

ANÁLISE DAS CONTROVÉRSIAS NAS INCAPACIDADES À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Fabiane Araújo de Oliveira

Acadêmica do 8º período do curso de Direito da UFRN

Vinícius Figueredo de Brito

Acadêmico do 10º período do curso de Direito da UFRN

RESUMO

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, observa-se as profundas modificações que este dispositivo normativo interpelou no Código Civil de 2002. Dentre elas, a expressa revogação do art. 3º incisos I, II e III. A partir disso, demonstrar-se-á as controvérsias estabelecidas diante das alterações no instituto dos absolutamente incapazes, relativamente incapazes e seus reflexos na curatela à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, analisa-se a construção jurídica da referida lei, especialmente no que concerne a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, conceitos-chave dos institutos, modificações no regime das incapacidades e da curatela e a crítica doutrinária. Adota-se a pesquisa bibliográfica e empírica acerca do tema. Aponta-se, como alternativa, a hibridização dos institutos da representação e da assistência, diante da mudança de paradigma no regime das incapacidades.

Palavras-chave: Código Civil. Incapacidades. Curatela. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

1 INTRODUÇÃO

A partir da entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015¹, verificam-se as profundas modificações que este dispositivo perpetrou no Código Civil de 2002, dentre elas, a revogação expressa do art. 3º, I, II e III, que trata do instituto dos absolutamente incapazes.

Nesse sentido, as pessoas que antes eram consideradas incapazes de praticar os atos da vida civil, quais sejam, aquelas com enfermidade ou deficiência mental, e também aqueles que por causa transitória são impossibilitadas de exprimir sua vontade, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passaram aqueles a serem considerados capazes, e estes relativamente incapazes. Com relação as pessoas menores de dezesesseis anos, estas permaneceram como absolutamente incapazes, mas agora no *caput* do mencionado artigo.

Não obstante, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata dos direitos destes sujeitos sob a ótica dos Direitos Humanos, especialmente no que concerne ao princípio da igualdade, consubstanciado na Constituição Federal de 1988 e no Tratado Internacional de Direitos Humanos proveniente da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) aprovado pelo Congresso Nacional, como Emenda Constitucional. A partir disso, a deficiência passou a não se justificar pelas limitações pessoais, de modo que o paradigma do antigo instituto dos absolutamente incapazes, à luz do novo conceito de pessoa com deficiência introduzido, mitigava a estratégia de pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência.

Logo, parte-se do entendimento de que a deficiência não é causa de limitações à capacidade da pessoa. Posto isso, observa-se que o presente dispositivo normativo trouxe avanços para a vida dessas pessoas, considerando hodiernamente aspectos que envolvem os direitos fundamentais, especialmente a igualdade e a liberdade.

Diante disso, objetiva-se analisar a construção jurídica desse Estatuto, os conceitos envolvidos, as modificações instituídas por essa nova lei, especialmente, no que concerne à revogação dos incisos II e III do art. 3º,

¹ BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência 2013. Disponível em: <[http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/\[field_generico_imagens-filefield-description\]_93.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/[field_generico_imagens-filefield-description]_93.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.



do CC/02 e a crítica doutrinária para demonstrar as controvérsias postas pela nova realidade na prática do ato civil para pessoas com discernimento reduzido.

A partir dessa premissa, analisam-se os fundamentos e princípios que norteiam o dispositivo normativo e os conceitos base acerca das incapacidades e da curatela. Para então propiciar o enfrentamento da problemática acerca dos referidos institutos à luz do novo Estatuto e suas repercussões no diploma civil de 2002. Dessa forma, analisa-se a temática através da Constituição Federal, do Tratado Internacional aprovado como Emenda Constitucional e do Código Civil. E especialmente, através da doutrina e de artigos científicos que tratam da matéria.

Por fim, diante do mencionado estudo, conclui-se que os avanços advindos da legislação para pessoa com deficiência trouxeram controvérsias na prática dos atos da vida civil para as pessoas com discernimento reduzido, considerados relativamente incapazes, de modo que se tornará necessária a hibridização dos institutos da representação e da assistência.

