



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MÔNICA CARVALHO DIAS DE FIGUEIREDO**

**INCAPACIDADE, AUTONOMIA E TRANSTORNO MENTAL:  
UMA RELEITURA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA  
COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015)**

Salvador  
2016

**MÔNICA CARVALHO DIAS DE FIGUEIREDO**

**INCAPACIDADE, AUTONOMIA E TRANSTORNO MENTAL:  
UMA RELEITURA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA  
COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/2015)**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

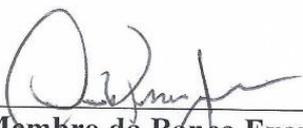
Salvador  
2016

## ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

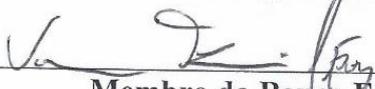
Aos 08 de julho de 2016 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador Bahia, às 18h a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelando (a) **Mônica Carvalho Dias de Figueiredo**, intitulada, *Incapacidade, autonomia e transtorno mental: Uma releitura a partir do Estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015)*., estando presente o (a) prof.(a) Vicente da Cunha Passos Júnior, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) Paulo Augusto de Oliveira e Prof(a) Vinícius Farani Lopez e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Vicente da Cunha Passos Júnior	7,5	
Paulo Augusto de Oliveira	7,5	
Vinícius Farani Lopez	7,5	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

  
\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca Examinadora**  
**Vicente da Cunha Passos Júnior**

  
\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca Examinadora**  
**Paulo Augusto de Oliveira**

  
\_\_\_\_\_  
**Membro da Banca Examinadora**  
**Vinícius Farani Lopez**



Ao meu querido Rominho, pela  
constante torcida, paciência e  
tolerância.

Louco, sim, louco, porque quis grandeza  
Qual a Sorte a não dá.  
Não coube em mim minha certeza;  
Por isso onde o areal está  
Ficou meu ser que houve, não o que há.  
Minha loucura, outros que me a tomem  
Com o que nela ia.  
Sem a loucura que é o homem  
Mais que a besta sadia,  
Cadáver adiado que procria?  
(FERNANDO PESSOA, 1934).

## RESUMO

O Código Civil atual foi pensado em um contexto para vigorar em outro. Estruturado de acordo com uma visão patrimonialista, na qual a proteção aos vulneráveis limitava-se ao âmbito negocial, o regime das incapacidades, tal como previsto originalmente no Diploma Civilista, era incompatível com paradigma do Estado Democrático de Direito, inaugurado, aqui, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, na qual a dignidade da pessoa humana foi alçada a valor maior. Urgia, portanto, a revisão da teoria das incapacidades, tornando-a mais funcional àquele princípio. Isso, no entanto, só veio a ocorrer muito recentemente, após a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido, o presente trabalho visa analisar as mudanças implementadas pela mencionada legislação e verificar em que medida essas modificações contribuem para a promoção da dignidade da pessoa com transtorno mental.

**Palavras-chave:** incapacidade; autonomia; transtorno mental, personalidade; dignidade.

## ABSTRACT

The current Civil Code has been designed in a previous context but only took effect in another. Structured according to a patrimonial vision, in which the protection of vulnerables was limited to the business framework, the regime for disability, as originally planned in Civilist Diploma, was incompatible with the paradigm of Democratic Rule-of-Law State, opened here in Brazil by the Federal Constitution of 1988, in which the dignity of the human person was raised to highest value. It became urgent, therefore, the revision of the theory of disability, turning it more functional to that principle. This, however, only occurred very recently, after the Statute for Disabled People was approved. In this focus, this paper aims to analyze the changes implemented by that legislation and verify to what extent those changes contribute for the promotion of human dignity with mental disorder.

**Keywords:** disability; autonomy; mental disorder, personality; dignity.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CC/16	Código Civi de1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
Coord.	Coordenador
CDPD	Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência
ed.	edição
EPD	Estatuto das Pessoas com Deficiência
L.	lei
LOAS	Lei de Orgânica de Assistência Social
n.	número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial de Saúde
Org.	Organizador
p.	página
t.	tomo
v.	volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 A NECESSÁRIA REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES</b>	<b>12</b>
2.1 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO CÓDIGO CIVIL DE 2002	12
2.2 A TEORIA DAS INCAPACIDADES	17
2.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DAS INCAPACIDADES	28
<b>3 A PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL</b>	<b>33</b>
3.1 UM BREVE HISTÓRICO DA LOUCURA	33
3.2 A EXPERIÊNCIA NO BRASIL	37
3.3 AUTONOMIA E TRANSTORNO MENTAL	43
3.3.1 Autonomia e dignidade humana	43
3.3.2 Autonomia, transtorno mental e Direito	48
<b>4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002</b>	<b>50</b>
4.1 A CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 2007 (CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)	50
4.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	55
4.2.1 As pessoas com transtorno mental que dispensam a curatela	59
4.2.2 A curatela das pessoas com transtorno mental	62
4.3 DIGNIDADE-VULNERABILIDADE X DIGNIDADE-LIBERDADE	67
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO:

A história das relações de poder é a história da humanidade. Desde os primórdios, o homem está sempre tentando submeter o outro à sua verdade, gerando uma tensão contínua entre incluídos – aqueles que se conformam a essa certeza – e excluídos – aqueles que se desviam da máxima.

Com efeito, essa polarização é uma constante, permanecendo até os dias atuais, variando apenas, conforme os valores predominantes de cada época e cultura, os critérios adotados para o enquadramento do sujeito na categoria dos incluídos ou dos excluídos.

Na obra *A História da Loucura na Idade Clássica*, lançada em 1961, o filósofo francês Michel Foucault, através de um aguçado olhar que interpenetra vários ramos do saber, como a Psicologia e a Psiquiatria, revela a arqueologia e a geneologia da loucura e modo como, ao longo do tempo, a pessoa com transtorno mental foi submetida à estigmatização social.

A loucura é, historicamente, reconhecida como erro, deficiência, incapacidade, perigo. Nesse sentido, o Direito, aliado ao discurso psiquiátrico de patologização da loucura, engendrou mecanismos, como a teoria das incapacidades e a medida de segurança, que serviram para convalidar a exclusão das pessoas com transtorno mental.

Disfarçados com um discurso de proteção, esses mecanismos, em verdade, condenavam o sujeito com sofrimento mental à morte civil, impossibilitando-lhes o exercício da cidadania e o livre desenvolvimento da personalidade.

Ao mesmo tempo, no pós-guerra, diante das atrocidades cometidas, a máxima kantiana de que o homem possui um valor em si mesmo foi retomada nos discursos em defesa dos direitos humanos. No Brasil, contudo, somente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada a valor maior do ordenamento jurídico.

Desde então, passou, então, a ser necessária a releitura dos principais institutos do direito privado, de modo a compatibilizá-los à nova principiologia constitucional. No que diz respeito ao regime jurídico das incapacidades, essa revisão só veio a ocorrer recentemente, através da aprovação do Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015), em 07 de julho de 2015.

É justamente as mudanças operadas por essa nova legislação no regime jurídico das incapacidades o objeto do presente estudo. O objetivo é analisar de que forma e em que medida essas alterações no CC/2002 contribuem para a promoção da dignidade das pessoas com deficiência.

Nesta empreitada, o estudo foi desenvolvido em três capítulos. No primeiro deles, é analisada a forma como a teoria das incapacidades foi originalmente estruturada no CC/2002. Demais disso, é feita uma leitura crítica desse instituto, avaliando-se os seus principais pontos críticos.

No segundo capítulo, por sua vez, é feita uma incursão na história da loucura, investigando-se a maneira como ela foi concebida ao longo do tempo para uma melhor compreensão do espaço por ela ocupado atualmente no cenário social.

Por fim, no último capítulo, arrisca-se a estudar as alterações implementadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Reale, em especial, nos seus arts. 3º e 4º. De antemão, insta advertir para a escassez das fontes bibliográficas em relação a essas inovações, visto ter ocorrido muito recentemente. Desta feita, nesse capítulo, são colocadas mais as impressões de quem escreve do que uma visão doutrinária.

## 2 A NECESSÁRIA REVISÃO DO REGIME DAS INCAPACIDADES

A dignidade da pessoa humana foi esculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como um dos fundamentos da República, inaugurando uma nova era no ordenamento jurídico brasileiro, no qual a proteção do ser humano ganha máxima expressão.

Com isso, a releitura dos institutos clássicos do Direito Civil, a fim de conformarem-se ao novo paradigma constitucional, tornou-se imprescindível. Deveras, a propriedade, a boa-fé e a capacidade de exercício, entre outros, precisavam ser reinterpretados à luz da principiologia de proteção da pessoa humana.

No que diz respeito à capacidade de exercício e à teoria das incapacidades, insta salientar que o Código Civil (CC) vigente (CC/2002), apesar de posterior à CF/88, manteve quase que integralmente a redação dos dispositivos do seu antecedente (CC/1916) que tratavam da matéria. Nessa senda, mesmo após a edição do novo Codex, permaneceu a necessidade de revisão do regime jurídico das incapacidades.

Desta feita, o presente capítulo cinge-se a revisar a teoria das incapacidades, de forma a demonstrar o quão necessário era reestruturá-la como instrumento de promoção do pleno desenvolvimento da pessoa humana.

### 2.1 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com vigência apenas em 1917 e de autoria de Clóvis Bevilácqua, o primeiro Diploma Civil brasileiro foi marcado pela dogmática do liberalismo político e econômico e do individualismo jurídico, que apartava a esfera pública da privada, ou seja, foi forjado seguindo o modelo do Estado Liberal de Direito<sup>1</sup>.

Dentro dessa visão dicotômica do ordenamento jurídico, caberia ao Código Civil servir como norma central da sociedade civil, representando verdadeira “constituição do direito privado”, na qual a autonomia da vontade reinava absoluta. Por sua vez, restava ao direito público e, mais especificamente, à Constituição, a função regulamentadora do Estado, estabelecendo normas de proteção dos cidadãos em face dos abusos perpetrados pelos agentes estatais<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.53.

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XVI.

Ademais, os idealizadores do Código Bevilácqua foram bastante influenciados pelo Código Napoleônico e pela Escola da Exegese, a qual preconizava o direito como um sistema de regras lógico-dedutivas, sendo a lei a única e suficiente fonte normativa, que dispensava interpretações em razão de sua clareza. Ou seja, o Codex de 1916 adotou as ideias de que o ordenamento jurídico era completo e de que não havia lacunas na lei. Completitude, centralidade, unicidade e segurança era a ideologia dominante do Diploma Civil<sup>3</sup>.

De inspiração liberal e voluntarista, portanto, o primitivo Codex foi estruturado com base no tripé fundamental propriedade, autonomia da vontade e família. Outro valor fundamental era o individualismo, segundo o qual a grande razão de ser do direito seria o próprio indivíduo<sup>4</sup>, cabendo ao direito privado regular a atuação dos sujeitos de direito, em especial, o contratante e o proprietário, resguardando-os contra a intervenção do Poder Público e de particulares que inviabilizassem a livre circulação de riquezas<sup>5</sup>.

Nessa senda, a tutela jurídica era conferida ao indivíduo apenas enquanto proprietário, servindo o seu patrimônio como a única garantia de proteção em face do Estado, revelando, assim, a verdadeira pedra angular do ordenamento privado: a propriedade<sup>6</sup>.

No que diz respeito à noção jurídica de pessoa, o Codex de 1916 também a concebeu conforme a lógica individualista e patrimonial: ser pessoa era sinônimo de ser sujeito de direito, ou seja, ser pessoa era ter patrimônio. Reduzida a personalidade a elemento da relação jurídica, eram considerados pessoas somente aqueles a quem o direito objetivo atribuísse a titularidade de direitos subjetivos<sup>7</sup>.

Nessa mesma ordem de ideias, o regime das incapacidades foi concebido visando garantir a segurança que as situações jurídicas patrimoniais e a livre circulação de bens e riquezas exigiam. Deveras, o legislador de 1916, ao regulamentar o regime das incapacidades, não tinha como preocupação a proteção do ser humano, concretamente considerado, em todas as suas dimensões, mas sim assegurar valores

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 68.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XVII.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. A capacidade da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 18, p. 84-104, abr./jun. 2004. p. 87.

patrimoniais e de segurança jurídica, de modo a evitar que o incapaz dilapidasse seu próprio patrimônio e proteger terceiros que travassem relação com ele, com vistas à certeza e à estabilidade das transações econômicas<sup>8</sup>.

Entretanto, já nos primeiros anos de sua vigência, o Código Civil de 1916 revelou-se falacioso. A era da estabilidade e segurança preconizada pelo Diploma Civil foi contradita pelo processo de industrialização crescente e pelos movimentos sociais do início do século XX, intensificados a partir da eclosão da Primeira Grande Guerra, atingindo profundamente o direito civil europeu e, por reflexo, o ordenamento jurídico brasileiro<sup>9</sup>.

Deveras, ao Estado Liberal sucedeu o Estado do Bem-Estar Social e, diante deste novo panorama, tornou-se inevitável a intervenção estatal cada vez maior na economia, entrando em franco declínio a *summa divisio* entre o direito público e o direito privado<sup>10</sup>.

Assim, já nas décadas de 20 e 30 do século passado, a ideologia dominante do Codex Bevilácqua – completude, centralidade e unicidade, foi abalada com o surgimento de lei extravagantes, disciplinando matérias que não haviam sido previstas no corpo codificado<sup>11</sup>.

Isso se explica, em grande parte, pelo grande intervalo de tempo que decorreu entre a elaboração e a entrada em vigor daquele Diploma, acabando “por regrear um momento histórico, político e social completamente distinto, fundado em princípios quase opostos ao de sua feitura”<sup>12</sup>.

Com efeito, a sociedade do início do século XX já não era a mesma da dos séculos XVIII e XIX. Na nova realidade social, o indivíduo deixava de ser o foco das

---

<sup>8</sup> BARBOZA, Heloíza Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, n. 6 e 7, p. 27-39, 1999. p.30.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-130. p.120.

<sup>10</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.72.

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-130. p.121.

<sup>12</sup> RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: Estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 34.

atenções, passando o conteúdo e as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito a assumir o papel central antes ocupado por ele<sup>13</sup>.

Assim é que as constituições surgidas no pós-guerra incorporaram princípios e normas que estabeleciam deveres sociais de observância obrigatória por aqueles que desenvolvessem atividade econômica, como, por exemplo, o comerciante, o contratante, etc., definindo limites à autonomia privada e à propriedade. No Brasil, inclusive, essa tendência foi implementada pela Constituição de 1946<sup>14</sup>.

Com o surgimento dessa nova ordem constitucional, o Código Civil de 1916 perderia, portanto, o papel fulcral do direito privado. Matérias outrora afetas exclusivamente ao direito privado como, por exemplo, a propriedade, a atividade econômica, a organização da família, passaram a ser disciplinadas pela Constituição, ao tempo em que o direito civil, através da legislação extravagante, passava a deslocar sua atenção não tanto para o sujeito de direitos, mas sim para as atividades por ele desenvolvidas, os riscos dela decorrentes e seu impacto social<sup>15</sup>.

Esse processo intervencionista intensificou-se durante o que Tepentino<sup>16</sup> chamou de a “era dos estatutos”, uma vez que foi justamente nessa época que surgiram o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locação Predial Urbana, etc. Nesse período, inteiros setores da atividade privada foram subtraídos do Código Civil, passando a ser regulamentados por microssistemas que não se limitavam a regular aspectos específicos de certas matérias, disciplinando-as integralmente.

Uma característica marcante que se percebe nesses diplomas setoriais foi a alteração da técnica legislativa adotada. Com efeito, a definição taxativa dos tipos jurídicos e dos efeitos deles decorrentes foi substituída pela técnica das cláusulas gerais, tendo em vista o reconhecimento da impossibilidade do legislador para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações na qual o sujeito de direito se insere, ainda mais considerando a velocidade com que o mundo vinha evoluindo<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup>TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XIX.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XVII.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Outrossim, esses microsistemas não se limitaram a disciplinar situações jurídicas patrimoniais. Valores existenciais, antes desprezados pelo Código Civil de 1916, passaram, paulatinamente, a ganhar relevância, até atingir o seu auge com o advento da Constituição de 1988, quando a dignidade da pessoa humana foi esculpida como fundamento da República, o que exigiu, conseqüentemente, a consideração da sua proteção para além das situações jurídicas patrimoniais<sup>18</sup>.

