



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULA MOURA FONTANETE FERREIRA

**OS EFEITOS DA LEI Nº 13.146/2015 SOBRE O EXERCÍCIO DA
ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA**

Salvador
2018

PAULA MOURA FONTANETE FERREIRA

**OS EFEITOS DA LEI Nº 13.146/2015 SOBRE O EXERCÍCIO DA
ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador
2018

OS EFEITOS DA LEI Nº 13.146/2015 SOBRE O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de março de 2018

Banca Examinadora

Orientador: **Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Examinador: **Prof. Dr. Tércio Spínola Gomes**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

Examinador: **Prof. Dr. Iran Furtado de Souza Filho**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

LISTA DE ABREVIATURAS

ART.	Artigo
CC/16	Código Civil de 1916
CC/02	Código Civil de 2002
CDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
EDP	Estatuto da Pessoa com Deficiência
ONU	Organização das Nações Unidas

FERREIRA, PAULA. **Os efeitos da Lei nº 13.146/2015 sobre o exercício da atividade empresarial pelo portador de deficiência.** 2018. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da introdução da Lei nº 13.146/2015, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro e à análise da sua aplicação no Direito Empresarial. Inicialmente, é feito um apanhado do histórico do regime das incapacidades no Direito Civil pátrio, estudando mais especificamente os Códigos Civis de 1916 e de 2002, pela necessidade de fixação de conceitos e contextualização em torno da capacidade civil. Após, aborda-se especificamente as alterações trazidas por este novel Estatuto, que se dão, principalmente, em torno de um novo sistema de incapacidades, seus institutos assistenciais e o portador de deficiência mental. Em tempo, tratar-se-á da origem dessa Lei nº 13.146/2015, sua conceituação e função. Também serão estudados neste trabalho conceitos introdutórios do Direito Empresarial, sendo feito, ao final, uma análise crítica acerca das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, aplicando-as ao possível exercício da atividade empresarial pelos indivíduos que antes do advento dessa norma legislativa eram considerados incapazes.

Palavras-chave: Regime das incapacidades. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Atividade empresarial. Portador de deficiência mental. Capacidade.

FERREIRA, PAULA. **The effects of the Law 13.146/2015 on the exercise of business activity by the disabled person.** 2018. 75 p. Monography (Law Degree) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This paper is dedicated to the study of the introduction of the Law 13.146/2015, also called Statute of the Person with Disabilities, in the Brazilian legal system and the analysis of its application in business law. Initially, it draws from the history of the disability regime in the civil law of the country, studying more specifically the Civil Codes of 1916 and 2002, for the need to fix concepts and contextualization around civil capacity. Afterwards, it is specifically approached the changes brought by this novel Statute, which are mainly based around a new system of disabilities, its care institutes and the mentally handicapped. In time, this will study the origin of Law 13.146/2015, its concept and function. In this paper, it will also be studied the introductory concepts of business law, and at the end a critical analysis is made of the provisions of the Disability Statute, applying them to the possible exercise of business activity by individuals who, through the advent of this legislation, were considered incapable.

Keywords: Disability regime. Statute of the Person with Disabilities. Business activity. Person with mental disability. Capacity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O CÓDIGO CIVIL E O REGIME DAS INCAPACIDADES	12
2.1	BREVE APANHADO HISTÓRICO ACERCA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	12
2.1.1	Histórico do regime das incapacidades anteriores à codificação	13
2.1.2	O Código Civil de 1916 e o regime das incapacidades	16
2.1.2.1	<u>O conceito de capacidade jurídica e a teoria das incapacidades</u>	17
2.1.2.2	<u>O rol de incapacidades do Código Civil de 1916</u>	20
2.2	HIPÓTESES DE INCAPACIDADE TRAZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002	24
2.2.1	A incapacidade absoluta sob a égide do Código Civil de 2002	25
2.2.2	A relação dos relativamente incapazes no CC/02	28
2.3	ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA SEGUNDO A REDAÇÃO ORIGINAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	32
2.3.1	Breve distinção entre tutela e curatela	32
2.3.2	Curatela	34
3	O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA DAS INCAPACIDADES	37
3.1	CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	38
3.2	A INSTITUIÇÃO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	41
3.3	MODIFICAÇÕES DA LEI Nº 13.146 NO SISTEMA DAS INCAPACIDADES	44
3.3.1	Novas disposições acerca da incapacidade absoluta	45
3.3.2	Novas disposições acerca da incapacidade relativa	46
3.4	O INSTITUTO DA CURATELA E SEUS LIMITES	49
3.4.1	Considerações sobre o art. 1.767 do CC/02 e suas repercussões	50
3.4.2	Breve análise do art. 85 da Lei nº 13.146/2015	51
3.5	A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	54
3.5.1	A introdução no ordenamento jurídico brasileiro	55
3.5.2	Breve análise do art. 1.783-A do CC/02	56
4	O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.146/2015	60
4.1	O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL	60

4.1.1 Da capacidade do empresário individual.....	61
4.1.1.1 <u>Os legalmente impedidos</u>	64
4.2 O REGIME DE EXCEÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE EMPRESA PELO INCAPAZ.....	65
4.3 A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES E A ATIVIDADE EMPRESARIAL.....	66
5 CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

Foi aprovada pelo Congresso Nacional em 09 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, da Organização das Nações Unidas, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Tal tratado foi incorporado ao ordenamento pátrio com força de emenda constitucional, tendo suas disposições se irradiado por diversas searas do Direito brasileiro.

É preciso destacar que a referida Convenção foi concebida com o objetivo de conduzir à esfera jurídica uma mudança do paradigma essencialmente discriminatório que se tem em torno das pessoas com deficiências. Essa abordagem se norteou através da minimização dos padrões existentes de desigualdades sobre os portadores de deficiência, lançando mão do princípio da dignidade da pessoa humana como guia ideológico e força motriz.

A devida incorporação dessa Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, só se deu em 2015, oito anos após sua aprovação, através da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015). Frise-se que a porosidade brasileira em, de fato, absorver em suas leis o conteúdo do supracitado instrumento internacional por si só já evidencia a relevância dada pelos legisladores e juristas ao portador de deficiência e sua expressividade.

Essa lei foi desenvolvida com o escopo de promover e assegurar o exercício das liberdades fundamentais e demais direitos, em condições de igualdade, pelos portadores de deficiência, sem estabelecer qualquer distinção entre esses. Assim, a essência desse regramento busca a inclusão social e a concretização da cidadania do portador de deficiência.

A fim de cumprir seus objetivos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, como também é chamada a mencionada lei, cuja vigência data de janeiro de 2016, mobilizou diversas revisões na dinâmica das relações jurídicas brasileiras, tendo em vista a necessidade de romper com as barreiras discriminatórias sobre as quais o Direito do país fora construído.

É preciso destacar que a principal mudança decorrente da promulgação do aludido Estatuto recaiu sobre o Direito Civil, com ênfase na teoria das incapacidades jurídicas e no regime da curatela. Ademais, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada é um dos frutos dessa lei, representando uma das diversas reanálises jurídicas advindas da busca pela revogação da concepção da figura do portador de deficiência como um indivíduo inserido na sociedade com restrições.

Diante das alterações no regime das incapacidades na codificação civil, principalmente considerando a pluralidade de outras áreas por ele abarcadas, a ignorância acerca da promulgação da Lei nº 13.146/2015 e suas repercussões não merecem prosperar. É fundamental que se promova o debate em torno das mudanças oriundas desse novo regramento e sobre a forma de inclusão do portador de deficiência como um indivíduo plenamente capaz no mundo jurídico.

A esfera Empresarial, nesse sentido, não poderia ser excluída das reformas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando suas diretrizes disciplinadas pelo Livro II do Código Civil de 2002, que tratam do Direito de Empresa. É dizer, diante das limitações oferecidas ao exercício da atividade empresarial pelo incapaz, é preciso definir o panorama atual da inserção da pessoa com deficiência e seus impactos nessa área.

Nesse diapasão, pretendeu-se dar início ao presente trabalho a partir de uma revisitação histórica, no Capítulo 2, do conceito e das espécies de incapacidades no ordenamento pátrio, desde o Brasil Colônia até a codificação de 2002, que rege civilmente as relações jurídicas nos dias de hoje. Ademais, em se tratando do exame do regime das incapacidades, carece-se também de análise do instituto da curatela, haja vista a relação de simbiose mantida entre esses.

Feito esse apanhado histórico, procedeu-se, no Capítulo 3, à discussão da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, discorrendo detalhadamente acerca de sua origem e de seus propósitos, e, principalmente, sobre sua relação com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A concretização desse debate no sistema normativo brasileiro se deu pela instituição da Lei nº 13.146/2015, que também teve sua função e pretensões incorporadas ao cerne daquele capítulo.

Assim, até o momento da introdução do novel Estatuto no regramento do Brasil, a teoria das incapacidades civis, que regia o portador de transtorno mental, concebido no Código Civil de 1916 e ratificado, com ressalvas, na codificação de 2002, estava consolidada, todavia, essa lei deu início à transformação deste modelo excludente. O efeito direto dessa legislação se deu com a revogação de diversas hipóteses de incapacidades absoluta e relativa, bem como transferência entre esses institutos, com a passagem de indivíduos outrora absolutamente incapazes para o rol dos relativamente incapazes, conforme também foi esmiuçado no decorrer do Capítulo 3.

Findadas as considerações acerca do modo como se irradiou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Direito brasileiro, bem como as alterações ao Código Civil decorrentes da Lei nº 13.146, o Capítulo 4 foi construído com objetivo de analisar o impacto das mudanças da teoria das incapacidades no Direito Empresarial. Nessa senda, foram feitos apontamentos prévios em torno de conceitos básicos dessa área, como quem seria a figura do empresário individual e quais os requisitos para sua capacidade, com intuito de clarificar a referida discussão.

Contando com a solidificação de todos os conteúdos elencados, conclui-se com uma análise crítica de novas considerações feitas em torno das vantagens e dos prejuízos que a atual teoria das incapacidades reverberou sobre o portador de transtorno mental e a prática da atividade empresarial.

Assim, o presente trabalho se destina ao estudo das alterações oriundas da Lei nº 13.146/2015 na codificação de 2002 e sua repercussão na seara empresarial através das mudanças doutrinárias a respeito do exercício da atividade econômica de empresa pela pessoa com deficiência.

2 O CÓDIGO CIVIL E O REGIME DAS INCAPACIDADES

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, promulgada em 07 de julho de 2015, trouxe uma série de disposições que alteraram a dinâmica das relações jurídicas. Como grande alvo da referida lei está o regime das incapacidades jurídicas, que, por sua modificação, deu gênese a uma série de reanálises em questões do mundo do Direito onde o incapaz era inserido com restrições. A seara empresarial não foi excluída de tais mudanças, sendo necessário discutir acerca da incorporação de sujeitos que antes eram considerados incapazes nesse campo.

A pessoa portadora de transtorno mental, até a promulgação da mencionada Lei, era tratada pela legislação brasileira como incapaz, sob o argumento de medida protetiva, em vista das suas naturais deficiências. Nesse sentido, a Lei nº 13.146/2015 surge como força motriz em torno da reconstrução do conceito de capacidade civil, buscando minimizar os prejuízos que a limitação da autonomia impõe aos indivíduos nesta situação de vulnerabilidade.

A análise da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência no entanto, requer prévio olhar sobre o tratamento dado pelo Direito Civil ao incapaz na égide do ordenamento jurídico de outrora. Assim, neste capítulo, faz-se necessário discorrer a respeito do histórico do regime das incapacidades, seu conceito e espécies, incorporados ao Direito Brasileiro ao longo dos anos, a fim de promover melhor interpretação acerca das alterações promovidas pelo mencionado Estatuto no Direito Empresarial.

2.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO ACERCA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O exame do tratamento dado pelo Direito Civil à figura do incapaz se inicia no período colonial, com as Ordenações Filipinas, tendo sistematização apenas no Período Republicano, com o Código Civil de 1916. Nesse sentido, faz-se mister a

separação da retrospectiva histórica desse instituto entre as legislações prévias à codificação nacional e o advento da criação de uma legislação civil de origem brasileira, no início do século XX.

A análise dos dispositivos referentes à redação original do Código Civil de 2002, anterior à vigência da Lei nº 13.146/2015, requer uma abordagem à parte, que será dada mais adiante neste capítulo.

2.1.1 Histórico do regime das incapacidades anteriores à codificação

As Ordenações Filipinas, sucessoras das Ordenações Manuelinas e Afonsinas, promulgadas em 1603, foram o ordenamento jurídico de vigência mais longa a reger Portugal, e, conseqüentemente, o Brasil, sua colônia à época¹. Dito isso, tais ordenações são consideradas o marco teórico jurídico do direito civil brasileiro, transpondo, inclusive, a independência do Brasil, em 1822.

A Constituição de 1824 atendeu formalmente à carência de elaboração de codificações brasileiras próprias, que fossem capazes de reger os anseios e necessidades do país em formação, de modo a trazer previsão expressa para criação de um código civil e outro criminal, conforme art. 179, XVIII². Entretanto, apenas a disposição relacionada a seara criminal foi atendida, com a criação do Código Criminal de 1830.