2 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.146/2015 que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com esboço na dignidade da pessoa humana, assegura, promove e regulamenta, em condições de igualdade, os direitos das pessoas nessa condição. Com isso, pretende o mencionado dispositivo realizar inclusão social e cidadania a esses sujeitos. Ademais, regula os aspectos de inclusão social do deficiente, descreve direitos fundamentais, e também altera o regime das incapacidades no Código Civil.

De acordo com os comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2014, p. 18) a elaboração da referida Lei nº 13.146/2015 teve como pressuposto a aprovação do Tratado Internacional da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que integrou ao ordenamento jurídico brasileiro avanços acerca do tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência. A partir do modelo adotado pela Convenção, a deficiência não é mais justificativa para limitar os atos da vida civil dos sujeitos.

Nessa linha, preocupou-se em evitar retrocessos diante da aprovação do Tratado Internacional, abrangendo, portanto, novo conceito de pessoa com deficiência para possibilitar a inclusão social e a garantia de direitos fundamentais. Com esse entendimento, busca-se superar o conceito de capacidade da pessoa com deficiência e discernimento reduzido, revogando



inadequações do dispositivo vigente.

Dessa forma, segundo o relatório do Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), altera o Código Civil e traz comandos claros que incentivam a participação com responsabilidade dessas pessoas na prática dos atos da vida civil.

Diante do exposto, para Barreiros Neto (2016), não restam dúvidas que o referido Estatuto traz avanços no reconhecimento de direitos fundamentais de parcela importante da população brasileira. Todavia, consubstancia discussões acerca do regime das incapacidades, especialmente no que concerne àquelas pessoas com discernimento reduzido, levando em consideração o fato de que coloca no mesmo grupo pessoas com ausência e redução de discernimento.

Assim, verifica-se o imperativo da hibridização dos institutos da representação e da assistência com vistas a garantir a estimada proteção que o ordenamento jurídico outorga a esse grupo de pessoas. Portanto, analisar-se-á a construção jurídica desse Estatuto, através da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e do conceito por ele introduzido, para compreender a inovação sistemática introduzida.

2.1 Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência

A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, consoante os comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2014, p. 26), tem como propósitos a promoção, proteção e segurança para integral gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência e promoção ao respeito de sua dignidade inerente.

Diante disso, o Brasil foi um dos primeiros países a assinar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, momento no qual restou demonstrado o interesse nacional em incluir no ordenamento jurídico medidas de proteção a esse grupo de pessoas.

Dessa forma, entende-se que houve o comprometimento legal do Estado no que concerne ao cumprimento dos compromissos estabelecidos na referida Convenção. A partir do exposto, demonstrar-se-á o novo conceito de pessoa com deficiência introduzido pela (CDPD) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.2 Novo conceito de pessoa com deficiência

O Estatuto define, em seu art. 2º, que pessoa com deficiência é



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

Além disso, destaca-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 também não deixa de considerar as especificidades corporais da pessoa. Logo, entende-se que o conceito de deficiência presente na Convenção busca redefinir os impedimentos físicos ou intelectuais, considerando a combinação entre os fatores biológicos e a carga de direitos humanos inerente às necessidades desse grupo de pessoas.

Posto isso, inaugura-se uma nova perspectiva de capacidade jurídica para as pessoas com deficiência, diante do reconhecimento de suas limitações, mas também da importância da consolidação do atendimento ao princípio da igualdade e da liberdade para estes sujeitos diante da consolidação dos instrumentos normativos protetivos no Brasil e no mundo.

3. PERSONALIDADE E CAPACIDADE

A personalidade jurídica garante a todas as pessoas um mínimo de proteção jurídica, fazendo com que sejam titulares de direitos fundamentais. Todavia, convém destacar que há entidades ou grupos desprovidos de personalidade jurídica (p. ex. condomínio edilício, sociedade de fato, massa falida, etc.) que podem titularizar relações jurídicas, sendo sujeitos de direitos.