O impacto provocado por essas mudanças foi tamanho que a doutrina refere-se a ele como a “crise do direito civil”<sup>19</sup>. Primeiramente, cumpre esclarecer que a palavra *crise* aqui empregada tem o sentido positivo de superação de paradigmas. Segundo, essa ruptura dogmática pode ser analisada sob diversos aspectos, adotando-se nesta revisão bibliográfica uma das visões adotadas por César Fiúza *et al.*<sup>20</sup>, qual seja: aquela que avalia a crise do direito civil sob a perspectiva de suas instituições.

Diante, então, desse novo cenário, o Codex de 1916 não tinha mais como continuar regendo o direito privado, surgindo a necessidade de elaboração de um novo diploma civil adequado à nova realidade social<sup>21</sup>.

Desta feita, já em 1967 foram iniciados os trabalhos de elaboração do projeto do novo Código Civil, missão essa confiada inicialmente a Miguel Reale, o qual, por sua vez, convocou outros juristas para auxiliá-lo, a exemplo de José Moreira Alves, Agostinho Alvim, Clóvis do Couto e Silva<sup>22</sup>.

Após várias emendas, finalmente, em 1975, o projeto foi enviado ao Congresso Nacional, tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados em 1983. Todavia, em razão da redemocratização do País e da expectativa de elaboração de uma nova Constituição, o trâmite de aprovação no Senado Federal foi interrompido, tendo sido retomado apenas nos idos de 2000<sup>23</sup>.

Foi em meio a essa conjuntura que o Código Civil de 2002 foi, então, definitivamente aprovado, restando por ser acometido do mesmo mal que havia sido

---

<sup>18</sup> *Idem.* p. XX.

<sup>19</sup> *Idem.* p. XX.

<sup>20</sup> FIUZA, César *et. al.* Crise e Interpretação no Direito Civil: da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. *In:* Fiúza, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). *Direito Civil: atualidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v.2., p. 23-59. p.27.

<sup>21</sup> ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.79.

<sup>22</sup> *Idem.* p.80.

<sup>23</sup> *Idem.* p.76.

infligido ao seu predecessor: foi idealizado em um tempo para reger um momento distinto<sup>24</sup>.

Com efeito, o Código Reale foi idealizado quando os valores patrimoniais ainda se sobrepunham aos existenciais, tendo nascido, no entanto, sob a vigência do Estado Democrático de Direito, no qual os institutos jurídicos passaram a ser funcionalizados à promoção do pleno desenvolvimento do ser humano.

Isto posto, a reestruturação que se exigia dos institutos de direito civil, inclusive o do regime das incapacidades, sobejou drasticamente comprometida. De certo, a teoria das incapacidades tal como estruturada no Código Bevilacqua manteve-se quase que integralmente no Código Reale, carecendo ainda, portanto, da profunda revisão estrutural e interpretativa exigida pela principiologia inaugurada pela Carta de 1988<sup>25</sup>:

Passa-se, a seguir, a análise do modo como o regime das incapacidades foi, originalmente, estabelecido no Diploma Civilista, para, na sequência, adentrar-se na necessidade de sua revisão.

## 2.2 A TEORIA DAS INCAPACIDADES

Os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade são de capital importância para a Ciência Jurídica, quiçá para compreensão da teoria das incapacidades. Nessa senda, releva investigar a noção jurídica desses termos.

*Ab initio*, impende alertar que, juridicamente, nem sempre a ideia de pessoa corresponde à de ser humano<sup>26</sup>. Como se sabe, o Direito também personificou, dada a sua importância para a satisfação das necessidades da sociedade, certos entes formados por meio da iniciativa humana, os chamados entes morais. Na Ciência Jurídica, portanto, há duas classes de pessoas: a pessoa física ou natural – o homem

---

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> De acordo com Albuquerque, “entre as matérias que não foram estruturalmente alteradas, inclui-se o tema da capacidade de exercício das pessoas físicas. Contudo, este é um dos institutos que sofre mais modificações em razão de que a proteção à dignidade da pessoa humana foi alçada a paradigma do novo sistema. Assim, mesmo considerando as pequenas inovações, esse instituto merece uma profunda revisão interpretativa, verificada a intenção de substituir-se uma legislação essencialmente patrimonialista, cujo principal interesse era regular a liberdade de circulação de riquezas, por um novo diploma que vise a valorizar a dignidade da pessoa humana”. ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. A capacidade da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 18, p. 84-104, abr./jun. 2004. p. 85.

<sup>26</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.20.

em si mesmo – e a pessoa jurídica ou moral – as sociedades, as associações e as fundações.

Dito isto e passando, já agora, para a noção de pessoa, a literatura jurídica, tradicionalmente, a compreende, de forma simplista, como sinônimo de sujeito de direito. Certa corrente doutrinária, contudo, se insurge contra essa identidade conceitual, entendendo existir uma sutil e subjacente diferença entre esses conceitos, qual seja: ser pessoa é ter personalidade jurídica, isto é, aptidão, suscetibilidade para ser sujeito de direito<sup>27</sup>.

Dentre os doutrinadores dessa corrente, destaca-se Pontes de Miranda, para quem o conceito de pessoa remonta à ideia da possibilidade, de devir, constituindo uma situação jurídica abstrata, enquanto que a noção de sujeito de direito corresponde a uma situação jurídica concreta, na qual o ser pessoa encaixar-se-ia nos suportes fáticos das relações jurídicas<sup>28</sup>.

Compartilha desse entendimento Antônio Junqueira de Azevedo<sup>29</sup>, para quem, em que pese toda pessoa tenha aptidão para ser sujeito de direito, há sujeitos de direito que não são pessoas, como é o caso do nascituro e das sociedades de fato.

Nesse sentido, aduz que a concepção de sujeito de direito é mais ampla e engloba a de pessoa, devendo essa última ser melhor definida como o ente que pode praticar atos jurídicos e não propriamente o sujeito de direito.

Filia-se também a essa corrente doutrinária Simone Eberle<sup>30</sup>. Todavia, ao contrário de Pontes de Miranda, afirma a autora que, do mesmo modo que o ser pessoa implica em uma suscetibilidade, o ser sujeito de direito, enquanto elemento da relação jurídica, também encerra em si uma abstração.

---

<sup>27</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.23.

<sup>28</sup> Segundo Pontes de Miranda, “[...] rigorosamente, só se devia tratar de pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja ‘direito’. Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação. Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito”. PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado: parte geral, tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p.153.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista trimestral de direito civil. Ano 2, vol. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002. p.26.

<sup>30</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.26.

Sendo assim, defende que não é na análise do plano estrutural da relação jurídica que se pode vislumbrar a independência entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito, mas sim no plano fático-jurídico, pois este último, ao lado do vínculo de atributividade e do objeto de direito, constituem a feição abstrata da relação jurídica, enquanto as pessoas, assim como as obrigações e os fatos jurídicos *lato sensu*, são a quem o legislador confere a aptidão para figurar, no plano concreto, essas posições, representando, portanto, a feição material de uma determinada relação jurídica.

Esclarecida a diferença, insta consignar que essa aptidão reconhecida pelo Direito a todas as pessoas para titularizar uma relação jurídica é conhecida como personalidade. Nesse sentido, parece redundante afirmar que ser pessoa é ter personalidade. Entretanto, essa é apenas uma das duas acepções do termo personalidade<sup>31</sup>.

Com efeito, atualmente, considera-se que a personalidade, além de ser essa suscetibilidade, constitui “o valor fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela”<sup>32</sup>.

A personalidade, portanto, deve ser considerada sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva. Sob o primeiro ponto de vista, a personalidade é compreendida como a aptidão acima mencionada, isto é, como pressuposto para a aquisição e exercício de direitos e deveres. Já sob o vértice objetivo, a personalidade é tomada como um conjunto de atributos inerentes à pessoa humana que garante a sua dignidade, ocupando posição central no ordenamento jurídico. É, inclusive, sob esse ângulo, que se torna objeto de proteção do ordenamento jurídico através dos direitos da personalidade<sup>33</sup>

Isto posto, releva observar que tanto as pessoas jurídicas como as naturais possuem personalidade subjetiva, porém, a personalidade objetiva é inerente apenas às pessoas naturais.

---

<sup>31</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.23.

<sup>32</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-156.

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008. p.4.

Intrínsecamente relacionada à noção de personalidade está a ideia de capacidade, vez que uma só se descortina em sua inteireza quando a da outra se desvela. Tanto é assim que Caio Mário da Silva Pereira<sup>34</sup> preconiza que “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”.

Mas, afinal, o que vem a ser capacidade? Há uma certa conformidade entre os civilistas em definir capacidade como a aptidão decorrente da personalidade jurídica para adquirir direitos, contrair obrigações e praticar atos da vida civil. Seria, assim, o que Francisco Amaral descreve como “a medida das situações de que uma pessoa pode ser titular ou que pode atuar”<sup>35</sup>.

Da noção apresentada, percebe-se, portanto, que a capacidade é gênero do qual duas seriam suas espécies: a primeira, relacionada à aquisição de direitos e obrigações, chamada de capacidade de direito, de gozo ou jurídica; a outra, correlata ao exercício desses direitos e obrigações, sendo conhecida como capacidade de exercício ou de fato.

Primeiramente, será analisada a capacidade de direito, para, logo em seguida, serem tecidos maiores comentários a respeito da capacidade de exercício. Por ora, cumpre apenas salientar que a capacidade de fato possui maior significado para a teoria das incapacidades.

Pois bem. Ordinariamente, a capacidade de direito é compreendida como a aptidão para figurar num dos polos da relação jurídica, ou seja, é o potencial que toda pessoa física ou jurídica tem para adquirir direitos ou contrair obrigações<sup>36</sup>.

Comparando, contudo, essa definição com a de personalidade no seu viés subjetivo, percebe-se haver certa identidade entre elas. Seria, de fato, o caso de considerar essas noções como idênticas?

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p.161.

<sup>35</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.116.

<sup>36</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.45.

Maria Helena Diniz parece assentir nesse sentido quando afirma que “a capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade”<sup>37</sup>.

Do mesmo modo, Orlando Gomes sustenta que capacidade de direito e personalidade jurídica são conceitos que se confundem, possuindo o mesmo significado<sup>38</sup>.

Longe está, todavia, de existir conformidade na doutrina a respeito dessa identidade conceitual. Com efeito, vozes dissonantes ecoam, defendendo a independência dos conceitos, contemplando, cada um deles, situações jurídicas diferentes<sup>39</sup>.

Francisco Amaral, por exemplo, afirma que personalidade e capacidade de direito são conceitos que “interpenetram-se sem se confundir”<sup>40</sup>. Nesse compasso, entende o autor representar a personalidade um valor jurídico, o qual é reconhecido a toda e qualquer pessoa natural, ao passo que a capacidade de direito é a materialização dessa grandeza.

Neste estudo, adota-se o posicionamento de que os mencionados conceitos são, de fato, distintos. Há pensar em contrário, haveria de se admitir a existência, em Direito, de termos desnecessários, o que vai de encontro ao princípio fundamental de hermenêutica jurídica segundo o qual a lei não contém palavras nem disposições inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*)<sup>41</sup>.

Isto posto, importa perscrutar, mais detidamente, o porquê da confusão entre as noções de personalidade e capacidade de direito. Nesse sentido, é bastante esclarecedor o discurso de José de Oliveira Ascensão, para quem, apesar de diferentes, os citados conceitos se aproximam, uma vez que ambos traduzem “susceptibilidades abstratas”<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.167.

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p.166.

<sup>39</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.46.

<sup>40</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.117.

<sup>41</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p.262.

<sup>42</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.143.

Essa circunstância, todavia, não é capaz de eliminar as diferenças substanciais que há entre os conceitos. Na lição de Carnelutti<sup>43</sup>, a personalidade constitui um valor e, como tal, representa a suscetibilidade considerada em si mesma para ser titular de uma relação jurídica. Já a capacidade de direito, enquanto materialização da personalidade, corresponde à medida dessa aptidão.

Sendo assim, a personalidade é eminentemente qualitativa, sendo reconhecida a toda e qualquer pessoa, enquanto a capacidade de direito expressa a quantidade desse atributo, possuindo, portanto, conteúdo elástico ou ainda, nas palavras do mestre italiano, “se todos os homens têm idêntica personalidade, não têm, em contrapartida, idêntica capacidade jurídica”<sup>44</sup>.

Feitas essas considerações, resta evidente a imprecisão conceitual das definições que se referem à personalidade como a capacidade genérica de ser sujeito de direitos ou como a aptidão genérica a ter direitos e deveres<sup>45</sup>. Com efeito, se a personalidade traduz uma noção qualitativa, não pode ser concebida com qualquer conotação quantitativa, como costuma fazer a doutrina ao atribuir a ela a natureza de genérica.

Desta feita, se é a capacidade de direito quem tem feição quantitativa, é a ela que se deve atribuir o caráter de generalidade, de modo que as definições acima mencionadas, em verdade, tratam dessa capacidade.

Apreendidos, portanto, o conteúdo de ambas as noções, deve-se compreender genuinamente a personalidade como a potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações e a capacidade de direito como essa potencialidade tomada genericamente, isto é, como a medida da personalidade em concreto.

Outro equívoco constante da doutrina e que também deriva da falta de precisão de ambos os conceitos é relacionar tanto a personalidade como a capacidade de direito à ideia de igualdade<sup>46</sup>. É bem verdade que todas as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, possuem a mesma suscetibilidade para adquirir direitos e contrair obrigações, sendo, portanto, iguais no que diz respeito à personalidade jurídica. No entanto, no tocante à capacidade jurídica, as pessoas são singulares.

---

<sup>43</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 2000. p.120.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.50.

<sup>46</sup> EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.50.

Como visto acima, a capacidade de direito tem natureza quantitativa, variando o seu conteúdo, conforme se trate de uma ou outra classe de pessoas ou mesmo dentro de uma mesma categoria de pessoas. Com efeito, existem fatores que interferem na configuração individual da capacidade jurídica de cada pessoa e assim é de forma a dar concretude à isonomia material preconizada pelo art. 5º, caput, do texto constitucional e pelo art. 1º do Código Civilista, a qual consiste, nas palavras de Rui Barbosa, “em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”<sup>47</sup>.

Tais fatores costumam ser referidos pela doutrina sob a designação de estados, traduzindo-os como a situação ou a posição jurídica que um determinado indivíduo ocupa e que, em razão disso, interfere no conteúdo de direitos e obrigações que tem a aptidão para adquirir e contrair. Os estados representariam, assim, “uma certa posição jurídica que, constituindo o pressuposto de atribuição de situações jurídicas, determina, reflexamente, a capacidade”<sup>48</sup>.

Vários são os estados normativamente previstos que influenciam na medida da capacidade das pessoas, concedendo-lhe um delineamento mais específico, como, por exemplo, a idade, o sexo, a nacionalidade, certas enfermidades, os estados transitórios de privação da razão, etc, destacando-se o *status civitatis* e o *status familiae*<sup>49</sup>.

Ademais, importa consignar que esses estados não afetam apenas o conteúdo da capacidade de direito, determinando também a medida da suscetibilidade para o exercício autônomo dos atos da vida civil, ou seja, a capacidade de fato. Por ora, contudo, atém-se aos reflexos dessas condições na delimitação da capacidade jurídica<sup>50</sup>.

Isto posto, atenta-se para um fato que comumente passa despercebido pela doutrina: o estado da pessoa pode, mas não necessariamente influencia na determinação da capacidade de direito. Com efeito, do estado concreto do indivíduo podem vir a surgir, ou não, limitações à capacidade jurídica. Em caso positivo, estar-se-á diante da denominada incapacidade especial de gozo; em caso negativo, da

---

<sup>47</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988. P.32.

<sup>48</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.93.

<sup>49</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.148-149.

<sup>50</sup> Ibidem.

ausência de legitimação. A primeira decorre do estado da pessoa considerada em si mesma, enquanto que a segunda é relacional, isto é, resulta da posição ocupada por uma pessoa em relação a outras<sup>51</sup>.

Tomando como exemplo dois indivíduos, um casado e o outro solteiro, tem-se que, embora ambos tenham a mesma personalidade jurídica e, abstratamente, a mesma capacidade de gozo, o primeiro, em função do seu estado familiar - casado, não tem capacidade, por exemplo, para testar em favor de sua amásia (art. 1.801, III, CC), sendo, entretanto, capaz para testar em favor de outras pessoas que não aquela.

Nessa senda, o indivíduo casado permanece com a sua capacidade de direito incólume, nos mesmos moldes que a do indivíduo solteiro, não tendo legitimidade para figurar uma específica relação jurídica apenas no que diz respeito a determinada pessoa. Trata-se, portanto, de uma hipótese de ausência de legitimação.

