



A POSSIBILIDADE DE O DEFICIENTE MENTAL ESTABELEECER DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS VÁLIDAS

THE POSSIBILITY OF THE MENTAL DISABILITY TO ESTABLISH VALID TESTAMENTAL PROVISIONS

Larissa Souza Zemolin¹
Luisa Paim Serpa²
Andreia Cadore Tolfo³

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de o deficiente mental estabelecer validamente disposições testamentárias frente às modificações provocadas na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/2015). Utiliza-se pesquisa bibliográfica e método dedutivo. O estudo verifica inicialmente as espécies de sucessões existentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a testamentária, ressaltando suas características e especificações. Também são observados os reflexos da lei n.º 13.146/2015 sobre os artigos 3º e 4º do código civil, dando-se ênfase à questão da supressão da figura do portador de deficiência mental da categoria dos absolutamente incapazes. Verifica-se ainda, as diversas graduações existentes da deficiência mental. Analisa-se a possibilidade do deficiente intelectual, nos diversos níveis de graduação da patologia, manifestar a sua vontade, para, ao final, observar se esses indivíduos podem estabelecer disposições testamentárias sem vício de forma ou de manifestação. Tendo em vista a natureza negocial do ato de testar, aborda-se as modalidades de testamento no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se a necessidade de verificação do preenchimento dos pressupostos de validade e de existência do negócio jurídico. O trabalho destaca que o deficiente mental nas modalidades grave ou profunda não possui condições para estabelecer disposições testamentárias isenta de vícios, dada a ausência ou limitação ampla de sua manifestação de vontade. Ressalta-se também que cabe ao Tabelião verificar em cada caso concreto se o testador deficiente mental possui capacidade de discernir a respeito do ato a ser realizado, bem como de exteriorizar sua vontade.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão testamentária. Deficiência mental. Capacidade testamentária ativa.

¹ Autora. Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP) – campus Alegrete/RS. E-mail: larissa_zemolin@hotmail.com

² Autora. Professora do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). E-mail: luisapaim@yahoo.com.br

³ Orientadora. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Os tratados internacionais de direitos humanos e seu impacto na ordem jurídica brasileira, financiado pelo Programa Institucional de Apoio a Projetos de Pesquisa (PAP) da URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com



ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the possibility of the mentally handicapped to validly establish testamentary dispositions in the face of the modifications provoked in the theory of incapacities by the Statute of the Person with Disability (law 13.146 / 2015). Bibliographic research and deductive method are used. The study verifies, initially, the species of successions existing in the Brazilian legal order, especially the testamentary, highlighting its characteristics and specifications. The reflections of Law 13,146 / 2015 on articles 3 and 4 of the Civil Code are also observed, with emphasis on the question of suppressing the figure of the mentally handicapped from the category of the absolutely incapacitated. The various degrees of mental deficiency exist. It is analyzed the possibility of the intellectual deficient, in the various levels of graduation of the pathology, to express his will, in order to, in the end, to observe if these individuals can establish testamentary dispositions without vice of form or manifestation. Given the negotiating nature of the act of testing, we deal with the modalities of will in the Brazilian legal system, emphasizing the need to verify the fulfillment of the validity assumptions and existence of the legal business. The work emphasizes that the mentally handicapped person in the serious or deep modalities does not have conditions to establish dispositions testamentarias free of vices, given the absence or broad limitation of its manifestation of will. It is also emphasized that it will be for the Notary to verify in each specific case whether the mentally deficient tester has the capacity to discern the act to be performed, as well as to externalize his will.

KEYWORDS: Probate succession. Mental disability. Active Willingness.

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda as diversas modificações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído no ordenamento jurídico brasileiro através da lei 13.146/2015, sobretudo no que diz respeito à capacidade. Busca-se verificar a possibilidade do portador de deficiência intelectual estabelecer validamente disposições testamentárias.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe diversos desafios para os aplicadores do Direito, pois a grande amplitude da lei provocou diversas modificações na legislação vigente, atingindo vários ramos do Direito, seja público ou privado, e, em especial a codificação material civil.

A lei 13.146/2015 modificou substancialmente os artigos 3º e 4º do Código Civil, restringindo o rol dos absolutamente incapazes a apenas uma única hipótese, qual seja,



menores de 16 anos de idade. Antes da entrada em vigor da referida lei, o deficiente mental era tido como pessoa incapaz para todos os atos de vida civil. Porém, a lei 13.146 atribuiu ao deficiente mental plena capacidade civil, ou, ainda, a capacidade relativa, ocorrendo esta última hipótese quando houver limitação do portador de deficiência quanto ao seu discernimento.