Ao Direito Civil, restou a determinação de que as Ordenações Filipinas permaneceriam em vigor até a elaboração do referido Código, mantendo uma lacuna relacionada à atualização da lei ao espaço e ao tempo até o início do século XX. Contudo, é preciso ressaltar que não se omitiram as Ordenações Filipinas quanto ao tratamento das incapacidades, trazendo em si uma série de particularidades destinadas a esse tal tópico.

¹ DE CASTRO, Flávia Lages. **História do direito, geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 282.

² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem porbase a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

(...)

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”

No que tange ao exame da referida legislação, é interessante ressaltar, inicialmente, a análise feita por Maurício Requião acerca da dificuldade de definição do conceito de “portador de transtorno mental”. No transcorrer das Ordenações Filipinas, palavras como “louco”, “mentecapto” e “furioso” são utilizadas como nomenclaturas alternativas para tanto, fazendo sobressair, a carga pejorativa direcionada a essa parcela da sociedade³.

Nesse diapasão, o ordenamento traz, ainda, a equiparação da figura do louco e do embriagado ao animal furioso, enquanto representação de perigo, para aplicação de poder de polícia. Frise-se, ainda, que muitos dispositivos dessa legislação se destinam aos loucos (“mentecaptos”) e os pródigos, evidenciando a atenção do legislador a figuras que exigiam do mundo jurídico um olhar mais atento e que, futuramente, viriam a permear o rol das incapacidades jurídicas: o louco (pelo CC/16), o pródigo (CC/16 e CC/02) e o ébrio (apenas CC/02).

Quanto à figura do pródigo, valem as lições de Caio Mário da Silva Pereira ao trazer o conceito desse termo construído nas Ordenações como sendo “aquele que desordenadamente gasta e destrói sua fazenda (conjunto de bens)”⁴. Saliente-se que noção se manteria até o século XX, junto com a proteção do indivíduo que dilapida seu patrimônio.

Como momento para cessação da menoridade, as Ordenações elencam a idade de 25 anos, demonstrando, nesse ponto, limitações a esses sujeitos. De fato, tal concepção de maioridade civil acarreta na percepção do engatinhar do regime das incapacidades jurídicas, principalmente quando se avalia a existência, nessa mesma legislação, da determinação de que seja atribuído curador ao menor de 25 anos, como se verá a seguir⁵.

Quanto ao instituto da curatela nas Ordenações Filipinas, fazem-se mister as palavras de Requião, ao enumerar os sujeitos considerados, no século XVII, como incapazes de exercerem sua cidadania de forma plena:

³ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 3.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 239.

⁵ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 3.

A curadoria deste sujeito portador de transtorno mental era regulamentada no seu Livro IV, Título CIII, sob a epígrafe de "Dos curadores que se dão aos pródigos e mentecaptos". Determina tal dispositivo que seja dado curador aos menores de vinte e cinco anos de idade, aos desassisados e desmemoriados, bem como aos pródigos que mal gastarem suas fazendas⁶.

Saliente-se, ainda nas palavras de Requião, que desassisado é o indivíduo sem siso, ou seja, "sem juízo", e desmemoriado, no sentido dado pelas Ordenações, o sujeito categorizado como "idiota ou demente"⁷.

Por volta de 1858, conforme elucida Cristiano Chaves⁸, foi organizada a Consolidação das Leis Civis, projeto de Teixeira de Freitas, com o objetivo de suprir momentaneamente o hiato deixado pelo atraso da codificação. Destaca-se que, por seu modo progressista de estudar e definir o Direito Civil, tal obra serviu de inspiração para o Código Civil da Argentina e para o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a obra de Teixeira de Freitas seria "notável trabalho, respeitado como o primeiro grande monumento jurídico nacional"⁹.

No que tange ao tratamento dado ao incapaz, a Consolidação das Leis Civis redefiniu a idade para maioridade civil, passando de 25 anos para 21 anos de idade, reduzindo o piso para cessação da incapacidade. Quanto à questão da curatela dos "loucos" e pródigos, conforme elucida Requião, o texto legal manteve, em linhas gerais, o regime das Ordenações Filipinas¹⁰.

Em que pese o elevado valor do projeto de Teixeira de Freitas, apenas no final do século XIX o quanto preconizado pela Constituição de 1824 passou a ser efetivamente cumprido. O resultado desse movimento de gênese legislativa

⁶ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 4.

⁷ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 4.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 44.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. v. 1 – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 43.

¹⁰ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 3.

culminou no Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilácqua, que só seria aprovado em 1916, dando origem ao período das codificações civis.

2.1.2 O Código Civil de 1916 e o regime das incapacidades

No transcorrer da segunda metade do século XIX, após a criação da Consolidação das Leis Civis, diversos juristas se debruçaram sobre a missão de criar o Código Civil idealizado pela Constituição de 1824. Em 1899, Bevilácqua entregou seu projeto, cujo trâmite se deu de forma morosa e bastante polêmica, fazendo com que sua passagem pela aprovação do Senado se iniciasse em 1902, mas com aprovação mais de dez anos depois.

O Código Civil do Brasil foi sancionado como Lei n. 3.071/16, com *vacatio legis* de 01 ano, transferindo sua vigência a partir de 1º de janeiro de 1917, sob a justificativa de melhor conhecimento do código que alteraria toda a legislação civil do país.

Como sinaliza Flávia Lages de Castro, a concepção de um Código Civil suplicava, antes de mais nada, pela definição de quem seriam os cidadãos aptos a praticarem os atos nele dispostos. Nesses termos, Castro lança mão das ideias de Leila Grinberg¹¹ ao pontuar a existência, durante o Brasil Império, da ideia de “meio cidadão”, que seriam as pessoas, como mulheres, crianças e escravos que praticavam atos da vida civil como compra e venda, e locações, sem terem seus direitos reconhecidos pelas Ordenações vigentes, sem entrar no mérito dos pródigos e dos loucos

Nesses termos, era preciso estipular quais seriam as situações da vida que levariam a aplicação de um tratamento jurídico especial no que tange à proteção de indivíduos que não devem ter autonomia no mundo civil. Assim, ainda que ordenamentos anteriores tenham trabalhado com essa noção, o regime das incapacidades no Direito brasileiro surgiu de forma sistematizada apenas com o Código Civil de 1916.

¹¹ DE CASTRO, Flávia Lages. **História do direito, geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 434 - 435.

A análise do regime das incapacidades, contudo, requer a definição prévia do conceito de *capacidade*, seguida do exame das hipóteses de incapacidades trazidas na codificação de 1916.

2.1.2.1 O conceito de capacidade jurídica e a teoria das incapacidades

É preciso salientar que o conceito de capacidade jurídica caminha lado a lado com o de personalidade jurídica, conforme define Pablo Stolze ao afirmar que “adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações”¹². É dizer, o ordenamento jurídico, apoiado na ideia de personalidade jurídica, atribui ao indivíduo capacidade que o permite ser titular de direitos e obrigações, de forma direta ou indireta.

No entendimento de Orlando Gomes¹³, capacidade pode ser compreendida em dois sentidos diferentes. O primeiro deles se extrai da ideia de personalidade jurídica, sendo, portanto, a aptidão para adquirir direitos, chamada de capacidade de direito. A capacidade de exercício, chamada capacidade de fato, o segundo sentido, é interpretada como a aptidão para o exercício de tais direitos. Nas palavras do mesmo, a capacidade de exercício seria a de o sujeito poder pessoalmente atuar na órbita do Direito.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a distinção entre os conceitos de capacidade de direito e capacidade de fato se dá a partir do entendimento de que a primeira deve ser concebida como capacidade de aquisição, e a segunda como capacidade de ação. Destaca ainda, nesse ponto, que “a capacidade de direito, de gozo, ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade”¹⁴.

Assim, a capacidade de direito é deferida para aqueles que possuem personalidade, sendo, a priori, atribuída a todos. Enquanto a capacidade de fato só é concedida para quem está apto a exercer pessoalmente os atos da vida civil,

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 145.

¹³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 149.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 221.

conforme enfatiza Stolze¹⁵. O conceito de capacidade civil plena, portanto, se refere à confluência da capacidade de direito com a capacidade de fato em um único indivíduo, que será capaz de exercer direitos e praticar atos da vida civil sem intermédio de terceiros, por representação ou assistência.

Dito isso, o conceito de incapacidade deriva da ausência da capacidade de fato. É dizer, incapaz civilmente é o sujeito que, apesar de ser de titular de direito e obrigações, não está apto a praticá-los por falta de autonomia. Nesse sentido, a ausência de soberania desses indivíduos para a regerem seus direitos e obrigações levou o legislador a criar meios para inclusão desses, com ressalvas para proteção dos seus próprios interesses, que seriam os institutos da representação e da assistência.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“Aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de direito, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de outra pessoa, que os represente ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em incapacidade.¹⁶”

Não obstante, mister se faz a ressalva feita por Cristiano Chaves ao destacar que a teoria das incapacidades tem seu fundamento nas “garantias constitucionais para exercício de direitos patrimoniais”¹⁷. Dessa forma, o dito incapaz civilmente deverá ser representado ou assistido em relação à questões patrimoniais, pois, para essas, e apenas essas, há divisão de capacidade jurídica entre capacidade de direito e capacidade de fato. Relações jurídicas existências, conforme pontua o mesmo autor, não sobreviveriam perante tal cisão, e não a exigem, uma vez que a

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 222.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 306.

necessidade de intervenção de terceiros, nessa situação, implicaria em ameaça a dignidade dos indivíduos.¹⁸

Ainda nesse ponto, lembra Caio Mário da Silva Pereira que a incapacidade deve ser entendida como uma exceção, sendo a capacidade civil plena a regra.¹⁹

Sabendo que a incapacidade civil demanda um tratamento diferenciado, estabelece-se que seu fulcro está na proteção daqueles que se encontrem em situação da vida compreendida, pelo mundo jurídico, como capaz de lhes reduzir a compreensão e o discernimento para praticar pessoalmente certos atos. Vale salientar, contudo, que a ideia de compreensão e discernimento reduzidos considera que existem diversos níveis de intensidade que podem fazer com que alguns indivíduos tenham suas faculdades mais comprometidas do que outros. Derivam, portanto, dessa diferenciação entre a extensão da incapacidade, os conceitos de incapacidade absoluta e relativa.

Dito isso, serão absolutamente incapazes aqueles indivíduos que não tem capacidade nenhuma para agir²⁰, ou seja, que são inaptos para a vida civil na sua totalidade²¹. Assim, por terem incapacidade em “extensão máxima”, essas pessoas deverão ser representadas por terceiro, que será responsável por exercer a tutela de direitos e obrigações em seu nome.

Por outro lado, o relativamente incapaz é o sujeito que, apesar de também necessitar da proteção jurídica advinda da teoria das incapacidades, o faz em menor grau do que os absolutamente incapazes. É dizer, tais indivíduos são “incapazes apenas quanto a alguns direitos ou quanto à forma de seu exercício”²². Destarte, o instituto para sua proteção é a assistência, que se baseia na possibilidade dos mesmos agirem no mundo civil mediante autorização e presença de terceiros para sua validade.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 306.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 228.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 306

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 228.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 228.

Ressalta ainda Orlando Gomes²³, que a incapacidade absoluta não só traz privações no sentido do incapaz exercer seus direitos, como também o limita do gozo destes, em virtude da sua natureza personalíssima, que não que sejam executados através da representação, tal como o direito de casar. Frise-se que o mesmo não ocorre quando se trata dos relativamente incapazes, uma vez que, mediante assistência, podem gozar dos seus direitos.

Feita a distinção entre capacidade e incapacidade, bem como dos diferentes tipos de incapacidade, é possível proceder à análise do regime das incapacidades criado no Código Civil de 1916.

2.1.2.2 O rol de incapacidades do Código Civil de 1916

Elucida Caio Mário da Silva Pereira, de início, que a codificação de 1916 teve sua gênese essencialmente patrimonialista, com fulcro na herança do século XIX do liberalismo econômico, fazendo com que o regime das incapacidades não fosse desvinculado dessa ótica. Dessa forma, a relação de hipóteses de incapacidade foi desenvolvida com base na proteção dos valores patrimoniais acima das questões existenciais, de modo que a incapacidade atuaria como escudo para que os atos do incapaz não pudessem afetar o seu patrimônio, ou o de terceiros²⁴.

Dito isso, traz-se à tona o conteúdo dos arts, 5º e 6º do referido diploma para exame das circunstâncias que levam ao reconhecimento de incapacidade jurídica. Tendo em vista fins explicativos, tal análise começará pelo art. 5º, que elencava o rol dos absolutamente incapazes:

Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II - os loucos de todo o gênero;

²³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, volume 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 *apud* TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia/GO, 2016, p. 17.

III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.²⁵

O inciso I se refere aos menores de dezesseis anos, estabelecendo uma idade limite para que seja alcançada a incapacidade relativa, ou seja, uma idade que permitirá que o indivíduo pratique certos atos da vida civil com terceiro como assistente. Assim, percebe-se uma mudança em relação às Consolidações de Teixeira de Freitas, que apenas definiam a maioridade civil como aos 21 anos, sem estabelecer qualquer outra idade que servisse de padrão para distinção entre absolutamente incapaz e relativamente incapaz.

