hoje autoriza o seu exercício na interdependência.²⁶

²⁰ Neste sentido ver RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7, pp. 149-150.

²¹ MENEZES, Joyceane B. de; TEIXEIRA, Ana Carolina B. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²² Esses três momentos correspondem à vigência do Código Civil de 1916, à vigência do Código Civil de 2002 na perspectiva da Constituição Federal de 1988 e a inserção no nosso sistema das normas protetivas da pessoa com deficiência tanto pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) do ano de 2007 como pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI) de 2015.

²³ DANDHA, Amita. *Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007.

²⁴ Para Pietro Perlingieri, “[...] autonomia privada (é) o poder, reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de

Tal reconhecimento é feito, por exemplo, pela atribuição da plena capacidade civil às pessoas naturais, em regra, maiores de idade. Ou seja, o Direito interno concede o poder de exercer os atos da vida civil de acordo com os critérios que ele mesmo estabelece²⁷. Nesta toada, a sucessão testamentária representa mais que a materialização da vontade humana, pois é necessário, na leitura de Orlando Gomes,²⁸ a permissão do direito positivo chancelando a validade dessa vontade que tantas vezes deve ser veiculada sob forma específica, como no caso das disposições de última vontade.

Ressalta-se, oportunamente, que a autonomia testamentária não fica restrita à seara patrimonial, estende-se para a esfera existencial da pessoa de modo a contribuir para a realização do projeto de vida que pode se estender, em alguns efeitos, para após a morte (mesmo que após a morte). Desta forma, o exercício da liberdade de testar²⁹ também deve estar em acordo com as diretrizes constitucionais de tutela, proteção e, especialmente para o caso, promoção da dignidade da pessoa humana.³⁰

Ao centralizar a proteção da pessoa como um valor essencial e nuclear do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento (artigo 10.), e também como objetivo (artigo 3º.), da República Federativa do Brasil, sem fazer qualquer distinção em relação à alguma circunstância especial. Para Teixeira que “a inserção do princípio da dignidade no primeiro artigo da Constituição significa um marco relevante, principalmente quando contrastado com o ordenamento brasileiro que antecedeu, que fora criado para um Estado ditatório e patrimonialista”.³¹

comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados.” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 325).

²⁵ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

²⁶ Recentemente, Judith Butler escreve o editorial "Yo quiero ser más débil". Ressalta que nenhum de nós é esse ser humano ilustrado que a lei descreve como autonomo e absolutamente independente. Somos todos interdependentes, ao cabo e ao fim (BUTLER, Judith. Judith Butler: "Eu quero ser mais fraco". *El salto diario*. Disponível em: <<https://www.elsaltodiario.com/gsnotaftershave/judith-butler-yo-quiero-ser-mas-debil>>. Acesso em 15 jun. 2018.)

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*: Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 43.

²⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rev., atual, e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 86.

²⁹ Liberdade de testar mitigada ou limitada, concedida e modulada pelo próprio ordenamento jurídico, mas que consubstancia o reconhecimento da autonomia privada.

³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*: Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 53.

³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 114-115.

Sobressai-se do princípio da dignidade, a busca pela concretização de uma sociedade mais justa e igualitária e, para a consecução deste propósito, por vezes, serão necessárias regras diferenciadas para a tutela de pessoas com demandas especiais, respeitando sempre a legalidade constitucional³². Relativamente à pessoa com deficiência, essa tutela diferenciada se materializou pela CDPD que, entre nós, reflete a internalização da Constituição³³ e pelo EPD que lhe amplia as possibilidades de aplicação. Admite-se, desde então, a regra geral da plena capacidade para as pessoas maiores de 18 anos, independentemente de deficiência e estado de vulnerabilidade,³⁴ de modo que não se justifica a imposição de restrições à capacidade testamentária ativa da pessoa com diversidade funcional maior de dezesseis anos,³⁵ uma vez que, repita-se, deficiência não é mais critério de determinação de qualquer tipo de incapacidade *ipso facto*. A ausência absoluta da capacidade testamentária ativa somente poderá ser reconhecida, *a priori*, em desfavor dos absolutamente incapazes, pontualmente descritos no art. 30, do CC.