Conforme o artigo 2º da lei 13.146, pessoa com deficiência é 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. Dependendo da graduação da patologia, o impedimento poderá limitar a capacidade de discernimento ou, ainda, de manifestação de vontade.

É preciso considerar que os transtornos mentais apresentam graduações, as quais vão de leve até profunda, sendo que em cada uma delas os portadores ostentam características próprias, conforme exposto no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DMS-5). Alguns deficientes possuem possibilidade de exteriorizar, por si só, suas vontades, pela escrita ou fala (incluindo-se nessa os gestos).

Mas, a problemática surge quando se trata do portador de deficiência cuja patologia retira, parcial ou totalmente, a plena capacidade de discernimento, bem como de manifestação de vontade. Nestes casos, embora o ordenamento jurídico vigente tenha atribuído a esses deficientes mentais, como regra, a capacidade civil, nota-se que é possível que falte a essas pessoas os atributos específicos dos negócios jurídicos, de forma a impedi-los de realizar validamente estes, tal como o testamento.

Desta forma, este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de o deficiente mental estabelecer validamente disposições testamentárias frente às modificações provocadas na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/2015). O estudo utiliza pesquisa bibliográfica, com análise da doutrina sobre o tema. O método usado é o dedutivo.

Este estudo possui vínculo com a área de concentração Cidadania, Políticas Públicas e Diálogo entre Culturas Jurídicas, sobretudo com a linha de pesquisa Direito Privado e Repersonalização do Direito Civil. Neste sentido, este trabalho se insere na preocupação com



a pessoa humana e com a sua dignidade, considerando o indivíduo em seus aspectos mais peculiares e profundos, e não de forma abstrata.

1 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA COMO ATO DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Muitas pessoas se preocupam em adquirir e expandir o seu patrimônio material, o qual será, após a sua morte, transferido aos seus parentes, em uma ordem de vocação hereditária imposta em lei, bem como àquelas pessoas escolhidas pelo próprio autor da herança, denominadas no direito sucessório como herdeiros legatários ou testamentários (CAHALI, 2008, p. 20).

Contudo, nem sempre isso foi uma preocupação do ser humano. No início da socialização dos indivíduos, em tempos remotos, a propriedade possuía característica coletiva, em que um grupo ou núcleo social eram titulares de um determinado bem, de modo que o conteúdo do direito sucessório se esvaziava. Somente com a individualização da propriedade, onde o homem passa a ter domínio sobre a coisa, é que o instituto da sucessão hereditária passa a ter relevância, adquirindo espaço na sociedade (CAHALI, 2008, p. 20).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 13), a palavra sucessão possui duplo sentido: amplo e estrito. Quanto ao primeiro, significa o ato pelo qual uma pessoa assume voluntariamente o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Tal conduta ocorre, por exemplo, em um simples negócio de compra e venda, ocorrendo, na respectiva hipótese, a sucessão *inter vivos*. No que tange a segunda, o vocábulo é utilizado para designar tão somente a situação decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

Neste prisma, Francisco Cahali (2007, p. 21-22) aduz que:

Sucessão, na acepção da palavra, em sentido amplo indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra. A relação jurídica inicialmente formada por determinados titulares passa, pela sucessão, a outros. Opera-se, através desta sequência, a troca de titulares de um direito afastando-se uma pessoa da relação jurídica e, em seu lugar ingressando outra, que assume todas as obrigações e direitos de seu antecessor. Subsiste o objeto original, mas substitui-se o sujeito na relação, inserindo-se um no lugar do outro.



Os direitos sucessórios, aqueles amparados nos artigos 1784 e seguintes do Código Civil, tratam exclusivamente da sucessão *causa mortis*. No Brasil, a doutrina subdivide referida sucessão quanto a sua fonte, sendo legítima (CC, arts. 1829 a 1844), também conhecida de *ab intestato*, e a testamentária (CC, arts. 1857 a 1911). Quanto aos seus efeitos, a sucessão pode ser a título singular, que é aquela limitada a um ou alguns direitos, subrogando-se o novo sujeito apenas nos direitos e deveres decorrentes da relação jurídica transmitida. Também pode ser a título universal, quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, fração ou parte alíquota dela (CAHALI, 2007, p. 21-22).

Ademais, importante destacar que no Direito brasileiro não se admite outras formas de sucessão senão as delineadas acima, especialmente a contratual, por estarem expressamente proibidos os pactos sucessórios, nos termos do artigo 426 do Código Civil.