O inciso II trata dos “loucos de todo gênero”, hipótese que desde já adianta-se não ter sido recepcionada pela codificação de 2002. Importante pontuar, consoante as lições de Caio Mário da Silva Pereira, que o vocábulo “louco” não se dirige apenas aos casos de distúrbio mental que levem ao indivíduo ao nível de “furioso”, mas sim a toda e qualquer espécie de perturbação das funções cerebrais, seja qual fosse a origem dessa, congênita ou acidental, específica ou geral²⁶.

Oportuno ainda mencionar o debate, à época, que se deu para escolha da expressão que se destinaria a abranger todos os distúrbios psiquiátricos e psicopatológicos, em seus diversos níveis, restando eleito o termo “louco”, e enfatizando o olhar pejorativo destinado ao portador de transtorno mental.

Ademais, saliente-se que o referido inciso deve ser compreendido como “incapacidade por alienação mental”, devendo ser interpretado para comportar quaisquer “anomalias ou deficiências que colocam o indivíduo em condições inferiores quanto à acuidade de espírito”²⁷. Um adendo, nesse ponto, se faz necessário diante da expressão “acuidade de espírito”, pela margem de subjetivismo, por ela trazida, no que tange à análise de quem seria o portador de transtorno mental.

²⁵ BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 232.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 232.

A questão da surdo-mudez foi abordada no inciso III do art. 5º do Código Civil de 1916, com a ressalva de que tal hipótese se destinaria apenas ao surdo-mudo que não fosse capaz de exprimir sua vontade. Conforme pontua Requião, o ordenamento de 2002 retirou a referência direta aos surdos-mudos, pelo entendimento de que aqueles que não pudessem exprimir sua vontade seriam integralmente contemplados pelo inciso III do art. 3º, como se verá a seguir²⁸.

Esta fundamental correção feita pelo legislador do século XXI enfatiza o fato de a surdo-mudez não ser, em geral, deficiência capaz de retirar o discernimento do indivíduo ou sua capacidade de compreensão. De fato, como ensina Caio Mário, o surdo-mudo que não for educado torna-se alheio ao ambiente social por sua incapacidade de se comunicar, tornando-o inapto a manifestar vontades que são requisitos para integração no mundo jurídico. Tal questão, porém, não deve ser suficiente para que a surdo-mudez seja analisada como uma situação apartada, em inciso próprio, como foi feito na codificação de 1916.

Por fim, tem-se a hipótese dos ausentes, no inciso IV, que também foi retirada do Código Civil de 2002, visto que tal circunstância em nada se aproxima das questões levantadas nos incisos anteriores, ou seja, não sendo capaz de diminuir o discernimento e a compreensão daquele indivíduo que está “apenas” desaparecido. Sinaliza Requião, nessa linha, que a ausência não deve ser equiparada aos incisos I, II e III, pois não se trata de “suposta debilidade”, mas sim de desaparecimento²⁹. Assim, o CC/02 passou a dispor sobre os ausentes de forma autônoma, no seu Capítulo III.

O art. 6º, do CC/16, trazia nos seus incisos as hipóteses de incidência dos relativamente incapazes, quais sejam:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156).

II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

²⁸ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 6.

²⁹ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 6.

III - os pródigos.

IV - os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.³⁰

Conforme análise do art. 5º, percebe-se que a codificação de 1916 manteve a maioria civil como adquirida aos 21 anos (vide inciso I), havendo a inclusão da idade de 16 anos como divisa inovadora entre as incapacidades absoluta e relativa. Nesse ponto, valem as lições de Caio Mário da Silva Pereira ao elucidar que:

“o estabelecimento de idade para o início de incapacidade relativa como para a aquisição de incapacidade plena é resultado de puro arbítrio do legislador, que tem a liberdade de distinguir a atividade civil da atividade política e sujeita-las a condições ou requisitos diferentes.

No Código Civil de 2002, por outro lado, será possível observar as mudanças da sociedade ao longo do século XX pela alteração da idade mínima para aquisição da capacidade civil plena.

Tendo em vista fins didáticos, prossegue-se ao exame do inciso III, que trata dos pródigos, hipótese sendo a única a permanecer inalterada após o CC/02, conforme sinaliza Requião³¹. No entanto, Pablo Stolze traz em sua obra a ressalva de que a codificação de 1916 não traz em seu texto a definição de *pródigo*, porém lança mão das palavras de Bevilacqua que conceitua pródigo como “aquele que desordenadamente gasta e destrói sua fazenda, reduzindo-se à miséria por sua culpa”³². A análise prévia das Ordenações Filipinas, inclusive, permite perceber o quanto o entendimento acerca do pródigo se aproxima nas duas legislações.

³⁰ BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

³¹ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, 2016, p. 6.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

Quanto à redação do inciso IV, é importante salientar que tal disposição foi alterada na codificação de 2002, com a retirada da figura do indígena do rol dos relativamente incapazes, tendo em vista o crescente da sua inclusão e incorporação à sociedade do país. Além disso, foi criada uma ressalva, no parágrafo único do art. 4º, determinando que a capacidade desses será regulada por legislação especial.

Em se tratando da legislação que vigorou até o início do século XXI, Stolze aponta que o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) corroborou com o conteúdo do CC/16, pois trouxe o índio como, a princípio, “agente absolutamente incapaz, reputando nulos os atos por eles praticados sem a devida representação³³”. Nesses termos, e considerando o CC/02, o índio que demonstrar discernimento para prática dos atos da vida civil, bem como a efetiva prática de tais atos sem causar prejuízos, poderia ter sua capacidade civil plena reconhecida.

O inciso II do art. 4º, que trata das mulheres casadas, merece uma atenção especial, visto que foi removido do Código Civil de 1916 pela Lei nº 4.124/1962 (que também trouxe uma pequena alteração no parágrafo único do supracitado dispositivo). Assim, desde 1962 as mulheres casadas passaram a ter sua capacidade civil plena reconhecida, ainda que na constância do casamento, demonstrando um tardio, porém louvável, avanço do pensamento acerca da igualdade de gênero no Direito Civil.

Feito o exame das hipóteses de incapacidade jurídicas pertencentes ao finado Código Civil de 1916, e constatada serem as mesmas reflexo da conjuntura social da época, parte-se para a análise da codificação vigente, com suas inovações e remanescências.

2.2 HIPÓTESES DE INCAPACIDADE TRAZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A expressão “O Código Civil de 2002 já nasceu velho” é utilizada por diversos autores para criticar o fato de o projeto da legislação ter tido diversos projetos ao longo da década de 70, levando quase 20 anos para ser aprovado. É dizer, com a promulgação dessa legislação datando apenas de 2002, ainda que diversas

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159.

mudanças e atualizações tenham sido feitas ao longo desse período, seus conceitos, normas e disposições tem influência de percepções atrasadas em 30 anos – e as hipóteses de incapacidade jurídica não são exceção a esse entendimento.

Dito isso, o Código Civil de 2002, de acordo com Gustavo Tepedino³⁴, manteve o entendimento de que o exercício da capacidade plena é a regra, sendo a incapacidade tida como exceção. O autor lembra, ainda, que, o instituto das incapacidades nasceu com o intuito de proteger o patrimônio daqueles que possuem certa deficiência para compreensão dos atos civis. Dessa forma, para melhor assimilar a aplicação dos dispositivos legais que tratam desse assunto, deve-se ter essa premissa como ideia norteadora, conforme analisado no tópico anterior.

Não merece prosperar, contudo, o desconhecimento acerca das alterações evocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) na redação da codificação vigente, com impacto direto sobre o regime das incapacidades, e indireto em todas as searas do Direito Civil. Nessa senda, tendo em vista o exame da supracitada lei no próximo capítulo, é preciso que se esmiúce a redação original da codificação de 2002.

Saliente-se, por fim, que o texto de 2002 manteve, em seus art. 3º e 4º respectivamente, a separação entre incapacidade absoluta e relativa, diante da concepção de que há diferentes níveis de carência de discernimento acarretam em necessidade de protetivas, provenientes da lei, também diferentes.

2.2.1 A incapacidade absoluta sob a égide do Código Civil de 2002

Reiterando os apontamentos acerca de capacidade jurídica e a teoria das incapacidades, tem-se que a incapacidade absoluta se destina aos indivíduos que não possuem aptidão para a prática de quaisquer atos da vida civil, não sendo capazes de exercer seus direitos ou cumprir suas obrigações pessoalmente. O rol das hipóteses de incapacidade absoluta está contido, em redação original, no artigo 3º do Código Civil de 2002, conforme se vê a seguir:

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14.

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.³⁵

A consequência prática trazida pelo art. 3º, dando voz às lições de Gonçalves³⁶, é a necessidade de que, em recaiando nas hipóteses taxativas elencadas, haja um representante legal que possa exercitar os direitos do incapaz em benefício do mesmo, conforme preconiza o art. 115 do CC/02. O respaldo para tanto está na proibição total da prática dos atos da vida civil, sem intermediários, que decorre da incapacidade, sob pena de torná-los nulos.

Vale lembrar que, consoante exposto anteriormente, o fundamento no qual se alicerça o instituto da representação legal, assim como a assistência, é de que a incapacidade é utilizada como ferramenta de proteção diante da vulnerabilidade daqueles que se encontram abarcados pelo rol dos arts. 3º e 4º³⁷. Assim, feitos tais esclarecimentos, é possível destrinchar as hipóteses de incapacidade absoluta.

Merece destaque o quanto previsto no inciso I, tendo em vista o privilégio de ter sido a única hipótese de incapacidade absoluta recepcionada pela Lei nº 13.146/15. A incapacidade absoluta dos menores de 16 anos foi instituída no CC/16, e mantida no Código Civil de 2002, é discricionária, porém justificadamente baseada no entendimento de que a pouca idade acarreta em inexperiência, imaturidade e maior susceptibilidade à influência de terceiros, o que comprometeria a capacidade de ação do indivíduo em questão.

³⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.111.

³⁷ REQUIÃO, Maurício. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 72. 2015.

Ainda nessa perspectiva, acerca da escolha da idade de 16 anos como teto para incapacidade absoluta, Chaves aduz que o Direito optou por tal acreditando que essa idade, em geral, demarca um momento de maior compreensão da realidade na qual o adolescente está inserido.³⁸

De acordo com a redação original do art. 3º, o inciso II incluía no rol dos absolutamente incapazes aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o devido discernimento para a prática desses atos”. Sábias são as palavras de Stolze ao ensinar a quem, de fato, se dirigia o dispositivo:

“o comando tratava das pessoas que tivessem doença ou deficiência mental, congênita ou adquirida em vida de caráter duradouro e permanente, e que não estivessem em condições de administrar seus bens ou praticar atos jurídicos de qualquer espécie”³⁹

Outrossim, Caio Mário da Silva Pereira elucida que essa hipótese abarca “qualquer estado de insanidade”, destacando, em tempo, os obstáculos impostos à fixação de um limite claro de quando se fala em “alienação mental” tendo em vista a subjetividade envolvida tanto no cerne da medicina quanto no mundo jurídico⁴⁰. Saliente-se, ainda, sabendo que há também a incapacidade relativa, que o grau de discernimento relacionado à deficiência deve ser mensurado a fim de estabelecer sob qual incapacidade recairá o indivíduo. Considera-se, dessa forma, que comprometimento integral do discernimento referente à deficiência mental implicará em incapacidade absoluta.

Diante da abordagem deste trabalho, e considerando o tratamento dado ao portador de transtorno mental a partir da Lei n. 13.146/15, rememore-se que tal dispositivo não se encontra integralmente abarcado, ou inspirado, em quaisquer dos regramentos da codificação de 1916. Isto posto, é preciso salientar que o art. 5º, II, do CC/16 previa a incapacidade dos loucos, atribuindo ao termo “louco” errônea,

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 344.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 232.

generalizada e depreciativa interpretação, para que esse se destinasse a todos os portadores de transtorno mental.

Por fim, há a previsão do inciso III, do art 3º que trata dos indivíduos que não estiverem aptos a expressar sua vontade, ainda que de forma transitória. Relembra Caio Mário da Silva Pereira que a codificação de 2002 excluiu a figura da surdo-mudez do rol das incapacidades, optando por uma previsão mais generalizada, para que a incapacidade se dirija expressamente aos que estejam “inaptos a manifestar sua vontade, independente da causa orgânica”⁴¹.

2.2.2 A relação dos relativamente incapazes no CC/02

A incapacidade relativa, por sua vez, foi construída para proteção dos indivíduos que possuam certa continência de discernimento, ainda que momentâneas, impossibilitando-os de praticar alguns atos ou estabelecendo restrições à forma como poderão exercê-los. O artigo 4º, *ipsi litteris* a diante, do supracitado diploma legal, traz as hipóteses de incapacidade relativa.

Segundo preconiza Gonçalves⁴², a incapacidade relativa tem como efeito a possibilidade de o relativamente incapaz pratique atos da vida civil, com a ressalva de serem acompanhado por um assistente, para que tais atos não sejam passíveis de anulabilidade⁴³. Evidencie-se, porém, que, tendo em vista não ser tão reduzido o grau de compreensão de mundo desses sujeitos, o legislador concedeu a possibilidade da prática de determinados atos sem que houvesse a necessidade de assistência.

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

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

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 235.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.120.