A deficiência não obsta a capacidade ativa testamentária. Se a pessoa com deficiência contar com mais de dezesseis anos e, assim como as demais, puder compreender o que significa o testamento e as consequências que dele se extrai, poderá fazê-lo. A garantia da elaboração do instrumento nada mais é que a consequência do livre exercício de um direito³⁶ em iguais condições com as outras pessoas.

Independentemente de qualquer critério, tampouco a deficiência, a pessoa natural terá capacidade sucessória passiva na sucessão legítima, exigindo-se apenas que tenha vocação hereditária. De igual modo a terá, na sucessão testamentária, se não houver

³² PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³³ A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) de 2007 foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal (promulgado pelo Decreto nº 6.949/09 e em vigor no plano interno desde 25/8/2009). Portanto, a mencionada convenção internacional possui *status* de norma constitucional (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 511).

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção Sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 20, p. 227.

³⁵ Posição reforçada pela interpretação conjugada do *caput* do artigo 1857 com o parágrafo único do artigo 1860, tudo do CC/02.

³⁶ No dizer de Flávio Tartuce, o EPD substituiu o fundamento anterior do sistema das incapacidades pela ideia da “*dignidade-igualdade*” ou “*dignidade-inclusão*”. (TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção Sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 463 – 472.).

qualquer óbice do art.1801.³⁷ É bem certo que num e noutro caso poderá ser afastada da sucessão em virtude de deserdação e de indignidade. Em termos gerais, é reconhecida a capacidade sucessória passiva às pessoas nascidas, aos já concebidos e à prole eventual nos termos limites do artigo 1.800 do CC/02.³⁸

3. Testador sob apoio: conciliação entre tomada de decisão apoiada e o direito de testar

A CDPD estabelece como um de seus princípios o “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (CDPD, art. 3º) sendo impositivo, para tanto, que os Estados signatários adotassem as medidas imprescindíveis para afastar qualquer forma de discriminação das pessoas com deficiência.

No Brasil, o ingresso da CDPD no ordenamento jurídico com força de norma constitucional e o início da vigência do EPD, no início do ano de 2016, trouxeram muitas mudanças na forma de proteção à pessoa com deficiência, promovendo profundas alterações no direito protetivo, tradicionalmente ocupado pela tutela e curatela. Além de remodelar a curatela, introduziu a tomada de decisão apoiada³⁹ (TDA), instituto primordialmente voltado para o apoio ao exercício da capacidade.

O instituto, novo no Brasil até então, passou a integrar o Código Civil com descrição no artigo 1.783-A:

Art. 1.783-A, CC/02: “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha

³⁷ Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

³⁸ Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775. § 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber. § 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

³⁹ Art. 84, EPD: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. [...] § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.”

vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

De início, já se ressalta que a TDA não é um instrumento obrigatório ou que possa ser imposto judicialmente à pessoa. Cuida-se de instrumento viável à realização de sua plena capacidade por meio de apoio⁴⁰, a partir de sua demanda. É medida destinada àqueles que sentem algum tipo de fragilidade no exercício de sua autonomia⁴¹ - e somente estes terão legitimidade ativa para pleiteá-la.

Pode-se dizer que a TDA decorre de um negócio jurídico⁴² celebrado entre a pessoa com deficiência e as duas pessoas, no mínimo, escolhidas por ela, para serem seus apoiadores. Em sendo um negócio jurídico pressupõe-se, para sua validade, a capacidade das partes⁴³, o que reforça a plena capacidade da pessoa com deficiência que opta pela TDA. Que também não tem o condão de mitigar, mesmo depois de homologada, a capacidade.

No que diz respeito ao objeto desse negócio jurídico, a lei traça o contorno de uma obrigação de fazer, qual seja, a de prestar uma contribuição (apoio), informação e proteção nas escolhas a serem feitas durante os atos da vida civil - o conteúdo desse apoio será delimitado pelo próprio acordo que será levado à homologação judicial.