1.1 Sucessão Legítima

A sucessão legítima, por vezes também designada como sucessão legal, é aquela resultante da lei, na qual ocorre a transferência do monte mor, após a morte do autor da herança, aos parentes destes, em uma ordem de vocação hereditária proclamada no artigo 1.829 do Código Civil brasileiro, segundo as linhas e graus próximos e remotos, consignando-se que aqueles excluem estes (DINIZ, 2008, p. 102).

Sobre isso, Francisco Cahali (2007, p. 124) relata que há quatro hipóteses de ocorrência de transmissão *causa mortis* na modalidade legítima: a primeira, quando não há ato de última vontade ou inexistente testamento válido; a segunda, quando realizado o testamento, este perdeu sua eficácia; terceira, existindo testamento, quando este não contemplar a universalidade do patrimônio do testador; e quarta e última, quando vivos herdeiros necessários.

1.2 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária, contrariamente ao que se dá com a sucessão legítima, não deriva unicamente da lei, mas pressupõe obrigatoriamente uma aquisição de situação jurídica



decorrente da intervenção volitiva do autor da herança. O autor poderá deliberar quanto ao destino de seus bens amealhados em vida, elegendo herdeiros e/ou legatários a suceder seus bens após sua morte, a título universal ou singular (HIRONAKA, 2007, p. 213).

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 164) preceitua que:

A sucessão testamentária decorre de expressa manifestação de última vontade, em testamento ou codicilo. A vontade do falecido, a quem a lei assegura a liberdade de testar, limitada apenas pelos direitos dos herdeiros necessários, constitui, nesse caso, a causa necessária e suficiente da sucessão. Tal espécie permite a instituição de herdeiros e legatários, que são, respectivamente, sucessores a título universal e particular.

Zeno Veloso (1993, p. 11) assevera que a sucessão testamentária é aquela que se processa obedecendo a disposição de última vontade. Tal sucessão deriva, diretamente, da vontade do testador, mas representa, também, uma sucessão legal, pois recebe da lei a razão jurídica de sua existência.

A sucessão testamentária, portanto, decorre de expressa manifestação de última vontade do autor da herança, na forma e condições estabelecidas em lei, a qual se materializa nos instrumentos do testamento e do codicilo. Quanto a este, por vezes designado pela doutrina de pequeno testamento, trata-se de manifestação de última vontade onde o codicilante estabelece disposições sobre o seu enterro, sobre pequenas esmolas e sobre legados de roupas, pertences pessoais, móveis, joias, enfim, objetos em gerais que são de pequeno valor econômico. No que tange àquele, cuida-se de disposição de última vontade onde o testador dispõe de seus bens, estes de grande valor, total ou parcialmente, para depois de sua morte, bem como faz outras disposições (GONÇALVES, 2014, p. 76).

O testamento é o instrumento técnico que a lei coloca à disposição de pessoas capazes para regular e decidir relativamente quanto a sua sucessão. Além de deter referida finalidade, qual seja, eleger pessoas diversas das constantes no artigo 1.829 do Código Civil para serem contempladas com o todo ou parte de seu patrimônio, o testamento poderá ser utilizado com cunho estritamente extrapatrimonial (DIAS, 2008, p. 332).

Maria Helena Diniz (2008, p. 391) menciona que eventuais disposições testamentárias de cunho não patrimonial poderão abranger: reconhecimento de filhos não matrimoniais (CC, art. 1.609, III), nomeação de tutor a filhos menores (CC, arts. 1.634, IV e 1.709, parágrafo



único), ou de testamenteiro (CC, art. 1.976); disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC, art. 14); permissão ao filho órfão de contrair núpcias com o tutor (CC, art. 1.523, IV); reabilitação de indigno (CC, 1.808); deserdação de herdeiro (CC, art. 1.904), determinação sobre o funeral.

O direito brasileiro admite apenas duas formas de testamento: ordinário ou especial. Cada uma dessas formas possuem três modalidades, elencadas elas nos artigos 1.862 e 1.886 do Código Civil, respectivamente. Quanto à primeira, subdivide-se em testamento público, particular e cerrado, ao passo que na segunda forma, em marítimo, aeronáutico e militar, consignando-se que cada instrumento possui características próprias e formalidades específicas, destinadas a dar seriedade e maior segurança à manifestação de última vontade. Não há possibilidade de o testador utilizar-se de instrumentos diversos aos estabelecidos em lei, o que decorre da inteligência dos artigos 1.863 e 1.887 do mesmo diploma legal (GONÇALVES, 2014, p. 81).

No tocante ao testamento ordinário público, para sua validade plena, é imprescindível que seja lavrado por tabelião ou seu substituto legal (oficial-maior ou escrevente autorizado) em seus livros de nota, exarada verbalmente em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas e desimpedidas, sendo, após, escrito, manual ou mecanicamente, lido em voz alta pelo tabelião e, por fim, assinado por ele, pelo testador e pelas testemunhas (HIRONAKA, 2007, p. 222-243).

