

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA

Flávio Tartuce¹

Resumo: Este estudo pretende analisar os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência para a capacidade testamentária. Para tanto, serão analisadas as principais alterações provocadas pela Lei n. 11.146/2015, em especial a modificação engendrada em relação aos arts. 3º e 4º da codificação material. Na sequência, será exposta a sua eficácia normativa, diante da força constitucional da Convenção de Nova York, tratado de direitos humanos, que lhe dá amparo. Também é abordado o conceito de testamento, como ato de expressão da autonomia privada *post mortem*, além de suas características. O principal objetivo do trabalho é demonstrar como deve ser a leitura dos arts. 1.857 e 1.860 do Código Civil diante da nova legislação, guiando o intérprete e o aplicador do Direito para uma nova acepção da análise da vontade na elaboração do ato de última vontade. As conclusões fecham este estudo de importância social e de atualização inquestionáveis na contemporaneidade.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUCSP. Professor Titular permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Coordenador e professor dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual da Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade Escola Paulista de Direito, na disciplina Direito Contratual. Autor, entre outras obras, da coleção *Direito Civil*, em seis volumes, pela Editora GEN/Método. Advogado, consultor jurídico, parecerista e árbitro.



Estatuto da Pessoa com Deficiência – aqui denominado pela sigla EPD –, entrou em vigor no País em janeiro de 2016, trazendo numerosos desafios para os aplicadores do Direito. Trata-se de uma lei com grande amplitude, com consequências para vários ramos do Direito, seja público ou privado.

Conforme se retira do art. 1º, *caput*, da Lei n. 13.146, de julho de 2015, a norma institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e à sua cidadania. De imediato, constata-se que houve uma alteração no regime de tutela de tais pessoais, substituindo-se a ideia de *dignidade-vulnerabilidade* do sistema anterior pela de *dignidade-igualdade* ou de *dignidade-inclusão*. Adota-se, assim, a concepção kantiana de proteção da liberdade da pessoa humana, inserindo-a na sociedade em equalização de direitos.

Em complemento, nos termos do parágrafo único do mesmo diploma, “esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno”. Como é cediço, o EPD tem fundamento em um tratado internacional de direitos humanos do qual o País é signatário, a Convenção de Nova York, o que lhe dá efeitos de Emenda Constitucional.

Ainda no que diz respeito à norma infraconstitucional objeto deste estudo, o seu art. 2º considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza

física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Como se pode perceber da leitura da Lei n. 11.146/2015, há o reconhecimento de desigualdades pela própria lei, mas esta acaba por almejar, dentro do possível, um tratamento equânime como uma de suas premissas, especialmente pelo que consta do art. 4º, sem prejuízo de outros preceitos que aqui serão estudados.²

Entre os vários comandos que representam notável avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, a nova legislação altera e revoga alguns artigos do Código Civil (arts. 114 a 116 do EPD), consagrando grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga *teoria das incapacidades*, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela. Também existem consequências para o Direito das Sucessões, em especial para o testamento, como se pretende demonstrar neste artigo.

Interessante observar que a norma também alterou alguns preceitos do Código Civil que foram revogados expressamente pelo Novo CPC (caso do art. 1.072 da codificação material). Nessa realidade, salvo uma nova iniciativa legislativa, algumas alterações têm aplicação por curto intervalo de tempo, entre o período da sua entrada em vigor e o início de vigência do Código de Processo Civil, a partir de março de 2016. Isso parece não ter sido observado pelas autoridades competentes, quando da sua elaboração e promulgação, haven-

² Nos termos do art. 4º do EPD, “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2º. A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”.

do um verdadeiro *atropelamento legislativo*.³

Pois bem, como antes destacado, o presente trabalho almeja demonstrar as consequências do Estatuto da Pessoa com Deficiência para a elaboração dos testamentos, atos que expressam a autonomia privada de última vontade. Para tanto, iniciaremos o estudo expondo sobre a força normativa da Lei n. 13.146/2015, especialmente o seu enquadramento hierárquico no sistema jurídico brasileiro e as suas diretrizes fundamentais.

Na sequência, será demonstrado como o EPD gerou a citada *revolução* na teoria das incapacidades civis, com a análise pontual das antigas e novas redações dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, dispositivos que elencam, respectivamente, os absoluta e relativamente incapazes.

O testamento é o próximo instituto a ser abordado, com o estudo de seu conceito e de suas características, como notório e importante ato de expressão da vontade individual para projeções de eficácia *post mortem*, apesar de ainda existir uma reduzida iniciativa de sua elaboração no Brasil.

O tópico seguinte estudará os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência para a capacidade testamentária, com destaque para a leitura atualizada dos arts. 1.857 e 1.860 do Código Civil diante da nova legislação. As conclusões fecham este estudo de importância social e de atualização inquestionáveis.

1. A FORÇA NORMATIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUAS DIRETRIZES GERAIS

Como antes se destacou, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por regulamentar a Convenção Internacional

³ Conforme destacamos em dois artigos publicados em julho e agosto de 2015, em nossa coluna Família e Sucessões, no site informativo Migalhas (disponível em <<http://www.migalhas.com.br/familiaesuccessoes>>. Acesso em: 15 fev. 2016). As principais conclusões dos textos também podem ser encontradas em: TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. 2. ed. São Paulo: GEN/Método, 2016.

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, promulgada por ato do então Presidente da República Federativa do Brasil, pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Como consta do seu próprio texto, trata-se de um tratado internacional de direitos humanos com força normativa equiparada a emenda constitucional, por força do art. 5º, § 3º, do Texto Maior, *in verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Não se olvide que a última previsão foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como *Emenda da Reforma do Judiciário*; e que o único ato aprovado na forma deste parágrafo, até o presente momento (março de 2016), é justamente o que ora se analisa.

Sobre a eficácia normativa do conteúdo da Convenção de Nova York, Célia Barbosa Abreu pondera ser “necessário, previamente, fazer o destaque da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinada em Guatemala, em 07 de junho de 1999, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001, entrando em vigor, no Brasil, em 14 de setembro de 2001. Logo, que a Convenção Interamericana (2001) foi incorporada na ordem jurídica brasileira, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, e, portanto, um entendimento possível seria o de que estaria sujeita à interpretação dada pelo STF, na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE. Nesta ocasião, o Supremo, alegando a inexistência de norma constitucional que atribuisse aos Tratados Internacionais outra hierarquia, entendeu que a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias se encontrava no mesmo patamar que o de uma nor-

ma jurídica interna, de caráter infraconstitucional específica, sobre o mesmo tema”.⁴

A jurista critica essa solução e alinha-se aos pareceres de Flávia Piovesan e Cançado Trindade, sustentando que a Convenção da Guatemala, por ser anterior à EC n. 45/2004, deveria ter, pelo menos, o reconhecimento de um *caráter suprallegal*, em uma posição hierárquica intermediária entre a Constituição Federal e as leis ordinárias comuns.⁵ Pontua, em complemento, que esse caminho jurídico que segue foi percorrido pelo Supremo Tribunal Federal na análise da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, afastando-se definitivamente, do sistema jurídico brasileiro, a possibilidade da prisão do depositário infiel.⁶ Como é notório, o mesmo STF editou, em 2009, a sua Súmula Vinculante n. 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

No que diz respeito à Convenção de Nova York e ao seu Protocolo Facultativo, todavia, aponta Célia Abreu que a solução é diferente da apontada acima, pelo fato de terem ambos o *status* de Emenda Constitucional, o que conduz a uma necessária análise desse Tratado “não de forma isolada, mas sim mediante uma leitura conjunta e dialogada entre as duas convenções e a Constituição Brasileira de 1988, seguindo os princípios já citados de complementaridade e de compatibilidade, em prol do objetivo de tornar efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁷ Acrescente-se que, antes mesmo das mudanças do Código Civil, a autora já propunha uma leitura

⁴ ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV, 2015. p. 43-44.