Assim sendo, tomando-se por lição o ensinamento de Farias e Rosendal (2016, p. 172), não é possível a simples relação entre personalidade jurídica e a titularização de relações de direito. Referidos autores trazem a ideia de personalidade jurídica como atributo de pessoa natural ou jurídica para que possa atuar como titular de relações de direito, de modo a fazer jus a uma proteção jurídica mínima, reconhecida pelos direitos de personalidade. Assim sendo, a personalidade jurídica seria consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme preceitua Gonçalves (2014, p. 106), a personalidade jurídica é tida como condição preliminar de todos os direitos e deveres, tendo o ordenamento jurídico reconhecido essa qualidade a todo ser humano e a certas entidades morais, conhecidas como pessoas jurídicas.

Assim sendo, considera-se que personalidade jurídica não é um direito, mas uma condição intrínseca à pessoa, a partir da qual o titular pode adquirir, exercer, modificar, extinguir ou defender interesses (FARIAS;



ROSENVALD, 2016, p.173).

Nesse sentido, relacionado ao conceito de personalidade surge o conceito de capacidade. Enquanto a personalidade é tida como um valor jurídico estendido a todas as pessoas, da leitura do art. 1º do CC/2002, tem-se a noção de capacidade, a qual consiste na possibilidade, oriunda da personalidade jurídica, para adquirir direitos e contrair deveres da vida civil.

Nesse íterim, considerando a capacidade como aptidão inerente a cada pessoa para titularizar relações jurídicas, notabilizadas em seu caráter patrimonial, tal aptidão pode consistir em mero potencial ou poder efetivo. Sendo mero potencial inerente a toda pessoa para o exercício dos atos da vida civil, tem-se a capacidade de direito, jurídica, legal ou civil. Por sua vez, sendo poder efetivo que capacita para a prática plena dos atos da vida civil, temos capacidade de fato, geral ou plena (FIUZA, 2016, p. 82).

No que concerne à capacidade de fato, comporta três subdivisões, quais sejam: capacidade de fato plena; incapacidade de fato relativa e incapacidade de fato absoluta. O reconhecimento das incapacidades parte do reconhecimento pelo ordenamento jurídico que, diante de peculiaridades das pessoas, sejam decorrentes de sua idade, saúde ou desenvolvimento mental ou intelectual, são merecedoras de proteção diferenciada, não se lhes permitindo o exercício pessoal de direitos, exigindo-se representação ou assistência nos atos jurídicos em geral (GONÇALVES, 2014, p. 120).

Nesse sentido, há pessoas em que o ordenamento nega-lhes capacidade de fato plena, mas não reputa nulos todos os atos que pessoalmente praticarem. São os relativamente incapazes, os quais demandam assistência para a realização dos atos característicos da vida civil. As hipóteses de incapacidade relativa, as quais serão melhor analisadas em momento oportuno, estão positivadas no art. 4º do CC/2002.

Assim, conforme preceitua o art. 171, I, do CC/2002 são anuláveis os negócios jurídicos realizados sem assistência pelos relativamente incapazes. Os arts. 172 e ss. do mesmo diploma tratam das hipóteses de convalidação dos negócios anuláveis, os quais demandam manifestação do assistente do relativamente incapaz.

Por sua vez, a incapacidade absoluta tem a sua hipótese positivada no art. 3º do CC/2002. Trata-se do caso em que, para fins protetivos, o ordenamento jurídico nega completamente a capacidade de fato, devendo ser nomeado representante, que irá praticar os atos da vida civil pelo absolutamente incapaz. Portanto, o desrespeito dessa regra resultará na nulidade do ato, nos termos do art. 166, I, do CC/2002 (NADER, 2016, p. 239).



Nesse ínterim, destaque-se que o curador representa os absolutamente incapazes e assiste os relativamente incapazes. Logo, aqueles que eram representados tinham limitados pelo representante a prática dos atos da vida civil, por isso eles não tomavam suas próprias decisões. Por sua vez, os assistidos possuíam relativamente condições de praticar os atos da vida civil, visto que o curador deveria somente orientá-los nesses atos.

Nos termos do art. 5º, do CC/2002, ao completar dezoito anos de idade, a pessoa adquire capacidade plena, ficando habilitada à prática de todos os atos da vida civil. O parágrafo único do analisado artigo do diploma civil trata das hipóteses de emancipação, a qual se trata de “ato jurídico por meio do qual se atribui capacidade jurídica plena a um menor” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2014, p. 51).