⁴³ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental, completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.⁴⁴

A princípio, percebe-se que o inciso I do art. 4º já expõe uma mudança em relação à codificação de 1916, que estabelecia como momento para aquisição da capacidade civil plena a idade de 21 anos. Extrai-se, dessa forma, que os avanços sociais, aliados à mudança da visão em torno do adolescente e do jovem adulto ao longo do século XX, levaram à redução da maioridade civil para 18 anos, reconhecendo como apto à prática dos atos da vida civil aquele que outrora era tido como incapaz.

O destaque para a inovação do “novo” código está nos incisos II e III, que trazem hipóteses nunca antes consideradas ou previstas, evidenciando, se maneira discutível ou não, a evolução do tratamento jurídico dispensado ao portador de transtorno mental e aos demais indivíduos abarcados por tais dispositivos.

Conforme preconizado pela redação original do inciso II, são relativamente incapazes os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham discernimento reduzido. Elucida, ainda, Flávio Tartuce que tal dispositivo personifica uma ampliação das hipóteses de incapacidade relativa que derivam de causa permanente ou transitória⁴⁵. Vale acentuar que, quanto a esse regramento, apenas a terceira previsão, que se dirigia aos portadores de deficiência mental, foi revogada pela Lei n. 13.146/15, como se verá no Capítulo 3.

Quanto aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos tem-se que tais condições, ainda que transitórias, colocam o indivíduo em situação de vulnerabilidade, reduzindo sua compreensão e sensatez em relação ao mundo a sua volta. Assim, por ser circunstância que, via de regra, apenas reduz o discernimento, não o eliminando totalmente, não há que se falar em incapacidade absoluta, mas apenas em relativa. Stolze destaca em suas lições, contudo, que a embriaguez e o vício em tóxicos são situações que demanda exame do juiz caso a caso, para que

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2012. p. 91.

possa de fato ser aferida a capacidade do sujeito de praticar certos atos da vida civil⁴⁶.

No tocante aqueles com discernimento reduzido devido à deficiência mental, Venosa assinala que a composição da codificação de 2002 ofereceu ao juiz extensa capacidade para decidir sobre quais indivíduos seriam enquadrados no art. 4º e quais seriam considerados plenamente capazes⁴⁷. É dizer, a subjetividade com que foi construído o art. 4º, inciso II faz com que caiba ao magistrado a aferição pessoal da falta de discernimento do indivíduo portador de deficiência mental, sem definir uma gradação clara entre os diversos tipos de déficits.

Chaves⁴⁸ traz em suas lições a importante observação acerca da necessidade de diferenciar a hipótese contida no inciso II do art. 4º e o quanto disposto no art. 3º, inciso II: enquanto o primeiro se destina aos sujeitos com discernimento reduzido, o segundo diz respeito a ausência completa de discernimento, culminando em incapacidade absoluta.

Em relação ao inciso III do art. 4º, frise-se, inicialmente, que esse dispositivo também foi abolido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), tendo sido substituído pelo antigo inciso III do art. 3º, que tratava daquele que não pudesse exprimir sua vontade, considerado anteriormente como absolutamente incapaz.

Em análise da sua redação original, porém, Chaves⁴⁹. Pontua que o termo “excepcionais” caracteriza o portador de anomalia que apresente desenvolvimento mental completo associado a discernimento diminuído. Assim, o portador de Síndrome de Down é comportado pela previsão do inciso III, posto que, ainda que seu déficit lhe reduza a compreensão, nas palavras do mesmo autor, esses indivíduos ainda apresentam certo controle de si mesmos.

Dito isso, mister se fazem as palavras de Venosa ao tratar do inciso III do art. 4º:

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 344.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 281.

Na verdade a lei separa os que congenitamente possuem limitação mental daqueles cuja limitação, em tese, venha a ocorrer durante a sua existência. A situação, porém, a ser enfrentada pelo juiz é a mesma: deverá concluir se o sujeito possui limitação mental que o iniba parcialmente para os atos da vida civil. Se a limitação for total, o caso será de incapacidade absoluta.⁵⁰

Assim, conforme assinalado, a subjetividade do regime das incapacidades do Códex de 2002 deixou a diferenciação entre a aplicação dos arts. 3º e 4º, e até mesmo entre diferentes hipóteses desse dispositivo, a cargo do magistrado.

Os pródigos estão regidos pelo inciso IV do art. 4º, mantendo sua condição de relativamente incapazes, consoante o Código Civil de 1916. Outra manutenção em relação ao antigo código foi, como bem sinaliza Stolze, a ausência, mesmo em 2002, da definição de “pródigo” no ordenamento civil, cabendo à doutrina formular esse conceito⁵¹.

Uma significativa alteração em relação ao texto de 1916, em relação aos pródigos, é o fato de que a restrição à prática dos atos da vida civil, para o pródigo, só deve prosperar diante de atos que sejam capazes de reduzir o seu patrimônio, conforme ensina a inteligência do art. 1.782 do CC/2002⁵².

Por fim, a codificação de 2002 revogou a incapacidade dos índios não integrados, os silvícolas, mantendo a previsão de que esses sejam submetidos à legislação especial, conforme recomenda o parágrafo único do art. 4o.

Neste sentido, percebe-se que o elenco feito no texto intacto de 2002, traduz, essencialmente, um discurso excludente, tendo em vista, como preceitua Nelson Rosenthal⁵³, o fato de que, sabendo que o direito à capacidade é um direito fundamental, só deveriam ser privados desse as pessoas portadoras de transtornos mentais permanentes, por estarem em situação excepcional de extrema vulnerabilidade e, portanto, de necessária proteção.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 157.

⁵² Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

⁵³ ROSENVALD, Nelson. **A necessária revisão da teoria das incapacidades**, in: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso Neves (coord.). **Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. São Paulo: Atlas, 2013.

2.3 ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA SEGUNDO A REDAÇÃO ORIGINAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Feitas as devidas considerações acerca do entendimento das incapacidades no Direito Civil brasileiro ao longo dos séculos, bem como do regime das incapacidades nas codificações de 1916 e de 2002, é necessário analisar o instituto da curatela, instrumento pelo qual terceiro capaz é nomeado a assumir as rédeas da vida civil de um indivíduo incapaz.

É preciso, porém, estabelecer, de plano, uma breve diferenciação entre os institutos da curatela e da tutela, pois, em que pese se destinarem ambos à proteção de pessoas incapazes, esses instrumentos são autônomos e que não merecem ser tratadas como sinônimos. Assim, será possível discutir como era tratada a curatela na codificação de 2002, anteriormente à promulgação da Lei n. 13.146/2015, que provocou uma série de mudanças dentro desse instituto, como se verá no Capítulo 3.

2.3.1 Breve distinção entre tutela e curatela

Com base nas ponderações enumeradas acerca da teoria das incapacidades, sabe-se que, na redação original do CC/02, o art. 3º comporta as hipóteses de incapacidade absoluta (o menor de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o devido discernimento; e os que não puderem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente), restando ao art. 4º tratar das incapacidades relativas (os menores púberes; os ébrios habituais, toxicômanos, os deficientes mentais com discernimento reduzido; os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto; e os pródigos).

O legislador optou, então, como forma de proteger os indivíduos abarcados pelas hipóteses supracitadas, criar dois institutos, a tutela e a curatela, para que pessoas capazes e confiáveis sejam responsáveis por praticar, numa esfera assistencial, atos da vida civil para aqueles considerados, pelo Direito, como

incapazes. Em tempo, são importantes as lições de Chaves ao levantar que esses encargos (tutela e curatela) foram cunhados, a priori, para proteção do patrimônio, mas que, atualmente, vão muito além da esfera patrimonial, estando diretamente associados à proteção da dignidade da pessoa humana⁵⁴.

Saliente-se, porém, que, ainda que sob rápido olhar, tutela e curatela apresentem diversas confluências entre si, esses regimes não devem ser confundidos, como se vê adiante.

Tutela é encargo designado a apenas reger os menores, tanto púberes quanto impúberes, pois, conforme alumia Gonçalves, tal regramento se destina a substituir o poder familiar. Assim, consoante a inteligência do art. 1728 do CC/02⁵⁵, o poder tutelar deverá proteger o menor não emancipado (ainda incapaz) e seus bens caso sejam ambos os pais falecidos, declarados ausentes, ou destituídos do poder familiar⁵⁶.

Clarifica-se o conceito de tutela através das elucidações feitas por Maria Helena Diniz:

A tutela, portanto, é um complexo de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de até 18 anos incompletos (ECA, art. 36), que não se acha sob o poder familiar, e administre seus bens.⁵⁷

O tutor, portanto, é aquele indivíduo que, íntegro e honesto, será indicado a zelar pelo bem-estar físico e psíquico do menor, bem como por sua educação e patrimônio⁵⁸.

Com intuito de estabelecer nítida diferenciação entre tutela e curatela, lança-se mão das palavras de Chaves ao reconhecer que a tutela é encargo cabível

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 866.

⁵⁵ Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.662.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 666.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 665.

somente quando o incapaz se tratar de criança ou adolescente, visando sua proteção integral, enquanto a curatela é regime que se destina à proteção de pessoas maiores civilmente, apesar de também incapazes⁵⁹.

Gonçalves vai além ao aluziar que, afora tipo de indivíduo amparado, tais encargos se diferenciam também porque a tutela é capaz de ser testamentária, na qual os pais do menor designam quem será o tutor. A curatela, por outro lado, só pode ser determinada e indicada pelo magistrado. Some-se isso ao fato de que a tutela é instituto que sempre englobará o menor e seu patrimônio, enquanto a curatela poderá ser mais restrita, abarcando apenas a seara patrimonial, como se vê na situação do pródigo⁶⁰.

Consagrados os conhecimentos acerca da tutela e suas divergências em relação à curatela, é possível passar, por fim, ao exame deste regime.

2.3.2 Curatela

Nas palavras de Trindade, curatela é a “instrumentalização da indicação de uma pessoa para representar o incapaz nos atos da vida civil”⁶¹, ou seja, é um dever público que com previsão legal para que terceiro capaz administre o patrimônio do indivíduo incapaz que não está apto a se auto administrar.

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, lança mão da definição de Eduardo Espínola para conceituar curatela como “encargo cometido a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores incapazes”⁶². Tal definição, apesar de satisfatória, não comporta todas as hipóteses de curatela, como se vê a seguir.

Interessa acentuar que não é de todo verdade que a curatela sempre trata de pessoas maiores, mesmo que a doutrina comumente utilize esse aspecto como essencial na distinção entre tutela e curatela. Retome-se aos ensinamentos de

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 902..

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.699.

⁶¹ TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia/GO, 2016, p. 43.

⁶² ESPÍNOLA, Eduardo. A Família no Direito Civil Brasileiro, n. 274, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 561.

Gonçalves ao rememorar que caberá curatela, e não tutela, quanto ao nascituro e ao menor púbere que sofre de redução de discernimento por prejuízo das faculdades mentais.⁶³

A fim de exaurir o significado jurídico de curatela, evoca-se às lições de Diniz que constrói o referido conceito como “encargo público” pelo qual o legislador atribui a um sujeito a incumbência de reger e defender a pessoa e gerir os bens do incapaz, via de regra maior⁶⁴.

Direcionando-se ao devido aprofundamento acerca da curatela à luz do Código Civil de 2002, em sua redação original (anterior às mudanças devidamente causadas pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência), evoca-se a inteligência do art. 1.767 da referida legislação, porém ressalta-se, de antemão, que o referido dispositivo foi bastante modificado pela Lei n. 13.146/2015, pela revogação de diversos incisos, como se verá no Capítulo 3:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
- V - os pródigos.

Consoante preconiza o referido dispositivo, a curatela é dever conferido pelo poder público a pessoa idônea, chamada curador, que abarca todas as hipóteses de incapacidade que não são motivadas pela idade cronológica do incapaz. Caio Mário da Silva Pereira aponta que, acerca dos sujeitos alvos da curatela, essa recairá sobre os todos os indivíduos que, “por motivos de ordem patológica ou acidental,

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.699

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686.

congenita ou adquirida”⁶⁵ não estiverem aptos a governarem suas vidas, tanto em relação a sua pessoa quanto aos seus bens, mesmo que maiores de idade. A curatela do nascituro, por sua vez, tem seu respaldo legal no art. 1.779 do CC/02.

Enumeradas as hipóteses de curatela, valem as instruções de Gonçalves ao elencar cinco principais características da curatela, sendo elas: o fim assistencial; o caráter eminentemente publicista; o caráter supletivo da incapacidade; o fato de ser temporário; e a necessidade de garantia absoluta da incapacidade para sua decretação⁶⁶. Diante disso, frise-se que a curatela é temporária posto que se cessa com a extinção da incapacidade e que a certeza da incapacidade do indivíduo será aferida a partir de um processo de interdição, que é a via formal para o reconhecimento da curatela.

Fazem-se mister, nesse ponto, os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro ao enfatizar que não há que se falar em curatela diante de aspectos como cegueira, analfabetismo ou velhice, posto que, sozinhos, não motivam interdição⁶⁷. A curatela que atinge o idoso é motivada não pelo avançar da sua idade, mas sim pelo deteriorar das suas funções cognitivas, lhe causando redução ou extinção do discernimento, motivo pelo qual haverá interdição com fulcro nas hipóteses do art. 1.767.

Importante destacar que, quanto à estrutura geral do instituto da curatela, tem-se dois pressupostos: fático e jurídico. O pressuposto fático para que exista curatela é a incapacidade constatada e o jurídico é a decisão do magistrado que, através de processo judicial de interdição, emitirá sentença que reconhece a curatela e, ao incapaz, um curador⁶⁸.