Já na modalidade de testamento particular é necessário que o instrumento seja inteiramente escrito ou redigido pelo próprio testador, sem intervenção de terceiros, mesmo que mínima. O documento deve ser datado, lido pelo testador a três testemunhas e, ato contínuo, assinado por estes, havendo, ainda, possibilidade de ser escrito em língua estrangeira, desde que o idioma seja de compreensão das testemunhas (HIRONAKA, 2007, p. 222-243).

No testamento cerrado, também chamado de secreto ou místico, a manifestação de vontade do testador é redigida propriamente por ele, manual ou mecanicamente, em língua nacional ou estrangeira, ou por terceiros a seu rogo, assinado por ele em todas as páginas, entregue ao tabelião, na presença de duas testemunhas, sendo emitido pela autoridade o auto de aprovação e, posteriormente, o documento é cerrado. Nas três modalidades de testamentos



ordinários, para sua plena validade, torna-se imprescindível o preenchimento de todos os requisitos mencionados, sob pena de nulidade do ato (HIRONAKA, 2007, p. 222-243).

Ademais, além dos requisitos específicos de cada testamento, considerando a natureza negocial do testamento, imperioso, para a validade do ato, independentemente da modalidade de testamento ordinário optada pelo autor da herança, o preenchimento dos requisitos genéricos de validade dos negócios jurídicos, previstos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: manifestação de vontade; agente emissor capaz; objeto lícito e possível e, por fim, forma prescrita em lei (DINIZ, 2008, p.178).

Na sucessão testamentária, no que tange ao requisito de capacidade, Maria Berenice Dias (2008, p. 320) aduz que, ao contrário do que ocorre na sucessão legítima, esta modalidade de sucessão pressupõe a existência de dupla ordem de legitimação: a capacidade do testador para estabelecer disposições testamentárias válidas e a capacidade do receptor para adquirir herança ou legado.

Quanto à legitimidade do herdeiro instituído (herdeiro ou legatário), denominada na doutrina como capacidade testamentária passiva, estende-se que engloba as pessoas jurídicas e naturais nascidas ou, no mínimo, já concebidas no momento da abertura da sucessão, considerando a inexistência do direito de representação na sucessão testamentária, conforme o artigo 1.798 do Código Civil (HIRONAKA, 2007, p. 285).

A capacidade testamentária ativa consistente na capacidade do testador de eleger herdeiros ou legatários a suceder seu patrimônio. O ordenamento jurídico pátrio estabelece como regra a possibilidade de qualquer pessoa natural capaz ou que tenha pleno discernimento na época da concepção do ato estabelecer disposições testamentárias válidas, conforme artigo 1.860 do Código Civil (DIAS, 2008, p. 322).

Nessa senda, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 171) expõe que:

As hipóteses de incapacidade testamentária ativa são fixadas pelo Código Civil em tom excepcional, taxativo, sendo que, exceto as expressamente mencionadas no art. 1.860, todas as pessoas podem fazer testamento válido, pois a capacidade constitui a regra.

Contudo, surgiram inquietações doutrinárias quanto ao caso do sujeito testador possuir capacidade para os atos de vida civil, entretanto, não ter o pleno discernimento exigido no



artigo 1.860 do Código Civil. Neste caso, o indivíduo poderá estabelecer, validamente, com base em apenas o requisito capacidade, disposições testamentárias? Ou, ainda, sendo o ato praticado, poderá ele produzir efeitos válidos no mundo jurídico?

2 A CAPACIDADE CIVIL FRENTE ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A capacidade civil consiste na aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, os atos da vida civil. A doutrina costuma dividir a capacidade em duas espécies: a de gozo ou de direito e a de fato, também designada de ação. Se o sujeito possui as duas espécies de capacidades citadas terá capacidade jurídica plena ou geral, ao passo que adquirindo apenas uma, gozará de capacidade limitada (TARTUCE, 2014, p. 101-104).

A capacidade encontra-se umbilicalmente ligada à personalidade jurídica, contudo, não se confunde com ela, sendo entendida pela doutrina como a medida e extensão desta. A capacidade civil estabelece poderes para a aquisição e exercício dos direitos, podendo ser plena ou limitada, dependendo do preenchimento de requisitos próprios estabelecidos em lei. Já a personalidade, revela-se como a aptidão para exercer tais poderes, sendo aplicada indistintamente às pessoas naturais (CASSETTARI, 2011, p. 60-61).