Não há qualquer referência à natureza dos atos a serem praticados com apoio, do que se entende poderem ser os mais variados possíveis, incluindo aqueles de matiz existencial. Por não se tratar de uma substituição de vontade (como na representação) e nem mesmo de ocorrência de vontade simultânea (como na assistência), mas apenas de um auxílio na tomada de decisão, esta será realizada pela própria pessoa apoiada. Os apoiadores não integram o negócio realizado pelo apoiador, ainda quando sejam chamados a assinatura do ato para confirmar que dele tiveram ciência e em virtude dele

⁴⁰ A previsão inicial de uma medida que garantisse o apoio para a prática dos atos da pessoa com deficiência está no art. 12/CDPD.

⁴¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 616.

⁴² São diversos os conceitos encontrados na doutrina nacional sobre o negócio jurídico. Para este trabalho, adota-se o conceito de Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 191), para quem negócio jurídico é “*fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico*”.

⁴³ Art. 104, CC/02

ofereceram o suporte para o qual foram chamados. O apoio antecede a formação do negócio porque se aplica auxiliando o processo de construção volitiva.⁴⁴ Nesse aspecto, se diferencia do sistema de substituição de vontade.

A formalização do termo de apoio requer a homologação judicial, em procedimento de jurisdição voluntária no qual também há intervenção do Ministério Público.⁴⁵ Trata-se, portanto, de um negócio jurídico solene e complexo. Como a lei orienta, é também um instrumento de utilização temporária. O termo deve estabelecer o prazo de duração ainda que, a qualquer momento, a pessoa apoiada possa requerer a interrupção e extinção do acordo perante juiz que o homologou.⁴⁶ Embora o procedimento da jurisdição voluntária promova alguma segurança jurídica com a presença do Ministério Público e do juiz, por outro lado, dificulta o acesso das pessoas com carência de recursos financeiros ao instituto⁴⁷. Além disso, esses mesmos autores questionam a judicialização dessa homologação nos tempos em que é crescente a desjudicialização de tantas medidas como o divórcio, a partilha, a usucapião administrativa e, mais recentemente, o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Como já mencionado, a pessoa que opta pela TDA é plenamente capaz para realizar tanto o termo de apoio como os demais negócios jurídicos, uma vez que o instituto não restringe o exercício da capacidade, do contrário, promove-o.

A vontade declarada no testamento para fins de destinação patrimonial ou determinação sobre interesses existenciais é expressão da autonomia pessoa e meio de realização da dignidade da pessoa humana, conforme sintetiza a professora Ana Luiza Nevares⁴⁸.

⁴⁴ MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrument de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no.13.146/2015). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil*, v. 9, Jul /Set 2016 Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018.

⁴⁵ Sobre o tema: MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrument de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no.13.146/2015). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil*, v. 9, Jul /Set 2016 Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018.

⁴⁶ Art. 1783-A, § 9º, CC/02: “A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada”.

Art. 1783-A, § 10, CC/02: “O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria”.

⁴⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: Uma análise da Incapacidade Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 327.

Para explicar a vinculação da capacidade ativa testamentária e a concretização da cláusula geral de proteção à pessoa, citada autora afirma que esta “será atingida a partir da ponderação entre liberdade do testador, manifestada por meio do testamento, e a solidariedade, dever de todos, para que seja possível chegar ao resultado que melhor realize a dignidade da pessoa no caso concreto”.⁴⁹ Ou seja, o exercício de testar materializa a vontade do testador em projetar sua subjetividade para depois da morte, o que deve ser viabilizado por todos da sociedade com a abertura da sucessão.

Assim, adere-se à ideia de que o direito de testar é matéria ordem pública que não aceita limitações alheias àquelas delineadas pela lei, em sentido estrito.⁵⁰ A faculdade de testar garante “a soberana ideia do homem”⁵¹ de projetar sua vontade para além de sua própria existência. Nesta perspectiva, CC/02 pune com a exclusão sucessória⁵² aqueles que, de algum modo, causarem impedimento à liberdade de testar do autor da sucessão.