Ademais, alumia Venosa⁶⁹ que não se deve olvidar que o regime da curatela se espelha na tutela, haja vista a inteligência do art. 1.774⁷⁰ da codificação de 2002 que preconiza que as disposições referentes à tutela se aplicarão à curatela, com ressalva para os art. 1.775 a 1.783.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 562.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.700.

⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 562.

⁶⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, v. 6, p. 2, 2003.

⁷⁰ Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes

Concluídos os apontamentos gerais a evolução histórica do Direito Civil e a teoria das incapacidades e curatela segundo o Código Civil de 2002, é possível dar prosseguimento à análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas repercussões acerca do tratamento dado ao portador de transtorno mental.

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA DAS INCAPACIDADES

O ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, tratou a incapacidade sob o discurso da proteção do incapaz, como discutido anteriormente.

A incapacidade em portadores de transtornos mentais notadamente traz limitações para que possam gozar de uma vida digna, em virtude da relação preconcebida de que estes sujeitos acometidos por tal condição necessariamente não possuem capacidade cognitiva ou de discernimento.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência veio justamente desmistificar essa associação descabida, buscando minimizar os prejuízos que a escassez de autonomia impõe aos indivíduos nesta situação de vulnerabilidade, através da conquista da faculdade da curatela, por exemplo, ainda que não de maneira geral, mas ainda assim possibilita uma menor restrição dessa autonomia no portador de transtorno mental.

Esse reconhecimento da importância da autonomia das pessoas acometidas por alguma deficiência mental traz reflexos que impactam não só as situações que envolvem os negócios jurídicos em geral, como o nascimento da possibilidade desses sujeitos exercerem a atividade empresarial.

Assim, este capítulo pretende analisar, através de uma abordagem geral da referida Lei N° 13.146/2015, as alterações contidas neste dispositivo legal e suas repercussões diante da teoria da incapacidade civil.

3.1 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Devido à complexidade que envolve o processo de recuperação judicial, tendo em vista a diversidade de interesses envolvidos (os do devedor, de seus credores, empregados e da própria economia em diferentes esferas) e o modo como foi idealizado esse trâmite, se faz necessária a constituição de instancias deliberativas.

No ano de 2008, o Congresso Nacional aprovou através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu protocolo facultativo, da Organização das Nações Unidas (ONU), assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Este tratado, que tem força de emenda constitucional, considerando que respeitou o procedimento do § 3º do artigo 5º⁷¹ da Constituição Federal de 1988, demonstra a importância que o Brasil tem dado a proteção dos direitos humanos, principalmente das pessoas que se encontram numa situação de maior vulnerabilidade⁷².

Essa Convenção possui representação de fundamental importância enquanto ferramenta modificadora do atual contexto de exclusão das pessoas com deficiência⁷³, que pode ser vislumbrada através do seu propósito, o qual está previsto em seu artigo 1º:

Art. 1º. O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com

⁷¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁷² FERREIRA, A. J.; SALVATTI, I. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 3. ed. Brasília, 2014, p. 7.

⁷³ FERREIRA, A. J.; SALVATTI, I. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 3. ed. Brasília, 2014, p. 26.

deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.⁷⁴
[grifei]

Desse modo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, busca redirecionar a maneira como a pessoa com deficiência é encarada. No cenário jurídico brasileiro, esse assunto é abordado sob o olhar da medicina, isto é, existe uma ideia de que a deficiência se justifica pelas limitações pessoais, nas palavras de Rosenvald⁷⁵, como consequência de uma patologia. O que se objetiva, respaldando-se no que preceitua a CDPD, é trazer uma nova abordagem, que minimize os padrões existentes de desigualdades a respeito da deficiência, pelo viés social, dos direitos humanos.

Para tanto, ainda no artigo 1º, o legislador sentiu a necessidade de consolidar especificamente quem são essas pessoas com deficiência, assim delimitadas como:

(...) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.⁷⁶

Esta definição permite que seja visualizada, mais concretamente, a mencionada modificação de abordagem da deficiência sob o ponto de vista modelo

⁷⁴ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

médico, aproximando-se cada vez mais do princípio da igualdade, viabilizando que a diversidade seja bem recepcionada no meio social.

Neste sentido, a respeito do princípio da igualdade no plano material, em que se almeja a garantia de oportunidades equiparadas para todos, Rui Barbosa sustenta:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁷⁷

Todavia, na prática, até a data da vigência do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, não havia previsão legal de capacidade para àqueles definidos no seu artigo 1º. Assim, objetivando minimizar as barreiras sociais e, principalmente, jurídicas, o artigo 12 desse diploma normativo reconhece a igualdade das pessoas portadoras de deficiência, legitimando-as a serem titulares de capacidade legal para todos os aspectos da vida, igualmente aos demais indivíduos:

Art. 12. Reconhecimento igual perante a lei:
1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito

⁷⁷ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003, p.19.

internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.⁷⁸

Conforme preceituado, percebe-se, em linhas gerais, que as diretrizes que constituem a CDPD estavam muito à frente do ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se essencial que novos ajustes fossem feitos na legislação do país. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), então, nasceu com o escopo de “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania⁷⁹”, ou seja, concretizar as determinações da Convenção.

3.2 A INSTITUIÇÃO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em 07 de julho de 2015 foi publicada a Lei nº 13.146, resultado de importante conquista social, em razão de configurar-se como instrumento para promoção da

⁷⁸ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

dignidade da pessoa com deficiência, pelo intermédio do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio, segundo as lições de Luis Roberto Barroso, exprime

(...) um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.⁸⁰

Neste seguimento, preleciona João Aguirre⁸¹ que a partir da instituição da Constituição Federal de 1988, adotou-se um novo paradigma, sustentado pela tutela da pessoa humana e de sua dignidade, vez que se baseia na inclusão e respeito à diversidade.

Dito isso, fica claro que o reconhecimento da dignidade é inerente ao homem, sendo este titular de direitos em igualdade com os demais. Assim, a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, também intitulada Estatuto da Pessoa com Deficiência, torna-se ferramenta de rompimento de barreiras sociais, viabilizando a inclusão e autonomia daqueles amparados por este instituto, que sempre foram tolhidos por um modelo limitante das hipóteses de incapacidades consolidadas no sistema normativo pátrio.

A função deste Estatuto, então, é assegurar que os portadores de deficiência possam exercer plenamente seus direitos decorrentes do quanto ilustrado pelo

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001, p. 31.

⁸¹ AGUIRRE, João. **O estatuto da pessoa com deficiência protege o incapaz? Sim**. *Jornal Carta Forense*, 03 set. 2015. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-sim/15732> >. Acesso em: 26 jan. 2018.

princípio da dignidade da pessoa humana, tal como sua autonomia existencial, que, conforme preleciona Maurício Requião⁸², se observa através liberdade em que o sujeito possui para gerir sua vida, sua personalidade, de maneira digna, tornando-se viável que suas decisões sejam tomadas com independência.

Nesses termos, Pablo Stolze é claro ao afirmar que:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.⁸³

Assim, torna-se evidente que a inclusão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema normativo viabilizou uma guinada no regime das incapacidades, trazendo uma nova perspectiva que promove e respeita a dignidade e a personalidade dos portadores de transtorno mental, através do reconhecimento da sua capacidade de agir, conforme pontua Joyceane Bezerra de Menezes⁸⁴, se distanciando cada vez mais do tratamento discriminatório que estas pessoas foram sujeitadas no decorrer da história do direito brasileiro.

Essas mudanças, que passaram a priorizar os direitos e a autonomia das pessoas com deficiência, podem ser vislumbradas no artigo 114, da Lei nº

⁸² REQUIÃO, Maurício. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 43. 2015.

⁸³ STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

⁸⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilística. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 3, jan –jun/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>> . Acesso em: 28 jan. 2018.

13.146/2015, em que é configurado um novo regramento para tratar das incapacidades, que será examinado a seguir.

3.3 MODIFICAÇÕES DA LEI Nº 13.146 NO SISTEMA DAS INCAPACIDADES

Até o momento de introdução da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência no ordenamento jurídico pátrio, o paradigma da incapacidade civil do portador de transtorno mental estava consolidado, tendo sido concebido no CC/16 e ratificado na codificação de 2002⁸⁵. Ocorre que, o impacto da Lei nº 13.146/2015 levou à quebra deste modelo excludente, com a revogação e alteração de diversos dispositivos do Código Civil vigente, merecendo destaque aos artigos que tratam da teoria das incapacidades, da interdição e da curatela.

Assim, os portadores de transtornos mentais foram retirados do rol taxativo dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, tornando evidente que não merece prosperar a antiga premissa de que a deficiência mental necessariamente implicaria na incapacidade do indivíduo.

Após revogação parcial pelo artigo 114 da Lei 13.146/2015, a nova redação dos referidos artigos passa a ser:

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

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.

⁸⁵ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 6, São Paulo: RT, 2016, p. 43.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.⁸⁶

Diante da importância dessas alterações legislativas, o exame de cada uma das hipóteses de incapacidades remanescentes requer uma análise minuciosa, que será feita a seguir.

3.3.1 Novas disposições acerca da incapacidade absoluta

O novo texto normativo deixou apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos no elenco dos absolutamente incapazes, excluindo o inciso II, que tratava dos enfermos ou deficientes mentais que não tivessem o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, e o inciso III, que incluía aqueles que mesmo por causa transitória não pudessem exprimir sua vontade.

Logo, os portadores de deficiência que antes integravam este art. 3º tornaram-se inteiramente capazes, uma vez não estando inseridos nas hipóteses do art. 4º, evidenciando o que Flávio Tartuce⁸⁷ chama de “dignidade-liberdade”, que substituiu a “dignidade-vulnerabilidade”, em outras palavras, a autonomia destes indivíduos tornou-se prioridade em detrimento da sua proteção.

Embora a previsão da limitação obrigatória da capacidade daqueles que possuem transtorno mental tenha sido removida do CC/02, não significa dizer que os que por alguma razão não puderem expressar conscientemente as suas vontades não poderão ser declarados incapazes, ou ainda que estes indivíduos eventualmente se sujeitem, a depender da situação no caso concreto, ao regime da curatela, a fim de não comprometer sua proteção, quando esta se fizer essencial.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, v. único, p. 84.

A partir dessa redação modificada, então, surgem dois critérios para determinar a incapacidade: o objetivo e o subjetivo⁸⁸. O critério objetivo é aquele em que se examina a incapacidade sob o prisma da idade, é dizer, a incapacidade do indivíduo será determinada se este for menor impúbere (menor de 16 anos). Essa é a incapacidade absoluta, preceituada no artigo em voga.

Já o critério subjetivo, que será observado no art. 4º, avalia a incapacidade de acordo com a possibilidade que a pessoa tem de proferir suas vontades, trata-se de uma análise psicológica, porém a deficiência não é mais um fator determinante. Para que a incapacidade seja demonstrada através desse critério, é exigível que se tenha decisão judicial proferida em ação de curatela, é dizer, é essencial o reconhecimento desta condição pelo juiz⁸⁹.

Vejamos, assim, quais foram as alterações que cuidaram da incapacidade relativa.

3.3.2 Novas disposições acerca da incapacidade relativa

A redação modificada do art. 4º da codificação vigente, não alterou os incisos I e IV, que se referem aos maiores de 16 e menores de 18 anos e aos pródigos, respectivamente. No entanto, retirou do seu inciso II a menção às pessoas com deficiência mental, deixando apenas a previsão dos ébrios habituais e viciados em tóxicos, e, no inciso III, substituiu a referência aos “excepcionais sem desenvolvimento completo” pela antiga disposição do art. 3º, III, daqueles que “por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade”.

A incapacidade, aqui, tem seu fundamento na aptidão que os indivíduos elencados no art. 4º terão de expressar sua vontade com consciência ou não, é dizer, representa a inclusão da pessoa com deficiência no novo sistema de capacidades, uma vez que, conforme dito anteriormente, dissocia o transtorno mental da necessária limitação da capacidade.

⁸⁸ OLIVEIRA, I. S.; ROCHA, S. V. V. **Alteração da incapacidade civil pela Lei 13.146/2015**. In: *Revista Perquirere*, ano 14. Minas Gerais: Centro Universitário de Patos de Minas, 2017, p. 247.

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 359.

Nesse sentido, pontua Rosenvald⁹⁰ que a distinção entre a capacidade e a incapacidade está pautada na premissa de o indivíduo conseguir ou não manifestar sua vontade, ou seja, prevalece o critério subjetivo, que consiste na possibilidade da pessoa ter aptidão de expressar-se com autonomia.

Tal premissa se consagra no art. 6º do EPD, quando determina que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, vejamos:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
 I - casar-se e constituir união estável;
 II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
 III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
 IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
 V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
 VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.⁹¹

Assim, não só garante a plena capacidade civil, como também exemplifica diversos direitos conferidos aos portadores de deficiência com uma carga extremamente existencialista. Logo, ainda que se mostre necessário lançar mão do instituto da curatela para auxiliar estes indivíduos, restringindo-os em certa medida no gerenciamento dos seus bens materiais, isso não os prejudica no âmbito da garantia dos seus direitos essenciais, no seu bem-estar pessoal.