No que toca à personalidade jurídica, Maria Helena Diniz (2008, p. 145) aduz que “a personalidade tem sua medida na capacidade, que é reconhecida, num sentido de universalidade, no art. 1º do Código Civil.”

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 94-95) relata que a personalidade jurídica está ligada a ideia de pessoa, ressaltando-se que todo aquele que nasce com vida torna-se pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade e atributo do ser humano, estendendo-se, inclusive, aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental.

No Brasil, a aquisição da personalidade jurídica dá-se com o nascimento com vida da pessoa natural (também chamada de pessoa física), diante do funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente auferido pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, e seu término com a morte do indivíduo, nos termos dos artigos 2º e 6º do Código Civil de 2002, que assim dispõem:



Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Adquirida a personalidade jurídica, toda a pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações, alcançando, dessa forma, uma das espécies de capacidade, a de gozo ou de direito. A capacidade de direito ou de gozo trata-se daquela comum a todas as pessoas humanas, inerente à personalidade jurídica destas, extinguindo-se somente com a morte do indivíduo (TARTUCE, 2014, p. 108).

Sobre esse assunto, o doutrinador Washington de Barros Monteiro (2001, p. 61) refere que “a capacidade a que todos possuem e adquirem ao nascer com vida é a de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos, sendo reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção.”

O Código Civil disciplina no artigo 1º a espécie de capacidade em comento:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Portanto, a capacidade de gozo ou de direito transmite ao indivíduo a plena condição de adquirir direitos e obrigações na esfera cível, segundo o entendimento de Pablo Gagliano (2016, p. 144). Este atributo é inerente à condição de pessoa, passando a atuar, neste momento, como sujeito de direito.

A capacidade de fato ou de exercício trata-se daquela consistente na aptidão para exercer, por si só, os atos de vida civil, sendo adquirida apenas pelo indivíduo que possua disposições que o possibilitem de exercer pessoalmente os atos de vida civil (VENOSA, 2013, p. 139).

Segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 148):

A capacidade de fato é a aptidão de exercer por si os atos de vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do inconveniente.



Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, seja por limitações orgânicas, físicas ou psicológicas, a lei, com o intuito de protegê-las, embora não lhes negue a capacidade de adquirir direitos (capacidade de direito/gozo), sonega-lhes o de se autodeterminarem, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as represente ou assiste (WALD, 2011, p. 137).

Assim, essas pessoas que o Direito Civil nega a possibilidade de exercer seus direitos e obrigações pessoalmente são denominadas de incapazes. A incapacidade pode ser relativa ou absoluta. Na incapacidade absoluta, o Direito proíbe totalmente o exercício por si só dos direitos e obrigações. Na incapacidade relativa, é assegurada a prerrogativa de exercer os atos de vida civil, desde que assistidos por quem o Direito encarrega deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou designação judicial (CASSETTARI, 2011, p. 60-61).

Nesse diapasão, Silvio de Salvo Venosa (2013, p.144) ressalta que:

A capacidade de fato é a aptidão da pessoa para exercer por si mesma os atos da vida civil. Essa aptidão requer certas qualidades. Sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato. Essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos de vida civil. Para esses atos será necessário que sejam devidamente representadas pelos pais ou representantes legais. A incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos, em princípios apenas assistidos pelos pais ou representantes. Trata-se de uma incapacidade limitada.

O artigo 3º do código civil menciona que os absolutamente incapazes não podem exercer pessoalmente os seus direitos e que devem ser, para tanto, representados, sob pena de nulidade do ato jurídico praticado. O artigo 4º do código civil enumera os relativamente incapazes, que são dotados de algum discernimento e, por esta razão, são autorizados a participar dos atos jurídicos de seu interesse, desde que devidamente assistidos por seus representantes, sob pena de anulabilidade (GONÇALVES, 2016, p.111).

Contudo, a lei 13.146/2015, que incorporou no ordenamento jurídico pátrio o Estatuto da Pessoa com Deficiência, promoveu uma profunda alteração no sistema das incapacidades, modificando substancialmente a redação dos artigos supracitados (GONÇALVES, 2017, p. 109-113).

O Código Civil prescrevia, antes do advento do Estatuto:

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



- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os prodígios.

Com a introdução da Lei 13.146/2015, passou-se a seguinte redação:

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

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

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os prodígios.

Dentre as diversas alterações trazidas, uma em especial chama a atenção: a retirada da pessoa com deficiência mental da categoria de incapazes e sua colocação no rol dos plenamente capazes.

De maneira inédita, o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegurou o pleno exercício dos atos de vida civil àquelas pessoas que possuem, em longo prazo, impedimentos de natureza física, mental, sensorial ou intelectual, em igualdade de condições com as demais pessoas, inexistindo, assim, necessidade de serem assistidos, tampouco representados (GAGLIANO, 2016. p. 146-148).