De outra sorte, sendo o indivíduo casado, ele não poderá contrair novo casamento até que o primeiro seja dissolvido (art. 1.571, CC), ao contrário da pessoa solteira, sobre a qual não incide tal restrição. Vê-se, assim, que a simples condição de ser casado interfere como um todo na capacidade jurídica da pessoa para contrair um segundo matrimônio, tratando-se, efetivamente, de uma hipótese de incapacidade especial de gozo.

Do exemplo apresentado, verifica-se, portanto, que a incapacidade especial de gozo afeta por completo a capacidade de direito da pessoa para figurar em uma categoria típica de situação jurídica, enquanto que a ausência de legitimação refere-se apenas a uma relação jurídica em concreto, não afetando a capacidade de direito da pessoa para tomar parte em outras situações jurídicas de mesma natureza<sup>52</sup>.

Resta, portanto, a seguinte conclusão: em que pese as pessoas tenham, abstratamente, a mesma capacidade de direito, em concreto, as posições jurídicas que ocupam podem vir a dar causa a hipóteses de incapacidade especial de gozo e, portanto, a discriminação dessa capacidade<sup>53</sup>.

Insiste-se, mais uma vez, que tais hipóteses de incapacidade especial de gozo devem ser previstas normativamente com vistas à promoção da isonomia material.

---

<sup>51</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.93.

<sup>52</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.93.

<sup>53</sup> Ibidem. p.94.

Nessa senda, necessário se faz proceder a um juízo axiológico dessas causas de discriminação da capacidade de direito com o intuito de verificar se elas colaboram, de fato, para a implementação da igualdade substancial ou se efetivam, justamente, o seu oposto, configurando-se *facciosas*<sup>54</sup>.

Esclarecida a capacidade de direito, é chegado o momento de analisar a capacidade de fato. Como já explicitado anteriormente, tal espécie de capacidade está relacionada ao exercício de direitos e obrigações que uma pessoa tem a aptidão para adquirir e contrair.

Isto posto, a capacidade de fato tem como pressuposto a capacidade de direito e a personalidade, de modo que, presente estas últimas, exsurge a primeira como efeito imediato da autonomia que a pessoa possui para o exercício dos atos da vida civil<sup>55</sup>.

A recíproca, contudo, não é verdadeira: nem sempre a personalidade e a capacidade de direito pressupõem a capacidade de fato<sup>56</sup>. Deveras, se, por um lado, a capacidade de direito é considerada universal, sendo reconhecida, em menor ou maior grau, a todo e qualquer ente a quem o ordenamento jurídico atribua personalidade, bastando, para tanto, o nascimento com vida, para as pessoas físicas, e o registro dos atos constitutivos, para a pessoa jurídica, não é a todas as pessoas a quem a Lei confere a capacidade de exercício ou, ao menos, a reconhece na mesma medida.

Com efeito, em virtude de determinados estados das pessoas que impliquem em redução ou ausência de discernimento, o Legislador de 2002 negou ou restringiu a possibilidade de certas pessoas de se conduzirem com autonomia na vida civil, de modo que a manifestação de vontade dessas pessoas não é considerada elemento hábil o suficiente para a prática de atos jurídicos<sup>57</sup>.

Como afirmando dantes, determinados estados da pessoa interferem não apenas na capacidade de direito, mas também na capacidade de exercício. Ocorre que a atuação desses estados se dá de forma distinta nessas duas espécies de capacidade.

---

<sup>54</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 2000. p.119.

<sup>55</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.167.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.143.

De certo, a depender da posição jurídica ocupada pela pessoa, a capacidade de direito pode ser limitada, embora, enquanto corolário da personalidade, nunca possa ser inteiramente suprimida, preservando sempre um conteúdo mínimo, ao passo que a capacidade de exercício pode ser completamente negada à pessoa, ou seja, enquanto a incapacidade jurídica nunca pode ser absoluta, a incapacidade de fato pode assim ser<sup>58</sup>.

Desta feita, no que diz respeito à capacidade de exercício, o Legislador de 2002 enquadrou as pessoas em duas categorias: as plenamente capazes, consideradas aptas ao autogoverno de seus interesses, e as incapazes, aquelas que, em razão do seu *status*, presume-se não ter a maturidade ou o discernimento necessário para o exercício autônomo dos atos da vida civil.

Cumprе ressaltar que as hipóteses de incapacidade de exercício, por configurarem limitação à autonomia, constituem a exceção, não podendo ser presumidas. Daí a sua previsão taxativa no Diploma Civil. Outrossim, atento ao fato de que os status da pessoa não afetam na mesma intensidade a capacidade de fato, o Legislador de 2002 estruturou o regime das incapacidades em graus, de modo que, quanto mais comprometido o nível de discernimento, mais limitada é a capacidade de autodeterminação<sup>59</sup>.

Assim, foram previstas hipóteses de incapacidade absoluta no art. 3º do Codex e hipóteses de incapacidade relativa no art. 4º do mencionado Código. Nas primeiras, há a presunção absoluta de que a pessoa não tem o discernimento necessário e suficiente para se autodeterminar, tendo sua vontade totalmente suplantada pela do representando, a quem incumbe velar pelos interesses do absolutamente incapaz. Sendo assim, os atos praticados por absolutamente incapaz sem a devida representação são reputados, em regra, nulos de pleno direito, nos termos do art. 166, I, do CC/2002<sup>60</sup>.

De outra senda, do relativamente incapaz não é retirada por completo a capacidade de autodeterminação<sup>61</sup>. Deveras, o legislador já lhe reconhece certo grau de discernimento ou considera comprometido o seu entendimento apenas para a prática de certos atos da vida civil ou ao modo de exercê-los.

---

<sup>58</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.144.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Idem. p.150.

Desta feita, ao contrário do absolutamente incapaz, a manifestação de vontade do relativamente incapaz não é ignorada pelo sistema jurídico. A sua vontade não é substituída, devendo ele apenas praticar os atos conjuntamente com um assistente. Desta forma, a prática de algum ato da vida civil sem a devida assistência é causa apenas para anulabilidade, produzindo os seus efeitos até que sobrevenha a decisão judicial nesse sentido (art. 171, I, CC/2002).

Lembra, ainda, Maria Helena Diniz<sup>62</sup> que a anulação dos atos praticados por relativamente incapaz sem a devida assistência depende da iniciativa do lesado, podendo, inclusive, serem, em conformidade com o art. 172 do CC, convalidados, o que não é possível em se tratando de atos nulos como os praticados por absolutamente incapaz sem o representante.

A propósito, confirmam-se os referidos dispositivos que tratam das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, tal como originalmente previstas no Codex:

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

I- os menores de 16 (dezesseis) anos;

II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III- os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

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

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

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

Da leitura conjunta dos dispositivos, percebe-se, portanto, que as hipóteses de incapacidade foram previstas, basicamente, em razão da idade, de algum transtorno mental, de fato que impossibilite, ainda que de forma transitória, a manifestação de vontade, de vício em álcool ou em drogas e de prodigalidade. Deste modo, uma vez enquadrada a pessoa em alguma das hipóteses acima elencadas, presumia-se que ela não tinha o discernimento necessário e suficiente para atuar autonomamente na vida civil.

Em relação às hipóteses de restrição da capacidade de exercício em decorrência da menoridade (art. 3º, I e art. 4º, I, do CC/2002), não era necessário o

---

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.187.

reconhecimento formal da incapacidade. Com efeito, em relação aos menores de 18 (dezoito) anos, a limitação à capacidade de fato era automática, independente, assim, de pronunciamento judicial<sup>63</sup>.

As demais hipóteses de incapacidade, por sua vez, demandam reconhecimento através de uma decisão judicial, no âmbito do chamado processo de interdição<sup>64</sup>. Em sendo reconhecida a incapacidade, o juiz, então, declara a interdição, nomeando curador ao incapaz (art. 755, I, NCPC).

Por derradeiro, importa ressaltar que quase a totalidade dessas outras hipóteses de incapacidade envolve pessoas que já atingiram a maioridade<sup>65</sup>, haja vista que o menor, ainda que possa se enquadrado nesses outros casos de limitação à capacidade, já é considerado incapaz, independente de aferição judicial.

### 2.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DAS INCAPACIDADES

Antes de adentrar na análise crítica do regime das incapacidades, é pertinente observar que essa sistemática foi pensada e construída com o intuito elevado de oferecer proteção àqueles que, seja em razão da idade, seja em razão de uma doença psíquica ou outra enfermidade qualquer, não possuíam o discernimento necessário e suficiente para a autodeterminação<sup>66</sup>.

Deveras, as restrições à incapacidade de fato não tinham como finalidade alhear os incapazes, provocando-lhes prejuízos, mas sim protegê-los, restabelecendo o equilíbrio psíquico que deve existir entre os polos da relação jurídica.

Ocorre que, dado o contexto histórico no qual foi idealizado (o liberalismo), no qual os atos de autonomia privada eram considerados como expressão apenas do direito de propriedade, a proteção do incapaz que o regime das incapacidades promovia era reduzida às situações jurídicas patrimoniais, garantindo a segurança das relações jurídicas<sup>67</sup>.

Assim, o incapaz era aquele considerado sem condições de cuidar do próprio patrimônio, de modo que a interdição lhe era decretada, em essência, com o objetivo

---

<sup>63</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.150.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008. p.10.

<sup>67</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008. p.10.

de resguardar os seus bens, evitando a sua dilapidação, porém sem alijá-lo no mundo dos negócios, garantindo a sua participação através de um terceiro (o representante ou o assistente)<sup>68</sup>.

Desta feita, acreditava-se que, conferindo proteção à pessoa enquanto sujeito de direito, todas as dimensões de sua personalidade estariam resguardadas. Nesse sentido, uma vez reconhecida a incapacidade, o incapaz ficava em impedimento tanto do exercício direto e pessoal de seus direitos patrimoniais como de seus direitos existenciais<sup>69</sup>.

Contudo, como cediço, na contemporaneidade, a dignidade da pessoa humana foi alçada a valor maior do ordenamento jurídico, passando a ocupar a posição central anteriormente ocupada pelo direito de propriedade. Nesse viés, a tutela da personalidade humana, enquanto centro de irradiação de todo o ordenamento jurídico, não podia mais ser limitada às situações de cunho patrimonial, devendo alcançar toda e qualquer situação jurídica, privilegiando-se sempre às situações jurídicas existenciais, especialmente, através da promoção dos direitos fundamentais, no âmbito constitucional, e do reconhecimento dos direitos de personalidade, nas relações privadas<sup>70</sup>.

Sendo assim, não mais se sustentava a concepção abstrata de pessoa que a reduzia a sujeito de direito<sup>71</sup>. Como visto anteriormente, além dessa dimensão subjetiva, a personalidade encerra um valor inerente à condição humana, valor esse que lhe garante a dignidade e a proteção através dos direitos de personalidade.

Ademais, essa visão limitada de pessoa fazia com que as pessoas naturais fossem consideradas da mesma forma que as pessoas jurídicas, isto é, como simples elemento da relação jurídica, abstraindo, indiscriminadamente, as particularidades que cada indivíduo apresenta<sup>72</sup>.

Neste diapasão, o regime das incapacidades, tal como estava estruturado, ao negar a capacidade de fato, também expropriava do incapaz o livre exercício de sua subjetividade e, por conseguinte, a autonomia nas situações jurídicas existenciais,

---

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008. p.11.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: Estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 55.

demonstrando, assim, estar em desconformidade com a tábua axiológica da Magna Carta<sup>73</sup>.

Destarte, era imperiosa uma reestruturação da teoria das incapacidades, de modo a torná-la funcional e compatível com o novo paradigma constitucional. De certo, o modo como estava sistematizada a mencionada teoria, em que pese concedesse aos incapazes um tratamento privilegiado no trânsito patrimonial, necessitava ser considerada de forma qualitativamente distinta no tocante às situações jurídicas existenciais<sup>74</sup>.

De mais a mais, mesmo em situações jurídicas patrimoniais, a proteção conferida aos incapazes, por vezes, mostrava-se ineficaz e até mesmo excessiva. Conforme bem aponta Luciano Campos Albuquerque<sup>75</sup> não haveria por que, por exemplo, negar ao incapaz a prática de todo e qualquer ato jurídico *lato sensu*.

Com efeito, se a finalidade do instituto era proteger aquele que não tinha o discernimento necessário e suficiente para manifestar a sua vontade, não haveria razão para se negar ao incapaz a prática, direta e pessoal, de atos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos, tendo em vista que, em relação a estes atos, a manifestação de vontade não tem relevância na produção de seus efeitos.

Tal disfunção torna-se ainda mais patente quando se atenta que, apesar de ter dado aplicação genérica ao regime das incapacidades, vedando a prática de todo e qualquer ato jurídico pelo incapaz, paradoxalmente, o próprio codificador de 2002 estabeleceu, expressamente, hipóteses em que é dada a permissão ao relativamente incapaz de praticar, sem qualquer assistência, atos jurídicos *stricto sensu*, como, por exemplo, fazer testemunho e testamento<sup>76</sup>.

Considerado, então, que nas situações jurídicas existenciais é de fundamental importância a autonomia do sujeito para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, foi elaborada a teoria da incindibilidade entre a titularidade do direito e a capacidade de exercício, da qual um dos seus maiores expoentes é o italiano Pietro Perlingieri<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008. p.13.

<sup>75</sup> ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. A capacidade da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 18, p. 84-104, abr./jun. 2004. p. 89.

<sup>76</sup> Idem. p.91.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.155-156.

De acordo com o italiano, quando em questão interesses existenciais, não haveria sentido em reconhecer-se a titularidade do direito sem a correspondente capacidade de exercício, de modo que o regime das incapacidades só se justificaria nas situações patrimoniais<sup>78</sup>.

Insta salientar que a referida teoria não tem a pretensão de afirmar que a manifestação de vontade do incapaz seja suficiente para estabelecer vínculos jurídicos, até porque mesmo a vontade daqueles considerados plenamente capazes não é, *per si*, o bastante. Como se sabe, os institutos de direito privado foram funcionalizados, de forma que a soberania da vontade passou a estar limitada ao atendimento dos valores perseguidos pela Lei Maior de 1988.

Deveras, o que se advoga é que, em situações diretamente relacionadas com o desenvolvimento da personalidade humana, denominadas por Perlingieri de situações *intuitu personae*, a titularidade é orgânica, isto é, só tem função de existir em razão do ser humano, não podendo a sua vontade ser desprezada pelo Direito. Nessas situações subjetivas, portanto, a vontade do incapaz não é suscetível à representação ou à assistência: ela é infungível<sup>79</sup>.

Por fim, cumpre ainda destacar a pertinente observação feita por Luciano Campos Albuquerque, para quem é efetivamente necessária a proteção dos incapazes nas situações patrimoniais. Porém, esse cuidado não pode se limitar ao seu patrimônio, devendo abranger todas as circunstâncias em que a sua dignidade estiver em jogo, ainda mais considerando a realidade brasileira na qual apenas uma parcela restrita da população possui patrimônio a ser preservado<sup>80</sup>:

Um outro ponto crítico do regime das incapacidades dizia respeito à forma abstrata e apriorística com que foram construídas as modalidades de incapacidade absoluta e relativa, presumindo que as pessoas que se enquadrassem nas antigas hipóteses do art. 3º e 4º do CC/2002 não apresentavam o discernimento necessário para autodeterminarem-se<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 109.

<sup>80</sup> ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. A capacidade da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 18, p. 84-104, abr./jun. 2004. p. 100.

<sup>81</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.154.

Com efeito, o enquadramento de pessoas consideradas incapazes em categorias genéricas impedia que fosse levado em consideração o efetivo grau de discernimento que esses sujeitos revelavam numa situação em concreto. O resultado era uma avalanche de interdições esquemáticas, em que os limites da curatela eram divorciados das reais necessidades do curatelado<sup>82</sup>.

A incapacidade é um fato natural e concreto e é a ausência, em maior ou menor grau, de discernimento numa determinada situação que torna o sujeito incapaz de participar da vida jurídica e não a decisão judicial que reconhece essa condição, categorizando o indivíduo de forma abstrata e apriorística<sup>83</sup>.

Todavia, a estruturação hermética da incapacidade vai de encontro à tendência da cultura jurídica atual de conferir uma tutela cada vez maior ao ser humano. Deveras, a definição prévia desses sujeitos, fora da argumentação, desconsiderando as vicissitudes do caso concreto, é incompatível com um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento o pleno desenvolvimento do ser humano em todas as suas dimensões<sup>84</sup>.

Desta feita, fazia-se necessária toda uma reformulação do regime das incapacidades, perpassando por uma superação de uma visão abstrata de pessoa. Urgia uma nova concepção condizente com a ordem constitucional inaugurada a partir de 1988, na qual a personalidade jurídica fosse considerada como um atributo inerente à condição humana e na qual a proteção ao homem fosse conferida muito além de seu patrimônio.

