

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**GABRIELA GARCIA ESTEVES PERINETTI**

**LEI Nº 13.146/2015 E SUA RELAÇÃO COM CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO DE 2.002**

MARÍLIA  
2016

GABRIELA GARCIA ESTEVES PERINETTI

LEI Nº 13.146/2015 E SUA RELAÇÃO COM CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO DE 2.002

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. Tayon Sofferner Berlanga

MARÍLIA  
2016

PERINETTI, Gabriela Garcia Esteves. Lei nº 13.146/2015 e sua Relação com Código Civil Brasileiro de 2.002; Orientador: Tayon Sofferner Berlanga, SP: [s.n.], 2016. 47f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Deficiência; Capacidade Jurídica; Inclusão da Pessoa com Deficiência; Curatela; Tomada de Decisão Apoiada:

CDD: 342.16448



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

*Curso de Direito*

**Gabriela Garcia Esteves Perinetti**

RA: 51624-4

Lei nº 13.146/2015 e Sua Relação Com Código Civil Brasileiro de 2.002.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

10.0 ( Dez )

ORIENTADOR(A):

Tayon Soffener Berlanga

1º EXAMINADOR(A):

Roberto da Freiria Estevão

2º EXAMINADOR(A):

Fábio Ruz Borges

Marília, 02 de dezembro de 2016.

*Pela memória de minha querida Mãe Márcia Garcia Esteves que me  
guia, me zela e me cuida diariamente, minha força é sua! (in  
memorian). Por toda, base e caráter concedido.*

## **AGRADECIMENTOS**

Um sonho que se sonha só é apenas um sonho, mas um sonho que sonhamos juntos, este sim torna-se real. E hoje eu vivo uma realidade, que mais parece um sonho, mas para chegar até aqui foi preciso muito esforço, dedicação, força de vontade, perseverança, paciência e fé. Nesses 5 anos foram inúmeras as vontades de desistir, houve choros por me sentir perdida, já cheguei a me perguntar se estaria no caminho certo, se estaria fazendo a coisa e a faculdade certa, porém, diante de tanta coisa horrível e tanta aprovação passada, sempre estiveram ao meu lado as pessoas que eu mais amo, e que me amam também, porque jamais deixaram que eu desistisse de mim mesma. Nada disso eu consegui sozinha, nada disso hoje vendo se concretizando porque foi apenas da minha vontade, essa foi a vontade de Deus também. Levarei pra sempre uma eterna gratidão a todos aqueles que passaram pela minha vida durante todo esse período.

Sou grata primeiramente a Deus, por ter me dado o dom da vida, saúde e capacidade pra transformar esse sonho em realidade, sem Ele nada teria dado certo pra mim, é Dele a minha força.

Além de Deus, minha força vem da minha maior saudade, vem do meu maior anjo, na data de 11 de janeiro de 2012, minha mãe foi descansar ao lado do Pai, foi olhar pela gente lá do céu, então cada suspiro que dou, cada graça, cada acontecimento, cada queda, cada vez que olho pra cima e penso por quê comigo?, cada vitória, eu Sempre dedicarei a ela<sup>1</sup> Como essa realização seria a realização dela, pensar nela me dá forças, lembrar do sorriso dela me fez sorrir até aqui, cada lagrima que me permiti derramar foi porque ela não estava aqui, ela ouviu cada prece e cada palavra que eu pedi para chegar até aqui. Mãe essa vitória é sua e é por você, sei que esta muito orgulhosa em me ver formada e tendo um futuro brilhante pela frente,. Por diversas vezes não entendemos os propósitos de Deus, suas vontades e seus caminhos, ficamos tão focados em nossas vontades que nos esquecemos que estamos aqui de passagem, para mudar e melhorar a vida das pessoas a nossa volta.

“Faze-me discernir o proposito dos teus preceitos, então meditarei nas tuas maravilhas”  
(Salmos 119:27).

Agradeço a minha irmã, Juliana Garcia Esteves Perinetti, que mesmo diante de todas as nossas diferenças, segurou as pontas por tantas vezes, foi tao mais forte que eu por outras

tantas, que jamais poderia estar aqui hoje sem aplaudir de pé o que ela fez por mim. Espero poder retribuir tudo que fez por nós, eu te amo tata.

Ao meu querido e amado parceiro de vida, Juliano Marini Siqueira, agradeço todos os dias por Deus ter enviado você para dividir comigo tudo, dividir a vida, porque sei que Deus tem grandes propósitos para nossas vidas. Obrigada por fazer parte de cada expectativa que eu criei e hoje eu concretizei., obrigada por acreditar em mim, e por não deixar que ficasse caçada naqueles momentos que foram o mais difíceis até aqui. Que seja apenas o primeiros de muitos sonhos de nossas vidas. Obrigada por toda paciência, palavra, carinho e ajuda ofertada a mim, amor da minha vida.

Aos meus sogros, Roseli Marini e José Roberto Siqueira que são como meus pais, obrigada por me acolherem como a filha de vocês e por fazerem parte dessa vitória junto comigo.

Um agradecimento especial a minha tia Mara, que foi surpreendentemente acolhedora e tao generosa comigo e com a minha irmã quando sofremos nossa maior perda, o que a senhora fez pela gente não tem preço, espero poder retribuir cada gesto e peço a Deus para que ele devolva tudo em dobro sempre pra vocês.

Aos meus amigos, aqueles novos, aqueles não tão presentes e aqueles que são como irmãos. Ao professor e advogado excepcional Tayon Sofferner Berlanga que, com muita paciência e atenção, dedicou do seu valioso tempo para me orientar em cada passo desse trabalho, . Além de todos os professores que tive a honra de conhecer, que contribuíram para minha formação acadêmica e por toda influência na minha futura vida profissional, muitos serviram de inspiração para a futura profissional que passarei a ser.

E aqui finalizo meu último agradecimento, abro meu coração a essa Instituição que me acolheu de forma tão generosa, sem a ajuda de vocês este sonho não seria real, obrigada por permitirem que pessoas simples e hipossuficientes sejam capazes de realizar seus estudos com tamanho dignidade, estarei de braços abertos para retribuir a vocês todo meu aprendizado e experiência profissional.

Somente agradecer nunca será o suficiente para demonstrar a grandeza do que eu recebi até hoje de todas as pessoas mencionadas aqui. Peço a Deus que o recompense à altura.

**“Que todo o meu ser louve ao Senhor, e que eu não esqueça nenhuma das suas bênçãos”.**  
**(Salmos 103:2).**

## **Lanterna dos Afogados – Paralamas do Sucesso**

*Quando tá escuro e ninguém te ouve  
Quando chega a noite e você pode chorar  
Há uma luz no túnel dos desesperados  
Há um cais no porto pra quem precisa chegar  
Eu tô na lanterna dos afogados  
Tô te esperando, vê se não vai demorar*

*É uma noite longa pra uma vida curta  
Mas já não me importa basta poder te ajudar  
E são tantas marcas que já fazem parte  
Do que sou agora mas ainda sei me virar  
Tô na lanterna dos afogados  
Tô te esperando vê se não vai demorar*

*É uma noite longa pra uma vida curta  
Mas já não me importa, basta poder te ajudar  
E são tantas marcas que já fazem parte  
Do que sou agora mas ainda sei me virar  
Tô na lanterna dos afogados  
Tô te esperando*

*Tô na lanterna dos afogados  
Tô te esperando  
Vê se nao vai demorar*



PERINETTI, Gabriela Garcia Esteves. Lei nº 13.146/2015 e sua Relação com Código Civil Brasileiro de 2.002. 2016. 47f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

## RESUMO

O respectivo trabalho visa tratar da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão a Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor no ano de 2016 e que trouxe significativas modificações para os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002. Em suma, as mudanças ficam por conta da capacidade jurídica da pessoa com deficiência, as quais antes da referida lei eram tratados como incapazes no que tange os atos da vida civil. Abordaremos os absolutamente incapazes, que esta no artigo 3º do Código Civil, o qual foi completamente modificado com a vigência da lei supra, permanecendo apenas os menores de dezesseis anos, e também falaremos dos que são relativamente incapazes, no artigo 4º do Código Civil, os quais sejam: maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (este pertencia aos absolutamente incapazes e foi modificado pelo estatuto dos deficientes) e os pródigos.

Pode-se perceber que a Lei de Inclusão Brasileira da Pessoa com Deficiência veio trazer civilidade aos portadores de deficiência, não mais os menosprezando e os tornando incapazes apenas porque possuem mera deficiência.

Abordaremos a questão da interdição e curatela e a um novo conceito, a chamada tomada de decisão apoiada. A curatela deixa de ser regra, passando a ser medida protetiva extraordinária, juntamente com a tomada de decisão apoiada aos portadores de deficiência.

**Palavras Chave:** Deficiência; Capacidade Jurídica; Inclusão da Pessoa com Deficiência; Curatela; Tomada de Decisão Apoiada.

PERINETTI, Gabriela Garcia Esteves. Lei nº 13.146/2015 e sua Relação com Código Civil Brasileiro de 2.002. 2016. 47f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

## ABSTRACT

Its work aims to address the Law 13,146 / 2015 Brazilian Law Including the Persons with Disabilities (LBI), also known as Status of Persons with Disabilities, which entered into force in 2016 and which brought significant changes to Articles 3 and 4 of the civil Code of 2002. in short, the changes are due to the legal capacity of persons with disabilities, which prior to that law were treated as incapable regarding the acts of civil life. We will approach the utterly incapable, that in Article 3 of the Civil Code, which has been completely modified the rule of law above, remaining only under sixteen, and we will also talk to those who are relatively incapable, in Article 4 of the Civil Code, which are: over sixteen and under eighteen; the usual drunkards and junkies in toxic; those who, for temporary or permanent cause, can not express their will (this belonged to absolutely incapable and was modified by the status of the disabled) and the prodigals. It can be seen that the Brazilian Inclusion Act of Persons with Disabilities came to bring civility to the disabled, not the belittling and making them incapable just because they have mere deficiency. We will address the issue of interdiction and curatorship and a new concept, called the decision making supported. The trusteeship no longer rule, becoming as extraordinary protective along with decision making supported the disabled.