No que diz respeito à incapacidade de fato relativa e à absoluta, destaque-se que ocorreram substanciais alterações nas hipóteses constantes dos arts. 3º e 4º do CC/2002, decorrentes da entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O referido Estatuto trouxe inovações decorrentes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional que versa sobre direitos humanos e do qual o Brasil é signatário. Assim sendo, mudou-se o paradigma da incapacidade, conforme será melhor abordado a seguir.

3.1 Incapacidade absoluta antes e depois do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Originariamente, a redação do art. 3º do CC/2002 apresentava três hipóteses de pessoas absolutamente incapazes, quais eram: a) os menores de dezesseis anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; c) os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Com as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao Código Civil de 2002, apenas a hipótese etária (menores impúberes) manteve-se como determinante para a incapacidade de fato absoluta.

Os menores de dezesseis anos de idade são considerados absolutamente incapazes, pois, por opção legislativa, o ordenamento jurídico reconhece que à essa faixa etária falta maturidade suficiente para a manifestação da vontade, levando em conta seu insuficiente desenvolvimento psíquico (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 332). Tal determinação, que manteve os termos do Código Civil de 1916, leva em consideração tão somente o critério



etário para se aferir a incapacidade absoluta.

As demais hipóteses, constantes dos incisos II e III do art. 3º em sua redação original foram revogadas pelo referido Estatuto.

Antes da vigência do referido Estatuto, os portadores de enfermidade ou deficiência mental que não tivessem necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil eram tidos como absolutamente incapazes. Nesse sentido, tratando da antiga redação do art. 3º, do CC/2002, Gonçalves (2014, p. 122) trouxe lição de que:

A fórmula genérica empregada pelo legislador abrange todos os casos de insanidade mental, provocada por *doença* ou *enfermidade mental* congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por *deficiência mental* decorrente de distúrbios psíquicos, desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

No que se refere ao inciso III da redação original do art. 3º do CC/2002, tratava das pessoas que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Tratavam-se das pessoas não portadoras de doença ou deficiência mental permanentes, mas que não pudessem exprimir sua vontade totalmente graças a causa transitória ou em virtude de patologia (p. ex.: paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou de substâncias alucinógenas, excessiva pressão arterial, etc.) (GONÇALVES, 2014, p. 128).

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 03 de janeiro de 2016, o art. 3º do CC/2002 passou a ter a seguinte redação: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Ante o exposto, apenas o critério etário passou a ser determinante na consideração da incapacidade absoluta, considerando-se que a vontade do menor de dezesseis anos não deve preponderar sobre a de seu representante, por determinação legal (FIUZA, 2016, p. 82).

3.2 Incapacidade relativa antes e depois do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Por sua vez, o art. 4º do CC/2002 elencava quatro hipóteses de incapacidade relativa, antes da entrada em vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quais eram: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;



b) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tinham o discernimento reduzido; c) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; d) os pródigos.

Nesse sentido, segundo a nova redação do art. 4º do CC/2002:

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

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

Destarte, os menores púberes, ou seja, aqueles cuja idade encontra-se entre os dezesseis e os dezoito anos, mantiveram-se como relativamente incapazes. Assim sendo, o ordenamento jurídico considera que se trata de categoria que demanda proteção jurídica, porém em grau inferior à dos absolutamente incapazes, uma vez que existem atos e negócios que podem realizar sem a assistência, como elaborar testamento, ser eleitor, ser testemunha de negócios e atos jurídicos, casar e ser empresário - mediante autorização dos pais ou representantes (TARTUCE, 2016, p. 91).

A segunda hipótese de incapacidade relativa trazida pela nova redação do art. 4º do diploma civil diz respeito aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos. Nesse sentido, conforme lição de Farias e Rosendal (2016, p. 333), a proteção não alcança aqueles que fazem uso eventual, livre e espontâneo de substâncias alucinógenas, mesmo que haja excesso de consumo, situação que não anula a responsabilidade pelos atos praticados nessa condição de alteração da consciência.