⁵ ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*, cit., p. 44.

⁶ ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*, cit., p. 44.

⁷ ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*, cit., p. 45.

ra mitigada e relativizada dos arts. 3º e 4º da codificação material.⁸

Na mesma linha, leciona Joyceane Bezerra de Menezes que “a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada pelo Brasil com o *status* de norma constitucional. Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, cujos princípios cardiais são o ‘*in dubio pro capacitas*’ e o da ‘intervenção mínima’ e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades. A CDPD abandona a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para entendê-la como uma limitação duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do sujeito no meio social. Nisso, afilia-se ao modelo social de abordagem da deficiência em oposição ao modelo médico, conforme já explicado”.⁹

De fato, a *leitura dialogal* do EPD proposta por Célia Abreu se faz necessária e, na atualidade, deve incluir, necessariamente, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Penal e outras leis específicas, como o Código de Defesa do Consumidor. Essa sincronização na análise não pode deixar de lado as diretrizes teóricas, que traduzem verdadeiros *princípios jurídicos* do Tratado, retirados do seu art. 3º, quais sejam: *a)* o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência em relação às outras pessoas; *b)* a não discriminação; *c)* a

⁸ ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*, cit., p. 47

⁹ 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. *Revista Eletrônica Civilística*, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; *d*) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; *e*) a igualdade de oportunidades; *e f*) a acessibilidade; *g*) a igualdade entre o homem e a mulher; *h*) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Em complemento, como obrigações gerais descritas no seu art. 4º, a Convenção de Nova York estabelece que os seus Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, devem eles adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na Convenção. Devem, ainda, procurar caminhos para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência. Salvo melhor juízo, parece-nos que a alteração e revogação de dispositivos do Código Civil apenas seguiram tais orientações.

Assim, com o devido respeito ao pensamento em contrário, o EPD apenas regulamentou uma norma que tem força de emenda à Constituição, seguindo as diretrizes de um Tratado Internacional de Direitos Humanos do qual o País é signatário. Não há como sustentar qualquer inconstitucionalidade nas alterações por ele engendradas, em especial a substituição da premissa da *dignidade-vulnerabilidade* pela *dignidade-igualdade* ou pela *dignidade-inclusão*. Dentro das regras democráticas do Estado Brasileiro, foram escolhidos outros valores de tutela, em especial diante de mudanças ocorridas no cenário internacional.

Desse modo, muito ao contrário do que querem alguns,

temos sustentado em aulas e palestras, com tom mais didático e menos acadêmico, que *o EPD é excessivamente constitucional*. De outra forma, pode-se dizer que está a Lei n. 11.146/2015 fundamentada em premissas eleitas pelo Texto Maior, especialmente na dignidade da pessoa humana, *superprincípio* ou *princípio dos princípios* constante do seu art. 1º, inciso III. Em complemento, pode ser citada a regra de hermenêutica introduzida no art. 8º do Novo Código de Processo Civil, segundo a qual “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Pontue-se que, essa já foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática do Ministro Luiz Edson Fachin, em demanda que almeja a declaração de inconstitucionalidade parcial do EPD.¹⁰

Não se olvide a existência de duras críticas formuladas por juristas a respeito das mudanças propugnadas pelo EPD,

¹⁰ Trata-se da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357, do Distrito Federal, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino do Distrito Federal, contra vários dispositivos do EPD, especialmente aqueles que determinam a necessidade de as instituições de ensino oferecerem tratamento igualitários às pessoas com deficiência. Conforme a sua ementa, prolatada pelo Ministro Edson Fachin, em 18 de novembro de 2015: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO. 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. A Lei n. 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 4. Medida cautelar indeferida”.

caso de José Fernando Simão.¹¹ Na mesma linha, propondo uma interpretação *por homine* do Estatuto nas relações de consumo, pondera Fernando Rodrigues Martins que “não há espaço para dúvidas de que a emancipação proporcionada pelo EPD, aprioristicamente, deva ser material e formalmente acorde com as diretrizes transconstitucionais e constitucionais fundantes e vigentes, bem como coordenada e harmoniosa com outros microssistemas e elementos legislativos do ordenamento. É o que se diz da pertinencialidade e conexidade entre as normas a partir dos critérios de ordenação e unidade (ordem teleológica de princípios gerais do direito). Porém, a questão aí não se encerra. Ainda o aludido estatuto, *a posteriori*, muito mais além do que se pressupõe quanto ao cumprimento dos deveres de ‘coerência’ e ‘unidade’ a que todo dispositivo está adstrito – porque não basta haver liame racional entre normas – sobeja outra imposição: ‘l’argomentazione orientata alle conseguenze’. É que qualquer legislação ou decisão cumpre legitimar-se pelos resultados de modo que haja ampla justificação e razoabilidade entre os elementos jurídicos e as consequências deles projetadas socialmente. O momento da entrada em vigor do EPD emancipando as pessoas com deficiência exigirá do Poder Judiciário (e demais órgãos públicos – especialmente do Ministério Público – e entes privados) extrema cautela, haja vista que a ‘adjudicação’ total das disposições sobre a capacidade, sem posicionamento crítico e em acordo a sociedade de consumo vivente, importará em prejuízos que afetarão não somente o emancipado, mas especialmente seus familiares e a partir disso a sociedade”.¹²

Se as alterações são boas ou ruins, somente o tempo e a

¹¹ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹² RODRIGUES, Fernando Martins. *A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo* (no prelo). Enviado pelo autor em 21 de fevereiro de 2016.

prática poderão indicar. Entre uma visão otimista e uma pessimista, ficamos com a segunda, acreditando que a tendência constante da Convenção é inafastável, especialmente pelas demandas globalizadas da contemporaneidade. Por certo, muitos problemas e várias dúvidas surgirão. Cabe à doutrina e à jurisprudência resolvê-los por outras categorias jurídicas previstas no sistema.

Feitas tais considerações, vejamos quais foram as principais alterações do Código Civil de 2002, mormente na teoria das incapacidades (arts. 3º e 4º), sem prejuízo de outros comandos que serão aqui abordados.

2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A REVISÃO DAS INCAPACIDADES CIVIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como visto, alterou alguns artigos do Código Civil de 2002. Conforme o seu art. 114, “a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I – (Revogado); II – (Revogado); III – (Revogado).’ (NR). ‘Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...). II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”’.