**Key Words:** Deficiency; Juridical capacity; Inclusion of People with Disabilities; trusteeship; Decision Making Supported.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA.....	14
1.1 Conceito de Personalidade Jurídica.....	14
1.2 Aquisição da Personalidade Jurídica.....	16
1.3 Conceito de Capacidade Jurídica.....	19
1.4 Capacidade de Direito .....	20
1.5 Capacidade de Fato.....	21
CAPÍTULO 2 – INCAPACIDADE JURÍDICA .....	24
2.1 Conceito de incapacidade jurídica.....	24
2.2 Incapacidade Absoluta no Código Civil de 2.002 .....	26
2.3 Incapacidade Absoluta com a Lei nº 13.146/2.015.....	30
2.4 Incapacidade Relativa pelo Código Civil de 2.002 .....	32
2.4 Incapacidade Relativa com a Lei nº 13.146/2.015.....	35
CAPÍTULO 3 – CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA .....	39
3.1 Instituto da Curatela para a Pessoa com Deficiência.....	39
3.2 Tomada de Decisão Apoiada.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS .....	46

## INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Concurso tratou ao longo de cada capítulo assuntos que adentram para a questão da capacidade jurídica das pessoas naturais. Toda pessoa que nasce com vida no Brasil, segundo a Teoria Natalista, adotada por maioria dos doutrinadores, já possui personalidade jurídica e também capacidade jurídica de direito, já que essas são inerentes a todas as pessoas naturais, podendo ser capazes de contrair para si direitos e também obrigações.

Mas essa capacidade jurídica se divide em capacidade de direito ou de gozo, a qual se confunde com a personalidade jurídica, já que todo indivíduo nascido com vida já as possui, e a capacidade de fato ou de exercício que acaba por limitar alguns indivíduos que por possuírem algum tipo de restrição legal, não podem exercer por conta própria seus atos na vida civil, sendo chamados então de incapazes. Essa incapacidade dividia-se em: absoluta e relativa, de acordo com a sua classificação civil, necessitando assim de ajuda de terceiros para que seus atos jurídicos sejam validados.

O Código Civil Brasileiro de 2.002, em seu artigo 3º tratava dos indivíduos absolutamente incapazes, trazendo em cada um de seus incisos o rol taxativo de quem não poderia realizar os atos da vida civil sozinhos, devendo ser representados em juízo, sob pena de nulidade do ato já praticado. Já em seu artigo 4º, trazia os relativamente incapazes, relativizando em cada dispositivo os indivíduos que deveriam ser assistidos em juízo, sob pena de ser anulável o ato praticado por eles.

Ocorre que com a vigência da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorreu significativas mudanças nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2.002. E a maior delas foi à retirada da pessoa com deficiência do rol de incapazes, não mais usando da deficiência da pessoa como uma característica incapacitante e assim, devolvendo a essas pessoas a dignidade que lhe foi retirada com a construção de uma sociedade discriminante no que tange as características físicas de cada indivíduo.

A partir da vigência da lei supra, trataremos a pessoa com deficiência como sendo uma pessoa igual às demais, no que concerne seu intelecto e disfunção física, já que pelo Princípio da Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana, elas não mais são incapazes, a não ser “aquelas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir suas vontades”, de acordo com o artigo 4º, III, do Código Civil de 2002 modificada pela lei 13.146/2015, que ainda deverão ser interditados e assim assistidos por uma terceira pessoa para realizar os atos

da vida civil, ademais, a pessoa com deficiência deverá ser tratada como uma pessoa normal, com opinião a ser ouvida e levada a sério no que tange seus atos na vida civil, juntamente com seu curador, que não mais decidirá por ele, e sim junto a ele, de acordo com a tomada de decisão apoiada.

O novo instituto da curatela trará apoio à pessoa com deficiência, já que agora, ele terá o direito de escolher por conta própria o que lhe convém. A curatela não mais é a regra agora, e sim, um ato extraordinário a ser decidido, já que este curador só será indicado, dependendo do grau de deficiência da pessoa, para proteger o indivíduo de forma extraordinária.

Ademais, a pessoa com deficiência poderá indicar quem será seu curador, e o juiz avaliará se a pessoa indicada não possui “segundas intenções” ou até mesmo, se não é um exemplo ruim para a pessoa com deficiência.

Este auxílio chama-se: Tomada de Decisão Apoiada, onde a pessoa com deficiência terá a ajuda das pessoas de sua confiança, indicadas por eles para ser seus curados, podendo ser pelo menos duas pessoas, e que prestarão o auxílio necessário para que ele tome as decisões da vida civil, afetando tão somente os atos de natureza patrimonial e negocial.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estes passam a ter capacidade jurídica para cuidar do próprio corpo, da sua sexualidade, do seu matrimônio, da sua privacidade, da sua educação e saúde, do seu trabalho e também do seu voto. Fica evidente que a pessoa com deficiência passa a ter grande autonomia para dirigir sua própria vida e grande parte da sua vontade pessoal, sem que um terceiro, de palpites e se intrometa nas suas decisões, trazendo a tona uma classe de indivíduos que até então era discriminados e sufocados em uma sociedade que se diz evoluída e sem preconceitos.

Adentraremos em cada capítulo, a matéria introduzida e de forma mais profunda, mostraremos cada tópico referido a fim de esclarecer a finalidade dessa pesquisa.

## **CAPÍTULO 1 – PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA**

### **1.1 Conceito de Personalidade Jurídica**

No envolto do Código Civil Brasileiro, no Livro I da Parte Geral, destrincharemos a personalidade jurídica das pessoas naturais e não jurídicas, haja vista que sua determinação legal é o ponto de partida para qualquer parte do direito privado, o qual regula as relações pessoais.

Para adentrarmos no assunto, precisamos primeiramente tratar de personalidade jurídica, e para tanto, falaremos da pessoa que receberá este adjetivo, a pessoa natural, que nada mais é que a pessoa física nas relações civis. Assim, restringiremos o estudo e trataremos apenas e tão somente das pessoas naturais, com sua personalidade jurídica e as formas de capacidades jurídicas que estão ligadas a ela, como a capacidade de direito ou de gozo e o seu outro tipo, a capacidade de fato ou de exercício, que é somada ao longo da vida ou até mesmo retirada da pessoa física, dependendo do caso, e posteriormente, exemplificando cada direito inerente à pessoa natural.

De acordo com a doutrinadora e professora Maria Helena Diniz, pessoa é: “Ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações”. (DINIZ, 2011, p. 129)

Já o sujeito de direito:

[...] é o sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial. (DINIZ, 2011, p. 129).

Dessa forma nota-se que uma pessoa natural nada mais é que: a forma física das suas qualidades conglomeradas e externadas, podendo contrair para si direitos e realizar obrigações no campo civil.

Em breve análise sobre o estudo dos doutrinadores Faria; Rosenvald (2011) ninguém pode ou um dia poderá retirar do homem sua principal característica, que é de ser pessoa, este atributo está cravado em seu ser desde sua concepção, tornando-o parte nas relações civis e não podendo jamais, ser tratado como um objeto na relação direito.

De acordo com o entendimento dos mestres Farias; Rosenvald quando relatam sobre as pessoas naturais: (2011, p. 278): “é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações

jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica”.

Um ser humano tem seus valores ligados em seu ser, na sua alma, como uma estrutura biológica dotada de qualidades e atribuições éticas e morais, princípios e valores, que são capazes de distingui-los de todos os outros seres vivos do planeta, como sendo único ser vivo racional.

Segundo Beviláqua (1999, p.81 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.124):

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e psicológico não se confunde. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

A pessoa tem personalidade jurídica ligada a sua personalidade psíquica, com conceitos distintos, já que para o campo jurídico, o homem é capaz de contrair para si direitos e obrigações a partir da sua existência, e no campo psíquico, o homem é a projeção de suas qualidades internas e suas vivências externas.

Dessa forma, a personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 124).

A palavra genérica, usada como adjetivo nos dá a noção de ser geral, destarte que todos os indivíduos vivos possuem personalidade jurídica.

A personalidade se reduz a identidade pessoal, a características particulares de cada sujeito, como elementos identificadores da pessoa, capazes, portanto, de individualizá-lo no meio de uma multidão, já que sua ideologia de vida os difere dos demais, entre certo ou errado, sim ou não, como suas preferências, como suas escolhas, isso é ter identidade.

Contudo, dispõe Farias; Rosenvald (2011, p. 279): “a personalidade tem uma medida para a prática de atos determinados, que é a capacidade”.

Ao mesmo tempo em que adquirimos nossa personalidade jurídica quando nos tornamos pessoa, com a vida, ao nascermos, essa personalidade jurídica deixa de existir quando nós deixamos de sermos pessoa com vida, logo, se extingue com a morte.

Com base nisso, é evidente que mesmo que todos os indivíduos tenham personalidade jurídica para ser titular de deveres e obrigações, essa personalidade se finda para a prática, se o mesmo não possuir capacidade devida para realizar pessoalmente os atos da vida civil ou se este indivíduo vier a falecer, e isso será abordado nos capítulos que seguirão a frente a fim de explicar com clareza como um indivíduo poderá ser plenamente civil em uma sociedade.

## 1.2 Aquisição de Personalidade Jurídica

Falar sobre personalidade é um ato simples, porque basta que o indivíduo nasça com vida que este já possui personalidade jurídica para ser titular de deveres e obrigações no campo civil (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Mas um indivíduo já possui personalidade assim que é concebido. No Brasil, o direito civil resguarda os direitos do nascituro, colocando a salvo, desde sua concepção, de acordo com artigo 2º do Código Civil. Mas no Brasil, a maioria dos doutrinadores adota a Teoria Natalista, a qual é preciso nascer com vida para só então possuir a personalidade jurídica.