Tratando desse tema, Fiuza (2016, p. 83) traz lição de que o CC/2002 traz redação pleonástica e insuficiente. Pleonástica, pelo fato de que não se pode olvidar que bebida alcoólica é substância tóxica para o organismo e passível de gerar vício. Assim sendo, faz-se desnecessária a expressão “ébrios habituais” no inciso II do art. 4º do referido diploma, posto que se trata de espécie constante do gênero substâncias tóxicas passíveis de causar vício.

Ademais, referido autor segue sua crítica especificando que a redação do inciso ora analisado é insuficiente. Tal assertiva se justifica na



medida em que nem toda substância tóxica é passível de retirar da pessoa nela viciada a capacidade de discernir. O cigarro, droga que é trazida como exemplo, é tóxico, mas não incapacitante, o que demonstra que a norma analisada tem redação insuficiente, imperiosa sendo a especificação de que o vício em substância tóxica seja incapacitante.

A terceira hipótese da nova redação do art. 4º do CC/2002 diz respeito às pessoas que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Tal inciso passou a tratar da revogada hipótese constante do inciso III do art. 3º do diploma civil (“III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”).

Assim sendo, mesmo inexistente o discernimento ou a possibilidade de expressão da vontade, será considerada a pessoa relativamente incapaz. Desse modo, considerando a incapacidade relativa, será nomeado judicialmente curador. Tratando desse tema, Fiuza (2016, p. 84) observa que, ausente o discernimento da pessoa ou impossível a expressão de sua vontade, não haverá outra saída para o juiz senão a de “considerar o curador representante do incapaz”.

Segundo esse mesmo autor, pelas suas peculiaridades, a assistência seria inviável, uma vez que, nos referidos casos, o incapaz não terá sua vontade levada em conta, devendo ser representado em todos os atos da vida civil, mesmo nos de caráter existencial. Para ele, portadores de Alzheimer em estado avançado, indivíduo anencéfalo que sobreviva aos dezoito anos ou pessoa em coma, por exemplo, serão considerados apenas formalmente relativamente incapazes, mesmo sendo efetivamente representados, ante a impossibilidade de manifestação da vontade.

Segundo Farias e Rosenvald (2016, p. 336), observa-se que, na nova redação do art. 4º do CC/2002, “a incapacidade de pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar numa situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade”. Seguem os referidos autores o entendimento de que é irrelevante para o ordenamento jurídico a ideia de intervalos lúcidos, advindo, assim, a relativa incapacidade sempre que impossível a declaração de vontade.

Ademais, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com vistas a favorecer o processo de inclusão das pessoas com deficiência, foi inserido no sistema civil o instituto da tomada de decisão apoiada, constante do art. 1783-A, do CC/2002, o qual, segundo seu *caput*, é o processo em que a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com quem tenha vínculos e confiança, para prestar-lhe



auxílio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações indispensáveis para o exercício sua capacidade.

Todavia, não faz sentido considerar essa tomada de decisão apoiada, se a pessoa está completamente impossibilitada de expressar sua vontade. Não se pode negar que uma pessoa em coma ou em estado avançado de Alzheimer será efetivamente representada por seu curador, tratando-se de uma incapacidade absoluta dissimulada por uma incapacidade relativa (FIUZA, 2016, p. 85). Segundo esse autor, mesmo havendo as melhores intenções, a alteração legislativa falha dogmaticamente, por criar categoria dos absolutamente incapazes denominados de relativamente incapazes, sem considerar as especificidades dessas categorias.

Por fim, a última hipótese de relativamente incapazes é a dos pródigos. Segundo Farias e Rosendal (2016, p. 333-334), o pródigo é a pessoa que gasta seu patrimônio desordenadamente, a ponto de atentar contra sua própria subsistência. Assim, referidos autores expressam que a doutrina considera que a prodigalidade consiste em desvio de comportamento no qual, atentando-se contra o patrimônio individual, atenta-se indiretamente contra a manutenção da família.

Nesse íterim, defendem os referidos autores que a condição de pródigo como causa incapacitante consiste numa intervenção desproporcional do Estado na vida privada, atentando-se contra a liberdade que o indivíduo tem de utilizar-se de seu patrimônio da maneira como lhe interessar. Ademais, defendem que a condição de pródigo como causa de incapacidade relativa trata-se de violação da dignidade humana.