A respeito dessas alterações, mais uma vez servem como alento as explicações dadas por Joyceane Bezerra de Menezes, ao apontar as mudanças na antiga teoria das incapacidades geradas pelo sistema da Convenção de Nova York: “em geral, presume-se que os cidadãos adultos dotados de certa ‘normalidade’ tenham esse discernimento e, portanto, a autonomia para decidir sobre assuntos importantes para suas vidas. Eles podem, inclusive, praticar atos acráticos como fumar, pra-

ticar esportes radicais, digerir alimentos prejudiciais à saúde etc., sem sofrer a intervenção de terceiros. Mas, quando se trata de um cidadão com alguma deficiência psíquica ou intelectual, emerge a dúvida sobre a sua competência e capacidade para decidir acerca desses mesmos assuntos e, se terceiros podem ou não interferir nesse processo decisório. A proposta da CDPD é a de apostar na autonomia da pessoa com deficiência, em igualdade com as demais”.¹³

Como é pacífico entre os civilistas, o rol taxativo ou *numerus clausus* dos absolutamente incapazes, constante no art. 3º do CC/2002, sempre envolveu situações em que há proibição total para o exercício de direitos por parte da pessoa natural, o que pode acarretar, ocorrendo violação à regra, a nulidade absoluta do negócio jurídico eventualmente celebrado, conforme o art. 166, inciso I, do mesmo diploma. Os absolutamente incapazes possuem direitos, porém não podem exercê-los pessoalmente, devendo ser representados. Em outras palavras, têm eles capacidade de direito ou de gozo, mas não capacidade de fato ou de exercício.

O Código Civil de 2002 previa expressamente, como absolutamente incapazes, *três figuras* no seu art. 3º. O inciso I mencionava os menores de 16 anos, tidos como *menores impúberes*. O inciso II do art. 3º expressava os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. Por fim, no inciso III, havia a previsão dos que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Como visto há pouco, a norma foi substancialmente alterada pela Lei n. 13.146/2015, que revogou os três incisos do art. 3º do Código Civil. Também foi alterado o *caput* do co-

¹³ 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, cit. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

mando, passando a estabelecer que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos”. Reafirme-se, como temos sustentado, que houve uma verdadeira *revolução* na *teoria das incapacidades*, praticada pelo EPD.

Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade.

Eventualmente, as pessoas com deficiência podem ser tidas como relativamente incapazes em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, também ora alterado. E mesmo em casos tais, não haverá propriamente uma interdição, mas uma instituição de curatela, diante da redação dada ao art. 1.768 do Código Civil pelo mesmo Estatuto.¹⁴ Todavia, cabe frisar que o Novo Código de Processo Civil revoga expressamente esse artigo do Código Civil, alterado pelo EPD, e trata do processo de interdição (arts. 747 e seguintes), havendo a necessidade de edição de uma norma para deixar clara tal questão. Em outras palavras, como antes destacado, será necessária uma nova lei para definir se ainda é cabível a ação de interdição ou se somente será possível uma ação com nomeação de curador (instituição da curatela).

Em complemento, merece destaque o art. 6º da Lei n. 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: *a*) casar-se e constituir união estável; *b*) exercer direitos sexuais e reprodutivos; *c*) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter

¹⁴ A redação dada pelo EPD é a seguinte: “Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público; IV – pela própria pessoa”.

acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; *d*) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; *e*) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e *f*) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar e existencial há uma *inclusão plena* das pessoas com deficiência.

O art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também em prol da inclusão com a *dignidade-liberdade*, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Eventualmente, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. Ademais, é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de *tomada de decisão apoiada*.

Essa *tomada de decisão apoiada* passou a constar também do emergente art. 1.783-A da codificação material, instituído pelo EPD. A categoria visa ao auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Nos termos da norma, essa tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. A este autor parece que a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentando pela representação, pela assistência e pela curatela. Todavia, com a sua adoção, a pessoa com deficiência continua a ser tratada como capaz.

A categoria é próxima da *administração de sustento* do Direito Italiano (*amministrazione di sostegno*), introduzida naquele sistema por força da Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004.

Nos termos do seu art. 1º, a finalidade da norma é de tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, a pessoa privada no todo ou em parte da autonomia na realização das funções da vida cotidiana, mediante intervenções de sustento temporário ou permanente.¹⁵ Foram introduzidas, nesse contexto, modificações no *Codice*, passando a prever o seu art. 404 que a pessoa que, por efeito de uma enfermidade ou de um prejuízo físico ou psíquico, encontrar-se na impossibilidade, mesmo parcial ou temporária, de prover os próprios interesses, pode ser assistida por um administrador de sustento, nomeado pelo juiz do lugar de sua residência ou domicílio.¹⁶ Como exemplifica a doutrina italiana, citando julgados daquele País, a categoria pode ser utilizada em benefício ao doente terminal, ao cego e ao portador do mal de Alzheimer.¹⁷

Voltando à lei brasileira, ainda nos termos do art. 84 da Lei n. 13.146/2015, a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. Por fim, o mesmo preceito enuncia que os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme o art. 85 do Estatuto, o que inclui o testamento. A definição da curatela

¹⁵ Tradução livre de “La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente” (art. 1º da Lei n. 6/2004).

¹⁶ Código Civil Italiano. “Art. 404. 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”.

¹⁷ Ver: CHINÉ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 4. ed. Roma: Nel Diritto, 2013. p. 132-133.

não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, o que também é retirado do art. 6º da mesma norma, ora citado. Assim, podem existir limitações para os atos patrimoniais, e não para os existenciais, que visam à promoção da pessoa humana.

Além disso, está previsto no último diploma citado que a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. Assim, constata-se que, para que a curatela esteja presente, há necessidade de sua instituição por processo judicial, com enquadramento em uma das hipóteses do novo art. 4º do Código Civil Brasileiro. No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Feitas tais considerações gerais a respeito da nova lei, partindo para o tratamento específico dos incapazes previstos no Código Civil, quanto aos menores de 16 anos, é levado em conta o critério etário, devendo ser representados por seus pais ou, na falta deles, por tutores nomeados. Aqui não houve qualquer inovação com a codificação emergente, diante do CC/1916, entendendo o legislador que, devido a essa idade, a pessoa ainda não atingiu o discernimento para distinguir o que pode ou não pode fazer na ordem privada. Também não houve modificação material com a emergência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, havendo apenas uma alteração de previsão legislativa, do inciso I, ora revogado, para o *caput* do art. 3º do nosso Código Civil.

A respeito do antigo inciso II do art. 3º do Código Civil, o comando tratava das pessoas que tivessem doença ou deficiência mental, congênita ou adquirida em vida de caráter duradouro e permanente, e que não estivessem em condições de administrar seus bens ou praticar atos jurídicos de qualquer

espécie. A norma expressava “pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Por oportuno, nosso ordenamento nunca admitiu os chamados *intervalos lúcidos*, pelo fato de a incapacidade mental estar revestida desse caráter permanente. Para que fosse declarada a incapacidade absoluta, em casos tais, seria necessário um processo próprio de interdição – de natureza declaratória e cuja sentença deveria ser registrada no Registro Civil da Comarca em que residir o interdito –, previsto entre os arts. 747 a 758 do CPC/2015; correspondentes aos arts. 1.177 e 1.186 do CPC/1973.