Dito isso, o legislador finalmente percebeu que não há razão para retirar a capacidade do ser humano em virtude da existência de alguma limitação de ordem física ou psíquica, de maneira que a consagração do princípio da isonomia através do dispositivo em comento demonstra um importante passo de rompimento das barreiras discriminatórias.

⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

Por fim, a redação dada pelo caput do art. 84 desse mesmo diploma legal garante à pessoa com deficiência que o direito assegurado no art. 6º seja exercido em igualdade de condições com as demais pessoas:

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 à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

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

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.⁹²

Essa previsão legal é uma recepção do quanto disposto no art. 12⁹³ da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, anteriormente analisado, é dizer, representa um progresso significativo quando se fala na capacidade das pessoas com deficiência em exercerem plenamente e isonomicamente seus direitos, sem que dependam da intervenção de curadores para tanto.

Diante do exposto, assevera Paulo Lôbo⁹⁴, que a curatela servirá como medida protetiva em casos extraordinários, com a menor duração de tempo possível, significando que não prospera mais a sistemática da interdição, instrumento de mediação que vedava as pessoas com deficiência a praticarem atos da vida civil, exercerem seus direitos.

⁹² BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

⁹³ Artigo 12.2: Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>> Acesso em: 02 fev. 2018.

Enunciado isso, é preciso que se faça um estudo, a seguir, a respeito dos efeitos da Lei nº 13.146/2015 sobre o instituto da curatela.

3.4 O INSTITUTO DA CURATELA E SEUS LIMITES

Ensina Requião⁹⁵, que a curatela é o instituto destinado ao maior incapaz, que tem o propósito de proteger os interesses deste, por intermédio de um curador constituído, encarregado de suprir as limitações do curatelado diante da impossibilidade de exteriorizar suas vontades. Uma vez fixada, a curatela determinará a medida da autonomia do curatelado.

De acordo com a discussão previamente aludida, no subtópico 3.3, o sistema das incapacidades não foi o único que sofreu modificações com a inclusão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no contexto normativo brasileiro. Podem-se observar os reflexos disso também nos institutos assistenciais deste sistema, mais especificamente no regime da curatela, cuja adequação mostrou-se fundamental diante do advento da norma estatutária e do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

Como se sabe, a incapacidade foi afastada, em linhas gerais, do portador de deficiência. No entanto, aqueles que excepcionalmente se sujeitam à curatela, conquistaram a possibilidade de autogerir seus direitos, inerentes a própria vida, como o direito de casar-se ou contrair união estável, a exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, de conservar sua fertilidade, de decidir sobre o número de filhos que gostaria de ter, dentre muitos outros, com respaldo no que dispõe o art. 85, §1º do EPD, que será revisitado mais a frente.

A respeito disso, é preciso que se façam algumas considerações quanto às revogações ocorridas no art. 1.767 do Código Civil vigente e suas implicações decorrentes.

⁹⁵ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 164.

3.4.1 Considerações sobre o art. 1.767 do CC/02 e suas repercussões

O artigo 1.767 do Código Civil de 2002 elenca quem são as pessoas que estão sujeitas a curatela, vejamos:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

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

II - (Revogado);

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV - (Revogado);

V - os pródigos.⁹⁶

De acordo com a nova redação deste artigo, tem-se a alteração do inciso I, que retirou a sujeição da curatela conferida aos enfermos e deficientes mentais, posto que não teriam o necessário discernimento para os atos da vida civil, substituindo-os por “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”; nesse mesmo sentido, os incisos II e IV foram revogados, uma vez que já estariam contemplados nas modificações feitas no inciso I, pois cuidavam daqueles que por outra causa duradoura não pudessem exprimir sua vontade, assim como os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; por fim, o inciso III também foi alterado, retirando do seu rol taxativo os deficientes mentais; o inciso V, que se refere aos pródigos, foi adicionado.

Diante disso, percebe-se que, em regra, o portador de transtorno mental não deverá ser submetido ao instituto da curatela, podendo ser sujeitado apenas em situações extraordinárias.

Assim, utilizando-se da premissa de que a incapacidade relativa nasce diante da impossibilidade que o indivíduo tem de exprimir suas vontades, independente da

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

sua causa, tem-se na curatela a característica de medida excepcional, que se destina aos sujeitos que sofrem alguma limitação neste sentido, e, conforme preceitua o art. 84, §3º do EPD, deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, sendo prolongada pelo período de tempo mais curto quanto for possível.

Entende-se, então, que o regime da curatela somente deverá ser aplicado diante da absoluta necessidade do curatelado, priorizando a proteção da pessoa, mas também respeitando suas preferências e preservando sua autonomia na medida em que for possível.

Ocorre que, a partir dessa situação surge uma questão: a pessoa com deficiência na circunstância de ter o exercício da sua autonomia comprometida enseja uma proteção jurídica maior, que, pelo exposto, se dará através da curatela ou da tomada de decisão apoiada – hipótese discutida mais adiante. Logo, mesmo que seja constada a deficiência deste indivíduo, para que se aplique o regime da curatela será necessário que se faça a devida comprovação, cabendo ao juiz o papel de modular a cada caso os efeitos dessa decisão⁹⁷.

Essa lógica é endossada quando se observa a previsão do art. 85 da Lei nº 13.146/2015, que merece ser estudado em apartado.

3.4.2 Breve análise do art. 85 da Lei nº 13.146/2015

O dispositivo que nomeia este tópico dispõe o seguinte:

Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

⁹⁷ CAMPOS, Aline França; BERLINI, Luciana Fernandes. **O direito empresarial e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**: a (in)capacidade do empresário. In: *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 69, jul – dez/2016.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado⁹⁸.

Analisando a redação do caput, tem-se a constatação de que a curatela restringe-se apenas ao prisma dos atos de natureza patrimonial, funcionando como uma forma de garantir que não ocorra qualquer prejuízo indevido aos valores constitucionalmente tutelados, como a autonomia e a intimidade, do curatelado⁹⁹.

Quanto ao §1º do artigo em comento, esclarece Joyceane Bezerra de Menezes¹⁰⁰ que o dispositivo tem o escopo de reprimir a coisificação do curatelado, objetivando preservar a integridade psíquica de uma possível atuação inapropriada por parte do curador.

Do §2º infere-se que a sentença de curatela deve resguardar as vontades pessoais do curatelado, o que corresponde ao que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald chamam de “projeto terapêutico individual”¹⁰¹. Tais autores ensinam que esse projeto pode se apresentar de três maneiras diferentes, no seu aspecto extensivo, quais sejam:

- a) O curador terá o papel de representante do curatelado para todos os atos jurídicos a serem praticados, pois este não possui nenhuma condição de praticá-los;
- b) O curador tem o papel de representar o relativamente incapaz em certos momentos, quando se tratar de questões negociais, por exemplo, e o de

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 04 fev. 2018.

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.01, p. 347.

¹⁰⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. In: *Civilística*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 22, jan –jun/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>> . Acesso em: 05 fev. 2018.

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 360-361.

apenas assisti-lo em outros, quando se nota que o curatelado tem aptidão para praticar determinados atos;

- c) O curador apenas assistirá o curatelado, diante da aptidão que este indivíduo tem de praticar atos em geral, utilizando-se da assistência apenas para fins protetivos.

Assim, as razões e motivações da sentença da curatela serão demonstradas através da utilização desse projeto específico para cada indivíduo, que regerá os limites em que cada curatelado terá sua liberdade controlada.

Menezes¹⁰² destaca, ainda, que para a adequada fixação desses limites da curatela é fundamental que se evitem dois pontos: o primeiro deles é a proteção desmedida, em que a pessoa curatelada pode ver sua autonomia completamente ceifada, a ponto de se equiparar à condição conhecida como “morte civil”. A outra circunstância que deverá ser evitada é a proteção insuficiente, isto é, havendo a necessidade de assistência em aspectos para além da seara patrimonial, a curatela não poderá ser negligente, portanto, será ampliada para suprir os interesses existenciais do interdito.

Essa flexibilidade da extensão da curatela é também chamada de “gradação da curatela”, nas palavras de Chaves e Rosenthal¹⁰³. Neste sentido, destacam a existência de um respeitável precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se reconhece essa possibilidade de gradação, a partir da análise de cada caso concreto. Vejamos:

“(…) uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que não consigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos da personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de

¹⁰² MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência.** Civilística. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 22-23, jan –jun/2015. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf> > . Acesso em: 05 fev. 2018.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB.** 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 361.

comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente os atos de natureza patrimonial e negocial” (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100 – comarca de São Paulo, rel. Des. Francisco Loureiro, voto 29.643).¹⁰⁴

Cabe ressaltar que esses ensinamentos coadunam com o artigo 755¹⁰⁵ do novo Código de Processo Civil, que impõe ao juiz, dentre outras questões, o dever de, na sentença que decretar a interdição, fixar os limites da curatela, de acordo com o estado psíquico do interdito, levando em consideração suas características pessoais e preferências.

Em síntese, o indivíduo que é sujeitado a esse tipo de medida protetiva conquistou a garantia de ter seu regime de curatela avaliado consoante suas vontades e necessidades individuais, tornando descabida qualquer aplicação de modelo de sentença definido previamente, em situações similares.

Dito isso, com o intuito de endossar a autonomia e liberdade das pessoas com deficiência, o legislador incluiu na codificação vigente, através do artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o processo chamado Tomada de Decisão Apoiada, que será objeto de aprofundamento no tópico seguinte.

3.5 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 361.

¹⁰⁵ Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

§ 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

De acordo com considerações prévias, constatou-se que a presunção da incapacidade dos indivíduos pelo simples fato de serem portadores de deficiência não merece prosperar, afinal, sabe-se que mesmo que estejam diante de uma condição limitante, estes são considerados plenamente capazes¹⁰⁶, uma vez que conseguem exprimir suas vontades.

Nesse sentido, ainda que a capacidade dessas pessoas seja mantida na sua integralidade, medidas alternativas de proteção jurídica se fazem necessárias, a fim de suprir a vulnerabilidade existente, mas não ao ponto de tolher a autonomia do protegido.

Assim, o legislador insere no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que será aprofundado a seguir.

3.5.1 A introdução no ordenamento jurídico brasileiro

O art. 116 da Lei nº 13.146/2015 acrescentou no Título IV do Livro IV da Parte Especial da codificação vigente o Capítulo III – “Da Tomada de Decisão Apoiada”. Esclarece Rosenvald¹⁰⁷, que esse instituto materializa a disposição do art. 12.3¹⁰⁸ da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e se distancia dos modelos da tutela e da curatela em sua estrutura e funcionalidade.

Essa nova ferramenta consiste em um apoio, de pelo menos duas pessoas idôneas e de confiança da pessoa com deficiência, no processo decisivo sobre atos da vida civil, com o objetivo de direcioná-la para o melhor exercício da sua capacidade, sem que sua autonomia ou plena capacidade sejam prejudicadas.

Entende-se, então, que esse processo em nada se assemelha com o sistema da curatela, uma vez que esta é uma medida protetiva extraordinária, que além de

¹⁰⁶ DE OLIVEIRA, Leonardo Alves. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil**. In: Revista de Direito Privado, v. 76, São Paulo: RT, 2017, p. 06.

¹⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁰⁸ Art. 12.3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

limitar a capacidade do portador de deficiência, restringe-se, via de regra, aos atos de natureza patrimonial.

Observa-se que, segundo as lições de Menezes¹⁰⁹, o importante aqui é a garantia do direito de escolha conferida à pessoa com deficiência, sendo amparada com proteção jurídica, funcionando como recurso de quebra de paradigma, em torno do empoderamento desses sujeitos, através da consolidação da sua liberdade de escolha.

Assevera Requião¹¹⁰, que esse tipo de processo de proteção aos vulneráveis, distinto da curatela, também é vislumbrado em legislações estrangeiras, inclusive trouxe inspirações da legislação italiana, através da figura do *amministrazione di sostegno*, que na tradução literal quer dizer administrador de apoio.

O referido mecanismo de apoio, por sua vez, encontra-se disciplinado no art. 1.783-A do Código Civil de 2002, em que conduz as diretrizes da sua aplicação, conforme ensinamentos analisados no próximo subtópico.

3.5.2 Breve análise do art. 1.783-A do CC/02

Para melhor compreender as inovações trazidas por esse instituto, é fundamental que se faça uma breve análise acerca do artigo que introduziu a tomada de decisão apoiada no Código Civil de 2002. Vejamos:

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

¹⁰⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência**: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilística*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 16, jan–jun/2015. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf> > . Acesso em: 15 fev. 2018.

¹¹⁰ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 6, São Paulo: RT, 2016, p. 47.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.¹¹¹

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

Em primeiro lugar, cabe pontuar que a Tomada de Decisão Apoiada, conforme disposto nos parágrafos 1º e 2º, é solicitada pelo portador de deficiência, que deve escolher expressamente as pessoas que te assistirão nas decisões dos seus atos da vida civil.

Para tanto, é necessário que as pessoas envolvidas nesse processo, isto é, o apoiado e os apoiadores, elaborarem um termo em que constem os limites desse apoio, o compromisso dos apoiadores, o prazo de duração do acordo firmado e o respeito à vontade, direitos e interesses do apoiado. Ou seja, trata-se de um procedimento judicial de jurisdição voluntária¹¹², em que toda a autonomia para escolher quais ocasiões serão amparadas por essa medida está reunida no poder de autodeterminação da pessoa com deficiência.