Por fim, o parágrafo único do art. 4º, do CC/2002 expressa que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. Trata-se do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), cujo art. 8º revela-se de grande importância para o estudo das incapacidades, prevendo que:

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.
Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Em outras palavras, os índios não integrados serão sujeitos à assistência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), revelando a sua



incapacidade absoluta para os atos da vida civil, que sejam nulos, se perpetrados sem essa assistência. Todavia, nos termos do parágrafo único do artigo analisado, caso o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, não será nulo, se não lhe for prejudicial.

4 CURATELA

A curatela trata-se de encargo imposto a pessoa natural para cuidar e proteger pessoa maior de idade, que não pode se autodeterminar patrimonialmente, em função de sua incapacidade, consoante Farias e Rosendal (2016, p. 906). Nesse sentido, na antiga redação do art. 1.767, incisos, CC/2002, a concessão da curatela era destinada à proteção da pessoa, que, mesmo maior de idade, não possui plena capacidade jurídica.

Em outros termos, as pessoas que estavam sujeitas à curatela, ou seja, à proteção de seus interesses dada sua incapacidade absoluta ou qualquer outra condição que as impeça de praticar os atos da vida civil, eram representadas por curadores, e tinham limitadas, de plano, a sua capacidade de tomar decisões.

Com o advento do comentado Estatuto, modifica-se o paradigma da necessária representatividade e da assistência desse grupo de pessoas. Visto que, com a modificação do art. 1.767, incisos, CC/2002, as pessoas com deficiência ou enfermidade, não tiverem o necessário discernimento e aqueles que por causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade, os deficientes mentais e os excepcionais sem completo desenvolvimento completo não estão mais sujeitos ao regime da curatela.

Todavia, como dito alhures, persiste a discussão com respeito as pessoas que não possuem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, em razão da dificuldade de enquadrar estes sujeitos no regime da assistência, o que acarreta nítida insegurança jurídica, pela necessidade de hibridização dos institutos para a prática dos atos da vida civil por determinados grupos de pessoas.

Portanto, deve-se buscar adequar à realidade das pessoas com discernimento reduzido o instituto da curatela para proteção dos seus interesses.



5 CONCLUSÃO

A partir da análise feita, evidenciou-se que a assinatura da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, assim como a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxeram inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de conferir tratamento igualitário as pessoas com deficiência, principalmente no que concerne a prática dos atos civis. Parte-se da nova conceituação de pessoa com deficiência, com vistas a inserir esse grupo de pessoas na sociedade, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, verifica-se que, apesar da necessária inclusão social da pessoa com deficiência e da necessária mobilização do ordenamento jurídico para efetivar a igualdade material e a dignidade humana, essa preocupação não pode ser materializada em normas sem possibilidade de aplicação, as quais acabam por constranger o ordenamento jurídico a acolher imperfeições dogmáticas, bem como normas marcadas em determinado caso por pleonismo, em determinado caso por insuficiência na própria redação.

Nesse sentido, considerando que o Estatuto basicamente traz supressão de conteúdo no art. 3º, CC/2002, que passa a abarcar apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, qual seja, a que trata dos menores impúberes, a maior crítica reside nas alterações feitas no art. 4º do diploma civil, apresentando-se inconsistências acerca das incapacidades relativas.

Considerando que não houve alteração no inciso I do art. 4º, CC/2002, mantendo-se os menores púberes como relativamente incapazes, a maior crítica reside na redação dos incisos II e III do referido artigo. Nesse sentido, cabe ressaltar que a redação do inciso II envolve imprecisão terminológica, porque, ao explicitar que o vício em “tóxico” materializa hipótese de incapacidade relativa, não delimita o sentido dessa expressão.

Assim sendo, a comentada norma deveria especificar que tipo de vício em tóxicos é capaz de gerar a incapacidade relativa. Cabe ressaltar que nem toda substância tóxica ao organismo é capaz de retirar da pessoa nela viciada a capacidade de discernir, como é o caso do vício em cigarro. Destarte, entende-se que a melhor técnica legislativa apontaria no sentido de especificar que vício em tóxico passível de retirar a capacidade de discernimento seria causa de incapacidade relativa. Ademais, cabe apontar o pleonismo na redação do referido inciso, uma vez que não seria necessária a inclusão da expressão “ébrios habituais”, posto que se trata de espécie do



já mencionado gênero das substâncias tóxicas passíveis de causar vício e de retirar o discernimento.