Repise-se que, pelo novel Estatuto, não há mais a possibilidade dessa interdição absoluta, mas apenas da instituição de uma curatela em caso da incapacidade relativa, surgindo, ainda, no sistema a figura da *tomada de decisão apoiada*, que deve ser a regra. Todavia, nunca é demais lembrar que o Novo CPC continua tratando do processo de interdição, havendo a necessidade de uma nova norma para apontar qual das duas regras prevalecerá, se a do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a do Estatuto Processual emergente.

Seguindo no estudo do tema, o art. 3º, inciso III, do Código Civil de 2002, em sua previsão anterior, trazia uma expressão ampla, que aumentava as hipóteses de incapacidade absoluta (pessoas que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir vontade). Sempre entendemos que tal previsão incluiria também o surdo-mudo que não pudesse manifestar sua vontade, que constava na codificação anterior, de 1916. Todavia, se o surdo-mudo pudesse exprimir sua vontade, seria considerado relativamente incapaz ou até plenamente capaz, dependendo do grau de possibilidade de sua expressão.

Essa afirmação pode ser mantida em parte com as mudanças de 2015, até porque essa antiga previsão do Código Civil de 2002 passou a compor o art. 4º, inciso III, da norma material. Todavia, o surdo-mudo, pessoa com deficiência, deve

ser tido, em regra, como capaz. Eventualmente, caso não possa exprimir sua vontade, será relativamente incapaz. Não caberá mais o seu enquadramento como absolutamente incapaz, em hipótese alguma, sendo essa a principal alteração engendrada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência a respeito do surdo-mudo. Entendemos que a hipótese que constava do art. 3º, inciso III, incluiria, ainda, pessoas que perderam a memória, bem como aqueles que estivessem em coma, sujeitos que passam a ser relativamente incapazes, caso seja o seu reconhecimento (novo art. 4º, inciso III, estudado a seguir).

Superada a análise das hipóteses de incapacidade absoluta, devidamente atualizadas, parte-se ao estudo da incapacidade relativa (art. 4º do Código Civil), também com nova roupagem, dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Confrontada com a incapacidade absoluta, a incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar os atos da vida civil, desde que haja assistência. O efeito da violação desta norma é gerar a anulabilidade ou nulidade relativa do negócio jurídico celebrado, isso dependente de eventual iniciativa do lesado (art. 171, inciso I, do CC). Em havendo incapacidade relativa, o negócio somente será anulado se proposta ação pelo interessado no prazo de quatro anos, contados de quando cessar a incapacidade (art. 178 do CC).

O art. 4º do Código Civil, assim como o seu preceito antecessor, também foi alterado pela Lei n. 13.146/2015. Ainda existe a previsão de *quatro figuras* como relativamente incapazes.

De início, como antes se destacou, não houve alteração no inciso I (menores entre 16 e 18 anos) e no inciso IV (pródigos). Todavia, no inciso II foi retirada a menção aos que *por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido*. No inciso III, não se usa o termo *excepcionais sem desenvolvimento completo*, substituído pela antiga previsão do art. 3º, inciso III, da codificação material (pessoas que por causa transitória ou

definitiva não puderem exprimir vontade). O objetivo, mais uma vez, foi a plena inclusão das pessoas com deficiência, tidas como capazes no sistema e eventualmente sujeitas à tomada de decisão apoiada.

A respeito do inciso I, que menciona os menores, percebeu-se que a alteração substancial trazida pela codificação de 2002 foi a de reduzir a idade para se atingir a maioridade civil, de 21 para 18 anos. Levando-se em conta a idade etária, esses menores são denominados *menores púberes* e somente poderão praticar certos atos se assistidos. No entanto, há atos que os menores relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem a assistência, como se casar, necessitando apenas de autorização dos pais ou representantes, elaborar testamento (como destacado a seguir), servir como testemunha de atos e negócios jurídicos, requerer registro de seu nascimento, ser empresário, com autorização, ser eleitor, ser mandatário *ad negotia* (mandato extrajudicial).

O inciso II do art. 4º do CC/2002 previa três hipóteses, tendo sido retirada a última delas pela Lei n. 13.146/2015, relativa às pessoas com deficiência mental, conforme ora comentado. Permaneceram as menções aos ébrios habituais (entendidos como os alcoólatras, e não necessariamente os que consomem álcool todos os dias) e aos viciados em tóxicos (toxicômanos) como relativamente incapazes.

De toda sorte, essa previsão constituiu novidade importante diante da sua antecessora codificação, pela qual se ampliaram os casos de incapacidade relativa decorrente de causa permanente ou transitória. Aqui também deverá haver um processo próprio para a instituição da curatela (pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com nova redação ao art. 1.768 do Código Civil) ou de interdição relativa (pelo Novo CPC), nessas hipóteses restantes (ébrios habituais e viciados em tóxicos), cabendo análise caso a caso da situação de incapacidade, se presente ou não.

A propósito, enunciava o art. 1.772 do CC/2002 que, pronunciada a interdição das pessoas descritas no art. 4º, incisos II e III, o juiz assinaria, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela do maior incapaz. Todavia, ressalte-se que tal dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 1.072, inciso II, do Novo CPC, com o objetivo de concentrar o tema no diploma instrumental. Assim, em sentido próximo, o art. 753, § 2º, do CPC/2015 passou a expressar que “O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”.

A Lei n. 13.146/2015 também alterou o art. 1.772 do Código Civil, passando a estabelecer que “O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”. A principal novidade diz respeito à inclusão do parágrafo único, que veio em boa hora, dando preferência à vontade da pessoa com deficiência.

Todavia, como o art. 1.772 do CC/2002, mesmo com a modificação, será revogado pelo Novo CPC, parece que esta última norma terá vigência apenas no período compreendido entre a sua entrada em vigor (início de janeiro de 2016) e a entrada em vigor do Novo CPC (março de 2016). Na opinião deste autor, parece ter havido mais um *cochilo do legislador*, que acabou por *atropelar uma lei por outra*, sem as devidas ressalvas. Esperamos que essas imprecisões sejam corrigidas no futuro, com a edição de uma nova norma para resolver esse conflito.