Veja-se que é necessário “nascer com vida” e assim devemos ser taxativos. O diagnóstico que afirma à vida é conhecido como Docimasia Hidrostática de Galeno, este exame detecta a presença de moléculas de oxigênio no pulmão, podendo ser afirmado que essa pessoa respirou, e assim nasceu com vida, e partir desse momento o indivíduo já possui personalidade jurídica (GONÇALVES, 2006).

Para Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 125):

[...] no instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de Docimasia Hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois.

Logo, basta que o recém-nascido tenha respirado e em seguida ter vindo a óbito, não importando o tempo exato de vida, que será tido como indivíduo que nasceu com vida e, portanto, sujeito de direitos e obrigações, porque para medicina, basta que os pulmões se



colabem (se desgrudarem quando for realizada a primeira respiração da vida), que já significa que o recém-nascido aspirou oxigênio e expirou gás carbônico, e assim, teve vida.

Segundo Semião (1998, p. 111 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 125) sobre a Docimasia Hidrostática de Galeno:

Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com paredes alveolares coladas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo. Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis, como a Docimasia Pulmonar Histológico (verificação dos alvéolos pulmonares, pois, se houver respiração, apresentarão dilatação uniforme e, caso contrário, as paredes alveolares estarão coladas), Docimasia Óptica de Icard (exame microscópico de fragmento do pulmão, esmagado em uma lâmina, quando, ao observar pequenas bolhas de ar na película esmagada, deduz-se a respiração), Docimasia Química de Icard (passagem rápida de fragmento do pulmão em álcool absoluto, a seguir mergulhado em solução alcoólica de potássio cáustica a 30%, que dissolve o estroma pulmonar, liberando bolhas de ar, no pulmão que respirou), Docimasia Radiográfica de Bordas (exame radiográfico dos pulmões, que se mostrarão opacos – se não respirarem – ou transparentes – se receberem oxigênio), Docimasia Epimicroscópica Pneumoarquitetônica (exame da superfície externa dos pulmões) e as Docimias respiratórias indiretas (verificação de outros órgãos, como estômago, intestino, fígado, e ouvidos – Trompas de Eustáquio – conjuntamente com pulmões, para tentar constatar se houver ar circulado no corpo do nascituro).

É evidente, portanto, que a medicina possui vários métodos diferentes para constatar vida em um recém-nascido que respirou e faleceu em seguida, auxiliando o campo jurídico para que seja constatado de forma definitiva seus direitos civis.

Em suma, o artigo 2º do Código Civil de 2002 aduz: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a sua concepção, os direitos do nascituro”.

Nesse tocante, a Teoria Natalista, na qual a maior parte da doutrina se baseia, só admite que a personalidade se faça com o nascimento com vida, e se assim acontecer, o recém-nascido tem seus direitos retroagidos até sua concepção, porque é a partir daí que ele já possui direitos. (GONÇALVES, 2006).

Para os doutrinadores Farias; Rosenvald (2011, p. 280): “nascido é o feto separado do corpo da mãe”.

Conclui ainda que:

É possível arrematar que o início da personalidade da pessoa natural decorre do seu nascimento (com vida), independentemente do atendimento de providências burocráticas, como o do registro do nascimento em cartório. Bem por isso, o registro de nascimento tem, portanto, cunho meramente administrativo, tão somente declarando o nascimento, já que ensejou a aquisição da personalidade. Equivale a dizer: personalidade jurídica é adquirida através de nascimento com vida, conferindo-se ao regular registro civil de nascimento, no Cartório de registro Civil de Pessoas Naturais, caráter meramente administrativo, de natureza declarativa e não constitutiva (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 281).

Vale lembrar que o nascituro de acordo com a Teoria Natalista, possui expectativas de direitos e não direitos propriamente ditos, haja vista que para isso, ele necessitará nascer com vida, caso contrário ficam restritas as meras expectativas depositadas em seu nascimento. Mas como tratamos de teorias, no Brasil temos algumas que divergem entre si no que objetivam resguardar os direitos do próprio nascituro antes mesmo dele nascer com vida, protegendo seus interesses para que ao nascer com vida já estejam protegidos, nesse pensamento é que trata a teoria concepcionista (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Veja-se prevê relato acerca a divergência teórica que possuímos no que tange essa matéria, quais sejam:

Natalista, segundo a qual a personalidade civil somente se inicia com nascimento com vida, inexistindo direitos para o nascituro antes do seu nascimento;

Da personalidade condicional, afirmando que desde a concepção o nascituro já possui direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais - decorrentes de herança, legado ou doação - condicionado ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta esta teoria que a própria personalidade jurídica esta condicionada, apesar dos direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção;

Concepcionista, por meio da qual se afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e, em razão disso, já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais ficarem condicionados ao nascimento com vida. Ou seja, para os teóricos concepcionistas, se o nascituro já tem direitos da personalidade é porque já dispõe da própria personalidade jurídica, mesmo que os direitos patrimoniais estejam condicionados; (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 284).

Se a discussão é em torno do direito de personalidade do nascituro ou até mesmo da pessoa que precisa nascer com vida para que assim o tenha, sempre *será in dubio pro vita*. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

### 1.3 Conceito de Capacidade Jurídica

Igualmente, quando um indivíduo nasce com vida, este já possui personalidade jurídica, mas o que seria um ser humano com personalidade jurídica se este não tivesse a capacidade jurídica para poder promover os atos da vida civil que tem direito os quais tem seu direito projetado?

Em suma, de acordo com leitura dos mestres Gagliano; Pamplona Filho (2011) qualquer pessoa que tem personalidade jurídica, leia-se, nasceu com vida, tem inerente a sua pessoa física a personalidade jurídica, e dessa forma, também possui a capacidade jurídica para pegar para si seus direitos e realizar suas obrigações.

De acordo com artigo 1º do Código Civil de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

No campo civil, o artigo 1º trata da capacidade de direito que todo indivíduo possui.

De acordo com a doutrina Novo Curso de Direito Civil, parte geral, o doutrinador De Mello aduz sobre a capacidade jurídica das pessoas como sendo: (set. 2000, p. 17 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 133): “[...] aptidão que o ordenamento jurídico atribui as pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica”.

Acerca da matéria tratada, se personalidade jurídica é a união de todas as qualidades que um indivíduo possui e assim é capaz de externa-lo para que seja diferenciado em uma sociedade, passando a possuir direitos e deveres, a capacidade jurídica também pode ser entendida como tal, já que um indivíduo já que no mundo civil não se pode exercer um direito se não for capaz.

Nessa mesma linha de raciocínio Gomes (p. 172 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2011, p. 133) traz:

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. E mais adiante: a capacidade de fato condiciona a capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Vemos, portanto, que, para ser um indivíduo ser capaz juridicamente, de ter direitos, assumir para si obrigações e realizar deveres, faz-se necessário nascer com vida, de acordo

com a teoria Natalista adotada pela maioria dos doutrinadores, e só assim, ao nascer com vida, terá personalidade e capacidade jurídica, já que ambas caminham lado a lado. Mas, ocorre que essa capacidade é que vai diferir o homem de poder estar em juízo ou não, porque existe a capacidade de direito ou de gozo, capacidade de fato ou de exercício e a capacidade plena, que é a junção das duas capacidades anteriormente citadas e que tornam um indivíduo plenamente capaz de realizar qualquer ato da vida civil.

Essa capacidade jurídica por se subdividir em capacidade de direito ou gozo e a capacidade de fato ou de exercício, será objeto de estudo para o respectivo trabalho, já que dessa capacidade de fato ou de exercício é que surge a Teoria das Incapacidades, e que pé matéria do nosso próximo capítulo.

E para aqueles indivíduos dotados de plena capacidade, não há que se falar em restrições no âmbito civil, estes, podem realizar e contrair todo tipo de direito que existe no nosso ordenamento civil, porque são capazes tanto no direito quanto no fato.

## **1.4 Capacidade de Direito ou de Gozo**

Capacidade de direito ou de gozo nada mais é que a vocação para contrair direitos e obrigações, porque todas as pessoas que possuem personalidade jurídica ao nascer com vida, pela Teoria Natalista passam a possuir automaticamente a capacidade de direito. (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Segundo Simão (2008, p. 18): “a capacidade de direito ou de gozo é exatamente a aptidão, decorrente de personalidade, que toda pessoa tem de ser titular de direitos e deveres”.

Assim que o indivíduo nasce com vida, este passa a possuir personalidade jurídica e ao mesmo tempo, capacidade jurídica de direitos ou de gozo, que sinonimamente é a capacidade de contrair direitos, deveres e ter obrigações no mundo civil.

Aduz os doutrinadores sobre a capacidade de direito ou de gozo, Farias; Rosenthal (2011, p. 296):

Na verdade, a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois, com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direitos. Toda pessoa natural a tem, pela simples condição de pessoa. É por isso que capacidade de direito é fundamental, “porque contém potencialmente todos os direitos de que o homem pode ser sujeito” (art. 69 do Código Civil português).

Para o preceptor Carvalho (p.21 apud FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 296): “a capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou seu estado da vida civil”.

A capacidade de direito ou de gozo independe do desenvolvimento mental, social, biológico de cada indivíduo, haja vista que seu único requisito é o nascimento com vida, visto que pela analogia com a personalidade jurídica, que está cravado ao que o indivíduo é para a sociedade, a capacidade jurídica também pode ser vista dessa forma, sem a capacidade jurídica, o tratamento não seria de pessoa natural e sim de objeto.

Assim, a doutrina é clara: “Retirar da pessoa sua capacidade de direito significaria conduzi-lá ao estado de objeto da relação jurídica e, portanto, cometer-se-ia grave afronta à dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento da República” (SIMÃO, 2008, p. 20).