A pessoa em acordo de TDA, uma vez que é plenamente capaz, poderá testar. Se, no termo de apoio constar o suporte para a elaboração de testamento, o apoiador intervirá nos limites do acordado para auxiliar à pessoa apoiada a dispor de seus bens ou sobre questões existenciais em testamento. Poderá, nos moldes do art. 1.783, parágrafo sexto, opor-se à consumação do negócio, na hipótese em que divergir do apoiado e se entender que o mesmo produzirá risco ou prejuízo relevante. Nesse caso, o apoiador poderá se opor à conclusão do testamento se observar que o mesmo trará prejuízo relevante à própria vontade do apoiado, nas hipóteses em que este vier a insistir na previsão de cláusulas que adiante venham ser invalidadas porque ofensivas à ordem pública ou comprometidas em sua extensão, como no caso do transbordamento da parte disponível.

Como os apoiadores não integram o negócio celebrado, no caso o testamento, não há que se falar em comprometimento do caráter personalíssimo do ato. De fato, apenas o

⁴⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 327.

⁵⁰ VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil, Parte Especial: Do Direito das Sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 28.

⁵¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 264.

⁵² Por meio da indignidade e da deserdação, mesmo os herdeiros necessários, serão afastados aqueles “que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade” (art. 1814, inc. III, CC/02).

autor da herança disporá de sua própria vontade, que continua tendo que ser livre, consciente e espontânea.⁵³ O fato do apoio não compromete a higidez e integridade dessa vontade. Ademais, hoje é possível – até recomendável em certos casos – que a elaboração do testamento seja feita com auxílio ou apoio, em sentido amplo, de um profissional especializado na matéria a fim de diminuir, ou mesmo extinguir, as chances de ineficácia testamental.

Hoje, na prática, o advogado que atua na área de Sucessões, conforme seja o caso, orienta e muitas vezes elabora a minuta do instrumento.⁵⁴ Confia-se o *munus* da testamentária a alguém bem instruído para garantir o seu devido cumprimento. Além de executor, o testamenteiro também poderá ser nomeado como herdeiro e/ou legatário⁵⁵, ou seja, ele não perde a vocação hereditária pelo auxílio prestado. Em qualquer dos casos, o testamento é da pessoa que obteve auxílio e preservará a sua característica de ato personalíssimo.

Os apoiadores, no caso da sucessão testamentária, auxiliarão o testador apoiado na organização de sua vontade para dispor em testamento. Poderão, inclusive, acompanhar o apoiado nas sessões com o advogado.

Pode ocorrer a situação de o apoiado já ter diagnóstico de uma doença degenerativa como o Alzheimer ou Parkinson⁵⁶ mas, se não há, ainda, o comprometimento da capacidade de entendimento e compreensão para os atos da vida civil, tanto a constituição da tomada de decisão apoiada como testamento serão válidos pois praticado por pessoa plenamente capaz. Ressalte-se que a capacidade testamentária é aferida no momento da realização do ato sendo certo que a incapacidade superveniente não macula a validade do ato (art. 1861, CC). O que vem se confirmando na jurisprudência nacional⁵⁷.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Atual. Por Carlos Roberto Barbosa Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. VI, p. 314.

⁵⁴ O advogado poderá, por exemplo, elaborar a minuta do testamento público (art. 1864, inc. I, CC).

⁵⁵ Para a validade da deixa em favor do testamenteiro, seja advogado ou não, deve ficar afastada a caracterização de onerosidade.

⁵⁶ Sabe-se que o tempo de desenvolvimento dessas doenças é bastante variado até chegar na limitação funcional total da pessoa.

⁵⁷ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS POSTERIOR À INTERPOSIÇÃO DA APELAÇÃO. DESERÇÃO. RECONHECIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAPACIDADE PARA TESTAR. DEMÊNCIA SENIL. INTERVALOS DE LUCIDEZ. CC/16. PROVA ROBUSTA. NECESSIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Ação ajuizada em 07/06/02. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se deve ser preservada a validade de testamentos públicos lavrados por testadora que não foi declarada incapaz para testar por meio de prova técnica acerca da insanidade mental contemporânea ao negócio jurídico. [...] 5. É inegável a relevância que o

Em virtude da atuação tão próxima do apoiador, entende-se que ele acaba por perder a legitimidade passiva para suceder na via testamentária. Mas nem quanto a isso, possuímos uma opinião definitiva. Na medida em que não há lei, *stricto sensu*, determinando essa incapacidade sucessória passiva, não haverá como presumi-la.