No que diz respeito ao inciso III, também está eivado de inconsistências. Anteriormente, o teor do comentado inciso constava do art. 3º, CC/2002, ou seja, era hipótese de incapacidade absoluta. Agora, com as alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mesmo ausente o discernimento ou impossível a expressão da vontade, a pessoa será considerada relativamente incapaz.

Imperioso se faz destacar que essa nova redação traz sério problema de ordem prática: como considerar um indivíduo portador de Alzheimer ou em estado de coma relativamente incapaz? Apesar da nobre tentativa de inclusão social da pessoa portadora de deficiência pelo referido Estatuto, subsiste na redação desse inciso margem para a impossibilidade material da configuração da incapacidade relativa.

Isso se justifica, pois, em casos de impossibilidade de expressão da vontade, considerando-se a pessoa relativamente incapaz, haverá judicialmente a nomeação de curador. Todavia, tem-se anomalia jurídica: em determinados casos, conforme se evidenciou, o instituto da assistência será confundido com o da representação.

Se, diante das especificidades do caso concreto, pode-se confundir o sentido dos referidos institutos para materializar a proteção da pessoa com deficiência, resta o questionamento da real necessidade da alteração legislativa. Nesse contexto, para justificar a modificação legislativa, inovou-se no diploma civil adotando-se o instituto da tomada de decisão apoiada, em que a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com quem tenha vínculos e confiança, para prestar-lhe auxílio na tomada de decisão sobre atos da vida civil.

Essa inovação é bastante interessante para os casos em que ainda subsiste a possibilidade de expressão da vontade, mesmo que mitigada. Contudo, que sentido tem a aplicação desse instituto nos casos em que a deficiência derive de graves acidentes que alterem completamente o discernimento, por sérias lesões no cérebro? Mais uma vez, tem-se caso em que a má técnica legislativa constrangerá o ordenamento jurídico a confundir os institutos da assistência com a representação.

Por fim, insta salientar que, apesar de a preocupação de inclusão social da pessoa portadora de deficiência, bem como pela busca da igualdade material e do respeito à dignidade humana terem suma relevância no ordenamento jurídico, a importância dessa temática demanda maior



atenção do legislador ordinário. Afinal, a realidade reclamará que a nova norma seja deixada de lado para a aplicação da redação anterior, situação que poderia ser evitada com maior atenção no ofício de legislar.

REFERÊNCIAS

BARREIROS NETO, Jaime. **O Pleno Exercício dos Direitos Políticos, O Sigilo do Voto e a Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**: breves considerações. 2016. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jaime-barreiros-neto/o-pleno-exercicio-dos-direitos-politicos-o-sigilo-do-voto-e-a-lei-n-13-146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-breves-consideracoes->](http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jaime-barreiros-neto/o-pleno-exercicio-dos-direitos-politicos-o-sigilo-do-voto-e-a-lei-n-13-146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-breves-consideracoes-). Acesso em: 10 jun. 2016.

DEFICIÊNCIA, Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com. **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)**. Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe; **Curso Didático de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil**: curso completo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11 ed.



São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANALYSIS OF CONTROVERSIES ON LEGAL INCAPACITY UNDER THE LAW Nº 13.146/2015

ABSTRACT

With the application of Law no. 13.146/2015, profound changes are observed in the Civil Code of 2002. Among them, the revocation of art. 3 items I, II and III. Then, it will be demonstrated controversies of changes in the institute of legal incapacity and its consequences in curatorship done by the Law no. 13.146/2015. Therefore, it analyzes the legal construction of the Law no. 13.146/2015, especially regarding the Rights Convention of Persons with Disabilities, key concepts of institutions, the changes in the regime of disabilities and curatorship, with emphasis in doctrinal criticism. It adopts to literature and empirical research on the subject. As an alternative, this article proposes the hybridization of the representation and assistance institutes, because of the changes in the regime of disabilities.

Keywords: Civil Code. Legal incapacity. Curatorship. Status of person with disabilities.