Se de um lado temos a capacidade jurídica como um direito, sendo necessária para tratar o indivíduo como uma pessoa natural no campo jurídico e civil, de outro temos a capacidade de fato ou de exercício é a capacidade que os indivíduos possuem para que possam desenvolver os direitos que são inerentes ao seu ser, na vida civil, e que, de acordo com alguns fatores, como os biológicos (maioridade ou menoridade) ou os extrínsecos (doença que o incapacite por completo), poderão limitar sua participação nessa relação civil, incapacitando a pessoa natural, e que de fato será o maior objeto de estudo do nosso trabalho, porque da ausência de capacidade de fato ou de exercício é que surgirá a Teoria das Incapacidades, e dessa incapacidade e dos devidos sujeitos que eram enquadrados nesse rol taxativo é que surgiu a Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência e que mudou significativamente os artigos que trata da incapacidade, tanto absoluta quanto a relativa, que será tratada no próximo capítulo.

## **1.5 Capacidade de Fato ou de Exercício**

A capacidade de exercício ou de fato é completamente oposta à capacidade de direito. Aqui, o indivíduo tem que ter a capacidade para exercer uma ação que assim lhe foi atribuída com a capacidade de direito, e o Código Civil restringe com diversos fatores esse direito, com o intuito legal de protegê-los de suas próprias ações devido a um fato gerador que possa prejudicar, por exemplo, seu patrimônio, podendo ser: a saúde; a maioridade ou

menoridade civil; e para o Código Civil de 2002, o grau de desenvolvimento mental. Mas com a vigência da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, tivemos a revogação dos termos utilizados como deficiência mental e desenvolvimento mental incompleto, colocando como sendo apta a pessoa com deficiência e que seu tipo de deficiência não geraria apenas por existir o termo, uma incapacidade, devendo para tal constatação existir uma avaliação clínica multidisciplinar que seja apta a incapacita-lo pela deficiência que possui.

Segundo os educadores sobre a capacidade de fato ou de exercício, Farias; Rosenvald (2011, p. 296): “[...] pertine a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Admite, por conseguinte, variação e gradação”.

Essa variação e gradação variavam pelo nível de desenvolvimento mental que cada indivíduo possuía ao ser enquadrado como capaz de fato.

De acordo com Gonçalves (2006) essa capacidade é determinante para que o indivíduo atue sozinho realizando os atos da vida civil sem que seja interdito ou até assistido por parentes ou terceiros, porque na ausência de capacidade de fato ou de exercício, o indivíduo é relativamente ou absolutamente incapaz.

No mesmo enfoque, para o doutrinador Gonçalves (2006, p. 72) aduz:

Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc., a lei, com o intuito de protegê-los, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as represente ou assista.

Para mais, aos que possuem capacidade de direito ou de gozo e de fato ou de exercício, possuem a chamada capacidade plena, e estes sim, são liberados para exercer integralmente seus direitos e obrigações na vida civil sem qualquer restrição, impossibilidade biológica ou extrínseca tida como incapacitante.

Ademais, o catedrático Carvalho relata seu entendimento sobre a capacidade de fato ou de exercício (p.21 apud FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 296) traz: “a capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade e do estado de saúde”.

Em suma, o doutrinador Coelho (2003, p.158) aduz sobre a temática:

A vontade de uma pessoa capaz exterioriza-se validamente, portanto, pelos atos e declarações dela própria. Não se exige, para a válida formação da

vontade da pessoa física com capacidade, a declaração de outra pessoa. A capacidade confere a pessoa a mais ampla plena desenvoltura para dirigir seus interesses. Ela pode diretamente comprar, vender, contrair dívidas, dar quitação, renunciar direitos disponíveis, testar, etc.; basta-se a si mesma, para todos os efeitos jurídicos. Essa desenvoltura, porém, vem acompanhada de grave contrapartida: ela é responsável pelas consequências de seus atos.

Dessa forma, aos indivíduos que possuem apenas a capacidade de direito, e que contraem direitos e obrigações não podem sem a capacidade de fato ou de exercício colocar em prática suas vontades. Ficam limitados a exercer os atos da vida civil sem o auxílio de terceiros e que ficam de certa forma, responsáveis por suas vontades.

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 166) a capacidade de fato ou de exercício é aduzida como:

Tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como o tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito os denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, inteligência e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Dessa forma, se estiver ausente requisitos como maioridade ou menoridade e saúde, estará ausente a capacidade de fato ou de exercício, e, portanto, este indivíduo será enquadrado no campo jurídico como sendo incapaz de realizar por si só, os atos da vida civil, necessitando de auxílio de terceiros para que possa externar suas vontades, essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa dependendo do nível e graduação que cada um possui.

Ademais, “a incapacidade é uma situação excepcional prevista expressamente em lei com o objetivo de proteger determinadas pessoas” (COELHO, 2003, p. 159).

No âmbito jurídico atual, a vigência da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe verdadeiras modificações para relativizar os incapazes, transformando de modo significativo o Código Civil de 2002, como será estudado no capítulo a seguir.

## **CAPÍTULO 2 – INCAPACIDADE JURÍDICA**

### **2.1 - Conceito de Incapacidade Jurídica**

Como visto com capítulo anterior, aquelas pessoas que possuem capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício são plenamente capazes no mundo civil, mas aqueles indivíduos que apenas possuem a capacidade de direito ou de gozo e não possuem a capacidade de fato ou de exercício, são chamados de incapazes.

Pelo Código Civil de 2002, de acordo com a Teoria da Incapacidade, temos como requisitos para ter essa capacidade de fato ou de exercício a: idade, saúde e desenvolvimento mental. Ocorre que na ausência de qualquer requisito acima o indivíduo se torna limitado juridicamente, não sendo permitido o exercício individual de seus direitos, exigindo a lei, que sejam assistidos ou representados em juízo, sob pena de nulidade ou anulabilidade. (GONÇALVES, 2006).

Resumindo, para o doutrinador Gonçalves (2006, p. 84) a incapacidade é:

Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis aos exercícios dos seus direitos.

Nota-se que a incapacidade só existe para aquele indivíduo que não possui qualquer dos requisitos legais imposto pela lei, sendo, portanto uma exceção no que tange a capacidade jurídica, já que essa é a regra, uma vez que a maioria da população é plenamente capaz no âmbito civil (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Para o doutrinador Rodrigues (p.41 apud FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 297) aduz sobre incapacidade: “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensável para que ele exerça os seus direito”.

Dessa forma, é imprescindível que para o individuo não ser incapaz, é necessário que ele tenha requisitos como maioridade ou minoridade legal, saúde e até discernimento mental/intelectual, de acordo com o Código Civil de 2002.

Além do mais, para docente Maria Helena Diniz (2011, p. 170) sobre incapacidade:

O instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável, graduando a forma de proteção que para os absolutamente incapazes (CC, art, 3º) assume feição de representação, uma



vez que estão completamente privados de agir juridicamente, e para os relativamente incapazes (CC, art. 4º) o aspecto de assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, desde que com autorização.

Dessa forma, a incapacidade pode ser enquadrada de acordo com o nível intelectual das pessoas que não possuem a capacidade de fato ou de exercício.

As pessoas são, por princípio, capazes e podem, assim, praticar atos e negócios jurídicos por si mesmas.

A incapacidade é uma situação excepcional prevista expressamente em lei com o objetivo de proteger determinadas pessoas.

Os incapazes são considerados, pela lei, não inteiramente preparados para dispor e administrar seus bens e interesses sem mediação de outra pessoa (representante ou assistente) (COELHO, 2003, p. 159).

A lei põe a salvo quem será tido como incapaz, caso contrário, esse indivíduo será plenamente capaz de realizar seus atos da vida civil.

Vejam os que tratamos de incapacidade jurídica e não de ilegitimidade jurídica. Para Coelho (2003, p. 161) a respeito de legitimidade: “em certos casos, para proteger adequadamente o interesse de terceiros, a lei apenas legitima a prática de negócios jurídicos por uma pessoa se a outra concordar. A pessoa pode ser capaz e não ter legitimidade para certo ato sem o concurso da vontade de outrem”.

Logo, entende-se que se a pessoa não é legítima para realizar um ato, esse ato não será válido, exemplos como: o tutor não poderá adquirir bens do tutelado; indigno de receber herança (CC, art. 1.814); alienar imóveis sem outorga do cônjuge, se casados, sem ser em regime de separação absoluta de bens (CC, art. 1.647, I).

Outra diferenciação é a vulnerabilidade de incapacidade, ser vulnerável é:

[...] Tanto o capaz como o incapaz podem, em determinadas relações jurídicas, encontrar-se em situação de desigualdade diante de outra pessoa economicamente mais forte. Nos casos em que a vulnerabilidade é reconhecida pela lei, eles titularizarão direitos subtraídos do economicamente mais forte, com vistas a compensar juridicamente a desigualdade econômica. (COELHO, 2003, p. 1162).

Neste exemplo citado pelo doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, temos que não importa a parte, se ela for economicamente mais “pobre”, será tida como vulnerável, ou até então, desfavorável em relação a outra parte, como é o caso do consumidor, nas relações de consumo no nosso Código Civil Consumerista.

Mas recapitulando o fato da pessoa ser incapaz, ocorre que a Lei nº 13.146/2015, a chamada Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com Deficiência (LBI) trouxe significativa

mudança aos artigos do Código Civil que estão discriminando quem são os incapazes, mais especificamente os artigos 3º e 4º. Essas mudanças trarão significativos impactos na vida civil da sociedade, uma vez que trarão ao mundo jurídico a vontade da pessoa com deficiência, haja vista que agora, as pessoas com deficiência passam de tutelados e vigiados, para o nível de autônomos no que tange seus próprios direitos. Apesar de a lei ser recente, aprovada em 06 de julho de 2015, passando a vigorar em janeiro de 2016, com o objetivo de incluir a pessoa com deficiência em todos os ramos da sociedade, essa tentativa de inclusão vêm de muitos anos, trazendo para muitos, uma verdadeira vitória, que sofre diariamente com a desvalorização e discriminação social devido as suas diferenças biológicas, sendo hoje, titulares de seus próprios interesses no direito civil, sendo este o objeto de estudo deste referido trabalho.