O art. 4º, inciso III, do CC/2002 ao mencionar anteriormente os excepcionais, sem desenvolvimento completo,

abrangia os portadores de *síndrome de Down*, e outros portadores de anomalias psíquicas que apresentassem sinais de desenvolvimento mental incompleto. Sempre compreendemos que não havia a necessidade dessa previsão, visto que o inciso anterior já tratava das pessoas com deficiência mental. A qualificação que constava nesse dispositivo dependia de regular processo de interdição anterior, podendo o excepcional ser também enquadrado como absolutamente incapaz.¹⁸

Destaque-se que o portador da *síndrome de Down* poderia ser ainda plenamente capaz, o que dependeria da sua situação. Com as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, será plenamente capaz, em regra. Eventualmente, para os atos patrimoniais, poderá ser necessária uma tomada de decisão apoiada, por sua iniciativa. Somente em casos excepcionais poderá ser considerado como relativamente incapaz, enquadrado como pessoa que, por causa transitória ou definitiva, não pode exprimir vontade (novo art. 4º, inciso III, do CC/2002). Os dois últimos caminhos não prejudicam a sua plena capacidade para os atos existenciais familiares, retirada do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Relativamente aos surdos-mudos que não receberam educação adequada para a comunicação, e que conseqüentemente não podem exprimir sua vontade com exatidão, poderiam ser tidos também como relativamente incapazes (art. 4º, inciso III, do CC/2002, na dicção anterior). Dependendo do caso concreto, haveria também como enquadrá-los como pessoas com discernimento mental reduzido, sendo esta, para o presente autor, a melhor opção de enquadramento anterior (art. 4º, inciso II, do CC, na redação original).

No novo sistema, repise-se que o art. 4º, inciso III, do Código Civil passou a tratar da antiga hipótese que estava no

¹⁸ Nesse sentido, da jurisprudência paulista: TJSP, Apelação com revisão 577.725.4/7, Acórdão 3310051, Limeira, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 21.10.2008, *DJESP* 10.12.2008.

art. 3º, inciso III, da própria codificação, mencionando aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade. Valem os comentários que fizemos anteriormente sobre esse novo enquadramento, especialmente quanto ao surdo-mudo que não possa se expressar e à pessoa em coma, que agora passam a ser relativamente incapazes dentro do sistema. Aqui também pode ser enquadrada a pessoa com idade avançada que não possa exprimir o que pensa, caso do portador do mal de *Alzheimer*.

Sem qualquer modificação, o inciso IV do art. 4º do Código Civil continua a tratar dos pródigos, que são aquelas pessoas que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo seu exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas. Os pródigos deveriam ser interditados, com a nomeação de um curador, ficando privados dos atos que possam comprometer o seu patrimônio, tais como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienar bens, hipotecar ou agir em juízo (art. 1.782 do CC). Com a mudança do art. 1.768 do Código Civil, repise-se que não se pode mais falar em interdição, mas em um processo que institui a curatela. Todavia, constata-se mais uma vez que o Novo CPC revoga esse artigo do Código Civil, tratando do processo de interdição. Mais uma vez, pontue-se que haverá necessidade da edição de uma nova norma para apontar se a interdição relativa é ainda possível ou não no sistema.

Exposto o panorama geral a respeito das principais mudanças trazidas pelo EPD para a teoria das incapacidades, parte-se à abordagem do testamento, em especial de seu conceito e de suas características.

3. O TESTAMENTO COMO ATO DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, como típico instituto *mortis causa*. Como se extrai da obra clássica de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, “a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade”.¹⁹ Além de constituir o cerne da modalidade *sucessão testamentária*, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal.

De toda sorte, a verdade é que no Brasil não há o costume de se elaborar testamentos, por vários fatores. De início, cite-se a falta de patrimônio para dispor, o que atinge muitos brasileiros. Além disso, há aquele tão conhecido *medo da morte*, o que faz com que as pessoas fujam dos mecanismos de *planejamento sucessório*. Cite-se, ainda, a *teimosia brasileira* de deixar para a última hora as coisas que mais importam (e, no caso, o momento pode ter passado). Por fim, muitos não fazem testamento por pensarem que a ordem de vocação hereditária prevista em lei é justa e correta, o que pode ser um ledô engano, diante da intrincada fórmula de concorrência sucessória consagrada pela codificação privada nacional.

O Código Civil de 2002, ao contrário do seu antecessor, não conceituou o testamento, o que era retirado do art. 1.626 do CC/1916: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Esse conceito anterior recebia críticas contundentes da doutrina, por ser uma construção falha e incompleta. Ressalta-se, nesse sentido de crítica, a menção apenas ao conteúdo patrimonial do testamento, deixando-se de lado eventual objeto existencial.

Partindo-se para algumas construções doutrinárias, Pontes de Miranda ensinava que o testamento seria o “ato pelo qual

¹⁹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II, p. 404.

a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque ‘vontade de um morto cria’, e não ‘vontade de um vivo, para depois da morte’? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, como serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de *querer* de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o *testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos*”.²⁰ Da Enciclopédia Saraiva de Direito, em verbete de Francisco Amaral, extrai-se que o testamento “é ato solene em que se dispõe dos direitos para depois da morte. Destina-se o patrimônio ou fazem outras declarações de natureza pessoal”.²¹

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz conceitua o testamento como sendo o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações.²² Por derradeiro, segundo Zeno Veloso, “o testamento é um negócio jurídico principalmente patrimonial; tipicamente, no sentido tradicional e específico, é um ato de última vontade em que o testador faz disposições de bens, dá um destino ao seu patrimônio, nomeia herdeiros, institui legatários, e isso acontece, realmente, na grande maioria dos casos”.²³

A partir de todos esses ensinamentos, conceituamos o

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI, p. 59.

²¹ AMARAL, Francisco. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 73, p. 32.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 175.

²³ VELOSO, Zeno. *Testamentos*. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 17 fev. 2016.

testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência, em que se consolida a vontade individual da pessoa humana com projeções *post mortem*.

Deve ficar claro que o testamento pode ter conteúdo não patrimonial, conforme se retira do art. 1.857, § 2º, do CC/2002 (“São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”). Ilustrando, por meio de um testamento é possível constituir uma fundação (art. 62 do CC) ou instituir bem de família convencional (art. 1.711 do CC). Por meio do testamento, também é possível determinar a destinação de material genético para a reprodução assistida *post mortem*, surgindo a ideia de *testamento genético*, conforme explica Jones Figueirêdo Alves.²⁴ Cite-se, ainda, a possibilidade de elaboração de um testamento com a transmissão de valores aos herdeiros, denominado *testamento ético* que “se presta a transmitir aos familiares valores éticos, morais, espirituais, de condutas, conselhos e experiências que possam ser objeto de reflexão àquelas a que se destinam. É um documento onde se dá mais relevância aos valores morais que aos patrimoniais”.²⁵

Partindo para a análise de suas características, de início, nota-se que o testamento é um negócio jurídico por excelência. Ao lado do contrato, o instituto representa importante forma de manifestação da liberdade individual, da autonomia privada. Entretanto, a grande diferença entre os institutos está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um ato jurídico *inter vivos*.

²⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento genético*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=266>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

²⁵ FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas “formas” de testamento. *Revista IBDFAM*, n. 10, abr. 2014, p. 14.

O testamento constitui um *negócio jurídico unilateral*, pois tem aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade. Em outras palavras, basta a vontade do declarante (testador) para que o negócio produza efeitos jurídicos. A aceitação ou renúncia dos bens deixados manifestada pelo beneficiário do testamento é irrelevante juridicamente, presente um ato *não receptício*.²⁶

O testamento é *negócio jurídico gratuito* ou *benévolo*, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento. Sendo *negócio jurídico benévolo*, aplica-se o art. 114 do Código Civil, com a notória interpretação restritiva. Portanto, *a contrario sensu*, o testamento não comporta interpretação extensiva.