---

<sup>82</sup> EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.146.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: Estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 55.

### 3 A PESSOA COM TRANSTORNO MENTAL

#### 3.1 UM BREVE HISTÓRICO DA LOUCURA

A concepção de loucura não tem uma trajetória linear. Ao longo do tempo, vários foram os sentidos e significados que recebeu, adequando-se conforme as estruturas sociais de cada época<sup>85</sup>. Nessa toada, pode-se considerar que a loucura é muito mais um fenômeno histórico-social do que um fato natural, em que o Direito, através de leis cerceadoras do livre exercício da autonomia pelo sujeito com transtorno mental, serviu como mecanismo de legitimação de políticas de exclusão social desse indivíduo.

Logo, necessário se faz analisar o modo como a pessoa com transtorno mental foi tratada ao longo da evolução histórica, para bem compreender o contexto social no qual está inserida atualmente e, assim, obter uma melhor visão sobre as possibilidades e os instrumentos que podem viabilizar a sua inserção na sociedade.

Para tanto, servirá como norte a obra “A História da Loucura” de Michel Foucault<sup>86</sup>. Destarte, o discurso sobre a loucura é analisado conforme os recortes históricos eleitos pelo historiador francês, quais sejam: Renascimento (final da Idade Média até o século XVI), Idade Clássica (século XVII e XVIII) e Modernidade (final do século XVIII e século XIX).

Pois bem. Como se sabe, a diferença é inerente à condição humana. Com efeito, a subjetividade torna cada ser humano único, singular. Conquanto imanente ao homem, nem sempre, porém, a diferença foi e é aceita socialmente, tendo sido tomada, por vezes, como sinônimo de anormalidade.

Nesse compasso, pode-se afirmar que a dicotomia entre aqueles considerados “normais” e “anormais”, entre inclusão e exclusão, é uma constante na história da humanidade, com variações apenas dos critérios adotados para a segmentação, haja vista os valores que, em cada época e cultura, o indivíduo era reconhecido e aceito socialmente<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.189.

<sup>86</sup> FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972.

<sup>87</sup> GANGUILHEM, Georges. O normal e o patológico. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.13-14.

A loucura, contudo, tem, continuamente, ocupado um espaço cativo na sociedade. Os chamados “loucos” têm sido, sem cessar, enquadrados no polo dos excluídos. No entanto, não foi desde sempre que a loucura teve significado negativo<sup>88</sup>.

De certo, na Grécia Antiga, por exemplo, a anormalidade da loucura era tida como um privilégio, um dom concedido pelos deuses que permitia o desvelamento da verdade<sup>89</sup>. O “louco” era segregado não porque não era aceito pela sociedade, mas sim para não se misturar com o terreno.

Percebe-se, assim, que, nessa época, a concepção de loucura estava carregada de misticismo. A loucura era associada ao divino e, como tal, era considerada exterior ao homem, isto é, não era algo inerente à natureza humana<sup>90</sup>.

Todavia, na Idade Média, em que pese ainda estar relacionada com o mítico, a loucura deixou de ser compreendida como uma prerrogativa para assumir a representação simbólica do mal. A partir de então, lembra Foucault<sup>91</sup>, a loucura passou a ser encarada ora como castigo divino, ora como possessão demoníaca, ocupando o lugar dos excluídos outrora ocupados pelos leprosos.

De acordo com o autor, do século V até o século XIV, a lepra varreu a Europa, causando pânico e pavor na sociedade. Os leprosos foram, então, isolados do convívio social em casas de reclusão, os leprosários. Ocorre que, no intercalar dos referidos séculos, com a diminuição dos focos de infecção no Oriente, o número de casos da doença foi reduzindo, sendo a lepra, ao final do século XIV, considerada, praticamente, eliminada<sup>92</sup>.

Nesse contexto, o polo dos excluídos da sociedade passou a estar desocupado, surgindo a necessidade de eleger um novo personagem para assumir essa função. Coube, primeiramente, aos doentes venéreos o desempenho desse papel, sucedendo-se a eles os “loucos”, os legítimos herdeiros da lepra<sup>93</sup>.

Durante o Renascimento, apesar de superados alguns aspectos do misticismo, a loucura ainda permanece associada a forças místicas, envolta de mistério, do

---

<sup>88</sup> SILVEIRA, Lia Carneiro; BRAGA, Violante Augusta Batista. Acerca do conceito de loucura e seus reflexos na assistência de saúde mental. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, [S.l.], v. 13, n. 4, p. 591-595. p. 592.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.83.

<sup>92</sup> FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 7.

<sup>93</sup> Idem, p.11.

desconhecido, que impedia sua objetivação científica pela medicina, nessa época, ainda bastante rudimentar<sup>94</sup>.

Deve-se ressaltar, ainda, que, nesse período, ainda não existia a prática do internamento. A pessoa com transtorno mental era um errante: expulsos da cidade em navios – a Nau dos Loucos (*stultifera navis*), eram confiados a mercadores e peregrinos para serem levados para onde o olhar não pudesse alcançá-los<sup>95</sup>.

No transcurso do século XVI, pouco a pouco, a loucura foi dessacralizada: à explicação de sua origem transcendental assomou uma prática discursiva que considerava a loucura natural ao homem que se desviava do caminho da retidão. A partir desse enfoque, a loucura era, então, definitivamente, desvinculada do sobrenatural, caracterizando-se como efeito decorrente do desvio da moral<sup>96</sup>.

É nesse período que se verifica o início da prática da exclusão social da loucura através do asilamento. Todavia, não somente os “loucos”, mas toda uma sorte de indesejáveis, igualmente considerados desviantes da moral, eram confinados<sup>97</sup>.

Assim, ao lado dos “loucos”, “todos aqueles que, em relação à ordem da razão, da moral e da sociedade, dão mostras de alteração”<sup>98</sup>, tais como os inválidos, os portadores de doença venérea, os mendigos, os criminosos, etc., passaram a ser excluídos e confinados em grandes asilos e hospitais.

Insta salientar que, nessa fase, o asilo e o hospital ainda não tinham caráter terapêutico. O objetivo do confinamento ainda não era a cura, mas sim a higienização da sociedade, a reestruturação do espaço social, limpando das ruas todos aqueles que, seguindo à lógica do capitalismo, era considerados imorais, posto que inaptos, inúteis, incapazes para o trabalho.

---

<sup>94</sup> Idem, p. 12-13.

<sup>95</sup> Sobre essa passagem, narra Foucault que de todas essas naves romanescas ou satíricas, a *Narrenschiff* é a única que teve existência real, pois eles existiram, esses barcos que levavam sua carga insana de uma cidade para outra. Os loucos tinham então uma existência facilmente errante. As cidades escorraçavam-nos de seus muros. Deixava-se que corresse pelos campos distantes, quando não eram confiados a grupos de mercadores e peregrinos. Esse costume era frequente particularmente na Alemanha: em Nuremberg, durante a primeira metade do século XV, registrou-se a presença de 62 loucos, 31 dos quais foram escorraçados

<sup>96</sup> FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.35.

<sup>97</sup> FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.78.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

Paulatinamente, entretanto, começaram a surgir denúncias a respeito das segregações arbitrárias<sup>99</sup>, ao mesmo tempo em que se observava o fracasso desse modelo de internamento que visava extirpar a ociosidade do meio social.

Sendo assim, no século XVIII – Século das Luzes, quando o racionalismo cartesiano já tinha fincado suas raízes, começava a configurar o modelo asilar tal como se conhece atualmente, modelo este centrado na percepção da loucura enquanto doença mental e na instituição do hospital psiquiátrico como local próprio dos “loucos”<sup>100</sup>.

Com efeito, ao longo do referido século, a razão passa a ser o fundamento para explicação do mundo, inclusive, da natureza humana. Através da razão se chegava ao conhecimento da realidade e o controle do que se passava ao redor.

Nesse viés, ocorre a valorização do pensamento científico, passando a loucura a ser objeto do saber médico<sup>101</sup>. A partir de então, a loucura é entendida como uma patologia decorrente da desrazão, da falta de discernimento e, enquanto tal, passível de cura. Finalmente, o internamento adquiria caráter terapêutico. Isolava-se o “louco” visando à sua cura.

Nesse contexto, se destaca a figura do médico francês Phillipe Pinel, a quem coube individualizar a loucura dos demais desvios sociais, até então, também confinados nos asilos e hospitais. Pinel chegou a descrever os tipos de loucura, classificando-a em melancolia, manias sem delírio, manias com delírio e demência e foi em meio a essa ordem que nasceu a Psiquiatria. A ele também se atribui a responsabilidade pelo primeiro método terapêutico da loucura – o tratamento moral, o qual era baseado na reeducação, no respeito às normas, na disciplina e no desencorajamento das condutas associadas<sup>102</sup>.

No decorrer do século XIX, com as descobertas experimentais da neurofisiologia e da neuroanatomia, a Psiquiatria tem um expressivo avanço, assumindo o papel central nos métodos terapêuticos empregados no tratamento da loucura<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Idem, p.80.

<sup>100</sup> Idem, 273.

<sup>101</sup> FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 55.

<sup>102</sup> Idem, p. 361.

<sup>103</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 148-149.

Em que pese sempre houvesse críticas aos maus tratos e à rigorosa disciplina a que eram submetidos os indivíduos confinados nos hospitais pinelianos, somente na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, quando a dignidade da pessoa humana foi consagrada como um direito universal, é que surgiram movimentos com propostas alternativas sustentáveis de tratamento da pessoa com transtorno mental<sup>104</sup>.

Esses movimentos ficaram conhecidos sob a expressão Reforma Psiquiátrica e, embora não tenham se dado de maneira uniforme, variando conforme o sistema de saúde adotado por cada país, podem ser caracterizados pela luta em prol da desinstitucionalização da loucura e pelo questionamento do saber-poder da Psiquiatria<sup>105</sup>.

Releva destacar o movimento ocorrido na Itália, tendo em vista que foi nesse país que a Reforma Psiquiátrica teve início, ganhando, posteriormente, repercussão mundial, inclusive no Brasil. Assim, coube a Franco Basaglia dar impulso a esse movimento, alertando para o fato de que a Psiquiatria, ao invés de se focar no sujeito – o doente mental, acabou por ocupar-se da doença, isto é, findou por criar o seu próprio objeto<sup>106</sup>.

Segundo Basaglia, a doença mental não era algo natural, mas sim uma criação da Psiquiatria, vez que era fruto do longo período em que o indivíduo permanecia institucionalizado. Para o médico italiano, o necessário, então, seria uma mudança de foco – da doença para o doente mental, visto que “não existe a doença sem o sujeito de sua experiência”<sup>107</sup>.

### 3.2 A EXPERIÊNCIA NO BRASIL

Durante o período colonial, não há registros de uma política de saúde mental. Como ocorria nos demais países, nessa época, as pessoas acometidas de perturbação mental, se tivessem recursos, viviam trancafiadas em casa, longe do olhar curioso dos demais, de modo a não expor a vergonha das famílias. Se pobres, viviam a perambular pelas ruas, sobrevivendo da medicância, sujeitas a todo tipo de

---

<sup>104</sup> Idem, p. 149.

<sup>105</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 152

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> BASAGLIA, Franco [org]. *A instituição negada*. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1985, p. 28.

estigmatização social. Estas, inclusive, se agiam contrariamente aos bons costumes ou desrespeitavam a ordem pública, causando incômodo à população, eram presas, dividindo o espaço com aqueles considerados criminosos<sup>108</sup>.

Sendo assim, somente em 1841, quando da criação do Hospício D. Pedro II, na cidade do Rio de Janeiro, através do Decreto n. 82, vislumbra-se certo delineamento do que se entende por política de saúde mental<sup>109</sup>. A partir de então, vários outros decretos foram proclamados, com destaque para o Decreto n. 8.024/1881, mediante o qual foi criada a disciplina de “doenças nervosas e mentais” nas duas primeiras faculdades de medicina fundadas no País – as Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro, em 1808, por ocasião da vinda da Família Real para o Brasil<sup>110</sup>.

Daí em diante, vários hospícios foram criados nas terras tupiniquins, todos baseados, seguindo a tendência mundial, no modelo hospitalocêntrico pineliano. Nesse compasso, não apenas as pessoas com transtorno mental, mas também todas aquelas que apresentassem algum tipo de desvio do padrão estabelecido pela sociedade passaram a ser confinadas nos hospícios.

Começaram a surgir, assim, problemas de superlotação e deterioração da qualidade de vida nos asilos. Nesse contexto, Teixeira Brandão, professor de clínica psiquiátrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, publicou um ensaio – “Os alienados no Brasil” – alertando para a ausência de leis que protegessem, de forma específica, os doentes mentais. Foi, inclusive, de sua autoria o Decreto n. 132, o qual, dentre outras disposições, estabelecia ser proibido manter pessoas com transtorno mental presas no mesmo espaço que os criminosos. Ademais, previa que, enquanto não fossem criados manicômios judiciais, os alineados considerados delinquentes deveriam permanecer nos asilos políticos, em locais reservados especialmente para eles<sup>111</sup>.

Durante o Estado Novo, não houve mudança na legislação dirigida àqueles com transtorno mental. As políticas de saúde mental continuaram centradas no modelo de

---

<sup>108</sup>SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. *Op cit*, p. 151.

<sup>109</sup> FIGUEIREDO, Gabriel. Políticas de saúde mental no Brasil. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio/2010, p.30.

<sup>110</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. *Op.cit*.

<sup>111</sup> PAIM, Isaias. Tratado de clínica psiquiátrica. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1976, p. 22.

internação, totalmente desconectadas com a tendência pós Segunda Mundial de valorização da pessoa humana e às inovações da Psiquiatria<sup>112</sup>.

Somente posteriormente começaram a surgir algumas tentativas de desenvolver políticas de saúde mental voltadas para a assistência extra-hospitalar. O Decreto n. 49.974A/1961, por exemplo, firmava o compromisso do Ministério da Saúde em promover programas ambulatoriais<sup>113</sup>.

Nas décadas seguintes, assim como nos demais países, a luta antimanicomial ganhou força no Brasil. Todavia, somente em 2001 foi criada a Lei n. 10.216<sup>114</sup>, conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica, dispendo sobre proteção e direitos das pessoas com transtorno mental, bem como o redirecionamento da assistência em saúde mental do internamento para o modelo ambulatorial<sup>115</sup>.

A mencionada Lei, atenta às gritantes diferenças socioeconômicas da população brasileira, teve como foco garantir a igualdade no atendimento das pessoas com transtorno mental, “sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religiosa, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra” (art. 1º).

Releva enfatizar o quanto disposto em seu art. 4º, o qual possui a seguinte redação: “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”. Da leitura do dispositivo, resta claro, portanto, que a Lei n. 10.216 não excluiu a possibilidade de internação psiquiátrica, limitando-a apenas enquanto medida excepcional e subsidiária.

Essa opção legislativa foi fruto de calorosos embates. Antes da promulgação da citada Lei, havia uma vertente que defendia que a internação psiquiátrica deveria ser abolida, ao entendimento de que somente com liberdade poderia se alcançar uma solução terapêutica. Seus defensores acreditavam que o atendimento hospitalar deveria ser totalmente substituído pela assistência nos chamados Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, espécie de hospital-dia, onde as pessoas com transtorno

---

<sup>112</sup> FIGUEIREDO, Gabriel. Políticas de saúde mental no Brasil. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio/2010, p.30.

<sup>113</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento. Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 152.

<sup>114</sup> A primeira proposta de extinção dos hospitais psiquiátricos surgiu em 1989 através do Projeto de Lei n. 3.657 da autoria do deputado Paulo Delgado. Ibidem.

<sup>115</sup> Idem, p. 153.

mental, durante o dia, recebem atendimento médico e psicológico e realizam atividades ocupacionais, retornando, posteriormente, para o convívio familiar<sup>116</sup>.

Por outro lado, havia a corrente que entendia que a assistência nos CAPS oferecia atendimento adequado, promovendo, inclusive, a reinserção da pessoa com transtorno mental na sociedade. Contudo, os adeptos dessa corrente afirmavam que esse tipo de tratamento não seria suficiente em casos mais graves de transtorno mental, bem como nos período em que a pessoa se achasse em surto<sup>117</sup>.

Nesse sentido, defendiam que a abolição do internamento poderia deixar desamparados aqueles que, sem condições financeiras, não pudessem arcar com os custos da internação. Assim, se o objetivo era garantir tratamento igualitário para as pessoas com transtorno mental, o correto seria oferecer modalidades diversas de atendimento e que esse fosse direcionado às necessidades específicas de cada um e não simplesmente extinguir o tratamento hospitalar<sup>118</sup>.