### **2.1.1 A Incapacidade Absoluta no Código Civil de 2002**

Como visto anteriormente, aqueles indivíduos que não possuem a capacidade de fato ou de exercício são considerados incapazes para o Código Civil de 2002, essa incapacidade varia de acordo com a autonomia de agir que esse indivíduo possui.

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu artigo 3º que trata apenas da incapacidade absoluta, haja vista que para as relações jurídicas, esse indivíduo não nenhuma capacidade de agir, de interagir, de expor suas vontades, pelo simples fato de lhes faltar maturidade de opinião.

Em suma, para o mestre Simão (2008, p.21) temos que os absolutamente incapazes são:

Tratando-se de incapacidade absoluta, entende o ordenamento que o sujeito não tem qualquer discernimento, por isso sua vontade é desprezada. Como a vontade do absolutamente incapaz é irrelevante, a lei determina que ele seja representado, ou seja, efetivamente substituído pelo representante.

O absolutamente incapaz é o indivíduo sem discernimento reconhecido por lei, e assim, sua vontade é ignorada pela mesma, sendo então imputado a ele um representante legal para que só assim, lhe seja dada oportunidade de negociar civilmente.

Dessa forma, ser incapaz é o mesmo que não poder praticar qualquer ato de forma individual na vida civil. Para que o ato seja válido é necessário que uma pessoa represente

este individuo absolutamente incapaz, sob pena de nulidade do negocio jurídico, uma vez que tal matéria é de ordem pública (GONÇALVES, 2006).

Além do mais, essa incapacidade não é só negocial ou patrimonial, o incapaz pode ser responsável pelos danos que causar a outrem, de acordo com o artigo 928, do Código Civil de 2002: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”, mas isso não será objeto da nossa pesquisa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

De acordo com o artigo 166, I do Código Civil de 2002: “É nulo o negocio jurídico quando: I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz”.

Para o Código Civil de 2002, são considerados absolutamente incapazes:

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.

Esses são os requisitos impostos pela lei que tornam uma pessoa incapaz de realizar os atos da vida civil de forma autônoma, necessitando assim de um representante legal para validar os atos jurídicos, caso contrário, será nulo de pleno direito.

Verificaremos cada inciso do artigo 3º do Código Civil de 2.002, apontando cada peculiaridade e assim, seguiremos a fim de constatar as revogações ocorridas com a vigência da Lei 13.146/2015.

#### *I- Os Menores de Dezesseis Anos*

Essa idade de dezesseis anos vem lá do Código Civil de 1.916 e já era utilizada para ambos os sexos, e continuou sendo mantida pelo Código Civil de 2.002, considerando que uma pessoa até essa idade (relativamente pouca idade) não tem maturidade suficiente para realizar por conta própria os atos da vida civil, haja vista que não possui conhecimento de vida e nem experiência suficiente para detectar o que seria relativamente bom para sua vida particular. (GONÇALVES, 2006).

A pouca idade não faz distinção de sexo, atinge homens e mulheres que são classificados como menores impúberes, para o mestre Fábio Ulhoa Coelho (2003) essa pouca idade não traz um bom desenvolvimento intelectual e mental capaz de fazer com que essas

peessoas distingam certo do errado, bom ou mau, podendo ser que este fato traga prejuízos para eles próprios caso uma decisão seja tomada no âmbito civil, sendo assim, a lei põe a salvo seus interesses a fim de resguardar seu patrimônio até que este indivíduo atinja a idade civil, que hoje é de dezoito anos de idade.

Para Simão (2008, p. 22) “[...] antes dos 16 anos, o menor não tem experiência ou conhecimento suficiente para distinguir o que é bom do que é ruim para si, sendo sua vontade irrelevante na pratica dos atos da vida civil”.

Portanto, para a lei, os menores impúberes assim considerados, podem ser logrados com certa facilidade, e com a finalidade de impedir tal prejuízo a lei os protege tornando absolutamente incapazes.

Além do mais, devemos levar em conta que os menores impúberes, que são os adolescentes até os dezesseis anos de idade, e as crianças, com até onze anos de idade, são para os atos jurídicos impedidos de forma absoluta. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

A título de curiosidade, quando estendemos o estudo sobre a matéria, no direito comparado temos que na Argentina (art. 127) temos a distinção dos menores impúberes dos púberes, com total abstenção dos atos até os 14 anos; já na Alemanha, no seu artigo 104, são absolutamente incapazes os que ainda não possuem sete anos, e acima disso, precisam de auxílio, até completar seus 18 anos. (DINIZ, 2011).

Portanto, o negócio jurídico para os menores impúberes deverão ser realizados por seus representantes legais, caso contrário, são considerados nulos de pleno direito, haja vista que no mundo civil, não importa o que esses indivíduos pensem, vale apenas o que seus representantes querem e realizam com o intuito de protegê-los. (COELHO, 2003).

*II- Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.*

Para que uma pessoa fosse encaixada neste inciso, sua doença deveria ser permanente e duradoura, não sendo possível sua melhora em hipótese alguma. De acordo com o docente Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 87) “[...] compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas”.

Neste caso, existe uma privação de discernimento, dessa forma essas pessoas também não podem tratar de seus interesses civis de forma individual, necessitando de

representação, sob pena de nulidade dos atos praticados. Aqui, podemos ter um rol extenso o qual se refere a enfermidades tratadas de forma genérica por este inciso como: oligofrênia (deficiência do desenvolvimento mental, congênita ou adquirida em idade precoce, que abrange toda personalidade, comprometendo, sobretudo o comportamento intelectual), esquizofrênica (doença crônica mental e sem cura que causa desde alucinações, delírios e até alterações de pensamento). O Código Civil de 1916 os reportavam como “louco de todo gênero”.

Para Simão (2008) estes indivíduos são classificados como os alienados ou amentais, já que a doença que os acomete pode acarretar a perda do discernimento e isso é o que os torna incapaz e não a doença por si, porque a doença se controlada, não trará prejuízo algum para suas faculdades mentais.

No que concerne as doenças que se enquadram neste inciso podemos citar diversas como:

- a- [...] portadores de enfermidades físico-psíquicas que impedem o discernimento como: demência ou fraqueza mental senil (RJ 190:98); demência afásica; degeneração; psicastênia; psicose tóxica; psicose autotóxica (depressão, uremia etc.); psicose infectuosa (delírios pós-infeccioso etc.); paranoia; demência arteriosclerótica; demência sifilítica; mal de Parkinson senil, apresentando tumores, sensíveis sinais de depressão evolutiva, rigidez muscular, instabilidade emocional e demência progressiva;
- b- Deficiência mental ou anomalia psíquica, incluindo alienados mentais, psicopatas mentecaptos, maníacos, imbecis, dementes e loucos furioso, ou não. O termo *loucos* abrange toda espécie de desequilíbrio mental, ainda que seja interrompido por intervalos de lucidez, e desde que haja um processo de interdição. (DINIZ, 2011, p. 172).

Verifica-se então que existem diversas patologias que acometem o ser humano e que para o Código Civil de 2.002, antes da vigência da Lei 13.146/2015, os incapacitavam de forma absoluta, tornando impedidos de tomar sua própria decisão.

Simão (2008, p. 24/25) cita algumas doenças que possuem quadro irreversível de cura, tornando-os incapazes para sempre como: “Doença de Alzheimer, Demência Vasculare, Doença de Huntington, Doença de Parkinson, Esclerose Múltipla, Trauma Cerebral, Infecção no Sistema Nervoso Central, Retardamento Mental, Autismo ”

Ocorre que, nem todas as enfermidades citadas anteriormente são para o campo médico irreversível, e aí vem à questão, como declarar uma pessoa absolutamente incapaz se sua doença tem cura ou pode ser reversível?

Talvez a resposta para essa questão este estruturada nos capítulos que seguirão.

Ademais, para o Código Civil de 2.002 a única coisa que importava era o grau de discernimento o qual a pessoa se encontrava, para que só assim fosse enquadrada como um

indivíduo absolutamente incapaz, sem uma doença permanente e que se prolongasse no tempo.

*III- Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;*

Neste inciso teremos aqueles que por alguma enfermidade ou deficiência mental não podem exprimir suas vontades, mas não de forma definitiva e sim transitória, que por algum motivo os impede por tempo indeterminado de demonstrar suas vontades. É o caso de uma pessoa internada em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI), sendo absolutamente impedida de externar qualquer tipo de desejo ou vontade a ser realizada naquele momento (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Para o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 175) “A pessoa que, em razão de acidente, entra em coma fica, ainda que transitoriamente, impedida de exprimir sua vontade”. Ela é, por isso, absolutamente incapaz, uma vez que por um tempo determinado, não é capaz de tomar suas decisões de forma isolada e sem auxílio de uma terceira pessoa.

Neste caso, quando a pessoa obter a devida melhora, sua incapacidade pode cessar ou se transforma de forma relativa.

Ou por ventura, poderá ser também uma doença que o incapacite a ponto dele não poder manifestar suas vontades, como é o caso de Arteriosclerose ou a Paralisia (GONÇALVES, 2006).

Portanto, essa transitoriedade pode se estender com o tempo ou cessar de forma definitiva.

### **2.1.2 A Incapacidade Absoluta com a vigência da Lei nº 13.146/2015.**

O Código Civil de 2002 era taxativo quanto ao rol de pessoas absolutamente incapazes em seu artigo 3º, sendo os menores de dezesseis anos; os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de seus atos; e os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Entretanto, em Julho de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que de acordo com o artigo 1º aduz:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto 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 a sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com seu procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, no Plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data do início de sua vigência no plano interno.

Essa Lei de Inclusão veio com o único intuito de resguardar e assegurar daqui pra frente que a pessoa com deficiência venha a ser tida no meio social e civil como uma pessoa capaz de realizar seus próprios atos de forma individual.