Eventuais defeitos no testamento como a incapacidade do testador e/ou a interferência dos apoiadores na declaração da vontade exteriorizada no testamento poderão ser combatidas por ações próprias de nulidade ou equivalentes como já é possível desde antes da vigência do EDP.

Convém, ainda, destacar que o testamento é ato que busca garantir segurança à realização das determinações nele contidas não apenas pelas formalidade e solenidades que o cercam mas também pela forma prevista para seu cumprimento após a morte de seu autor. Neste sentido, Nevares⁵⁸ defende que tanto as formalidades legais para a elaboração de um testamento, como a nomeação de testamenteiro e, da mesma forma, o cumprimento do instrumento diante do poder público são evidências da importância e segurança do ato⁵⁹.

4. A (in)capacidade testamentária ativa da pessoa sob regime de curatela

A curatela ganhou novos contornos por força da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e pelas alterações impostas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência. Em virtude da expressa regra geral da plena capacidade e da eleição da tomada de decisão apoiada como auxílio possível ao exercício da autonomia da pessoa, a curatela

Ordenamento Jurídico pátrio emprega em favor de se preservar a vontade de disposição patrimonial dos sujeitos que assim desejarem fazer. Por outro lado, questão de alta indagação na doutrina e na jurisprudência se coloca acerca da demonstração inequívoca de que o testador, ao testar, se encontrava ou não em perfeito juízo, isto é, se tinha pleno discernimento da formalidade que o testamento encerra. 6. *A capacidade para testar é presumida, tornando-se indispensável prova robusta de que efetivamente o testador não se encontrava em condições de exprimir, livre e conscientemente, sua vontade acerca do próprio patrimônio ao tempo em que redigido o testamento.* 7. Na hipótese, o Tribunal de origem registrou que, sem risco de equívocos, a prova foi robusta diante do comprovado estado precário de sanidade mental da testadora em momento anterior à lavratura dos testamentos públicos. Rever essa conclusão demandaria o reexame de fatos e provas (Súmula 7/STJ). 8. Recursos especiais conhecidos e não providos” (STF, IIIª T, REsp 1694965/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/12/2017, DJe 07/12/2017). Grifos nossos.

⁵⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 314-315.

⁵⁹ O Provimento 56/2016 do Conselho Nacional de Justiça tradução a preocupação com a conservação e cumprimento da vontade do testador ao disciplinar regras determinando a consulta obrigatória ao Registro Central de Testamentos On Line para o processamento dos inventários e partilhas judiciais e extrajudiciais no país.

passou a ser considerada medida *in extremis*.⁶⁰ Quiçá, mais uma alternativa de apoio quando aplicada nos termos do art.84, parágrafo primeiro do EPD.

Evita-se a curatela posto ser medida de caráter excepcional. Mesmo quando aplicada o curador deve atuar um *cuidador*.⁶¹ Imagina-se que o termo usado pelo civilista deve ter sido empregado no sentido de "apoiador". A proteção passa é centralizada na realização do principal interesse: apoio à pessoa real do curatelado na medida da necessidade. Não pode expressar uma medida de finalidade social ou favorecedora dos interesses da família. A curatela não poderia reduzir a pessoa "ao 'sujeito virtual' abstratamente considerado".⁶²

A curatela foi prevista pelo EPD como uma medida aplicável à pessoa com deficiência (art.84, parágrafo primeiro). Nesse aspecto, entende-se que seria uma forma de apoio mais intenso à pessoa com deficiência que assim necessitar, fundamentada no preâmbulo da CDPD, alínea J. Se assim for, de acordo com a CDPD, a pessoa sob apoio não seria considerada pessoa incapaz - continuaria sendo titular de sua capacidade civil (art.12) com o suporte do curador.

Mas como isso seria possível àquele sujeito totalmente privado de volição, que não tem condições para o exercício de uma autonomia externa mesmo com o apoio?