Do quanto anteriormente exposto, fica demonstrado ter o legislador optado pela segunda vertente, escolha essa que o presente estudo entende ter sido a mais propícia, haja vista, de fato, existir todo um espectro de transtornos mentais, cada um podendo se manifestar com diferentes níveis de complexidade.

Se o atendimento assistencial é apropriado para uns, é ineficaz para outros. Assim, extinguir o tratamento hospitalar seria retomar o que ocorria no passado: tratar indiscriminadamente as pessoas com transtorno mental. Naturalmente, não se está aqui defendendo a internação com base no modelo asilar. O que se entende é que os leitos psiquiátricos, ao invés de serem suprimidos, devem ser revitalizados, de modo que possam oferecer serviços apropriados. Nessa esteira, Maria de Fátima Freire Sá e Diogo Luna Moureira defendem que devem ser criadas unidades psiquiátricas dentro do hospital geral, pois isso possibilitaria que a pessoa com transtorno mental fosse tratada sem tantos estigmas<sup>119</sup>.

Isto posto, retomando à disposição da Lei da Reforma Psiquiátrica, na qual há a previsão de três tipos de internação: a voluntária, a involuntária e a compulsória.

---

<sup>116</sup> DELGADO, Paulo. O espírito da lei n. 10.216/01. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

<sup>117</sup> SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Daniel Martins de. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

<sup>118</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 152.

<sup>119</sup> Idem, p. 154.

Como se pode deduzir do modo como são denominadas, a internação voluntária ocorre com o consentimento da pessoa e a involuntária, sem o seu consentimento, feita a pedido de familiares. A compulsória, por sua vez, possui natureza penal. É a medida de segurança aplicada por ordem judicial em razão da inimputabilidade do indivíduo com transtorno mental que pratica algum crime (art. 6º, parágrafo único, I, II, e III).

Desta feita, interessam ao Direito Civil e, mais especificamente, a esta discursiva as duas primeiras hipóteses de internação, vez que, sendo compulsória, não há que se falar em autonomia privada na medida de segurança. Certo é, entretanto, que, independente do tipo de internação, à pessoa com transtorno mental são assegurados os direitos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.216/2001<sup>120</sup>.

Alerta-se para um importante detalhe. Foi dito que a internação involuntária ocorre sem o consentimento do paciente, mediante pedido de familiares. Isso não significa, porém, que, nessa hipótese, o consentimento da pessoa com transtorno mental não tenha sempre relevância<sup>121</sup>. Com efeito, em uma perspectiva constitucional que valoriza a dignidade humana, a depender do grau de discernimento que a pessoa com transtorno mental detiver, a sua vontade deve ser, sempre que possível, considerada para fins de internação.

Assim, se a pessoa com transtorno mental demonstra ter discernimento, não representa risco à vida de terceiros e manifesta sua vontade no sentido de não querer ser internada, é ilegítima a decisão da família, no sentido técnico-jurídico, de interná-la. Nesse caso, deve prevalecer a autonomia da vontade. De outra senda, se a pessoa com transtorno mental não apresenta discernimento e essa ausência, ainda que não

---

<sup>120</sup> Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

<sup>121</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 157.

represente perigo para sociedade, expõe a sua própria vida em risco, é legítima a decisão familiar pela internação<sup>122</sup>.

Na situação acima, foi considerado que nem sempre o transtorno mental leva a pessoa a não ter o discernimento necessário e suficiente para a prática dos atos da vida civil. Por outro lado, há situações em que a pessoa com transtorno mental, embora tenha discernimento, não está apta a manifestar sua vontade de forma livre e consciente<sup>123</sup>.

Cita-se, como exemplo, o caso de alguém que apresente o quadro de anorexia nervosa. Essa pessoa continua mantendo uma vida produtiva, permanecendo capaz de exercer os atos da vida civil. Todavia, se recusa a se submeter a tratamento, acreditando que dessa forma acabaria por engordar. Assim, afora a questão nutricional que a impede de tomar decisões acertadas a respeito do seu tratamento, a pessoa com anorexia nervosa permanece capaz<sup>124</sup>.

Em casos como esse, o Direito não é capaz de oferecer uma solução satisfatória. O que poderia fazer é interditar a pessoa, nomeando-lhe curador, medida essa que se afigura, no mínimo, desarrazoada, visto que a pessoa possui discernimento. Deveras, a interdição, nesses casos, revela-se uma violação à dignidade humana<sup>125</sup>.

Desta feita, nessas hipóteses, ao invés de se falar em discernimento, capacidade de exercício e interdição, melhor se falar em competência, termo utilizado pelos profissionais de saúde para fazer referência às habilidades do paciente para tomar decisões válidas do ponto de vista do seu tratamento<sup>126</sup>.

No julgamento clínico da competência, vários fatores são avaliados, como, por exemplo, a consistência da manifestação de vontade no decorrer do tempo, as razões subliminares da decisão, a personalidade atual da pessoa e antes da doença, o impacto do transtorno mental nos sistemas de crenças, entre outros.

Disto fica demonstrado o quão necessária se fazia a revisão das teorias das incapacidades. Cerrado em normas apriorísticas e herméticas, o Direito não conseguia dar respostas adequadas diante da complexidade da vida. Construído com

---

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> SÁ, Maria de Fátima Freira de; Pontes, Maíla Mello Campolina. Anorexia nervosa e interdição judicial: reflexões sobre o sentido e o alcance da medida constritiva em um contexto de releitura da teoria das incapacidades.

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Ibidem.

base no modelo do “tudo ou nada”, o regime das incapacidades só conseguia proteger o incapaz mediante a sua morte civil, em violação, no mais das vezes, à dignidade da pessoa humana.

### 3.3 AUTONOMIA E TRANSTORNO MENTAL

#### 3.3.1 Autonomia e dignidade humana

No direito civil clássico, sedimentado nos ideários da igualdade formal e da soberania da vontade individual, a autonomia era reconhecida aos particulares enquanto liberdade e poder de autorregulamentação dos próprios interesses por meio de negócios jurídicos, principalmente, os contratos. A autonomia significava exclusivamente liberdade contratual<sup>127</sup>.

Todavia, no Estado Democrático de Direito, inaugurado no Brasil com a CF/88, a autonomia ganha nova conformação, novos contornos. A mudança que se opera, porém, não diz respeito ao seu conteúdo, pois continua a autonomia sendo considerada como a faculdade ou o poder normativo reconhecido pelo ordenamento jurídico às pessoas para autodisciplinarem as situações jurídicas de seu cotidiano<sup>128</sup>.

De fato, não há diferença material entre a antiga e a atual concepção de autonomia. A alteração que se observa entre elas, na verdade, diz respeito à abrangência e, notadamente, aos limites de atuação desse poder normativo: se antes a autonomia era considerada um poder absoluto e, atrelada ao contexto da época, traduzia-se, quase que exclusivamente, na criação de normas de conteúdo patrimonial, tendo por objeto de atuação, por excelência, o contrato, atualmente, ela encontra-se limitada, contudo, com um âmbito de incidência mais abrangente. Para além das situações patrimoniais, a autonomia passou a também ter como foco as situações jurídicas existenciais<sup>129</sup>.

Nesse momento, é importante retomar alguns pontos. Foi visto que, tradicionalmente, o direito civil abstraía a inerente subjetividade do ser humano, igualando-o aos entes coletivos, isto é, tinha a pessoa, fosse ela natural ou jurídica, como mero sujeito de direito, elemento da relação jurídica. Desta feita, a ordem

---

<sup>127</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

<sup>128</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 203.

<sup>129</sup> Idem, p. 204.

jurídica reconhecia proteção à pessoa humana apenas enquanto sujeito de direito, o que, no mais das vezes, restringia-se às situações jurídicas patrimoniais.

No entanto, conforme comentado anteriormente, a dignidade da pessoa humana, ao ser erigida como valor fundante de todo o ordenamento jurídico, passou a exigir uma releitura dos institutos tradicionais do direito privado, até então, sedimentados na ordem do “ter”, processo este que ficou conhecido como constitucionalização ou repersonalização do direito civil.

A partir dessa nova perspectiva principiológica, a pessoa, então, passou a ser considerada em si mesma. A personalidade deixou de ser tão somente aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações para também constituir um valor intrínseco da pessoa humana, a qual, pela sua própria condição, merece a mais ampla proteção do ordenamento jurídico. Assim, de uma proteção restrita às situações patrimoniais, a pessoa humana passa a receber tutela geral do Direito.

Nessa ordem de ideias, seguindo o processo de repersonalização, a autonomia teve sua concepção ampliada. Ora, a autonomia representa uma das dimensões da dignidade da pessoa humana e se o Direito passa a estar em função desse macroprincípio e a conferir a ele tutela geral, não há como desconsiderar a capacidade do ser humano de autodeterminação, de regulamentar os seus interesses conforme a sua vontade, inclusive, em se tratando de interesses extrapatrimoniais<sup>130</sup>.

Por outro lado, a tutela da dignidade da pessoa humana aponta para uma tendência socializante no ordenamento jurídico, exigindo a intervenção do Estado em searas, outrora, tipicamente privadas com o objetivo de garantir a igualdade material<sup>131</sup>.

Neste compasso, tornou-se necessária uma concepção mais social da autonomia, visto que, embora remeta à noção de individualidade e de gestão pessoal, o processo de individualização que se dá através do seu exercício somente acontece na relação com o outro<sup>132</sup>.

Destarte, a autonomia precisou ser relativizada. A vontade, antes considerada um poder absoluto, precisou ser funcionalizada aos interesses sociais e de justiça. Chegava ao fim o reinado da vontade, passando ela, nesse novo cenário, a

---

<sup>130</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 205.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Ibidem.

desencadear efeitos jurídicos apenas quando estiver legitimada pela ordem jurídica, ou, no dizer de Perlingieri, “se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento”<sup>133</sup>.

Cumprе ressaltar que, quando se disse que a vontade não mais reina de forma absoluta, não se quis afirmar ter ocorrido aquilo que alguns civilistas cunharam de “crise da autonomia privada”. De certo, a autonomia, enquanto faculdade ou poder de autorregulamentação, ainda persiste, até porque é corolário da dignidade da pessoa humana e sua dimensão prestacional, agora, porém, sob uma nova perspectiva, posto que funcionalizada para atender esse macroprincípio<sup>134</sup>.

Sendo assim, o indivíduo continua a ter o direito de exercer livremente a sua autonomia, desde, no entanto, que respeitados os direitos e as liberdades de terceiros e o núcleo mínimo da dignidade humana. Ademais, a tutela jurídica da autonomia não mais se restringe ao âmbito da iniciativa econômica, adquirindo trânsito também nas situações jurídicas existenciais, nas quais se encontra diretamente relacionada com a dignidade humana. Ou seja, de liberdade contratual, a autonomia deve ser compreendida como liberdade em sentido amplo<sup>135</sup>.

Feitas essas considerações, insiste-se que é preciso ter em mente que a autonomia, embora não esteja expressamente prevista na CF/88, é o princípio que garante a realização da pessoa humana e como tal corresponde a uma das várias dimensões da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, o ordenamento jurídico, ao estabelecer a tutela geral da personalidade, deve também assegurar a autonomia<sup>136</sup>.

Além de princípio, segundo Ingo Sarlet, a autonomia é também um direito fundamental, configurando-se, nesse sentido, como um limite à intervenção do Estado na esfera privada. Isso não significa, porém, que a autonomia seja um óbice à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>137</sup>, porquanto, como qualquer

---

<sup>133</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 279.

<sup>134</sup> GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócios jurídicos. In: GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-89, p. 87.

<sup>135</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 276.

<sup>136</sup> De acordo com Jorge Miranda, a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação em relação ao Estado, às entidades públicas e às outras pessoas, de forma que dignidade e autonomia são incidíveis (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. p. 152).

<sup>137</sup> Há doutrinadores que negam a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, sob o argumento de que, na esfera privada, a aplicação imediata desses direitos comprometeria a autonomia. SARLET, I. W. Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula

outro direito fundamental, a autonomia não é um direito absoluto, podendo ser relativizada através da ponderação, no caso concreto, com outros direitos do mesmo patamar.

Do mesmo modo, Daniel Sarmiento afirma não se poder negar eficácia direta aos direitos fundamentais nas relações privadas, sob o pretexto de que tal incidência se daria em detrimento do direito à autodeterminação pessoal, sobretudo porque há a necessidade de ponderação do direito que estiver em questão e a autonomia que se pretende restringir<sup>138</sup>.

De tudo o quanto exposto, a conclusão a que se chega é a de que, ao ser redefinida para se harmonizar com o novo paradigma constitucional da tutela geral da personalidade, a autonomia passou a ter trânsito tanto nas situações patrimoniais como existenciais. O tratamento concedido pela ordem jurídica à autodeterminação pessoal, todavia, é qualitativamente diverso em se tratando de uma ou outra situação<sup>139</sup>.

Assim, considerando que, nas situações subjetivas patrimoniais, a realização da dignidade da pessoa humana “faz parte da função situacional”<sup>140</sup>, isto é, é apenas mediatamente perseguida, a autonomia é merecedora de tutela somente quando funcionalizada. Neste sentido, a autonomia pode ser limitada, funcionalizando-se, em razão do princípio da solidariedade, para a realização dos interesses coletivos.

De outra sorte, nas situações subjetivas existenciais, onde a autonomia se manifesta como expressão direta da personalidade, não há que se falar em limitação ou, nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, “se se pensar na funcionalização da autonomia privada existencial, a única alternativa possível é lhe atribuir uma função pessoal, individual, vinculada exclusivamente à livre realização da personalidade”<sup>141</sup>.

---

Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 587-614, p. 588.

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2006, p. 282/283.

<sup>139</sup> Conforme Perlingieri, “o ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias [...] e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição”. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 276.

<sup>140</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. p. 240.

<sup>141</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte.p.3

Com efeito, para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, a autonomia existencial não pode ser instrumentalizada, admitindo-se apenas, excepcionalmente, o seu sopesamento quando outros direitos fundamentais igualmente relacionados, de forma direta, com a dignidade humana estejam envolvidos. É fundamental que a pessoa possa escolher livremente o modo de vida que acredite que melhor realiza o seu projeto de individuação<sup>142</sup>.

Outrossim, na sociedade contemporânea, em que a diversidade é considerada como expressão da democracia e o direito à diferença adquire colorido constitucional, a proteção à autonomia existencial é de suma importância<sup>143</sup>.

Deveras, na sociedade atual, em que pese as pessoas sejam igualmente consideradas em sua humanidade, sendo todas merecedoras de tutela, reconhece-se que a subjetividade torna cada indivíduo um ser ímpar. Nesse sentido, assente-se que o livre desenvolvimento da personalidade não ocorre de forma homogênea e que a diversidade é marcante no modo como os indivíduos realizam o seu projeto de vida.

Em meio a esse contexto, surge, então, o desafio da tolerância às diferenças, cabendo ao Direito desempenhar um papel importante para o diálogo, sobretudo para a temática que aqui se está abordando. Nessa trilha, a CF/88, ao instituir o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, estabeleceu, como um dos seus fundamentos, o pluralismo político (art. 1º, V)<sup>144</sup>.

Impende destacar que esse fundamento, tal como disposto na Carta Magna, não está circunscrito ao partidatismo político, como muito se costuma pensar. De certo, ele possui um significado mais amplo, devendo ser compreendido enquanto ampla liberdade para se autodeterminar, conduzindo a vida como bem aprover, sem interferência do Estado ou de particulares<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> SARLET, I. W. . Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 587-614, p. 600.

<sup>143</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte.p.4

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gomes et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p.146. “Embora a Constituição Brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo nos polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras – um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: não só, mas também”.

Como se não bastasse, a Lei Fundamental ainda dispôs expressamente, como objetivos da República, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito (art. 3º, III).

Resta evidente, portanto, que a CF/88 acolheu o direito à diferença, permitindo a cada um o livre desenvolvimento da própria personalidade, consoante às concepções individuais de felicidade. Aliás, outra não poderia ser a opção de uma ordem constitucional que privilegia a tutela geral da dignidade humana, vez que conceder à pessoa liberdade para construir a sua própria identidade permite a realização de sua dignidade.

Neste viés, não há outra forma de garantir a dignidade humana senão permitir que a pessoa decida o seu próprio caminho, sendo defeso a intervenção de terceiros, seja este o Estado, o legislador ou outras pessoas, na construção desse projeto individual. Cabe tão somente à autonomia o exercício dessa função.