Ocorre que, uma pessoa com deficiência tem variados impedimentos, podendo ser mental, físico e sensorial, capaz de limitá-la em sociedade, devido as diversas barreiras que possuímos. Mas nesse sentido:

[...] a doutrina civilista aponta para o conceito de capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, configurando-se aquela como a aptidão de direitos e deveres na ordem civil e esta a qualidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Os artigos 3º e 4º do Código Civil, ao tratarem das hipóteses de incapacidade civil, traduzem como cerne principal a existência de discernimento por parte da pessoa, uma vez que prevê como legalmente incapazes as pessoas com ausência de discernimento ou discernimento reduzido para a prática dos atos da vida civil (ANDRADE; LELIS; LELIS. 2016, p. 6)

Assim, o Código Civil 2002 sofreu forte mudança em seu artigo 3º, passando a ter em sua *caput* de absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, uma vez que sua maturidade ainda não está devidamente formada e não possuem discernimento da cuidar de seus próprios bens.

Com o advento da Lei supra, este artigo 3º do Código Civil revogou parte de seus incisos exemplificados no capítulo anterior, os quais mencionavam: *os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de seus atos*; vejamos que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criada a tentativa de assegurar os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, conceito atrelado ao processo de adaptação social por que passa a sociedade, sendo reflexo direto de um novo momento histórico, e para aqueles que, *mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade*, com a Lei de Inclusão passaram de absolutamente incapazes para relativamente incapazes. (ANDRADE; LELIS; LELIS, 2016, p. 7).

Já o artigo 2º da mencionada Lei aduz:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com o advento da Lei 13.146/2015, o artigo 3º do Código Civil de 2002 vem com cara nova, como assim mostraremos:

“Art. 3º São Absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

É certo que a pessoa com deficiência deixou de ser absolutamente incapaz e passou a ter oportunidade de gerir sua vida como toda e qualquer pessoa, reconhecendo as diferenças e não mais reproduzindo a desigualdade (ANDRADE; LELIS; LELIS, 2016).

### **2.1.3 A Incapacidade Relativa com o Código Civil de 2002**

De acordo com Código Civil de 2002, em seu artigo 4º temos, antes da vigência da Lei 13.146/2015, teremos os relativamente incapazes:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou a 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 discernimento reduzido;
- III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV- os pródigos;

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Assim, temos que os relativamente incapazes possuem certa autonomia para praticar alguns atos na vida civil, como os de votar, ser testemunha etc. Para que esse ato realizado seja validado, é necessário que este indivíduo seja assistido, sob pena de anulabilidade do até então ato acordado entre as partes.

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC, art. 171 I). Certos atos, porém, podem praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunhar (art.228,I); aceitar mandatos (art. 666); fazer testamento (art. 1.860, §u); exercer empregos públicos os quais não exigir maioria civil (art.5º, §u, III); casar (art. 1.517); ser leitor; celebrar contratos de trabalho etc (GONAÇLVES, 2006, p. 93).



Os relativamente incapazes não mais são representados em juízo e sim, assistidos. Estes indivíduos não possuem incapacidade total e sim parcial., senão vejamos cada um deles:

*I- Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos*

Conhecidos como menores púberes, estes indivíduos não tem mais sua vontade despreza como os absolutamente incapazes, agora podem praticar certos atos como mencionada acima sem estar assistido, e quando necessário, será assistido por um representante legal (GONÇALVES, 2006).

Para o mestre doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 165) “no ambiente urbano dos nossos tempos, a maturidade emocional e intelectual dos jovens de estrato médio e alto é atingida cada vez mais tarde”.

Para os menores púberes a sua opinião já pode ser levada em conta, mas para concretizar os atos da vida civil estes ainda necessitam da autorização de seu representante legal, sem o consentimento e assistência deste, o ato se torna anulável, podendo a parte tomar as devidas providências legais para o ato ser sanado.

*II- Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os deficientes mentais com discernimento reduzido.*

Existe aqui uma linha tênue que difere um individuo de ser absolutamente incapaz de ser relativamente incapaz.

Há uma diferença significativa para o campo médico entre alcoólatra ou dipsômanos (impulsivos por bebida alcoólica, etilista), estes são classificados como sendo absolutamente incapazes, e relativamente incapazes como os ébrios habituais que são os dependentes de substâncias alcoólicas (GONÇALVES, 2006).

De acordo com pensamento de José Fernando Simão (2008, p. 30/31) “ébrio é aquele que se embriaga com frequência, sendo propenso a bebida”, estes são relativamente incapazes civilmente.

Na segunda parte do inciso II, temos os viciados em tóxicos que se equivalem aos ébrios. O viciado repete o uso diariamente da droga ou entorpecente, ao ponto de não ter o devido discernimento para praticar os atos da vida civil (SIMÃO, 2008, p. 31).

Todavia, para que este viciado seja enquadrado como relativamente incapaz deverá ser reduzido mentalmente para entender o que se passa a sua volta, porque dependendo do grau de intoxicação, este indivíduo passará dos relativos para os absolutamente incapazes, uma vez que não possuirão qualquer tipo de discernimento para realizar os atos da vida civil.

Já os por deficiência mental, que tenham discernimento reduzido, para Simão (2008, p.33) “deficiência aquele que adquiriu a moléstia durante a vida”.

E no que tange os indivíduos com deficiência tenham seu discernimento mental reduzido, como mencionado anteriormente, há uma linha tênue que separa os relativamente dos absolutamente incapazes, é que o chamamos de grau de desenvolvimento mental. Se o grau de discernimento for baixo, ou ausente, o indivíduo será absolutamente incapaz e se o grau for incompleto, com razoável discernimento, ele será relativamente incapaz.

Em suma, para o docente Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 173):

A deficiência mental, de acordo com a extensão, pode dar ensejo a incapacidade absoluta ou relativa. Se o deficiente mental não tem discernimento necessário a prática dos atos da vida civil, ele é absolutamente incapaz; se o tem reduzido, relativamente incapaz.

Logo, os relativamente incapazes por possuírem sua capacidade e grau de discernimento reduzido, precisam de assistência indicada pelo juiz para validar os atos praticados na vida civil, sob pena de anulabilidade.

### *III- Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.*

São excepcionais aqueles que possuem deficiência mental, física ou sensorial, por conta de ter nascido com uma disfunção genética ou por conta de um acidente que o deixou incapacitado de realizar atividades que tinha o hábito de fazer no seu dia-a-dia e por conta dessa deficiência não podem mais realiza-las. Logo, uma pessoa que nasça com uma Síndrome qualquer e outra que venha a sofrer um acidente e ser amputada fisicamente, eram para o Código Civil de 2.002 eram excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Aqui podemos enquadrar algumas deficiências como: Síndrome de Down, Surdo-mudo sem educação para poder comunica-se, indivíduos os quais são atestados com baixo QI, cegueira, mutilados de toda espécie, má formação de partes do corpo, paralisias etc. A tênue que separa a incapacidade total para a relativa está em que se o indivíduo é capaz ou não de

expor suas necessidades, tiver ou não o seu discernimento para agir por conta própria (GONÇALVES, 2011).

Eis a pergunta que não quer calar, como um indivíduo normal, que sofreu um acidente e teve um membro amputado, pode de uma hora para outra ter seus direitos retirados de si e ser considerado relativamente incapaz por uma mera deficiência física?

A resposta para essa pergunta surgirá em nossa pesquisa a seguir, quando trataremos da Lei 13.146/2015 e a incapacidade relativa.

#### *IV- Pródigos*

Os pródigos são indivíduos que gastam dinheiro ou patrimônio de forma desordenada, trazendo miséria para si e para sua família, ou para quem estiver a sua volta e dentro de sua dependência financeira.

Para os doutrinadores estudiosos Gagliano;Pamplona Filho (2014, p. 147) o prodigalidade é:

[...] um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social. Note-se que o indivíduo que desordenadamente dilapida o seu patrimônio poderá, ulteriormente, bater as portas de um parente próximo ou do próprio Estado para buscar amparo.

Nota-se que o pródigo não tem discernimento suficiente para entender o que ocorre ao seu redor, devido a seu estado de saúde mental que se encontra reduzido, tendo este um desvio de personalidade que o faz gastar de forma desordenada, compulsiva, desequilibrada, sem ter a mínima noção que está dissipando e reduzindo a nada seu patrimônio, o indivíduo passa a não pensar em seu futuro e nem de sua família, sendo capaz de gastar tudo e mais um pouco devido a sua prodigalidade.

Para o mestre Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 125) “é o indivíduo que, por ser portador de um defeito de personalidade, gasta imoderadamente, dissipando seu patrimônio com risco de reduzi-lo a miséria”.

O pródigo enquanto ninguém o declarar pródigo, este será capaz de realizar todos os atos que lhe forem convenientes, por ser plenamente capaz civilmente.

### **2.1.4 A Incapacidade Relativa com a vigência da Lei nº 13.146/2015.**

Com a vigência da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, tivemos grandes modificações em nossos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2.002. No artigo 3º, que trata dos absolutamente incapazes, hoje apenas os menores de dezesseis anos não possui discernimento completo para tomar suas próprias decisões, devendo, portanto ser representado em juízo sob pena de ser nulo, os atos ali praticados.

Já no artigo 4º do Código Civil de 2.002, em seu rol taxativo foram grandes as modificações, com a vigência da Lei 13.146/2015 e essa mudança será tratada a seguir.

Artigo 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer:

- I- Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II- Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- III- Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV- Os pródigos;

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Vejamos que o inciso III desta redação pertencia ao rol taxativo de pessoas absolutamente incapazes, e hoje está presente no rol dos relativamente incapazes, devido ao Estatuto da pessoa com Deficiência.

Seguiremos analisando cada inciso para ver precisamente as mudanças ocasionadas com a vigência da Lei nº 13.146/2015.