Segundo Flávio Tartuce (2016, p. 9), todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior como incapazes 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, essas pessoas podem ser tidas como relativamente incapazes em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, mediante processo judicial para instituição de curatela, sendo facultada a ela, ainda, a possibilidade da adoção de processo de tomada de decisão apoiada.



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 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.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.112-113) refere que o legislador, com as inovações trazidas pela Lei 13.146/15, pretendeu impedir que as pessoas deficientes sejam consideradas e tratadas como incapazes, tendo em vista o princípio da igualdade e da dignidade humana, consignando-se que, hoje, a regra é a capacidade civil dessas pessoas e a exceção é a incapacidade relativa.

Porém, a alteração mencionada também é alvo de críticas. Segundo a visão dos doutrinadores que se opuseram ao conteúdo do Estatuto, o ordenamento jurídico passou a desproteger àqueles que merecem ampla proteção legal.

Importante destacar que a capacidade civil, além de ser a aptidão para adquirir e exercer, por si só, direitos e deveres na ordem civil, também é um dos requisitos para a validade e existência de um negócio jurídico. Com efeito, o testamento, negócio jurídico que é, deve estar atingido pelas novas regras introduzidas no Código Civil brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, devendo estar sua leitura diagonal com a lei 13.146/2015.

3 A CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA DO DEFICIENTE MENTAL

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em 2016, instituiu a lei brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania (TARTUCE, 2016, p. 54).

O legislador pretendeu, com as inovações da referida lei, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, abolir da figura da “deficiência”, a noção



geral de que ela se equipara à patologia, limitações ou anormalidades e aproximá-la a ideia de que nada mais são do que qualidades inerentes à diversidade humana, como o gênero, raça, cor, idade, orientação sexual, origem, classe social, dentre outros. A deficiência, porém, não reside em tais atributos, decorre, na verdade, da interação destes com as barreiras sociais que os excluem do acesso aos direitos humanos básicos (FONSECA, 2012, p. 27-31).

Nesse sentido, Waldir Macieira da Costa Filho (2016, p. 369) observa que a lei brasileira de inclusão deixa claro que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só. As barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente, sendo fundamental o uso de estratégias políticas, jurídicas e sociais visando à exclusão desses empecilhos. Busca-se permitir aos deficientes que demonstrem suas capacidades e usufruam de autonomia e independência para uma real inclusão social.

O Estatuto mencionado trouxe, no artigo 2º, um breve conceito de deficiência:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Decreto nº 3.298/99, o qual regulamentou a Lei 7.853/89, expõe, também, uma definição no que tange à deficiência e estipula categorias:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

- I - deficiência física;
- II - deficiência auditiva;
- III - deficiência visual;
- IV - deficiência mental;
- V - deficiência múltipla.

Acrescenta, também, referida normativa (artigo 4º, IV) que a deficiência mental trata-se do funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos de idade e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades



adaptativas, como comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização dos recursos da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho.

Os diagnósticos clínicos de deficiência mental, bem como sua conceituação e características são definidos com base nos manuais internacionais de classificação das doenças, como o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana; a Classificação Internacional das Doenças (CID-10) e a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). As duas últimas são publicadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Esses manuais e classificações servem como guia para a prática clínica, a fim de facilitar o estabelecimento de diagnósticos mais confiáveis desses transtornos (BRID; BAPTISTA, 2014, p. 02-03).

A deficiência mental, segundo critérios estabelecidos pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5, é um transtorno que se inicia no período do desenvolvimento humano e que inclui déficits funcionais, tanto intelectuais quanto adaptativos, nos domínios conceitual, social e prático. Existem níveis de gravidade da deficiência mental, que podem ser especificados nas categorias leve (QI 50-55 até aproximadamente 70), Moderado (QI 35-40 a 50-55), Grave (QI 20-25 a 35-40) e Profundo (QI abaixo de 20 ou 25) (CARVALHO, 2017, p. 02-05).

No que toca às modalidades leve e moderada, de acordo o manual referido (DSM-5), o portador de deficiência mental possui certa autonomia no desenvolvimento das atividades diárias pessoais, apresentando certa dificuldade em aprender habilidades acadêmicas que envolvam escrita, leitura, matemática, tempo e dinheiro, sendo necessário apoio em uma ou mais áreas para alcance das expectativas associadas à idade, bem como de um período prolongado de ensino. Contudo, as diferenciações entre o portador da deficiência destas modalidades e o “homem comum” não são óbvias (DSM-5, p. 78-80).