O §3º aponta que antes que o juiz profira sua decisão, serão ouvidos pelo mesmo, com a assistência de uma equipe multidisciplinar, o requerente, as pessoas escolhidas para prestar o apoio, bem como o Ministério Público.

Sobre o §4º, valiosas são as palavras de Requião¹¹³, que diz que quando o negócio jurídico se realiza dentro dos limites do apoio acordado, não será possível invalidá-lo valendo-se da discussão em torno da capacidade do indivíduo apoiado. Contudo, o §5º dispõe que é facultado ao terceiro (envolvido na negociação) solicite as assinaturas dos apoiadores no contrato ou acordo firmado, esmiuçando a função destes para com o apoiado.

O §6º, por sua vez, disciplina a interferência do juiz, que ocorrerá apenas nos casos em que houver divergência de opiniões entre o apoiado e os apoiadores, nos negócios jurídicos que poderão culminar em prejuízos ou riscos relevantes, com o objetivo de resguardar os interesses da pessoa vulnerável.

No que se refere à atuação com negligência por parte do apoiador, a denúncia poderá ser feita qualquer pessoa, inclusive pelo Ministério Público, como narra o §7º. Continuamente no §8º, caso a denúncia proceda, ficará encarregado o

¹¹² GONÇALVES, Regiane Priscilla Monteiro. **Os impactos da ausência de distinção entre deficiência mental para física na Lei 13146/15, no direito de família.** In: Revista da AMDE, ano 2016, v. 15. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HNAT_ZrF8XoJ:www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/download/280/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹¹³ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 6, São Paulo: RT, 2016, p. 48.

juiz a destituir esse apoiador e nomear um novo, caso esta última seja de interesse do apoiado.

O §9º ressalta que o apoiado pode, a qualquer tempo, extinguir o procedimento de tomada de decisão apoiada, sem que seja necessário o deferimento do juiz. Em contrapartida, o apoiador que quiser se desligar da participação desse processo está sujeito à manifestação do magistrado, conforme §10.

Ademais, o quanto disposto no §11 determina que o apoiador deverá prestar contas aplicando-se, no que couber, as regras da prestação de contas da curatela.

Por fim, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹¹⁴ asseveram que não há impedimentos para que a Tomada de Decisão Apoiada seja deferida à pessoa vulnerável, de maneira preventiva, e, no futuro, através do procedimento probatório adequado, seja reconhecida a incapacidade relativa desta, diante da impossibilidade de manifestar sua vontade, sujeitando-a ao regime da curatela.

Feitas as considerações cabíveis, pode-se prosseguir à análise da aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do exercício da atividade empresarial no próximo capítulo.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 355.

4 O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.146/2015

Restando consolidados os devidos apontamentos acerca das alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no ordenamento civil brasileiro, foi possível delinear que a pessoa com deficiência está em patamar equivalente às demais pessoas, no que tange a teoria das incapacidades, com a única ressalva de que se submetem ao regime da incapacidade relativa no caso em que não for possível expressar suas vontades¹¹⁵.

Todos os conhecimentos elencados até esse momento o foram para servirem de base para uma análise crítica dos efeitos da teoria das incapacidades e suas repercussões no Direito Empresarial, especificamente no exercício da atividade empresarial, diante da aplicação das novidades legislativas estudadas. Para tanto, requer que se prossiga com o exame de alguns conceitos preliminares, como se vê a seguir.

4.1 O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Segundo os ensinamentos de Marlon Tomazette¹¹⁶, o empresário individual é a pessoa física que exerce a empresa em seu próprio nome, assumindo os riscos e obrigações decorrentes desta atividade. Na codificação civil vigente, a figura do empresário está disciplinada no artigo 966¹¹⁷, conceituando-o como aquele que profissionalmente exerce atividade econômica organizada, com o objetivo de produzir ou circular bens ou serviços.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.01, p. 362.

¹¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 48.

¹¹⁷ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Prossegue, ainda, aventando que no ordenamento brasileiro não existem ferramentas que delimitem tais riscos assumidos pelo empresário, e é por isso que todo o seu patrimônio é vinculado ao exercício da empresa, posto que a este indivíduo não se atribui dupla personalidade.

A partir dessas breves considerações, pode-se proceder com o estudo da capacidade para o exercício da atividade empresarial.

4.1.1 Da capacidade do empresário individual

De acordo com o art. 972 do Código Civil de 2002, podem exercer a atividade empresarial aqueles que estiverem em pleno gozo de sua capacidade civil, excetuando os que estiverem legalmente impedidos. Exige-se, também, que as disposições previstas nos artigos 966 e 967¹¹⁸ do referido ordenamento sejam atendidas.

Tomazette¹¹⁹ pontua que a capacidade plena é adquirida quando o indivíduo completa 18 anos de idade ou quando aqueles que possuem 16 anos ou mais são emancipados, conforme preceitua o art. 5º, parágrafo único do CC/02¹²⁰. Nesse sentido, obtempera que:

O empresário individual deve exercer a atividade, a princípio, em seu próprio nome, assumindo obrigações e adquirindo direitos em decorrência dos atos praticados. Seria praticamente impossível o exercício da empresa, se para a prática de cada ato fosse exigida

¹¹⁸ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

¹¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 49.

¹²⁰ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesesseis anos completos tenha economia própria.

uma autorização. Em função disso, o empresário individual deve ser dotado de capacidade plena, isto é, para ser empresário individual, a pessoa física deve, como regra geral, ser absolutamente capaz.¹²¹

Diante disso, não seria cabível que o exercício da atividade empresarial fosse amparado pela representação ou pela assistência frente à incapacidade¹²². Isso se dá em virtude da necessidade que o empresário tem de ser investido não só da capacidade de direito, que, em conformidade com explicações introduzidas no capítulo 2, é concebida como uma capacidade de aquisição, ou seja, defere-se para todos que possuem personalidade, mas também da capacidade de fato, que se concede para quem está apto a exercer pessoalmente os atos da vida civil. É por isso que se diz que aqueles que se sujeitam ao regime das incapacidades, ainda que relativamente, não possuem os requisitos suficientes para exercer a atividade empresarial.

Assim, consoante conteúdo exposto no capítulo anterior, sabe-se que a Lei nº 13.146/2015 alterou os artigos 3º e 4º que tratam da incapacidade no Código Civil. O dispositivo que alude à incapacidade absoluta inclui apenas os menores de 16 anos na sua previsão. O que se refere à incapacidade relativa, por sua vez, traz em seus incisos, através da nova redação, as hipóteses exaustivas daqueles que se enquadram nesse regime. Além de fazer referência aos maiores de 16 e menores de 18 anos, aos pródigos, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, inclui as pessoas que por alguma razão não conseguem exprimir sua vontade.

Logo, o inciso que fazia alusão aos portadores de deficiência mental não mais integram esse rol taxativo, uma vez que essa condição deixou de ser associada obrigatoriamente a capacidade de discernimento destes.

Assim, partindo da premissa de que para constituir uma empresa basta ter capacidade civil plena e não ser legalmente impedido, conforme preleciona o mencionado art. 972 do CC/02, os portadores de deficiência mental que conseguem expressar suas vontades e não se encaixam em nenhuma outra situação que ensejaria a incapacidade, poderão, teoricamente, exercer a atividade empresarial.

¹²¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 49.

¹²² CAMPOS, Aline França; BERLINI, Luciana Fernandes. **O direito empresarial e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**: a (in)capacidade do empresário. In: *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 66, jul – dez/2016.

Nesse mesmo sentido, o Anexo I da Instrução Normativa nº 38¹²³, de 02 de março de 2017, através do Manual de Registro do Empresário Individual, do Departamento de Registro Empresarial e Integração, especifica aqueles que não podem ser empresários. São eles, os menores de 16 anos e as pessoas relativamente incapazes, ressalvando-se os que possuem autorização judicial para continuação da empresa, nos termos do art. 974¹²⁴ do CC/02. Tal documento, em consonância com a Lei nº 13.146/2015, numa análise objetiva, demonstra que não há óbice para o exercício da atividade empresarial pelo portador de deficiência mental capaz.

Percebe-se, então, que a introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema normativo brasileiro não modificou os requisitos de constituição empresário individual, posto que ainda é indispensável que se tenha o gozo da plena capacidade e não exista nenhuma causa de impedimento legal. A mudança se deu fundamentalmente na teoria das incapacidades, que tornou os indivíduos que possuem transtornos mentais plenamente capazes, ensejando a possibilidade de exercerem a atividade empresarial¹²⁵.

Finalmente, ainda são listados nesse manual os impedidos, que serão objeto de análise a seguir.

¹²³ BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Manual de Registro do Empresário Individual, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://drei.mdic.gov.br/clientes/drei/drei/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/anexo-i-manual-de-registro-empresario-individual-pdf.2017>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

¹²⁴ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;

II – o capital social deve ser totalmente integralizado;

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.

¹²⁵ SIQUEIRA. Roberta. **Constituição de empresas e o novo Estatuto de Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.robertasiqueira.adv.br/2016/06/14/constituicao-de-empresas-e-o-novo-estatuto-de-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

4.1.1.1 Os legalmente impedidos

Como última condição para ter a capacidade de empresariar, é preciso que o indivíduo em questão não esteja legalmente impedido. Valiosas são as palavras de Gladston Mamede¹²⁶ que, em seus ensinamentos, assevera que esse impedimento decorre da lei em sentido estrito, isto é, de tipos normativos com status de lei, em razão de se tratar de um cerceamento de faculdade jurídica.

Esses impedimentos, que englobam tanto as causas de limitação quanto as de proibição, estão elencados de maneira exemplificativa no referido Manual de Registro do Empresário Individual. Vejamos:

“(...) b) os impedidos de ser empresário, tais como:

- os Chefes do Poder Executivo, nacional, estadual ou municipal;
- os membros do Poder Legislativo, como Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores, se a empresa “goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada”;
- os Magistrados;
- os membros do Ministério Público Federal;
- os empresários falidos, enquanto não forem reabilitados;
- as pessoas condenadas a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação;
- os leiloeiros;
- os cônsules, nos seus distritos, salvo os não remunerados;
- os médicos, para o exercício simultâneo da farmácia; os farmacêuticos, para o exercício simultâneo da medicina;
- os servidores públicos civis da ativa, federais (inclusive Ministros de Estado e ocupantes de cargos públicos comissionados em geral). Em relação aos servidores estaduais e municipais observar a legislação respectiva;
- os servidores militares da ativa das Forças Armadas e das Polícias Militares;
- os estrangeiros (sem visto permanente);
- os estrangeiros naturais de países limítrofes, domiciliados em cidade contígua ao território nacional;

¹²⁶ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 90.

- os estrangeiros (com visto permanente), para o exercício das seguintes atividades:
 - ♣ pesquisa ou lavra de recursos minerais ou de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica;
 - ♣ atividade jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
 - ♣ serem proprietários ou armadores de embarcação nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre, exceto embarcação de pesca; e
 - ♣ serem proprietários ou exploradores de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica,¹²⁷

Desse elenco, destaca-se que estão incluídas diversas funções que requerem um empenho que não admitiram concessões para conferir a dedicação que o exercício da atividade empresarial exige¹²⁸.

Faz-se mister salientar que o desempenho da atividade empresarial por algum dos indivíduos listados acima não anula os atos praticados, contudo, torna irregular o exercício da empresa, segundo os ensinamentos de Tomazette¹²⁹.

Por fim, Mamede¹³⁰ sinaliza que a pessoa legalmente impedida, ao exercer essa atividade, responderá pelas obrigações contraídas, é dizer, não é permitido que se valha desse impedimento como pretexto para livrar-se do cumprimento das obrigações.

4.2 O REGIME DE EXCEÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE EMPRESA PELO INCAPAZ

A discussão abordada anteriormente, em torno da capacidade do empresário individual, esclareceu que o incapaz não está apto a praticar as atividades inerentes

¹²⁷ BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Manual de Registro do Empresário Individual, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://drei.mdic.gov.br/clientes/drei/drei/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/anexo-i-manual-de-registro-empresario-individual-pdf.2017>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

¹²⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 52.

¹²⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 52-53.

¹³⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 93.

a essa profissão que não tenham sido iniciadas. No entanto, é preciso dizer que o menor de 16 anos ou o interdito, que perdeu sua capacidade em circunstância superveniente, pode dar continuidade ao exercício da atividade empresarial previamente existente.

Tomazzete¹³¹ salienta que essa prática excepcional se fundamenta no princípio da preservação da empresa, pois, entende-se que o fim da atividade é mais prejudicial do que sua continuação gerenciada por um incapaz, que será o empresário em questão, praticando todos os atos em seu próprio nome, mesmo contando com o apoio da representação ou da assistência para que esses atos sejam válidos.

Para tanto, é necessário que se faça uma ponderação dos riscos dessa empresa e da conveniência em dar prosseguimento às suas atividades, mediante autorização judicial, cujo objetivo principal é preservar os interesses da pessoa vulnerável.

Nesse sentido, o §2º do art. 974, ora mencionado, funciona como um dispositivo de proteção do patrimônio do incapaz em detrimento do exercício de empresa, que possui riscos inerentes, merecendo amparo judicial a fim de não comprometer integralmente seus recursos materiais.