Isto posto, a tutela da dignidade da pessoa humana abrange a tutela da autonomia existencial. Assim, considerando a supremacia constitucional, todo o ordenamento jurídico deve ser orientado para a preservação dessa autonomia. O fio orientador do sistema jurídico deve ser a autonomia existencial, concedendo-se espaço, sempre que possível, para que a pessoa escolha a melhor forma de se realizar.

### **3.3.2 Autonomia, transtorno mental e direito**

Foi visto que a incapacidade para a prática dos atos da vida civil está relacionada à ausência ou redução de discernimento e que sua declaração, mediante processo de interdição, implica tanto na limitação da liberdade negocial como na restrição da autonomia existencial.

Houve também a consideração de que, tradicionalmente, associa-se transtorno mental com incapacidade, sendo a pessoa acometida por perturbação mental tomada, por vezes, como incapaz em razão da doença em si e não porque restava efetivamente comprovada a ausência ou redução da sua capacidade de discernir. Repise-se, ainda, ser a autonomia existencial indispensável para a realização da dignidade humana.

Diante dessas premissas, surge, então, o questionamento: como compatibilizar a proteção às pessoas com transtorno mental e o direito ao livre desenvolvimento da

personalidade; interdição e autonomia, incapacidade e dignidade? O Estatuto da Pessoa com Deficiência parece trazer uma luz nesse sentido e no próximo e último capítulo que se investigará até que ponto pode-se considerar solucionada a questão.

É certo que o transtorno mental pode, de fato, privar a pessoa do discernimento do que se passa ao seu redor, levando-a a uma condição de vulnerabilidade, o que pode dar ensejo à sua interdição. Todavia, não é sempre que isso acontece. É muito comum encontrar pessoas com transtorno mental que conseguem levar a sua vida de modo independente. Na verdade, é, inclusive, raro, na sociedade atual, encontrar alguém que não tenha alguma espécie ou grau de transtorno mental.

É preciso, portanto, romper essa ligação entre transtorno mental e incapacidade. A manutenção desse elo só faz perpetuar a exclusão social a que as pessoas com transtorno mental estão, historicamente, submetidas. Outrossim, considerando ser a autonomia existencial indispensável para a realização da dignidade humana, mesmo nas hipóteses em que a condição da pessoa com transtorno mental demande proteção do Estado através da curatela, é necessário ajustar, casuisticamente, a limitação da capacidade de fato ao grau de discernimento que o indivíduo venha a apresentar, promovendo, sempre que possível, o exercício da sua capacidade de autodeterminação.

## 4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Analisadas as principais críticas ao regime das incapacidades, tal como estava originalmente previsto no Código Reale, é de clareza solar que a tutela da dignidade humana restava severamente prejudicada, especialmente, no que diz respeito às pessoas que, ao longo da história, foram submetidas à exclusão social: as pessoas com transtorno mental. Restritas que eram em sua autonomia, às pessoas com sofrimento mental era cerceado o livre desenvolvimento da personalidade. Transtorno mental era sinônimo de incapacidade.

Deveras, desde os primórdios da humanidade, esse grupo vulnerável vivencia um *apartheid* social, tendo que enfrentar, cotidianamente, desvantagens e situações adversas, inclusive no que se refere ao acesso a direitos fundamentais.

Ante a essa histórica discriminação e ao grande número de pessoas com transtorno mental em todo o mundo – segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), cerca de 13% da população mundial sofre de algum tipo de transtorno mental<sup>146</sup> – a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou, em 2007, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e seu protocolo facultativo, visando, com isso, garantir uma proteção especial e a participação efetiva desses cidadãos na vida comunitária e é justamente sobre essa Convenção e o seu impacto sob o ordenamento jurídico interno que, inicialmente, este capítulo se dedica.

### 4.1 O PROTOCOLO DE NOVA YORK DE 2007 (CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

Proposta pela delegação mexicana em 2002, o Protocolo de Nova York de 2007, mais conhecida como Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, se distingue dos demais tratados internacionais sobre o mesmo tema por ter propiciado um amplo debate na sociedade internacional sobre a condição das pessoas com deficiência<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Research capacity for mental health in low – and middle – income countries. World Health Organization; 2007, p. 13, (tradução livre). Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/MHRC\\_FullText.pdf](http://www.who.int/mental_health/MHRC_FullText.pdf). Acesso em: 13/05/2016.

<sup>147</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, v. 1, p. 93-116, 2013. p.98

De certo, a ideia habermasiana de democracia participativa<sup>148</sup> fez-se notar durante as discussões sobre o conteúdo do texto do tratado, possibilitando ampla participação de profissionais, familiares, organizações, grupos representantes e as próprias pessoas com deficiência.

Desses debates, chegou-se à aprovação de trinta dispositivos normativos e vinte artigos sobre os métodos de aplicação e vigência da Convenção, além do Protocolo Facultativo, no qual foram previstos mecanismos de fiscalização e a possibilidade de denúncia contra os Estados-membros por cidadãos eventualmente lesados pelo descumprimento do acordo.

Antes da análise desses preceitos, cumpre observar o preâmbulo<sup>149</sup> da Convenção, segundo o qual a tutela concedida a esse segmento social visa, em última instância, conferir eficácia à ideia de unidade, universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja, de que a pessoa com deficiência, como todo ser humano, *per sí*, tem direito a ter direitos, conforme preconiza a filosofia política de Hannah Arendt<sup>150</sup>.

Nesse sentido, no âmbito da CDPD, os países signatários assumiram o compromisso em estabelecer ações afirmativas em prol das pessoas com deficiência, de modo a consubstanciar a igualdade material preconizada por Boaventura de Sousa Santos<sup>151</sup> e, conseqüentemente, favorecer a sua integração na comunidade<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Em breve síntese, Habermas considera a democracia participativa o modelo ou ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190/191.

<sup>149</sup> “Os Estados Partes da presente Convenção,

[...]

c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação,”

[...]

<sup>150</sup> LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: O desafio do direito a ter direitos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região (Impresso)*, São Paulo, v. 75, n.75, p. 37-54, 2006. p.38.

<sup>151</sup> De acordo com Boaventura de Sousa Santos, “temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. SANTOS, BOAVENTURA. de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56.

<sup>152</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de . A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Org.). *Direito Civil-Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e as suas conseqüências*. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2014, v. 1, p. 51-73, p. 53.

Nessa toada, essa tutela especial concedida às pessoas com deficiência demonstra ter a sociedade internacional reconhecido a necessidade de empoderar esses sujeitos, facilitando à superação dos entraves sociais que lhes são impostos pela intolerância para com a diferença<sup>153</sup>.

Releva destacar, não se tratar de medidas paternalistas ou de concessão de privilégios, como ordinariamente costuma-se tratar a pessoa com deficiência. Com efeito, trata-se de políticas públicas que visam à eliminação ou, ao menos, à mitigação das barreiras sociais que inviabilizam o seu livre desenvolvimento da personalidade<sup>154</sup>.

Nessa esteira de ideias, o art. 1º da CDPD define as pessoas com deficiência como aquelas que têm um impedimento ou limitação duradoura de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com as diversas barreiras sociais, pode obstruir a participação plena e efetiva na sociedade.

Primeiramente, há se de ser ressaltado terminologia adotada - pessoa com deficiência. Até então, no discurso para fazer referência às pessoas com deficiência eram empregadas expressões como “pessoa portadora de deficiência”, “pessoa portadora de necessidades especiais”, “pessoa deficiente”, expressões essas que, em si, já eram estigmatizantes. Deveras, subjacente a esses termos, havia a conotação de que a deficiência era um vírus, um vício, um defeito a ser extirpado da sociedade<sup>155</sup>.

Nesse sentido, a CDPD teve a preocupação em utilizar um termo que fosse desprovido de qualquer significado pejorativo e se aproximasse de uma característica comum do ser humano, como, por exemplo, o fato de alguém ter olhos azuis, ser moreno, ter cabelos encaracolados, etc. O objetivo era naturalizar a deficiência, abrindo novas perspectivas para a sua compreensão<sup>156</sup>.

A propósito, é oportuno transcrever as palavras do ator com síndrome de down, Ariel Goldenberg, a respeito da sua condição em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, quando do lançamento do filme “Colegas”, no qual foi o protagonista:

“É claro que eu sei que temos uma cópia a mais do cromossomo 21. Mas todo dia nasce um bebê down ou bebê torto, ou loiro, ou moreno, ou mais

---

<sup>153</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, v. 1, p. 93-116, 2013. p.103.

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 108.

inteligente, ou menos. Nós somos apenas parte da imensa diversidade dos seres humanos. Por isso, somos normais<sup>157</sup>.

Não se olvide que a terminologia e a definição de deficiência foi a mais pungente reivindicação das pessoas que participaram das discussões sobre o texto da Convenção e, sem dúvida, representam, senão as maiores, ao menos, duas das maiores inovações da Convenção.<sup>158</sup>

Não é à toa, portanto, que a CDPD, ao estabelecer a definição de deficiência, adotou a abordagem do modelo social<sup>159</sup>, em oposição ao famigerado modelo médico que, até então, pautava o tratamento jurídico dispensado a esse grupo vulnerável.

Esse último modelo atribuía à lesão, à doença ou à limitação física que o indivíduo apresentava a causa da desigualdade social e das desvantagens por ele vivenciadas, desconsiderando, assim, o papel estigmatizante desempenhado pela sociedade<sup>160</sup>.

Pelo modelo médico, a deficiência é enquadrada no indivíduo, de modo que as políticas públicas devem ser estruturadas com o fim de adequá-lo à sociedade e ao seu padrão de “normalidade”, submetendo-o, ainda que contra a sua vontade, a tratamentos clínicos e assistenciais<sup>161</sup>.

De outra sorte, o modelo social adotado pela Convenção explica a discriminação a que as pessoas com deficiência estão sujeitas na incapacidade da sociedade em se ajustar à diferença. Desse modo, a deficiência não está nas limitações pessoais decorrentes de uma patologia, mas sim na sociedade que exclui e discriminaliza. Ela se desloca do sujeito passivo para o sujeito ativo da estigmatização. Em outras palavras, deficiente não é a pessoa, mas sim a sociedade<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> ARIEL, Goldenberg. Sou igual a todo mundo: depoimento [4 de março, 2013]. São Paulo: Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Laura Capriglione.

<sup>158</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Org.). Direito Civil-Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e as suas consequências. 1ªed. Florianópolis: Conceito, 2014, v. 1, p. 51-73. p.50.

<sup>159</sup> BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. Rev. Latino-Am. Enfermagem. 2010, vol.18, n.4, p. 817.

<sup>160</sup> Idem. p.819.

<sup>161</sup> BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. Rev. Latino-Am. Enfermagem. 2010, vol.18, n.4, p.817.

<sup>162</sup> Ibidem.

De acordo com o modelo social, portanto, a deficiência é um fato social e as políticas públicas devem ter como desiderato a reabilitação da sociedade, ou seja, o foco não é o indivíduo com deficiência e sim a coletividade. É esta que deve se ajustar àquela<sup>163</sup>.

Em linhas gerais, portanto, a Convenção traduz uma mudança de mentalidade da comunidade internacional no sentido de abrir novos horizontes para a pessoa com deficiência, permitindo que ela possa exercer suas potencialidades e saia da sombra social para se tornar senhor da sua história.

Nessa toada, a Convenção tem desobstruído passagens que inviabilizavam o livre caminhar da pessoa com deficiência, bem como traçado novas trilhas para que ela possa chegar ao final do seu percurso sem precisar pedir autorização ou pagar pedágio para alguém.

Dentre os obstáculos vencidos, um, em especial, se destaca: o regime jurídico das incapacidades. Com efeito, o art. 12 da CDPD, com base nos princípios do *in dubio pro capacitas* e da intervenção mínima<sup>164</sup>, estabelece que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”<sup>165</sup>, assegurados a elas, quando tão somente for preciso, mecanismos de proteção ajustados à sua necessidade.

Com isso, após anos de opressão e de luta pelos direitos humanos, desvinculava-se a deficiência da incapacidade: a autonomia das pessoas com deficiência passou a ser igualmente reconhecida, de modo que a incapacidade só pode lhes ser decretada incidentalmente e quando efetivamente comprovada a falta de discernimento necessário para a prática de atos da vida civil<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> De acordo com Menezes, “a CDPD abandona a compreensão de deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para entendê-la como uma limitação duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do sujeito no meio social. Nisso, afilia-se ao modelo social da abordagem da deficiência em oposição ao modelo médico [...]”. 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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.4.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Org.). *Direito Civil-Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e as suas consequências*. 1ªed. Florianópolis: Conceito, 2014, v. 1, p. 51-73. p.55.

<sup>166</sup> *Idem*, p.55.

Como um dos Estados signatários do referido tratado internacional, o Brasil incorporou o documento ao ordenamento jurídico interno com *status* de norma constitucional, através do Decreto nº 186/2008, inaugurando o procedimento qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Desde então, vinha se aguardando as modificações na legislação interna que trata do regime das incapacidades, a fim de compatibilizá-lo com as disposições da retrocitada Convenção, o que, no entanto, só veio a ocorrer no ano passado, através da aprovação do recente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146). Passasse, então, a perscrutar essas mudanças.

Antes, porém, convém esclarecer para um detalhe importante que costuma causar. A CDPD e o EPD, em seus art, 1º e 2º, respectivamente, definem deficiência como qualquer limitação de ordem física, mental, intelectual ou sensorial, que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação da pessoa na sociedade em igualdades com as demais.

O CC/2002, todavia, prevê apenas hipóteses de incapacidade em razão de deficiência intelectual (limitação cognitiva) e transtorno (ou doença) mental<sup>167</sup>. Neste sentido, considerado que a grande maioria dos casos de interdição fundamenta-se em questão relacionada à saúde mental, este trabalho cinge-se a analisar as mudanças operadas no regime das incapacidades somente em relação às pessoas com transtorno mental.

## 4.2 O NOVO REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES

Com vigência iniciada há poucos meses, mais especificamente, no dia 03 de janeiro do corrente ano, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) implementou, no Brasil, a *ratio* da CDPD, impondo mudanças radicais na forma de proteção da pessoa com transtorno mental e, por consequência, no regime das incapacidades.

Trata-se de mudanças de perfil civil-constitucional que intensifica a repersonalização do direito privado, tendo em vista que contribuem para a promoção

---

<sup>167</sup> FERRAZ, C. V. ; Glauber Salomão Leite . Capacidade civil - fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas. 613ed.Belo Horizonte: Fórum, 2012, v. 1, p. 39-40.

da inclusão social de pessoas que, há poucos meses, eram presumidamente incapazes.

Deveras, até então instituídos mortos civilmente, os indivíduos com transtorno mental, nos termos do *caput* do art. 6º e do art. 84 do Estatuto, renasceram, passando a gozar de plena capacidade em igualdade de condições com os demais. Confirmam-se:

“Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para [...]”

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

Ademais, para dirimir qualquer dúvida que porventura viesse a ser suscitada a respeito da capacidade desses indivíduos, o art. 114 do EPD revogou, expressamente, os incisos I, II e III do art. 3º do Código Civil em vigor, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a dos menores de dezesseis anos.

Com isso, deixou de existir, no ordenamento jurídico pátrio, pessoa maior de idade absolutamente incapaz e, considerando que os menores impúberes têm a incapacidade reconhecida independente de ação de interdição, também não há mais que se falar em interdição total no sistema privado nacional<sup>168, 169</sup>

O art. 4º do Código Reale também não ficou incólume às mudanças implementadas pelo Estatuto. Assim, o referido dispositivo, no seu inciso II, teve suprimida a menção àqueles com deficiência mental, passando a fazer referência apenas aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico.

Outrossim, o art. 4º do Codex, em seu inciso III, deixou de abrigar a hipótese de incapacidade relativa do excepcional sem desenvolvimento mental completo, passando a arrolar aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir a sua vontade.

Insta salientar que, outrora, estes últimos constituíam hipótese de incapacidade absoluta (art. 3º, inciso III), tendo sido transmudados, com o EPD, para hipótese de incapacidade relativa, restando demonstrado, mais uma vez, não mais existir maior absolutamente incapaz.

---

<sup>168</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. 2015.**

Para um melhor entendimento sobre a nova redação dos art. 3º e 4º do CC/2002, transcreve-se, *in verbis*, os mencionados dispositivos:

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

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV- os pródigos.

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

A partir dessas alterações, tornou-se, portanto, imprecisão técnica considerar a pessoa com transtorno mental necessariamente incapaz<sup>170</sup>. Com efeito, deixou a deficiência mental de ser um critério hábil para, *por si*, declarar a incapacidade absoluta ou relativa de alguém. A presunção de que a deficiência gera incapacidade foi substituída pela presunção de que a pessoa com transtorno mental é capaz, de modo que, se, apesar da limitação duradoura, ela preserva o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, não poderá ter sua capacidade de agir constrangida<sup>171</sup>.