O inciso I do artigo 4º do Código Civil após a promulgação da Lei 13.146/2015 manteve-se inalterada, isso porque os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são conhecidos pela legislação como menores púberes, sendo capazes de tomar algumas decisões de forma isolada, mas alguns atos ainda devendo ser assistidos de forma conjunta com quem os representa, sob pena de tornar o negócio jurídico anulável se assim a parte contrária quiser (GONÇALVES, 2011).

Logo é de se notar que os menores púberes são conhecidos por lei desde o Código Civil de 1.916, e pela ausência de maturidade completa e possível falta de experiência com a vida, serão mantidos nesse patamar por um bom período de tempo.

No inciso IV do Código Civil nada sofreu com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os pródigos continuam sendo relativamente incapazes, haja vista que podem dilapidar e reduzir a zero seu patrimônio e dinheiro, pelo simples fato de ter distúrbio de personalidade que o incapacita (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Já no inciso III, do artigo 4º do Código Civil pela vigência da Lei nº 13.146/2015, foi revogado do rol taxativo: aquele era excepcional, sem desenvolvimento mental completo. Ora vejamos, para os pesquisadores e estudiosos Andrade; Lelis; Lelis (2016, p. 7) “a Lei Brasileira de Inclusão foi criada na tentativa de assegurar os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, conceito atrelado ao processo de adaptação social por que passa a sociedade, sendo reflexo direto de um novo momento histórico”.

Indagam ainda que deficiência por muitas vezes não expõe um termo adequado, excluindo o indivíduo da sociedade apenas porque sua nomenclatura não é adequada para o seu nível de discernimento mental. Não é porque o indivíduo tem uma deficiência qualquer que é menos inteligente que uma pessoa por ai. (ANDRADE; LELIS; LELIS, 2016).

Acima indagamos a questão da pessoa que em certa altura da vida veio a sofrer um acidente e por conta disso, foi realizado uma amputação de membro do seu corpo, e dessa forma, para o inciso revogado ela seria considerada excepcional, com desenvolvimento reduzido apenas por ter tido um membro amputado de seu corpo, sem ao menos ter qualquer queda de discernimento.

Com relação aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos, do artigo 4º, II do Código Civil, foi mantido como relativamente incapazes, uma vez que seu vício e uso habitual de drogas e álcool acabam com a autodeterminação de um indivíduo para com os atos da vida civil (GONÇALVES, 2011).

Mas a terceira parte deste inciso supramencionado foi revogada, uma vez que tratada com deficiência mental, tenham discernimento reduzido, já que a Lei 13.146/2015 veio com o intuito de trazer as pessoa com deficiência, e não importa qual e nem o seu grau, a luz da sociedade, para que essas pessoas sejam compreendidas no que tange suas diferenças, e não para serem tratadas de forma diferença para todo o sempre, usando o Princípio da Igualdade que aduz: “Tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade”.

A maior modificação para o artigo 4º do Código Civil é sem sombra de dúvidas o inciso III, que consagra o que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Este inciso pertencia ao rol taxativo do artigo 3º, o qual tratava os absolutamente incapazes.

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, este inciso III que trata os que por causa transitória ou permanente não puderem mais exprimir sua vontade, são hoje relativamente incapazes.

Para os estudiosos e pesquisadores Andrade;Lelis;Lelis (2016, p. 7) temos sobre a Lei de Inclusão:

A Lei 13.146, de 2015, tornou explícita essa derrogação ao estabelecer, em nova redação ao artigo 3º do Código Civil, que são absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, excluindo as pessoas “com enfermidade ou deficiência mental” e qualificando como relativamente incapazes os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (na redação originária, eram absolutamente incapazes).

É certo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência visa incluir o indivíduo a uma relação social de inclusão em sociedade que para os estudiosos Andrade; Lelis; Lelis (2016, p. 8):

A deficiência, do ponto de vista social, implica admitir que o problema não está no indivíduo e sim no comportamento estigmatizante em relação àqueles taxados de diferentes e, por esse motivo, inferiorizados e discriminados. Significa que o problema tem raízes sociais, econômicas, culturais e históricas, e sua resolução passa por uma sociedade acessível a todos os membros, sem distinção.

Dessa forma podemos concluir que a pessoa com deficiência sai de todos os róis de incapacidade que trazia o Código Civil de 2.002, tanto os absolutamente incapazes, quanto dos relativamente incapazes, passando a expor suas vontades e ter suas decisões acertadas nas relações jurídicas, claro que ainda precisarão de ajuda, mas não mais serão tidos como interditados, agora terão a seu favor o instituto da nova curatela, também modificada pela Lei 13.146/2015, e que traz a opinião do curatelado para decidir nos atos jurídicos, com a chamada tomada de decisão apoiada, e que veremos no próximo e ultimo capítulo da nossa pesquisa de conclusão de curso.

## **CAPÍTULO 3 – CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

### **3.1 - O Instituto da Curatela para a Pessoa com Deficiência**

A Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, conhecida também como Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe significativas modificações para os artigos 3º e 4º do Código Civil, que tratam de incapacidade jurídica, retirando do rol de incapazes os portadores de deficiência, aduzindo que a deficiência não é sinônima de incapacidade na tentativa de incluir os deficientes na sociedade, até então excluídos do campo civil.

Antes da vigência da Lei supra os incapazes com deficiência era submetidos à interdição, processo que acusa a incapacidade de um indivíduo a ponto de restringi-lo a exercer seus direitos, não podendo realizar atos da vida civil sem estarem devidamente representados, se absolutamente incapazes fossem ou assistidos, no caso de serem relativamente incapazes, e a curatela nada mais é que um documento legal que atesta a incapacidade e aponta quem será o curador que administrará os bens e os atos a serem realizados na vida civil daquele indivíduo.

Ocorre que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência um novo intuito surgiu como medida protetiva e de inclusão social para que a vontade de um indivíduo portador de deficiência pudesse externar suas vontades sem ser barrado legalmente, fazendo parte do processo o qual é parte e antes era tido como incapaz. Nesse novo conceito de curatela, os portadores de deficiência opinam, expõe, aceitam ou não as medidas a serem impostas a eles, à curatela, não mais se trata de regra e sim de um ato extraordinário, o qual os portadores de deficiência são submetidos apenas no que tange os negócios jurídicos e patrimoniais. Veja que não se fala mais em interdição do incapaz com deficiência e sim, da curatela da pessoa com deficiência segundo pós-doutor em direito Rui Carvalho Piva (PIVA, 2016):

Assim, não há que se falar mais em “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação ou atuação exclusiva de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.

A curatela na Lei 13.146/2015 deverá ser tratada pelos moldes do artigo 84 que traz:

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

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

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

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

Para os estudiosos Cícero Pereira Alencar, Daniel Adolpho Dantin Assis e Luciana Barbosa Musse em seu artigo escrito *Da Interdição Civil a Tomada de Decisão Apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência*, este artigo, coloca um ponto final entre o junção de deficiência e as barreiras impostas para sua capacidade na sociedade. Quando tratamos da definição de curatela como medida protética extraordinária, para Alencar; Assis; Musse (2016, p. 235):

[...] anuncia o processo histórico de superação da interdição civil em que nos encontramos. Enquanto isso apresenta amplitude da finalidade da intervenção: informa que, por consequência, não alcançara o “direito ao próprio corpo, a sexualidade, ao matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º).

Passamos a ter um novo conceito para a intervenção de terceiros para com pessoa com deficiência; essa não mais é interditada diretamente, atestando sua incapacidade, agora sofre apenas a intervenção da curatela, haja vista que suas vontades agora fazem parte da sua decisão, como parte requerida na ação, tanto de forma solitária como, com a tomada de decisão apoiada que estudaremos a seguir (ALENCAR; ASSIS; MUSSE, 2016).

Ademais, além da curatela, o requerido passa a poder escolher duas pessoas, pelo menos, que sejam de sua confiança, e não precisa necessariamente ser parente, para ser seu curador, neste caso, o juiz avaliara se não existe interesse ou ate mesmo ma influencia por parte do curador para com o curatelado, de acordo com os artigos 1.772, parágrafo único e o 1.775-A do Código Civil, que também foram recepcionados pela Lei 13.146/2015.

Art. 1772 O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta à vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação as circunstâncias da pessoa.



Art. 1.775-A Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.

Para o doutor em direito Maurício Requião (2016) a pessoa com deficiência pode ter sua capacidade civil limitada a certos atos, isso dependerá única e exclusivamente ao grau de desenvolvimento mental que este se enquadra, e assim, sofrerá os efeitos da curatela, aduz ainda:

A incapacidade, por sua vez, é categoria jurídica, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu *status* pessoal. Pode decorrer tanto da simples inexperiência de vida, como por conta de circunstâncias outras, tais como o vício em drogas de qualquer natureza. Dentre estas circunstâncias, até a chegada do Estatuto que ora se discute, encontrava-se o transtorno mental, sob as mais diversas denominações (enfermidade ou deficiência mental, excepcionais sem desenvolvimento mental completo). Independe a incapacidade de decretação judicial. Enquadrando-se o sujeito numa das hipóteses previstas no suporte fático normativo, é ele incapaz e, portanto, ao menos de algum modo limitado na prática dos seus atos. (REQUIÃO, 2016, p. 7).

Vejamos que não mais permanecem nesse rol de incapazes as pessoas com deficiência. Agora elas são capazes perante o âmbito civil e cabe ao juiz, determinar de forma extraordinária, se ela necessitará de curatela para com seus atos da vida civil. Lembrando que este curador, já não vem de um processo de interdição e sim apenas de uma curatela, o que torna a pessoa com deficiência capaz de opinar sobre que tipo de ato é capaz de querer seguir, nos limites dos artigos impostos por lei, não alcançando o direito ao próprio corpo, a sexualidade, ao matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde, ao trabalho e ao voto, conforme artigo 85, §1º, da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (REQUIÃO, 2016).