Trata-se de um negócio *mortis causa*, uma vez que somente produz efeitos após a morte do testador. Antes da morte, o testamento é ato ineficaz, o que não prejudica a sua validade,

²⁶ Como ensina Pontes de Miranda, “trata-se de declaração unilateral de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparsa, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade. A voz social, que obriga ao prometido, ou faculta a disposição, ou reconhece o nascer do direito de propriedade. Por isso mesmo, para ser válido o testamento, não é de mister que dele se saiba: opera os seus efeitos, à abertura da sucessão, ainda que os herdeiros e legatários nada saibam. Mas ainda: não é preciso, para sua perfeição, que faleça o testador, menos ainda que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei. Tanto ele independe da morte, ou de qualquer ato de outrem, que se lhe há de aplicar, e só se lhe pode exigir, a lei do tempo em que foi feito. Enlouqueça o testador, mude-se a legislação, nada importa: estava perfeito quando se fez” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 72).

em regra. Constitui um negócio formal, pois a lei contém todas as formalidades necessárias à sua validade, particularmente quanto à modalidade assumida no caso concreto. Talvez o testamento, ao lado do casamento, seja o negócio jurídico que apresenta o maior número de formalidades, daqueles previstos na atual codificação privada. Faltando as formalidades ou havendo falhas, a sanção será a nulidade do testamento, nos termos do art. 166, incisos IV e V, do Código Civil.

O testamento é ato revogável, nos termos do art. 1.858 do CC/2002, pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Há, assim, o que Pontes de Miranda conceitua como *revogabilidade essencial*.²⁷ Qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos jurídicos. Em contrapartida, é importante repisar a regra prevista no art. 1.610 do Código Civil, pela qual o reconhecimento de filhos é sempre irrevogável, mesmo quando constante de testamento, que é, na essência, revogável.

Por fim, o testamento é ato personalíssimo por excelência. Isso porque ninguém poderá testar conjuntamente em um mesmo instrumento ou por procuração. Se mais de uma pessoa testar em um mesmo instrumento, o testamento é nulo, pela proibição expressa do *testamento conjuntivo*, prevista no art. 1.863 do Código Civil.

Feitas tais considerações, nota-se que o testamento é um negócio jurídico e, pelo menos *a priori*, tem um conteúdo patrimonial, estando atingido pela regra do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo o qual a curatela da pessoa com deficiência somente afetará os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Em complemento, existem normas específicas que relacionam a capacidade testamentária à capacidade geral dos negócios jurídicos, quais sejam os arts. 1.857 e 1.860 do Código Civil, que necessitam de uma

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., p. 72.

leitura dialogal com o EPD. Por fim, será aqui analisada a viabilidade de uma tomada de decisão apoiada para a sua elaboração pela pessoa com deficiência.

4. A CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA E A REVISÃO DO SISTEMA PELA LEI N. 11.146/2015

Como negócio jurídico que é, o testamento está sujeito ao controle previsto no art. 104 do vigente Código Civil Brasileiro, segundo o qual “a validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz”. Especificamente quanto ao tema, mais à frente, enuncia o art. 1.857, *caput*, da mesma codificação material que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Em suma, o testamento exige a capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos, retirada a Parte Geral da Lei Geral Privada. Desrespeitadas as regras correspondentes, aplica-se a teoria das nulidades constante desse livro inaugural da codificação privada, podendo o ato ser reconhecido como nulo ou anulável.

O último dispositivo não tem correspondente no Código Civil de 1916 e, segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, juristas que participaram do processo de sua elaboração, “o art. 1.857, como pórtico da disciplina da sucessão testamentária, reproduz disposições já consagradas na doutrina e na prática notarial. A faculdade de toda pessoa capaz poder dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens ou de parte deles, para depois de sua morte, é corolário lógico do próprio conceito de testamento constante do art. 1.626 do Código revogado”.²⁸

Tratando dos requisitos específicos de *capacidade testamentária ativa*, enuncia o art. 1.860 do CC/2002 que além

²⁸ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 953.

dos incapazes, tratados pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. O dispositivo apresenta diferenças em relação ao art. 1.627 do CC/1916, seu correspondente, que elencava expressamente os incapazes para o ato, da seguinte forma: “Art. 1.627. São incapazes de testar: I – Os menores de dezesseis anos. II – Os loucos de todo o gênero. III – Os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo. IV – Os surdos-mudos, que não puderem manifestar a sua vontade”.

Resumindo a matéria, Maria Helena Diniz citava como impedidos os menores de 16 anos e os desprovidos de discernimento, por estarem impedidos de emitir vontade livre (exemplos: pessoas com arteriosclerose, com mal de Alzheimer, com sonambulismo, com embriaguez completa e surdos-mudos que não puderem exprimir vontade, por não terem recebido a educação apropriada).²⁹ E arrematava a jurista, lecionando que “idade avançada, falência, analfabetismo (CC, art. 1.865), surdez (CC, art. 1.866), cegueira (CC, art. 1.867) e enfermidade grave não inibem o indivíduo de testar (RT, 736:236; JTJ, 194:169), pois já se decidiu que a ‘incapacidade mental do testador não pode ser deduzida de sua saúde física’ (RT, 563:75)”.³⁰

Todavia, essa posição deve ser revista, diante das modificações feitas nos arts. 3º e 4º do Código Civil pelo recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de julho de 2015), o que é objetivo principal deste artigo.

Na opinião deste autor, com as mudanças engendradas na *teoria das incapacidades*, somente devem ser considerados como absolutamente incapazes para o testamento os menores de 16 anos. Quanto aos maiores com alguma deficiência, em regra, são capazes, a não ser que, por causa transitória ou defi-

²⁹DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.315.

³⁰DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., 15. ed., p. 1.315.

nitiva, não possam exprimir a vontade para o ato testamentário, hipótese em que se enquadram como relativamente incapazes no novo sistema (novo art. 4º, inciso III, do CC). Ademais, são também relativamente incapazes para o testamento os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos, nos termos do art. 4º, inciso II, do CC, desde que haja interdição ou ação com nomeação de curador, com laudo médico e decisão que apontam tal impossibilidade.

Reafirme-se que não há mais previsão de absolutamente incapazes maiores no art. 3º do Código Civil. Além disso, foram retiradas as menções às pessoas com deficiência mental e aos excepcionais nos incisos II e III do art. 4º da norma material. Em regra, portanto, as pessoas com deficiência podem elaborar testamento.

Quanto ao pródigo – pessoa que gasta de maneira desmedida o patrimônio –, continua previsto como relativamente incapaz no art. 4º, inciso IV, do Código Civil de 2002, sem qualquer mudança pela recente Lei n. 13.146/2015. Porém, seguimos a corrente que afirma poder o pródigo testar livremente, pois a sua interdição somente diz respeito aos atos de disposição direta de bens, praticados em vida e capazes de reduzi-lo a um estado de penúria.