Isso não significa, no entanto, que a pessoa com deficiência não possa, casuisticamente, ser declarada incapaz<sup>172</sup>. Se assim fosse, recair-se-ia no mesmo problema que suscitou a revisão do regime das incapacidades, ou seja, aprisionar-se-ia a pessoa com transtorno mental na categoria abstrata e apriorística dos capazes.

---

<sup>170</sup> STOLZE, Pablo, *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*.

<sup>171</sup>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\*. *Civilistica.com* - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 4, p. 1-27, 2015. p.10.

<sup>172</sup> Ibidem.

Na verdade, a Lei 13.146/2015 apenas dissociou o transtorno mental da incapacidade. Como visto acima, ter deficiência era sinônimo de ser incapaz. Confundia-se a vulnerabilidade a que as pessoas com transtorno mental estavam sujeitas com a falta de discernimento para praticar atos da vida civil<sup>173</sup>.

É certo que, ainda nos dias de hoje, esses indivíduos ainda constituem um grupo vulnerável da sociedade e é em razão disso que se exige do Estado uma proteção especial desses sujeitos, através de políticas públicas de inclusão social, garantindo-lhes o direito de ir e vir, à educação, ao trabalho, ao lazer, etc.

Ocorre, no entanto, que essa vulnerabilidade foi compreendida pela doutrina civilística de diversos países, inclusive a do Brasil, como sinônimo de incapacidade, isto é, de ausência de discernimento necessário e suficiente para a autodeterminação<sup>174</sup>. Para a doutrina tradicional, o fato de apresentar algum transtorno mental tornava o sujeito, implacavelmente, incapaz.

A realidade revela, todavia, que há diferentes graus e tipos de deficiência e que nem todo déficit suscita a incapacidade. Como qualquer outra pessoa, há sujeitos com deficiência com pleno discernimento, outros que precisam ser assistidos, assim como aqueles totalmente alheios aquilo que os circundam ou sem possibilidade de exprimir sua vontade<sup>175</sup>.

Sendo assim, se o fundamento para a decretação da incapacidade é a ausência do discernimento necessário e suficiente para a manifestação válida de vontade e não existe *díscrimen*<sup>176</sup> nesse aspecto entre as pessoas com deficiência e aquelas consideradas “normais”, não há porquê vincular as primeiras à categoria abstrata dos incapazes<sup>177</sup>.

Desta feita, o Estatuto, ao conceder capacidade àqueles que, nos termos do seu art. 2º, possuem algum tipo de transtorno mental que lhes dificulta a participação na sociedade, apenas confere efetividade ao princípio da igualdade material.

Isto posto, a partir da entrada em vigor do Estatuto, vai se tornar mais comum existir pessoas com transtorno mental que dispensam a curatela e pessoas com

---

<sup>173</sup> Idem. p.12.

<sup>174</sup> Idem. p.13.

<sup>175</sup> Idem, p. 15.

<sup>176</sup> Para melhor compreensão do conceito de *díscrimen*, vê: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37-40.

<sup>177</sup> 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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.20.

doença mental às quais a curatela se impõe<sup>178</sup>. A seguir, são analisadas essas duas hipóteses.

#### 4.2.1 As pessoas com transtorno mental que dispensam a curatela

Nesta categoria, podem ser enquadradas as pessoas com transtorno mental plenamente capazes. São aquelas que, apesar da limitação, não têm a sua capacidade para tomar decisões sobre si e seus bens comprometida.

Ademais, estão abrigadas nessa categoria as pessoas com transtorno mental que, embora capazes, demandam o auxílio de outras pessoas para o exercício de sua capacidade de fato, sobretudo quando da prática de atos que implicam efeitos jurídicos para si e/ou para terceiros.

A previsão desse auxílio é mais uma das inovações trazidas pelo Estatuto e que consubstancializa a disposição do art. 12, § 3º, da CDPD<sup>179</sup>. Deveras, trata-se de uma medida de proteção inédita no ordenamento jurídico pátrio, positivada no art. 1783-A do CC/2002, por determinação do art. 116 do EPD, sob a denominação tomada de decisão apoiada e que se caracteriza por ser um mecanismo alternativo à curatela ou, segundo Nelson Rosenthal, “um *tertium genus* em matérias de modelos protetivos de pessoas em situação de vulnerabilidade”<sup>180</sup>, ao lado da tutela e da curatela.

A proteção da pessoa com deficiência através da tomada de decisão apoiada depende de processo judicial, sob o rito de jurisdição voluntária, a ser conhecido pelo juiz da vara de família. Cumpre destacar que é a própria pessoa com deficiência que

---

<sup>178</sup> Segundo Rosenthal, “a Lei 13.146/2015 nos remete a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela. A deficiência, como gênero, engloba todas as pessoas que possuam uma menor valia na capacidade física, psíquica ou sensorial – independente de sua graduação -, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Porém, se a deficiência se qualifica pelo fato da pessoa não conseguir se autodeterminar, o ordenamento lhe conferirá proteção ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal”.

Nelson, Rosenthal. Em 11 Perguntas e Respostas: Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2015.

<sup>179</sup> Art. 12, § 3º, da CDPD: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

<sup>180</sup> ROSENTHAL, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 15.

requer, perante o juiz da comarca de sua residência, a referida medida de proteção, sendo a única a ter legitimidade para tanto<sup>181</sup>.

Isto posto, no pedido, o sujeito com deficiência deve indicar duas ou mais pessoas com quem tenha relação de confiança para lhe auxiliar na tomada de decisões. O Estatuto não limitou quem deva ser essas pessoas, como fez em relação à tutela e à curatela. Todavia, tendo em vista a função que desempenham, infere-se que devem ser pessoas em pleno gozo da capacidade de fato<sup>182</sup>.

A depender do caso concreto, o apoio pode ser delimitado apenas para a tomada de decisões patrimoniais, somente para questões existenciais ou para ambas. É a necessidade da pessoa com deficiência que irá determinar o âmbito em que ela será apoiada, podendo envolver o esclarecimento das circunstâncias que envolvem a decisão, a ponderação de seus efeitos, bem como o auxílio na sua comunicação<sup>183</sup>.

Desta feita, no pedido, deve fazer constar um termo de acordo, assinado pela pessoa com deficiência e pelos apoiadores, certificando os limites do apoio e o compromisso desses últimos em respeitar a vontade da apoiada. Nesse sentido, o § 7º do art. 1.783-A do Codex prever que, na hipótese do apoiador exercer pressão indevida sobre a pessoa apoiada, bem como se agir com negligência, o indivíduo com deficiência ou qualquer outra pessoa poderá apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz<sup>184</sup>.

Além disso, deve constar no tempo de acordo o prazo do ajuste, restando claro que a tomada de decisão apoiada é uma medida protetiva temporária, na qual o assistido, a qualquer tempo, pode pleitear o seu fim<sup>185</sup>.

Ainda sobre a figura do apoiador, uma das dúvidas que o Estatuto suscita diz respeito à vedação ou possibilidade dele ser remunerado. Com efeito, o EPD não dispôs sobre o assunto. A organização Inclusão Internacional, que tem promovida discussões e estudos de interesse das pessoas com deficiência, advoga a ideia de

---

<sup>181</sup> Ibidem.

<sup>182</sup> 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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.13-14

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Idem, p.15.

<sup>185</sup> Idem, p.16.

que essa medida de proteção é pautada pelo princípio da solidariedade, não havendo sentido em se falar em pagamento<sup>186</sup>.

Contudo, entende-se ser possível a remuneração do apoiador, ainda mais considerando que o desempenho dessa função demanda-lhe dispêndio de energia e tempo, valendo a máxima de que aquilo que não é proibido, é permitido<sup>187</sup>.

Há de ser ressaltado que, na tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência mantém-se plenamente capaz, estando apenas privada de praticar os atos delimitados no acordo sem o auxílio dos seus apoiadores<sup>188</sup>.

De fato, na tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência conserva a capacidade de decidir de acordo com as suas preferências, porém, com o apoio necessário para que possa ter a ciência de todos os efeitos de sua decisão, não havendo que se falar em assistência, nem, tampouco, em representação.

Nessa toada, os atos praticados pela pessoa apoiada têm validade e produzem efeitos perante terceiros. Tanto é assim que o art. 1.783-A, § 5º, do CC/2002, permite que o terceiro com quem, eventualmente, a pessoa apoiada venha a travar negócio jurídico, precavendo-se contra possível alegação de anulabilidade, exija também dos apoiadores a assinatura do instrumento negocial.

Uma preocupação significativa do Estatuto foi regulamentar, através do art. 1.783, § 6º, do CC/2002, a situação em que há divergências entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores. Nessa circunstância, estabelece o dispositivo que, em se tratando de negócios jurídicos que podem gerar riscos ou prejuízos relevantes para a pessoa com deficiência, a questão deve ser decidida pelo magistrado, após a oitiva do representante do *parquet*.

Depreende-se, por outro lado, que não sendo relevantes os riscos ou prejuízos, deve prevalecer a vontade da pessoa apoiada, haja vista a *ratio* do Estatuto. Deveras, a intenção do legislador foi assegurar, ao máximo, ainda quando necessite de apoio, a autonomia da pessoa com deficiência<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 17.

<sup>187</sup> Ibidem.

<sup>188</sup> 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\*. Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 4, p. 1-27, 2015. p.13-14.

<sup>189</sup> ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 18.

De mais a mais, aplicam-se à tomada de decisão apoiada as mesmas regras da curatela no tocante à prestação de contas e a responsabilidade civil do curador<sup>190</sup>.

#### **4.2.2 A curatela das pessoas com transtorno mental**

*Ab initio*, é importante destacar que, no contexto inclusivo inaugurado com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela sofreu modificações relevantes com o intuito de adequá-la ao novo paradigma de que a pessoa com deficiência, em igualdade de condições com as demais, em regra, possui plena capacidade.

Dito isto, nesse grupo, encontram-se as pessoas com deficiência que não possuem o discernimento necessário e suficiente para se autodeterminar ou mesmo estão impossibilitadas de exprimir a sua vontade, ou seja, estão enquadradas as pessoas com deficiência que, nos termos do inciso III, do art. 4º, do CC, podem ser declaradas relativamente incapazes.

Desta feita, se, antes, a curatela dos sujeitos com transtorno mental, na grande maioria das vezes, era necessária, uma vez que eles, inexoravelmente, eram considerados absolutamente incapazes, a partir da entrada em vigor da Lei 13.146/2015, a curatela passou a ter caráter excepcional, “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (art. 84, § 3º, do CC), exigindo do magistrado fazer constar na sua decisão, ainda mais, as razões pelas quais entende ser indispensável essa medida de proteção.

Com efeito, se a regra passou a ser que a pessoa com deficiência goza de plena autonomia, a curatela tornou-se uma medida extraordinária, declarada incidentalmente, mediante comprovação da incapacidade. Ademais, considerando que a pessoa, em razão da deficiência, só pode ser declarada relativamente incapaz, a curatela passou a estar restrita às hipóteses de interdição parcial, previstas no art. 4º do CC.

Assim, com o EPD, a curatela decorrente de interdição total dos absolutamente incapazes foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro, remanescendo apenas aquela em virtude de incapacidade relativa.

---

<sup>190</sup> Ibidem.

Com essa nova roupagem, a curatela passou, então, a estar limitada às questões patrimoniais<sup>191</sup>, permanecendo o curatelado com o seu total poder de decisão em relação às situações jurídicas existenciais, como há muito já defendia os adeptos da teoria da incindibilidade da capacidade civil<sup>192</sup>.

Nesse sentido, o EPD funcionaliza o instituto da curatela ao princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, de forma expressa, que esse mecanismo de proteção não afeta o direito da pessoa com deficiência curatelada ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto, de ser testemunha e de obter documentos oficiais de seu próprio interesse (art. 85, § 1º, do EPD).

Sendo assim, o relativamente incapaz não precisa mais do consentimento do curador para se casar. De certo, o EPD empreendeu alterações importantes no tocante ao direito matrimonial das pessoas com deficiência, tendo, por exemplo, revogado o inciso I, do art. 1.548, do CC, que determinava ser nulo o casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil<sup>193</sup>.

Contudo, no que diz respeito ao polêmico e discutido art. 1.641, inciso II, do CC/2002, o qual prevê a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória para as pessoas com mais de setenta anos de idade, perdeu o EPD uma grande oportunidade em revogá-lo<sup>194</sup>.

Deveras, essa limitação da autonomia do idoso não se justifica. Idade avançada não é sinônimo de deficiência e, ainda que fosse, de acordo com EPD, não seria causa

---

<sup>191</sup> ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 18.

<sup>192</sup> Segundo Perlingieri, “todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no status personae, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou, pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendida”. PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

<sup>193</sup> 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\*. Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 4, p. 1-27, 2015. p.13-14.

<sup>194</sup> ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 20.

para um tratamento discriminatório. Isto posto, não a manutenção em vigor do citado dispositivo é totalmente contrário à principiologia inaugurado pela Lei 13.146/2015<sup>195</sup>

Seguindo a diretiva de imprimir um perfil mais funcional à curatela, o EPD acrescentou ao art. 1.768 do CC o inciso IV, permitindo a propositura da medida pelo próprio sujeito a ser curatelado (art. 1.768, IV, do CC). Entende-se, além disso, também lhe ser possível indicar quem deseja ter como curador, nos mesmos termos previstos para a tomada de decisão apoiada.

Essa alteração, todavia, entrou em vigor pouquíssimo tempo, tendo sido revogada pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC). Explica-se: o NCPC revogou, dentre outros, os arts. 1.768 a 1.773 do CC, entrando em vigor a partir de 17 de março de 2016. Ocorre que o EPD, publicado posteriormente ao novo Código, manteve tais dispositivos com algumas alterações, como foi o caso do art. 1.748, ao qual, como visto, foi acrescentado o inciso IV<sup>196</sup>.

Considerando, então, que o EPD teve a sua vigência iniciado em 03 de janeiro deste ano, tais dispositivos alterados continuarão a produzir os seus efeitos apenas até a entrada em vigor no NCPC, quando serão revogados, ou seja, durarão por apenas dois meses e quatorze dias<sup>197</sup>.

Esse atropelamento legislativo, termo utilizado por Flávio Tartuce<sup>198</sup> para se referir a essa questão problemática, tem suscitado certa inquietação na doutrina. De uma maneira geral, o entendimento é de que será necessária uma nova lei, determinando a inserção de um novo inciso ao art. 747 do NCPC, prevendo a possibilidade do próprio sujeito a ser curatelado propor a medida de proteção.

Contudo, pugna-se pela desnecessidade de elaboração de uma nova lei, tendo em vista que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência tem status constitucional e, portanto, hierarquia superior ao NCPC, devendo este ser interpretado à luz do tratado internacional, no sentido de assegurar a pessoa com deficiência, na medida de suas condições, o pleno desenvolvimento da personalidade<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup>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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.25.

<sup>196</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015.**

<sup>197</sup> Ibidem.

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015.**

Ainda sobre o atropelamento legislativo, recai a alteração feita pelo EPD ao *caput* do art. 1.768 do CC, o qual deixa de enunciar que “a interdição deve ser promovida”, para ter a seguinte redação: “o processo que define os termos da curatela será promovido”.

Felizmente, irá sobreviver ao NCCP, o art. 1.775-A do CC, acrescentado pelo EPD, estabelecendo ser possível a curatela compartilhada do indivíduo com deficiência, podendo o magistrado, ao invés de uma, designar duas ou mais pessoas como curador.

Por derradeiro, insta comentar a tese de Joyceanne Bezerra de Menezes<sup>200</sup> de que também é possível a curatela-mandato para aqueles sujeitos com transtorno mental, com a qual, no entanto, não se concorda.

Primeiramente, é preciso esclarecer que, já antes da entrada em vigor da Lei 13.146/2015, o indivíduo maior de idade podia ser submetido a dois tipos de curatela: a curatela do enfermo ou portador de deficiência e a curatela dos interditos. Aquela surgiu como uma das novidades trazidas pelo Código Reale, no seu art. 1.780, rompendo com a tradicional concepção de que aquele submetido à curatela era, necessariamente, uma pessoa interditada e incapaz<sup>201</sup>.