Em síntese, de acordo com os pensamentos de Mauricio Requião (2016, p. 8):

Legisla-se assim a obrigatoriedade da aplicação de *tailored measures*, que levem em conta as circunstâncias de cada caso concreto, afastando a tão comum saída, utilizada até então de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito. A isto, aliás, conecta-se também a necessidade da exposição de motivos pelo magistrado, que agora terá, ainda mais, que justificar as razões pelas quais limita a capacidade do sujeito para a prática de certos atos.

Essa é uma grande vitória alcançada pela pessoa com deficiência, já que antes da vigência da Lei 13.146/2015 parecia que esses indivíduos não tinham dignidade suficiente para ter autonomia em seu próprio corpo, e agora, as mudanças dignificam suas condutas e

suas atitudes, podendo estes, fazer o que quiserem com seu corpo, sua sexualidade, seu matrimônio, sem que alguém interfira de forma clara a respeito de sua opinião diante do assunto abordado, e assim se faça valer suas escolhas.

Dessa forma, segundo a legislação atualmente em vigor, de acordo com artigo 6º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No tocante quem deve definir os termos da curatela da pessoa com deficiência, de acordo com artigo 1.768 do Código Civil de 2.002: “pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou qualquer parente; pelo Ministério Público; pela própria pessoa”. Ocorre que, este artigo acabou por ser revogado pelo Novo Código de Processo Civil, pelo artigo 1.072, II, pela tramitação temporal sobreposta entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo Código de Processo Civil. Nota-se que não houve atento ao quesito revogado, porque quem mais interessa definir a curatela que a própria pessoa que sofrera esse tipo de medida protetiva. Mas aqui, caberá o artigo 747 do Código de processo Civil vigente que aduz sobre o processo de interdição.

Dessa forma, concluímos que para as pessoas ainda incapazes e que se enquadram no rol taxativo dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2.002 e que com a vigência da Lei 13.146/2015 retirou deste rol apenas as pessoa com deficiência, estes ainda serão submetidos ao processo de interdição comum, devendo ser representado quando for absolutamente incapaz ou assistido, quando for relativamente incapaz.

A mudança em torno da curatela vem apenas para a pessoa portadora de deficiência, que agora terão esse instituto a seu favor apenas para os casos quem envolvem a questão patrimonial e negocial, sendo extinto para as questões que envolverem seu corpo, sua sexualidade, seu trabalho etc.

Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência eles se tornaram capazes para dirimir suas vontades, de acordo com o grau de sua deficiência e desenvolvimento mental.

Além da curatela, a pessoa portadora de deficiência passa a ter outra referência assistencial, conhecida como Tomada de decisão Apoiada, que veremos a seguir.

### 3.2 - Tomada de Decisão Apoiada

A Lei 13.146/2015 que rege o Estatuto da Pessoa com Deficiência surgiu com o intuito de proteger e dar dignidade aquelas pessoas que antes eram tratadas como incapazes por conta apenas de uma deficiência e não pela ausência de capacidade plena a qual deveria ser, essa deficiência era associada à ausência de capacidade legal, o que por muitas vezes não seria o caso, cerceando o direito desses indivíduos de estarem civilmente aptos. (ALENCAR; ASSIS; MUSSE, 2016).

Antes a única opção que uma pessoa possuía era a interdição a fim de resguardar seus direitos e seu patrimônio, haja vista que não possuíam maturidade mental a ponto de ser plenamente desenvolvidos para entender o que poderia ou não prejudica-los.

Com a vigência da Lei supra os portadores de deficiência passam a ser entendidos e vistos de outra forma, não mais como sendo incapazes e sim como tendo dificuldades que se bastam com suas limitações, a ponto de possuírem ainda sua opinião própria e capacidade de reger sua vida, exceto nos pontos negociais e patrimoniais civis.

Além da curatela que agora passa a ser medida protetiva com caráter extraordinário para os portadores de deficiência, temos também a chamada Tomada de decisão Apoiada. De acordo com o artigo 116 da Lei 13.146/2015, temos:

Art. 116 O Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 (Código Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo III:

Capítulo III

Da Tomada de Decisão Apoiada

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

Com a vigência da Lei 13.146/2015, o Código Civil de 2.002 passou a ter o artigo 1.783-A que aduz sobre a tomada de decisão apoiada, que basicamente é a ajuda de terceiros para o portador de deficiência que ele mesmo escolhe porque são de confiança do mesmo.

Alem do mais, em síntese, o artigo 1.783-A e seus parágrafos trazem os fatos para que seja requerido o pedido de tomada de decisão apoiada, o portador da deficiência deve indicar expressamente quem gostaria que lhe ajudasse, após essa indicação, uma equipe multidisciplinar, juntamente com o juiz e o Ministério Público, ouvirão as partes envolvidas,

como o requerido, que é a pessoa com deficiência e também os seus indicados. Após a oitiva das partes, o juiz acolhera ou não a tomada de decisão apoiada, se assim julgar devida, qualquer decisão tomada pela pessoa apoiada terá efeitos e validade sobre terceiros, sem qualquer tipo de restrição, desde que esteja no limite acordado.

Para os negócios feitos com a tomada de decisão apoiada, o terceiro pode pedir que os tomadores assinem, juntamente com o requerido. Em caso de negócio de risco, o juiz e o Ministério Público deverão discutir e opinar sobre o assunto. O apoiador não poderá agir com negligência ou imprudência, se assim o fizer, o apoiado poderá apresentar denúncia ao juiz ou Ministério Público, se a denúncia for efetiva, poderá ser nomeada outra pessoa que seja de interesse do apoiado.

Qualquer das partes pode renunciar o apoio ou querer o fim do acordo para a tomada de decisão apoiada, devendo ser comunicado ao juiz para que este possa se comunicar a respeito da matéria.

Em todo resumo exposto sobre a tomada de decisão apoiada, notamos que além da curatela diferenciada que os portadores de deficiência passam a ter com a vigência da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, passam a ter um “plus” que auxiliam suas decisões com o mero intuito de serem protegidos e terem também sua autonomia na via judicial civilis.

Privilegia-se, assim, o espaço de escolha do portador de transtorno mental, que pode constituir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida. Justamente o oposto do que podia antes acontecer, em algumas situações de curatela fixadas à revelia e contra os interesses do portador de transtornos mentais (REQUIÃO, 2016, p. 9).

Como visto anteriormente, neste instituto a base para que de certo e que se desenvolva o método novo é a confiança que o requerido tem nas pessoas que poderá indicar para administrar seus bens e seu patrimônio, com o intuito de ser protegido e resguardado civilmente, concluindo, só existirá a tomada de decisão apoiada se o requerido tiver quem indicar de sua plena confiança, não importa se será parente ou terceiro, importando apenas se o terceiro que será quem administrará seus bens, não tem nenhuma intenção com aquela indicação, não podendo de forma alguma se beneficiar à custa do requerido, porque esse apoiador não passa de um mero interventor.

## CONCLUSÃO

Com a vigência da Lei 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa portadora de deficiência passou a interagir com mais autonomia no mundo jurídico do qual ainda não fazia parte porque era considerado incapaz civilmente.

A Lei supra além de trazer a pessoa portadora de deficiência ao mundo jurídico, trouxe também dignidade e isonomia para que elas passem a transparecer suas vontades que sempre foram frustradas a fim de protegê-los dos maus negócios que poderiam se desenvolver e prejudicar.

Dentro das inovações, a curatela tomada de forma extraordinária e não mais como a regra do jogo, trará grandes modificações para a vida desses portadores de deficiência, juntamente com a tomada de decisão apoiada que traz como base a confiança que o requerido possui em quem decidirá junto a ele nos atos da vida civil.

A restrição aqui fica por conta dos negócios jurídicos e patrimoniais, não mais alcança a educação, matrimônio sexualidade, trabalho etc., esses atos agora podem ser tomados de forma autônoma por cada um deles, de acordo com seu nível de deficiência mental/intelectual.

É claro que a matéria é polêmica e muito recente no mundo jurídico e ainda muitas decisões serão proferidas com o agrado e desagrado de parte dos portadores de deficiência. Mas não obstante a isso, o maior impacto será no rumo que os negócios jurídicos desses indivíduos poderão tomar, haja vista que agora não mais são tidos como incapazes e sim como parte interessada no destino final desse negócio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACACIA, Adriana Maria Andrade; LELIS, Gardênia; LELIS, Kátia Cristina. **A lei 13.146/2015 e a Inclusão Social da Pessoa com Deficiência**, v. 9, 2016. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/enfope/article/view/2170>>  
Acesso em: 25 de outubro de 2016.

ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Dantin; MUSSE, Luciana Barbosa. **DA INTERDIÇÃO CIVIL A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol.3, n.2. jul 2016, p. 226-247. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/134>>  
Acesso em: 25 de outubro de 2016.

BRASIL. 10.406, 10, janeiro, 2002. Código Civil.

\_\_\_\_\_. 13.146. 6, julho, 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Saraiva, 2003. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 28. ed. Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolize; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. Saraiva, 2011.v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. Saraiva, 2011.v.1

PIVA, Rui Carvalho. **Curatela sem interdição**: As profundas alterações da interdição com o advento da Lei 13.146/2015, v. 1, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.fametro.edu.br/index.php/rj/article/view/135>>  
Acesso em: 25 de outubro de 2016.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência.** Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 6, Jan/Mar .2016.. p. 37/ 54. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44152859/RTDoc\\_16-3-24\\_8\\_39\\_PM.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1477437173&Signature=2oaMeQ9Vrbv0J%2Fr5k7KIEm%2FSwmY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAs+mudancas+na+capacidade+e+a+inclusao+d.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44152859/RTDoc_16-3-24_8_39_PM.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1477437173&Signature=2oaMeQ9Vrbv0J%2Fr5k7KIEm%2FSwmY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAs+mudancas+na+capacidade+e+a+inclusao+d.pdf)> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil dos Incapazes.** São Paulo: Atlas S/A, 2008.