Nas categorias grave e profunda, por sua vez, a condição clínica do portador é tão debilitada que não permite a obtenção do exercício do autogoverno, necessitando o sujeito de apoio e supervisão para todas as condutas diárias, em que pese possam atuar como participantes em algumas delas, possuindo pouca compreensão da linguagem escrita, bem como bastante limitação quanto à linguagem falada (DSM-5, p. 78-80).



Assim, da breve leitura dos dispositivos transcritos, bem como diante dos estudos relativos aos transtornos mentais, desempenhados pelos manuais internacionais de classificação das doenças, percebe-se que o portador de deficiência intelectual, em especial no nível grave e profundo, não possui aptidão de autogoverno, faltando-lhes o pleno discernimento para a tomada de certas condutas que exigem a manifestação de vontade própria, tal como ocorre no testamento.

O instituto do testamento é um ato essencialmente solene e personalíssimo, estando condicionado à produção de seus efeitos a observação de todas as formalidades específicas e genéricas prescritas em lei (GONÇALVES, 2011, p. 78). As formalidades específicas estão expressas no artigo 1.860 do código civil, quais sejam: capacidade e pleno discernimento do testador.

Considerando a figura do deficiente mental, tendo em vista as modificações normativas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), mormente na teoria das incapacidades, percebe-se que o portador de transtornos mentais, seja leve, moderado, grave e profundo, preenche o primeiro requisito para a disposição de última vontade: capacidade civil (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 84).

Todavia, o mesmo não ocorre relativamente ao segundo atributo delineado pelo dispositivo mencionado. Apesar de o deficiente possuir a capacidade civil, dependendo da graduação da deficiência, pode ser afetado o pleno discernimento do sujeito, afastando-se, assim, a possibilidade de elaboração válida do testamento.

Além do mais, no que toca às formalidades genéricas do negócio jurídico, sejam elas de validade (CC, art. 104) ou de existência, fica evidenciada a impossibilidade de o deficiente mental estabelecer validamente disposições testamentárias.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 355-359) nota que os elementos existenciais de qualquer negócio jurídico, sem os quais o ato sequer ingressa no mundo jurídico, são: a declaração de vontade do sujeito, finalidade negocial e idoneidade do objeto. O primeiro elemento é pressuposto básico e imprescindível que se exterioriza. Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para o negócio jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 307-308) aduz que a vontade interna ou real é que traz a força jurídica, mas é sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida. Isso



permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade mas que esta não basta sem a manifestação exterior.

Também é necessária à existência do negócio jurídico a exteriorização da manifestação da vontade do sujeito testador, a qual poderá se expor por meio da palavra, falada ou escrita, ou por gestos. Desse modo, na ausência da manifestação não haverá declaração de vontade e, portanto, inexistirá negócio jurídico, tendo em vista ser este um dos pressupostos de existência do ato.

Considerando a figura do deficiente mental no nível grave e profundo, o qual não possui capacidade de exteriorizar, seja pela fala ou escrita, sua vontade, tendo em vista ter o sujeito grande limitação de comunicação e aprendizagem, deve-se concluir que é inviável a elaboração de testamento por referido sujeito, bem como sua validade no mundo jurídico.

Entretanto, o deficiente mental leve ou moderado, o qual possui habilidades acadêmicas, como escrita e leitura (embora com certa dificuldade e lentidão) terá a possibilidade de estabelecer validamente disposições testamentárias. Nesse caso o sujeito possui aptidão para exteriorizar sua vontade, cabendo ao tabelião, seu substituído legal ou ao magistrado, no caso concreto, analisar se o testador deficiente mental possui, no ato, pleno discernimento, bem como aptidão de manifestar sua vontade. Apenas da análise da situação concreta, mediante avaliação do grau de comprometimento do discernimento da pessoa, é que será possível identificar o seu enquadramento legal e, por conseguinte, verificar se será possível a concretização válida da disposição de sua vontade (LEITE, 2012, p. 311-312).

Portanto, nota-se que o transtorno mental poderá acarretar limitações ao sujeito portador da patologia, restringindo sua plena capacidade ou, ainda, sua capacidade de exteriorizar, pela fala ou escrita, sua vontade, requisitos indispensáveis para a existência e validade do negócio jurídico (testamento). Na hipótese do testador deficiente mental possuir limitação cognitiva, inexistente a possibilidade de este estabelecer disposições testamentárias válidas. Assim, compete ao profissional que elaborará o ato de última vontade perceber se no caso concreto há capacidade, pleno discernimento e possibilidade de exteriorizar a vontade do sujeito, objetivando a perfeição do negócio jurídico a ser realizado.