A se considerar a leitura de Francisco Bariffi,⁶³ o artigo 12, item 2, da CDPD não implica um direito absoluto ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência, mas estabelece a garantia de que a deficiência não será usada como critério a restringir tal capacidade. Se vier a fazê-lo será por meio de um critério aplicável a qualquer sujeito. Nessas hipóteses, excepcionalíssimas, a pessoa (não pela deficiência, mas pela ausência da autonomia externa) poderia ser posta sob proteção específica. Mas ainda que sob uma representação legal, não poderia se sujeitar ao talante do representante, conforme instrui o tradicional sistema da substituição de vontade.

⁶⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 528.

⁶¹ ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2016, p. 801.

⁶² FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 35, p. 101-120, jul./set. 2008, p. 102.

⁶³ BARIFFI, Francisco. *El regimen jurídico internacional de la capacidad juridical de las personas con discapacidad*. Madrid:Grupo Editorial Cinca c/ General Ibanez Íbero, 2014, p.391.

Suas preferências e a sua vontade, manifestas ao tempo em que podia se posicionar, seja pela forma como viveu, seja pelos afetos, ou seja, mesmo por declarações verbais, deverão ser respeitadas. Na hipótese em que sofrer limitações gravíssimas desde o nascimento, impeditivas de qualquer manifestação volitiva, seus interesses fundamentais deverão sempre ser respeitados pelo representante. Não se pode autorizar uma ampla substituição de vontade para onerar o curatelado em todos os atos da vida civil.

Mas voltando ao raciocínio anterior, apreciando a curatela sob a égide da CDPD e EPD, a pessoa não se vê privada do exercício da capacidade, mas sob o apoio do curador, cujos poderes podem ser de assistência ou de representação.⁶⁴

Nesse caso, se estiver sob representação, o curador em absoluto poderá fazer um testamento em seu nome. Se houver curatela por assistência e a sentença nada dispuser sobre a capacidade de testar do curatelado, ou seja, se entender que neste aspecto não há necessidade de apoio, a pessoa sob curatela poderia testar livremente. Mais ainda se lhe seria assegurada essa capacidade quando àquele testamento circunscrito à temática existencial.

A validade de um tal ato poderia ser questionada pelos interessados a posteriori, utilizando as mesmas argumentações aptas à invalidar o testamento realizado por pessoa sem qualquer deficiência.

Outra questão toca à possibilidade de se incluir, no âmbito da intervenção do curador o apoio assistencial à facção do testamento. A se compreender a curatela como um apoio, porque não poderia o curador oferecer um suporte adequado ao curatelado, inclusive assistindo-o neste particular?

Se a curatela constituir modalidade de apoio,⁶⁵ deverá auxiliar a pessoa no exercício da capacidade e não caçar-lhe essa prerrogativa. Teme-se que, sob a justificativa de que a pessoa não possa manifestar a vontade por si (autônoma e individualmente sem

⁶⁴ Enunciado recém aprovado na 8a. Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal - CFJ permite a fixação de poderes de representação na curatela: “Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, e serão especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade”.

⁶⁵ É isso é o que se deduz dos art.84, parágrafo primeiro, EPD.

qualquer apoio), e desconsiderando a integração de sua funcionalidade pelo apoio, acabe-se desconsiderando a determinação da CDPD - de reconhecer a capacidade na interdependência. Conforme Dandha,

Further, these reform efforts acknowledged that, if assistance is required to exercise capacity, then such assistance should be provided instead of holding a person to be incompetent.' Accepting this premise, legal systems experimented with establishing legally recognized persons who could provide this assistance. A finding of incompetence in traditional legal systems has resulted in guardians of person or property being appointed, who then were charged with making decisions on behalf of the incompetent person. In comparison, the reform efforts were aimed at supporting rather than supplanting the person in need of assistance. The possibility of substitution, however, has been retained".⁶⁶⁻⁶⁷

Nessa esteira, a pessoa em situação de curatela, terá a capacidade de executar sozinho aqueles atos não estiverem arrolados no espectro do apoio do curador - nos termos definidos em sentença. E relativamente aos atos que estiverem sob a assistência do curador, tal como fixado em sentença, poderá praticá-los com a presença assistencial deste. Disso resulta que, o testamento poderia ser feito com ou sem a assistência do curador, a depender do que se definir na sentença que institui a curatela.