Assim, ficam definidas as exceções em que se permite a atuação do incapaz no contexto da atividade empresarial, ressaltando-se que está hipóteses não sofreram alterações após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4.3 A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Com o intuito de avaliar o exercício da atividade empresarial no âmbito das discussões trazidas no decorrer dos capítulos, é necessário que se façam novas considerações.

Do exame feito sobre a antiga teoria das incapacidades, anteriores às disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, constata-se que as restrições em torno da capacidade do empresário individual, tinham como escopo a proteção

¹³¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 50.

do incapaz, principalmente no que tange ao seu patrimônio, diante dos riscos decorrentes dessa profissão. A rigidez desse sistema normativo excludente, contudo, foi flexibilizado, no momento em que a Lei nº 13.146 alterou esse regime.

O advento dessa norma estatutária, então, reduziu as hipóteses referentes à incapacidade absoluta e relativa, de modo que o portador de transtorno mental deixou de integrar esse rol taxativo, tornando-se plenamente capaz, adquirindo direitos e assumindo deveres em próprio nome, portanto, com aptidão para exercer a atividade empresarial, respeitando as determinações do art. 972 do Código Civil vigente.

Em tempo, cabe ressaltar que o art. 35 da supracitada lei é, não apenas um estímulo à inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, como é um incentivo à participação no mundo do empreendedorismo. Vejamos:

Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias.¹³²

Nessa senda, é possível inferir que apesar dessas mudanças promoverem a inclusão da pessoa com deficiência na realização dos atos da vida civil, à luz do princípio da igualdade, permitir que estes atuem desassistidos na seara empresarial, os deixa ainda mais suscetíveis a situações prejudiciais, diante da falta de proteção jurídica, posto que, ainda que sejam considerados capazes perante a legislação, são indivíduos vulneráveis, que possuem limitações em variáveis níveis, e, por isso, não devem ser completamente negligenciados na prática das atividades arriscadas de um empresário.

¹³² BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Em virtude da existência de diversos tipos de deficiência, que extrapolam o universo da simples distinção entre a física e a mental, é que surge o problema do exercício da atividade empresarial nesse contexto. Perpassando do grau mais leve para o mais severo, a falta de critérios para determinar as concepções de vontade e o nível de discernimento de cada pessoa portadora de deficiência, acaba conduzindo os indivíduos sob essas condições para a mesma esfera da falta de amparo jurídico, uma vez que a capacidade plena é atribuída a todos.

Dito isso, verifica-se que em que pese as inovações trazidas pela teoria das incapacidades terem promovido grandes avanços na inclusão do portador de transtorno mental nos mais variados aspectos da sociedade, na promoção da igualdade e na preservação dos seus interesses, seria ingenuidade não pensar nos prejuízos que podem decorrer dessa novidade normativa, desde fraudes empresariais praticadas por terceiros de má-fé, até a dilapidação do patrimônio daqueles, posto que abre interpretação para ensejar o exercício da atividade empresarial pela pessoa com deficiência.

Insta salientar que no procedimento de registro de uma empresa, por exemplo, são examinados unicamente os requisitos formais exigidos. É dizer, a pessoa com alto grau de deficiência que tenha graves limitações de discernimento, não terá sua capacidade examinada no decorrer desse trâmite procedimental. Dessa forma, supondo que essa capacidade não seja questionada judicialmente, é possível que o indivíduo em questão exerça a atividade econômica empresária, sem que se sujeite obrigatoriamente à curatela ou até à Tomada de Decisão Apoiada, em vista das disposições da Lei nº 13.146/2015 que não prevê qualquer impedimento legal.

Assim, por mais que esses vulneráveis estejam exercendo sua liberdade de agir, com sua autonomia preservada, estão cada vez mais desprotegidas e suscetíveis à má-fé de terceiros, principalmente na conjuntura do Direito Empresarial.

5 CONCLUSÃO

Por tudo exposto, sem prejuízo de todos os conceitos e alusões elencadas no decorrer do presente trabalho, conclui-se que:

- 1) O exame da evolução histórica do Direito Civil brasileiro evidenciou que, até o advento da codificação de 1916, o olhar destinado ao portador de deficiência dado pelo ordenamento jurídico era generalizado, negligente e pejorativo, não contemplando diversas situações da vida que abarcam esses indivíduos.
- 2) Nessa linha, os pródigos, os loucos e os ébrios foram classificados, desde as Ordenações Filipinas, no Brasil Colônia, como sujeitos vistos com ressalvas pelo mundo jurídico. Os menores de 25 anos também foram incluídos nesse rol, demonstrando que o critério cronológico já era utilizado como limite para análise da capacidade de participação dos indivíduos na sociedade.
- 3) A primeira codificação civil brasileira foi o Código de 1916, concebido segundo uma visão essencialmente patrimonialista, devido a resquícios do século XIX e suas ideologias políticas e econômicas. Dessa forma, a teoria das incapacidades, que se consolidou a partir desse regramento, não escapou dessa tendência.
- 4) Nesse sentido, as questões patrimoniais foram colocadas acima dos aspectos existenciais no regime das incapacidades de 1916, como uma manobra para que o patrimônio, seja do incapaz ou de terceiro, não fosse prejudicado pela falta de compreensão e de discernimento daquele.
- 5) Assim, os arts. 5º e 6º da codificação de 1916 trouxeram a disciplina das incapacidades absoluta e relativa, respectivamente, evidenciando uma inovação em relação aos ordenamentos prévios, que não estabeleciam essa distinção.
- 6) Frise-se que há, dentro do conceito de capacidade civil, um binômio, composto pela capacidade de direito e pela capacidade de fato. A incapacidade, então, é situação jurídica que deriva da ausência de capacidade de fato, motivo pelo qual o sujeito incapaz não está apto a praticar certos atos da vida civil, quando não todos, por não ter autonomia para tanto.

- 7) Os anseios do avançar do século XX levaram ao surgimento do Código Civil de 2002, pois o ordenamento anterior já não atendia às necessidades e à dinâmica das relações jurídicas.
- 8) Assim, a codificação de 2002 alterou o regime das incapacidades, reiterando parcialmente o quanto disposto no CC/16, trazendo novas hipóteses, em que pese ter revogado outras tantas.
- 9) Foram revogadas as hipóteses de incapacidade absoluta que tratavam dos loucos, dos surdos-mudos e dos ausentes, e as de incapacidade relativa que se destinavam aos menores de 21 anos, às mulheres casadas e aos silvícolas.
- 10) Porém, foi mantida a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos e a incapacidade relativa do prodígio.
- 11) Foram incluídos no rol das incapacidades aqueles quem por causa transitória ou permanente, não pudessem exprimir sua vontade ou que não possuíssem devido discernimento para a prática de atos da vida civil, como incapacidades absolutas, e os ébrios habituais, os toxicômanos, os excepcionais e os que por deficiência mental tivessem discernimento reduzido.
- 12) A análise do tratamento dado ao portador de transtorno mental por esse regramento permite que ele seja identificado tanto nas hipóteses de incapacidade absoluta quanto de incapacidade relativa, haja vista as hipóteses dos excepcionais, dos que não pudessem exprimir sua vontade e daqueles que tivessem ausência ou redução de discernimento.
- 13) Nesses termos, o Código Civil de 2002 trouxe, em seus incisos, clara distinção entre portador de deficiência mental, excepcional e quem não pode expressar sua vontade, classificando-os em escalas diferentes de incapacidade, sem, porém, estabelecer critérios objetivos que pudessem ser cumpridos para que um indivíduo fosse entendido daquela forma, gerando as devidas consequências legais da representação ou da assistência.
- 14) Nesse contexto, a Lei nº 13.146/2015 chegou trazendo grandes transformações em torno da lógica protetiva da pessoa com deficiência, bem como nas diretrizes do regime das incapacidades.
- 15) Assim a incorporação desse Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento brasileiro, vislumbrando a materialização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, teve um impacto no Direito Civil brasileiro significativo, de tal forma que revogou o sistema das

incapacidades do CC/02 à época vigente, além de ter repercussão em diversos outros artigos.

- 16) Com base nessa norma estatutária, as disposições dos arts. 3º e 4º da codificação vigente sofreu importantes revogações, retirando do rol de incapacidades as pessoas portadoras de deficiência mental, que eram consideradas inaptas para praticar atos da vida civil sem assistência ou representação, conferindo-lhes capacidade civil plena.
- 17) Diante dessas mudanças, o instituto da curatela, que se destinava à proteção dos incapazes, em regra, maiores, também foi alvo de diversas alterações.
- 18) A curatela, então, tornou-se um sistema assistencial excepcional, que, para ser determinada enquanto medida protetiva, condiciona o juiz à justificação da necessidade de sua aplicação, bem como à fundamentação de acordo com cada caso específico.
- 19) Pode-se dizer, então, que essas alterações proporcionam uma mudança do estigma excludente em torno do portador de transtorno mental, na medida em que se valoriza a preservação da sua autonomia e dos seus interesses, que refletiu na introdução do instituto da Tomada de Decisão Apoiada no ordenamento jurídico pátrio.
- 20) Essa nova ferramenta de apoio à pessoa com deficiência, por sua vez, nasceu com o escopo de lhe conferir segurança nas decisões sobre situações da sua escolha, sem que fosse necessário subtrair sua autonomia, interesses e, principalmente, sua capacidade jurídica.
- 21) Pelos motivos expostos, sabe-se que a seara do Direito Empresarial não estaria isenta das mutações conduzidas pela Lei nº 13.146, sobretudo diante da revogação das hipóteses referentes à incapacidade da pessoa com deficiência mental, cuja aptidão para exercer a atividade empresarial, adequou-se às determinações do art. 972 do Código Civil vigente.
- 22) Logo, cabe reiterar que para o exercício da atividade empresarial basta ter capacidade civil plena e não se encontrar inserido em nenhuma hipótese de impedimento legal. Dessa forma, o portador de transtorno mental que não se sujeita a nenhum regime de assistência ou representação, possui capacidade plena, portanto atende os requisitos para ser empresário individual.
- 23) O advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, contudo, não faz ponderações a respeito da proteção do portador de deficiência mental

no âmbito do desempenho da atividade empresarial, deixando-o de certa forma desprotegido.

- 24) Assim, embora existam diversos níveis de deficiência mental, estes não foram levados em consideração quando se retirou a incapacidade dos indivíduos em questão, pois não se ponderou que esse instituto é também uma proteção jurídica, afinal sua função, em princípio, nunca foi prejudicar a liberdade de escolha e o exercício do direito por parte dos incapazes.
- 25) A nova teoria das incapacidades, apesar de pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana e trazer grandes benefícios no sentido de dar autonomia e respeitar as vontades daqueles que possuem discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, deixa esse indivíduo desprotegido diante da possibilidade da ocorrência de atuações de má-fé na prática da atividade empresarial.
- 26) Ademais, pelas considerações expostas, entende-se que o portador de deficiência mental pode exercer a atividade empresarial em próprio nome, desde que possua o discernimento para a prática dos atos da vida civil, podendo se valer inclusive do instituto da tomada de decisão apoiada.
- 27) Por fim, é preciso ponderar que mesmo sendo vislumbrado que as pessoas portadoras de deficiência mental estejam exercendo sua liberdade de agir, com sua autonomia preservada, não se deve permitir que tais concessões sejam deferidas às custas da proteção jurídica do sujeito.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João. **O estatuto da pessoa com deficiência protege o incapaz? Sim.** *Jornal Carta Forense*, 03 set. 2015. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-sim/15732>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001, p. 31.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Manual de Registro do Empresário Individual, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://drei.mdic.gov.br/clientes/drei/drei/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/anexo-i-manual-de-registro-empresario-individual-pdf.2017>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

CAMPOS, Aline França; BERLINI, Luciana Fernandes. **O direito empresarial e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: a (in)capacidade do empresário**. In: *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 66, jul – dez/2016.

DE CASTRO, Flávia Lages. **História do direito, geral e Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DE OLIVEIRA, Leonardo Alves. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil**. In: *Revista de Direito Privado*, v. 76, São Paulo: RT, 2017, p. 06.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 01. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. v.01. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB**. v.01. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, A. J.; SALVATTI, I. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 3. ed. Brasília, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Regiane Priscilla Monteiro. **Os impactos da ausência de distinção entre deficiência mental para física na Lei 13146/15, no direito de família**. In: Revista da AMDE, ano 2016, v. 15. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HNAT_ZrF8XoJ:www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/download/280/pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, volume 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 *apud* TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia/GO, 2016.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>> Acesso em: 02 fev. 2018.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência**: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: *Civilística*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 22, jan –jun/2015. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf> > . Acesso em: 05 fev. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326

OLIVEIRA, I. S; ROCHA, S. V. V. **Alteração da incapacidade civil pela Lei 13.146/2015**. In: *Revista Perquirere*, ano 14. Minas Gerais: Centro Universitário de Patos de Minas, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. v. 1 – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 3, v. 6, São Paulo: RT, 2016, p. 43.

REQUIÃO, Maurício. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Tese (Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

SIQUEIRA, Roberta. **Constituição de empresas e o novo Estatuto de Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.robortasiqueira.adv.br/2016/06/14/constituicao-de-empresas-e-o-novo-estatuto-de-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, v. único, p. 84.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.