Todavia, há posicionamentos doutrinários no sentido de que se os deficientes adquiriram a capacidade civil, então poderão estabelecer, por si só, validamente, disposições



testamentárias. Esse é entendimento de juristas como Luiz Alberto David Araújo e Waldir Macieira da Costa Filho (2016, p. 13), bem como Gustavo Casagrande Canheu (2015) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 114).

Ou seja, no Brasil, o assunto não está pacificado, existindo discussão doutrinária a respeito. Por um lado, doutrinadores com entendimento favorável à possibilidade do deficiente mental estabelecer disposições testamentárias válidas. Esse posicionamento busca assegurar os direitos fundamentais dessas pessoas, sobretudo o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Por outro lado, há doutrinadores com entendimento contrário a possibilidade de o doente mental estabelecer disposições testamentárias válidas. Esses doutrinadores ressaltam as restrições à capacidade do doente mental e a vulnerabilidade decorrente da sua condição.

CONCLUSÃO

Para a validade do ato de testar, além do preenchimento dos pressupostos específicos constantes no artigo 1.860 do Código Civil (quais sejam: capacidade e pleno discernimento), também é necessário o preenchimento dos requisitos genéricos dos negócios jurídicos, seja de validade ou de existência.

Assim, considerando os pressupostos específicos do testamento e tendo em vista o alcance do portador de deficiência ao patamar de capacidade plena para os atos de vida civil, parece que há o preenchimento do primeiro requisito, que é a capacidade civil. Contudo, o mesmo não se dá relativamente ao segundo requisito, qual seja, pleno discernimento. Ocorre que certas patologias mentais, dependendo da graduação da doença, retiram do portador a capacidade de discernir.

Também é importante atentar-se para os requisitos genéricos do negócio jurídico, uma vez que a graduação do transtorno afeta também a capacidade de exteriorização da vontade humana.

Embora o portador de transtorno mental nas categorias leve e moderado apresente habilidades acadêmicas, tal como a escrita e fala (ainda que de forma limitada), torna-se possível a elaboração do ato de última vontade por ele, sem vícios. Todavia, o mesmo não



ocorre com o portador de deficiência mental na modalidade grave e profunda, tendo em vista que nestas graduações o indivíduo apresenta grande limitação cognitiva, afetando, assim, a sua manifestação de vontade, bem como a capacidade de discernimento.

Perceptível, portanto, a impossibilidade do deficiente mental nas modalidades grave ou profunda (dada à ausência ou limitação ampla de manifestação de vontade) de estabelecer disposições testamentárias isenta de vícios. Sua vulnerabilidade pode inclusive expor o doente mental à má fé de terceiros. Ressalta-se que cabe ao Tabelião ou seu substituído legal verificar em cada caso concreto se o testador deficiente mental possui capacidade de discernir a respeito do ato a ser realizado, bem como de exteriorizar suas vontades, sob pena de ser o testamento considerado nulo ou anulável.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; FILHO, Waldir Macieira da Costa. **A lei 13.146/2015 (o estatuto da pessoa com deficiência ou a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência) e sua efetividade**. Disponível em:

<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/705/388>>.

Acesso em: 24 maio 2017.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANHEU, Gustavo Casagrande. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a atividade notarial e registral. Primeiras impressões**. Disponível em:

<<http://www.notariado.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CARVALHO, Erenice Natalia Soares. **Deficiência intelectual: conhecer para intervir**. Disponível em <<http://200.229.32.55/index.php/pedagogiacao/article/view/12845/10035>>. Acesso em: 01 jun 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito Civil, Parte Geral**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



_____. **Direito das Sucessões**. 8º. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DSM-5. Manual diagnóstico e estatística de transtornos mental – DSM-5. Disponível em: <<http://blogdapsicologia.com.br/unimar/wp-content/uploads/2015/12/248320024-Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>>. Acesso em: 26 jun 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. 2º. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Elizabeti C. Pires; AGUIAR, Oscar Xavier. **Deficiência mental leve: aspectos educacionais e sociofamiliares**. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/0p4cninSTRkdCke_2013-5-13-15-4-48.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 18º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro. Parte Geral**. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil I Esquemático**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 15º.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Sinopse Jurídica, Direito das Sucessões**. 13º. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Flávia Almeida Leite. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 45 º. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 28º. ed. São Paulo: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Lei de Introdução e Parte Geral**. 10º. ed. São Paulo: RT, 2014.



_____. **Sinopse Jurídica, Direito das Sucessões**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, 2016. Disponível em: < <http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/63/65> >. Acesso em: 15 maio 2017.

VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil. Introdução e Parte Geral**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.