Definitivamente, não é o caso do testamento, que é negócio jurídico com projeções *post mortem*, não alcançado pelo art. 1.782 da mesma Lei Geral Privado, *in verbis*: “A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”. Segue-se, assim e por todos, Zeno Veloso, que chega à mesma conclusão, demonstrando a existência de intensos debates a respeito da questão no passado. Anota o jurista que, no sistema das Ordenações do Reino, o pródigo estava inibido de testar, e que o Código Civil de 1916 não manteve tal regra, condenada, entre os clássicos, por Carlos Maximiliano, Clóvis

Beviláqua, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda.³¹

Pontue-se, por oportuno, que em relação aos maiores de 16 anos, menores púberes, a lei é expressa ao admitir que façam testamento (art. 1.860, parágrafo único, do CC). Isso sem a necessidade de qualquer assistência para o ato, pois a sua vontade é considerada pela lei como hígida e perfeita para o ato testamentário.

Pois bem, no sistema anterior à emergência do EPD, Zeno Veloso apontava a existência de problemas técnicos no diploma vigente ao fazer alusão aos incapazes, incluindo os elencados nos arts. 3º e 4º da codificação material sem qualquer ressalva. Como primeiro aspecto da crítica, sempre alertou o professor que, “mencionando-se os incapazes, sem distinguir, estão abrangidos os absolutamente incapazes (art. 3º) e os relativamente incapazes (art. 4º). Trata-se de um equívoco que precisa ser corrigido, sabendo-se que o testamento outorgado por incapaz é nulo de pleno direito”.³² Além disso, “não há razão para afirmar que os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido sejam proibidos de testar, se, apesar de reduzido, tenham entendimento ou compreensão suficiente para saber o que estão fazendo no momento em que outorgam a disposição de última vontade. É uma questão de fato, a ser apurada em cada caso concreto. O mesmo se pode dizer dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”.³³ E mais, citando fontes do Direito Comparado:

“O art. 1.860 precisa ser revisto, para evitar graves inconvenientes. O Código Civil de 1916, art. 1.627, indica, claramente em quatro incisos, como vimos, os incapazes de testar. O BGB, art. 2.229, diz que o menor de dezesseis anos tem capacidade testamentária, e que não pode testar quem, por causa de doença ou deficiência mental, ou perturbação da consciên-

³¹ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.094.

³² VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*, cit., p. 2.094.

³³ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*, cit., p. 2.094.

cia, não estiver em condições de compreender o significado da declaração de vontade por ele emitida, ou de proceder de acordo com essa compreensão. O art. 591, al. 2, do Código Civil italiano considera incapazes de testar os que não completarem a maioridade (dezoito anos), os interditados por enfermidade mental e os que embora não interditados, provar-se que estão, por qualquer causa, mesmo transitória, incapacitados de entender e de querer no momento em que fizeram o testamento. O art. 2.189 do Código Civil português expõe que são incapazes de testar os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica, acrescentando o art. 2.199, sob a rubrica, ‘incapacidade acidental’, que é anulável o testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da sua declaração ou não tinha o livre exercício da sua vontade por qualquer causa, ainda que transitória (ver, ainda, art. 663 do Código Civil espanhol; arts. 3.614 e 3.615 do Código Civil argentino e art. 467 do Código Civil suíço)”.³⁴

Diante dessas lições, seguindo proposta do doutrinador citado, o Projeto de Lei n. 699/2011 – de autoria original do Deputado Ricardo Fiúza – propõe uma nova redação para o art. 1.860 do Código Civil, a saber: “Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento”. As sábias justificativas da proposta, que sempre contavam com o apoio deste autor, representam uma volta segura parcial ao sistema revogado do Código Civil de 1916.

Em suma, pela proposição deve ser reconhecida a incapacidade testamentária ativa daqueles que estão expressos no art. 3º da codificação privada, atualmente apenas os menores de 16 anos, além das pessoas que não apresentaram um discernimento específico para a manifestação de última vontade.

Ora, essa última solução está de acordo em parte com o *espírito* do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, quanto aos maiores, a regra é a capacidade testamentária, o que inclui as pessoas com deficiência. Eventualmente, caso essas pessoas sejam tidas como relativamente incapazes, pois lhes faltam

³⁴ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*, cit., p. 2.094.

condições para exprimir vontade específica no ato de última vontade, o negócio testamentário deve ser considerado anulável, pela conjugação do novo art. 4º, inciso III, com os arts. 171, I, e 1.860 da codificação material.

Mesmo com a redação atual do último preceito, esse parece ser o melhor caminho a ser percorrido como opinião doutrinária a ser aplicada pela jurisprudência a partir de agora. Em suma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por trazer parte da solução propugnada pelo Professor Zeno Veloso e pelo antigo Projeto Ricardo Fiúza. Foi resolvida a questão relativa às pessoas com deficiência. Quanto aos ébrios habituais e viciados em tóxicos, porém, o problema persiste.

Feitas tais considerações, acreditamos ser possível que a pessoa com deficiência faça a opção por uma tomada de decisão apoiada para a elaboração do testamento, nos moldes do art. 1.783-A do Código Civil, introduzido pelo EPD. Como visto, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Nos termos do § 1º do comando, para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. Ademais, está estatuído que o pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem tal sustento (§ 2º).

Em continuidade, está previsto que antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Pú-

blico, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio, visando estruturar eticamente o instituto (art. 1.783-A, § 3º, do Código Civil). Quanto à sua eficácia, a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado; o que incide para o testamento (art. 1.783-A, § 4º, do Código Civil).

Eventualmente, um terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil). Tal regra pode ser aplicada, por exemplo, a um credor que queira impugnar a validade ou a eficácia do ato testamentário feito dessa forma.

Na sequência, prescreve a norma que em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão (art. 1.783-A, § 6º, do Código Civil). No caso do testamento, o preceito tem aplicação reduzida, pois o ato tem projeções *post mortem* e, dificilmente, haverá prejuízo para o próprio autor do ato.

Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz (art. 1.783-A, § 7º, do Código Civil). Se procedente tal denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (art. 1.783-A, § 8º, do Código Civil). Assim, por exemplo, se um dos apoiadores faz manobras para ser incluído no testamento, caberá sua destituição e substituição.

Com o fim de preservar sua vontade, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado

em processo de tomada de decisão apoiada, o que, no caso do testamento, mantém sintonia com a sua revogabilidade essencial, antes exposta (art. 1.783-A, § 9º, do Código Civil).

Por outra via, 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 (art. 1.783-A, § 10, do Código Civil). Cite-se, a ilustrar, um caso em que há dissenso entre apoiador e apoiado quanto a uma pessoa beneficiada pelo testamento.