Porém, a se interpretar a curatela sob o signo da substituição da vontade outro problema se nos apresenta. O ato personalíssimo não poderia se sujeitar aos comandos da curatela.⁶⁸ E sendo o testamento, um ato personalíssimo não poderia ser executado sob representação ou assistência de um curador. Mas, a seguir com os que compreendem dessa forma, o curatelado conservaria a capacidade de realizar testamentos de conteúdo exclusivamente existencial, relativo ao matrimônio, a privacidade, e ao corpo, temáticas que fogem aos domínios da curatela, nos termos do art.85, § 1º do EPD.

Deste modo, o juiz deve assinalar no ato de constituição da curatela seus limites e, se for o caso, vedar a possibilidade de elaboração do testamento pela pessoa com

⁶⁶ DANDHA, Amita. *Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429 2006-2007, p.429.

⁶⁷ "Além disso, esses esforços da reforma reconheceram que, se for necessária assistência para o exercício da capacidade, tal assistência deve ser prestada em vez de impedir que uma pessoa seja considerada incompetente. Aceitando essa premissa, os sistemas legais admitem que as pessoas estabelecidas em lei possam exercer o múnus da assistência. A constatação de incompetência nos sistemas jurídicos tradicionais resultou na possibilidade de nomeação de curadores ou tutores da pessoa para questões existenciais ou patrimoniais, encarregando-as de tomar decisões em nome da pessoa considerada incompetente. Enquanto os esforços da reforma visavam apoiar, em vez de suplantar, a pessoa necessitada de assistência; a possibilidade de substituição, no entanto, foi mantida" (Trad. Livre). (DANDHA, Amita. *Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* 34 Syracuse J. Int'l L. & Com. 429 2006-2007, p.429.)

⁶⁸ Art. 1.858, CC. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

deficiência que fora curatelada pela impossibilidade completa de exprimir sua vontade, ainda que sob suporte intenso.

Para aclarar mais ainda as nossas respostas, avançamos um pouco e transbordando os objetivos do artigo para tratar da capacidade de testar do pródigo que ainda é considerado uma pessoa relativamente incapaz.

No tocante ao pródigo, contudo, a norma em abstrato deve ser interpretada com cautela frente à possibilidade de exercício do testar. A curatela do pródigo deve voltar-se à assistência dos atos de disposição patrimonial em vida e o testamento é ato de disposição de eficácia após a morte de seu autor. Então, qual a utilidade de afastar a capacidade testamentária ativa nesses casos? Não há. Nesse sentido, Perlingieri, tratando sobre nulidade contratual, assevera que as sanções previstas abstratamente em lei para atos defeituosos devem ser “adequados aos interesses”, o que pode acarretar na superação de uma aparente invalidade quando, a depender do caso concreto, o efeito for mais benéfico à parte vulnerável.⁶⁹ A circunstância da prodigalidade parece confirmar exatamente tal premissa sendo importante salientar que a família do pródigo estará protegida, tanto quanto a família de um não pródigo, pela reserva hereditária.⁷⁰

Além disso, é possível ao pródigo a elaboração de um testamento que trate tão somente de direitos e/ou interesses existenciais e, desta forma, também estaria prejudicada a eficácia da norma restritiva.

A capacidade para testar poderá ser questionada e levar à nulidade do ato por meio de ação própria, se a pessoa, ao tempo da elaboração do testamento, não tiver a compreensão clara do ato e de todos os seus efeitos. Ao ressaltar que as deixas testamentárias de cunho existencial ligam-se ao desenvolvimento humano, deve ser sopesado um possível alargamento da capacidade de testar relativamente a estas questões, tendo como critérios a promoção da autodeterminação do testador, o efeito na vida de terceiros, a liberdade e a responsabilidade tanto de quem elabora como de quem apoia, como de quem fique incumbido da execução.

Por fim, considera-se que o intérprete/aplicador do Direito deverá garantir a

⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 374-375.

⁷⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322.

capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência de acordo com o entendimento sobre o ato, notadamente quando testamento versar sobre direitos e/ou interesses existenciais “que envolvem o próprio desenvolvimento humano do indivíduo”⁷¹ de modo a realizar a tutela integral das pessoas com deficiência.⁷²

5. Conclusão

1. No ano de 2007, foi promulgada pela Organização da Nações Unidas (ONU) a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual foi ratificada no Brasil no ano de 2009 com força de norma constitucional. Na esteira da CDPD, em 2015 foi aprovado o Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD).

2. Uma das alterações percebidas foi a restrição da incapacidade absoluta apenas ao critério etário e a incapacidade relativa passou a decorrer da ausência ou limitação da declaração da vontade a ser investigada no caso concreto. A mudança gerou efeitos no âmbito da teoria geral dos negócios jurídicos.

3- A capacidade testamentária ativa é a regra no Direito Sucessório para a pessoa maior de 16 anos e que tenha compreensão e entendimento sobre a elaboração e efeitos do ato. Ao considerar as disposições sobre o direito de testar matéria de ordem pública, não se admite limitações à elaboração do instrumento que não as decorrentes de texto de lei.

4. O testamento é negócio jurídico de disposição de última vontade que pode ter conteúdo patrimonial e existencial. Considera-se que ao tratar de direitos e interesses existenciais o testamento é meio eficaz de realização de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

5. A pessoa com deficiência que esteja sob tomada de decisão apoiada não perde a capacidade de testar e pode fazer seu testamento com auxílio de seus apoiadores se houver previsão no termo de apoio celebrado.

⁷¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: Tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 323.

⁷² BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 23.

6. A pessoa sob curatela que não goze de entendimento e compreensão sobre o ato de testar não tem capacidade testamentária ativa. Esta circunstância deve ser analisada diante da apresentação de um caso concreto e o juiz, ao constituir a curatela, deve declarar a ausência de capacidade para exercício do ato.

7. A curatela do pródigo por si só não afasta a capacidade testamentária ativa mesmo se já constituída a curatela. A disposição patrimonial em testamento produz efeitos apenas após a morte, o que não implica em prejuízo à pessoa. Caso o testamento seja apenas de conteúdo existencial, a prodigalidade não pode afetar a realização da autonomia.

8. Sem romper com o formalismo e a solenidade do testamento, o papel do intérprete/aplicador do Direito deve ser preciso a fim de alcançar a eficácia das normas constitucionais.

Referências

ARAÚJO, Luis Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: Reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARIFFI, Francisco. *El regimen jurídico internacional de la capacidad juridical de las personas con discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca c/ General Ibanez Íbero, 2014.

BUTLER, Judith. Judith Butler: "Eu quero ser mais fraco". *El salto diário*. Disponível em: <<https://www.elsaltodiario.com/gsnofaftershave/judith-butler-yo-quiero-ser-mas-debil>>. Acesso em 15 jun. 2018.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

DANDHA, Amita. *Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?* 34 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 35, p. 101-120, jul./set. 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rev., atual, e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas*

relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrument de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no.13.146/2015). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Civil*, v. 9, Jul /Set 2016 Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018.

MENEZES, Joyceane B. e TEIXEIRA, Ana Carolina B. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio./ago. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619>>. Acesso em 21 mar. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: Uma análise da Incapacidade Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *A função promocional do testamento*: Tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PALÁCIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad*: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Atual. Por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. V.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Atual. Por Carlos Roberto Barbosa Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. VI.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7.

ROIG, Rafael Asís. Sobre capacidade y derechos. In: AVILÉS, Maria del Carmen B; AGÓN, Oscar Celador; FERNANDEZ, Félix Vaca. (Coord.). *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção Sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência*

psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção Sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil, Parte Especial: Do Direito das Sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

civilistica.com

Recebido em: 20.08.2018

Publicação a convite.

Como citar: MENEZES, Joyceane Bezerra de; Lopes, Ana Beatriz Pimentel. O direito de testar da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-de-testar-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Data de acesso.