Encerrando o tratamento da categoria, há a necessidade de prestação de contas nesse procedimento, pois “aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela” (art. 1.783-A, § 11, do Código Civil). Na verdade, são aplicadas as mesmas regras da prestação de contas da tutela, pois o art. 1.781 da própria codificação material estabelece que “as regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção”.³⁵ Como estamos falando de um ato único, fica difícil pensar na exigência de prestação de contas no

³⁵ As regras da tutela e curatela, agora aplicadas, *a priori*, também para a tomada de decisão apoiada são as seguintes: “Art. 1.755. Os tutores, embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração”. “Art. 1.756. No fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois de aprovado, se anexará aos autos do inventário”. “Art. 1.757. Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente. Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do art. 1.753”. “Art. 1.758. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor”. “Art. 1.759. Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes”. “Art. 1.760. Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor”. “Art. 1.761. As despesas com a prestação das contas serão pagas pelo tutelado”. “Art. 1.762. O alcance do tutor, bem como o saldo contra o tutelado, são dívidas de valor e vencem juros desde o julgamento definitivo das contas”.

caso do testamento. Talvez, ela possa estar relacionada apenas às despesas feitas para a sua elaboração na sua forma pública, por exemplo.

Como palavras finais, vale retomar a regra do art. 85 do EPD, segundo o qual a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, o que inclui o testamento. Assim, em caso de interdição (ou de instituição de curatela) da pessoa com deficiência, poderá ela ser tida como relativamente incapaz, não tendo o discernimento específico para expressar sua última vontade, o que deve vir apontado pelo laudo médico e reconhecido pelo juiz, após ouvir equipe multidisciplinar. Somente em casos tais é que o testamento pode ser tido como anulável, nos termos do art. 171, inciso I, do Código Civil. Como são apenas absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, menores impúberes, não há mais testamento nulo em situações envolvendo a pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar, como premissas que sintetizam o seu conteúdo:

- a) A Lei n. 11.146/2015 trouxe mudanças estruturais e funcionais de grande impacto para a teoria das incapacidades, modificando os arts. 3º e 4º do Código Civil, com vistas à inclusão da pessoa com deficiência. Com a nova redação dos comandos, passaram a ser absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Como relativamente incapazes, temos, no novo sistema, os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos, as pessoas que por causa transitória e definitiva não puderem exprimir vontade (antiga previsão do art. 3º, inciso III) e os pródigos.
- b) A premissa maior do Estatuto da Pessoa com Deficiência é

a substituição da *dignidade-vulnerabilidade* pela *dignidade-igualdade* ou *dignidade-inclusão* na tutela das pessoas pela norma abrangidas.

- c) O EPD tem fundamento na Convenção de Nova York, Tratado Internacional de Direitos Humanos que lhe dá a eficácia de Emenda à Constituição. Assim sendo, não se pode afirmar que as mudanças engendradas pelo Estatuto são inconstitucionais, mas muito ao contrário.
- d) O testamento representa o ato de expressão máxima da autonomia privada *post mortem*, sendo um negócio jurídico unilateral não receptício, gratuito ou benévolo, revogável – com *revogabilidade essencial* – e personalíssimo (*intuitu personae*).
- e) Pelo que se retira dos arts. 1.857 e 1.860 do Código Civil, tendo em vista as mudanças trazidas na teoria das incapacidades pelo EPD, somente devem ser considerados como absolutamente incapazes para o testamento os menores de 16 anos. Quanto aos maiores com alguma deficiência, em regra, são capazes, a não ser que, por causa transitória ou definitiva, não possam exprimir a vontade para o ato testamentário, hipótese em que se enquadram como relativamente incapazes no novo sistema (novo art. 4º, inciso III, do CC). Em continuidade, conclui-se que são também relativamente incapazes para o testamento os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos, nos termos do art. 4º, inciso II, do CC, desde que haja interdição ou ação com nomeação de curador, com laudo médico e decisão que apontam tal impossibilidade. Reafirme-se que não há mais previsão de absolutamente incapazes maiores no art. 3º do Código Civil. Além disso, foram retiradas as menções às pessoas com deficiência mental e aos excepcionais nos incisos II e III do art. 4º da norma material. Em regra, portanto, as pessoas com deficiência podem elaborar testamento. Em relação aos maiores de 16 anos, menores púberes, a lei

é expressa ao admitir que façam testamento (art. 1.860, parágrafo único, do CC).

- f) No sistema anterior à emergência do EPD, Zeno Veloso apontava a existência de problemas técnicos no diploma vigente ao fazer alusão aos incapazes, incluindo os elencados nos arts. 3º e 4º da codificação material sem qualquer ressalva. Sempre sustentou o jurista a necessidade de revisão do art. 1.860 do Código Civil, o que faz por meio do Projeto de Lei n. 699/2011, passando a norma, pela proposição, a ter a seguinte dicção: “Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento”. Em síntese, pela proposta legislativa, deve ser reconhecida a incapacidade testamentária ativa daqueles que estão expressos no art. 3º da codificação privada, atualmente apenas os menores de 16 anos, além das pessoas que não apresentaram um discernimento específico para a manifestação de última vontade.
- g) Sustentamos que essa última solução está de acordo em parte com o *espírito* do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Quanto aos maiores, a regra é a capacidade testamentária, o que inclui as pessoas com deficiência. Eventualmente, caso essas pessoas sejam tidas como relativamente incapazes, pois lhes faltam condições para exprimir vontade específica no ato de última vontade, o negócio testamentário deve ser considerado anulável, pela conjugação do novo art. 4º, inciso III, com os arts. 171, I, e 1.860 da codificação material. Mesmo com a redação atual do último preceito, esse parece ser o melhor caminho a ser percorrido como opinião doutrinária a ser aplicada pela jurisprudência a partir de agora. Em suma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por trazer parte da solução propugnada pelo Professor Zeno Veloso e pelo antigo Projeto Ricardo Fiúza. Foi resolvida a questão relativa às pessoas com deficiência. Quanto aos ébrios habituais e viciados em tóxicos, porém,

o problema persiste.

- h) Este artigo sustenta ser possível que a pessoa com deficiência faça a opção por uma tomada de decisão apoiada para a elaboração do testamento, nos moldes do art. 1.783-A do Código Civil, introduzido pelo EPD. A tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.
- i) Encerrando, de acordo com a regra do art. 85 do EPD, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, o que inclui o testamento. Diante desse preceito, em caso de interdição (ou de instituição de curatela) da pessoa com deficiência, poderá ela ser tida como relativamente incapaz, não tendo o discernimento específico para expressar sua última vontade, o que deve vir apontado pelo laudo médico e reconhecido pelo juiz, após ouvir equipe multidisciplinar. Somente em casos tais é que o testamento pode ser tido como anulável, nos termos do art. 171, inciso I, do Código Civil. Como são apenas absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, menores impúberes, não há mais testamento nulo em situações envolvendo a pessoa com deficiência.



REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV,

2015.

- ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento genético*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=266>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.
- AMARAL, Francisco. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 73.
- CHINÉ, Giuseppe; FRATINI, Marco; ZOPPINI, Andrea. *Manuale di diritto civile*. 4. ed. Roma: Nel Diritto, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.
- FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas “formas” de testamento. *Revista IBDFAM*, n. 10, p. 14, abr. 2014.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II.
- 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. *Revista Eletrônica Civilística*, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI.
- RODRIGUES, Fernando Martins. *A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo* (no prelo, fev. 2016).
- SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*

causa perplexidade. Parte I. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. 2. ed. São Paulo: GEN/Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Volume 1. Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. In: FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.094.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 17 fev. 2016.