Com efeito, incapacidade, curatela e interdição são institutos de direito civil distintos. Conforme aduz Maurício Requião<sup>202</sup>, a incapacidade refere-se ao estado civil de determinados indivíduos que, em razão de seu status pessoal, não têm o discernimento necessário e suficiente para a prática de atos da vida civil. Caracteriza-se por ser uma situação de fato e que, conseqüentemente, independe de decisão judicial. Já a curatela é um mecanismo de proteção conferido ao incapaz ou aquele que, apesar de ter a plena capacidade, possui uma dificuldade locomotora, por conta de uma enfermidade ou deficiência física, para realizar certos atos específicos. Por sua vez, a interdição refere-se a um procedimento judicial por meio do qual o indivíduo é declarado incapaz e, à vista da incapacidade, é submetido à curatela<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup>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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.23.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> SANT'ANA, Maurício Requião. Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.163.

<sup>203</sup> *Ibidem*, *passim*.

Sendo assim, na curatela do enfermo ou portador de deficiência, não há que se falar em interdição e incapacidade. Trata-se de uma proteção conferida, judicialmente, a alguém maior, capaz e com dificuldade de locomoção devido a alguma enfermidade ou deficiência física (ex: cegueira, obesidade mórbida, paraplegia, etc.) em praticar determinados atos da vida civil, atendendo ao seu próprio pedido ou de algum dos legitimados previstos no art. 1.768 do CC.<sup>204</sup>

Nessa toada, a curatela por enfermidade ou deficiência é também conhecida como curatela-mandato, pois configura-se, factualmente, como uma transferência efetiva de poderes para fins de administração, total ou parcial, de situações jurídicas exclusivamente patrimoniais a um terceiro, chamado de curador, eleito pelo próprio curatelado<sup>205</sup>.

Por outro lado, a curatela dos interditos consiste na proteção convencional dos incapazes, mediante ação de interdição. Nessa hipótese, de fato, incapacidade, interdição e curatela estão atrelados: somente aquele declarado judicialmente incapaz em uma ação de interdição pode ser submetido a essa espécie de curatela<sup>206</sup>.

Comparativamente, enquanto na curatela por enfermidade ou deficiência o curatelado é um sujeito capaz e que, portanto, presenteia a prática dos atos da vida civil, na curatela dos interditos, o curatelado é incapaz, ensejando a sua representação ou assistência quando dos atos jurídicos pelo curador.

Isto posto, preleciona a professora cearense que a curatela por enfermidade ou deficiência física também seria possível àquele com déficit psíquico e intelectual, em razão do princípio da igualdade e do reconhecimento da autonomia para toda e qualquer pessoa com deficiência<sup>207</sup>.

Sustenta-se, no entanto, que a curatela-mandato tem um destinatário específico que é aquele que, em virtude de uma enfermidade ou de uma deficiência física, tenha dificuldade de se locomover. Assim, como a dificuldade do sujeito com deficiência na esfera psíquica e intelectual não é dessa ordem, não há justificativa para que a ele seja estendido essa espécie de curatela.

---

<sup>204</sup> Ibidem, passim.

<sup>205</sup> Ibidem, passim.

<sup>206</sup> Ibidem, passim.

<sup>207</sup> 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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.23.

Demais disso, não haveria porquê se valer dessa espécie de curatela, quando se pode obter a mesma proteção através da tomada de decisão apoiada, acreditando-se, inclusive, que essa curatela cairá em desuso justamente por conta desse novo mecanismo de proteção.

#### 4.3 DIGNIDADE-VULNERABILIDADE X DIGNIDADE-LIBERDADE

A par das modificações no regime das incapacidades promovidas pelo EPD, surgiram duas posições doutrinárias, batizadas por Flávio Tartuce como a corrente da dignidade-vulnerabilidade e a corrente da dignidade-liberdade<sup>208</sup>.

A primeira, a qual se filiam José Fernandes Simão<sup>209</sup>, Vitor Kümpe<sup>210</sup> e Marlon Tomazette<sup>211</sup>, defende a ideia de que a dignidade da pessoa com transtorno mental é resguardada por meio de sua proteção como incapaz. Para essa corrente, portanto, as mudanças no art. 3º e 4º do CC representam um retrocesso na proteção da pessoa com transtorno mental.

De certo, para essa corrente, longe de impulsionar a proteção da pessoa com sofrimento mental, o EPD a deixou à própria sorte, caracterizando-se como uma verdadeira autofagia legislativa, visto que “o seu pretense alvo de proteção é, ao mesmo tempo, a sua maior vítima”<sup>212</sup>.

Nessa senda, a Lei 13.146/2015 teria posto fim a um sistema de proteção aperfeiçoado e dotado de incontestável logicidade, por meio do qual a incapacidade do sujeito era reconhecida, nomeando-lhe curador para a sua assistência ou representação na prática dos atos da vida civil.

Por outro lado, em substituição ao antigo sistema e para o infortúnio da pessoa com transtorno mental, a nova legislação estabeleceu um novo regime de incapacidades totalmente ilógico, sem qualquer encadeamento plausível entre os institutos da incapacidade, da interdição e da curatela<sup>213</sup>.

---

<sup>208</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015.**

<sup>209</sup> SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 1 e 2).*

<sup>210</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico; Borgarelli, Bruno de Ávila. *As aberrações da lei 13.146/2015.* 2015

<sup>211</sup> TOMAZZETE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15.** 2015

<sup>212</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico; Borgarelli, Bruno de Ávila. *As aberrações da lei 13.146/2015.* 2015

<sup>213</sup> *Ibidem.*

Se, antes, independente de estar interditada ou não, a pessoa com transtorno mental era automaticamente considerada incapaz e os atos por ela praticados, nulos, com a nova sistemática das incapacidades, a presunção passou a ser de que esse indivíduo é plenamente capaz e que os seus atos são válidos. , por conseguinte, os seus atos são válidos, somente após a nomeação do curador é que o sujeito com déficit psíquico e intelectual pode ser considerado incapaz e os seus atos, inválidos<sup>214</sup>.

Assim, se, outrora, a interdição apenas reconhecia a incapacidade do indivíduo, a partir da mencionada Lei, essa ação passou a ter natureza constitutiva, gerando efeitos apenas ex nunc, o que acaba por deixar aquele com transtorno, em relação aos atos praticados anteriormente ao processo, ao alvedrio das pessoas de má-fé<sup>215</sup>:

De mais a mais, se, quando considerada absolutamente incapaz, contra a pessoa com transtorno mental não corria nem a prescrição e nem a decadência, a partir de 03 de janeiro de 2016, quando passou a ser plenamente capaz ou, quando muito, relativamente incapaz, os prazos passaram a fluir normalmente a seu desfavor, acarretando, evidentemente, prejuízos a essa pessoa<sup>216</sup>.

Nessa senda, Marlon Tomazette e Rogério Araújo<sup>217</sup> acreditam que os magistrados, diante dessa injustiça perpetrada pela nova legislação, aplicarão, analogicamente, a hipótese de suspensão da prescrição prevista no art. 198, I, do CC às pessoas com deficiência.

A crítica crucial da corrente da dignidade-vulnerabilidade consiste, porém, no enquadramento daquele que, por causa provisória ou permanente, não pode exprimir a sua vontade no rol dos relativamente incapazes<sup>218</sup>.

Com efeito, para os adeptos dessa teoria, a incapacidade relativa daqueles que não podem manifestar seu querer é o maior despautério do legislador do EPD, afinal o relativamente incapaz realiza pessoalmente os atos da vida civil, sendo necessária apenas a assistência do curador e, sendo assim, não há como alguém que, por

---

<sup>214</sup> TOMAZZETE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15.**

<sup>215</sup> “Em resumo: a nomeação de curador não decorre mais do estado incapacitante do agente. Passa a ter caráter nitidamente constitutivo e só surtirá efeitos para o futuro, deixando o passado do deficiente, justamente ele que precisa de mais ajuda, em perigoso limbo jurídico”. Ibidem.

<sup>216</sup> SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade.** 2015

<sup>217</sup> TOMAZZETE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15.** 2015

<sup>218</sup> SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade.** 2015

exemplo, esteja em coma profundo e, portanto, não pode se expressar ser meramente assistido<sup>219</sup>.

Isto posto, a doutrina da dignidade-vulnerabilidade assevera de ter sido um grande equívoco a retirada desses sujeitos do rol dos absolutamente incapazes. Para essa corrente, os indivíduos que não podem exprimir sua vontade precisam, efetivamente, ser representados pelo curador e nisso não há nenhuma conotação pejorativa, mas, ao contrário, o reconhecimento de que sua dignidade reside justamente nesse tratamento protetivo especial<sup>220</sup>.

Assim, longe de denegrir a dignidade da pessoa com deficiência, o regime das incapacidades tal como estava previsto originalmente no CC/2002, na verdade, a protege.

De outra sorte, a corrente da dignidade-liberdade, a qual este estudo se filia, posiciona-se no sentido de que a dignidade da pessoa com deficiência é proporcionada na medida em que lhe é assegurada, sempre que possível, a plena autonomia, tendo como principais expoentes Nelson Rosendal, Jocyeane Bezerra Menezes, Flávio Tartuce e Pablo Stolze.

Com efeito, para os defensores dessa teoria, o EPD traduz uma verdadeira conquista social, pois promove a inclusão daqueles que sempre estiverem alijados de participação na sociedade, consubstanciando o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>221</sup>.

Desta feita, as alterações implementadas pela Lei 13.146/2015 são louváveis, uma vez que retira dos indivíduos com deficiência o rótulo de incapaz, passando sobre eles recair, em igualdade de condições com as pessoas sem qualquer limitação sensorial, intelectual, mental ou física, a presunção de que são dotados de plena capacidade para a autodeterminação<sup>222</sup>.

Todavia, considerando que, historicamente, a incapacidade sempre esteve atrelada à deficiência e que toda mudança sempre encontra resistência por aqueles mais apegados à tradição, é natural que sejam feitas apreciações negativas da nova

---

<sup>219</sup> Ibidem.

<sup>220</sup> TOMAZZETE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15. 2015**

<sup>221</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015.**

<sup>222</sup> TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015.**

legislação. Trata-se, porém, de críticas que não persistem a uma leitura mais aprofundada sobre as novas disposições<sup>223</sup>.

Nessa toada, advogam os adeptos da teoria da dignidade-liberdade ser um equívoco acreditar que o EPD tenha extinguido a teoria das incapacidades na sistemática civil brasileira e que toda pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz<sup>224</sup>.

Na realidade, o giro epistemológico feito pelo EPD é de outra jaez: numa perspectiva constitucional materialmente isonômica, estabeleceu-se que a pessoa com deficiência não pode ser enquadrada, aprioristicamente e de forma hermética, no rol dos incapazes, ou seja, que, como qualquer outra pessoa, aquela com deficiência é presumivelmente capaz, podendo, todavia, quando comprovada a ausência de discernimento necessário e suficiente para se autodeterminar ou quando for impossível a manifestação de vontade, vir, casuisticamente e desde que indispensável, ser considerada relativamente incapaz, lhe sendo, conseqüentemente, nomeado um curador.

Com as modificações no regime das incapacidades determinadas pelo Estatuto, a harmonia entre os arts. 3º, 4º e 1.767 do CC, portanto, continua a existir, não havendo que se falar em curatela de alguém no gozo da plena capacidade. A lógica permanece a mesma: aquele submetido à curatela é alguém que foi interditado, haja vista a incapacidade para a prática dos atos da vida civil.

Dito isto, a teoria das incapacidades não foi suprimida do Código Civil, mas apenas mitigada pela Lei 13.146/15. De certo, continua a ser possível a interdição da pessoa com deficiência e a sua submissão à curatela em razão de incapacidade.

Se assim não fosse, isto é, caso o EPD tivesse, efetivamente, abolido a teoria das incapacidades do Codex, teria a recente legislação construído uma realidade jurídica fictícia, na qual todos seriam, artificialmente, iguais, quando, como cediço, a diversidade é inerente ao humano e a deficiência, em maior ou menor grau, pode vim a comprometer, de fato, a capacidade de autodeterminação:

De outra senda, ao restringir o catálogo dos absolutamente incapazes aos menores impúberes e não sendo estes submetidos à interdição, o EPD expurgou,

---

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> STOLZE, Pablo, *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil*.

realmente, a interdição total e a incapacidade absoluta do regramento jurídico da pessoa com deficiência psíquica e mental.

Como visto, o critério médico, até então adotado para a definição de incapacidade, rotulava como absolutamente incapaz aquele que ostentava alguma insuficiência psíquica ou mental. Assim, a interdição por incapacidade absoluta era decorrente de um estado pessoal patológico.

Entretanto, há muito se sabe que existe todo um espectro de deficiências psíquicas e mentais, que, variando conforme a origem, o grau e a extensão dos seus efeitos, pode provocar, ou não, a ausência da capacidade de discernimento.

Isto posto, em um Estado Democrático, como o Brasil, no qual a dignidade da pessoa humana reclama o respeito às diferenças, é insustentável uma normativa que, em nome da segurança jurídica, homogeniza todo aquele que possui alguma deficiência psíquica ou mental, enquadrando-o na categoria abstrata dos absolutamente incapazes, sem qualquer possibilidade de exercer pessoalmente os seus direitos fundamentais.

É justamente nesse sentido que se considera que o EPD, ao abolir a incapacidade absoluta dos indivíduos com deficiência psíquica ou mental, redirecionando-os, quando muito, à categoria dos relativamente incapazes e, por conseguinte, preservando as suas faculdades de autonomia residuais, sobretudo aquelas relativas às crenças, valores e afetos, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

Urge salientar, contudo, que esse reenquadramento não acarretou o fim do instituto da representação dos maiores incapazes do ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que diz respeito às pessoas impossibilitadas de exprimir a sua vontade.

Com efeito, a extinção da incapacidade absoluta do maior incapaz suscitou a hibridização dos institutos da representação, da assistência e da incapacidade relativa, de modo que, quando comprovado o total discernimento ou impossibilidade de manifestação de vontade para a prática de atos da vida civil, o curador não se limitará à assistência, substituindo, efetivamente, a vontade do curatelado.

Não se olvida que a substituição de vontade depende de prévia determinação em lei, tornando impossível, *a priori*, a representação do relativamente incapaz. Entretanto, o EPD delinea uma curatela plástica, flexível, podendo o juiz amoldá-la às necessidades do curatelado.

Assim sendo, é perfeitamente possível, conforme as circunstâncias do caso em concreto, o magistrado conferir mais amplos poderes ao curador, inclusive o de substituição de vontade do curatelado.

De todo o modo, o curador deve ter a sua atuação pautada no princípio da beneficência do curatelado, atendendo, sempre que possível, aos seus interesses fundamentais, entendendo-se esses como as suas preferências, sua visão de mundo e suas convicções pessoais<sup>225</sup>.

Não só louros, todavia, colhe o Estatuto da Pessoa com Deficiência. De certo, a desconexão entre a curatela e a incapacidade absoluta provoca rupturas, resultando em prejuízos para as pessoas com deficiência submetidas à curatela. Reflexo disso é que, a partir de 03 de janeiro de 2015, contra elas passou a correr a prescrição e a decadência. Outrossim, os atos por elas praticados sem a presença do curador passaram a ser considerados apenas anuláveis.

Discorda-se, porém, que os atos praticados por pessoa com deficiência relativamente incapaz sejam suscetíveis apenas à anulabilidade. Deveras, do mesmo modo em que é possível flexibilizar os limites da curatela a ponto do curador deter poderes para representar o curatelado, acredita-se também ser viável que o magistrado, nos autos do processo, determine serem nulos os atos que venham a ser praticados por aqueles a quem se exige substituição de vontade.

Nada obstante, é incontestável que, novo panorama delineado pelo EPD, como reconhecimento diversidade humana, há pessoas com deficiência (i) plenamente capazes; (ii) dotadas de plena capacidade que, porém, necessitam do apoio de outras pessoas; (iii) relativamente incapazes e que, conseqüentemente, são submetidas à curatela, sendo que, nesse caso, ainda há pessoas com deficiência que reclamam a sua representação pelo curador para a prática de todo e qualquer ato; aquelas que requerem apenas a assistência, bem como outras que demandam à representação para alguns atos e a assistência para outros.

---

<sup>225</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

## 5 CONCLUSÃO

A realidade é muito mais complexa e dinâmica que o mundo jurídico, de modo que qualquer tentativa de esquadrihá-la em categorias abstratas, herméticas e apriorísticas torna, inexoravelmente, fadada ao insucesso a missão do Direito de se colocar a serviço da realização do ser humano.

Nesse sentido, o regime das incapacidades, tal como estava previsto, originalmente, no Código Civil em vigor, longe de promover a proteção do maior incapaz, em verdade, servia para perpetuar a exclusão social a que a pessoa com deficiência psíquica e mental sempre esteve submetida, pois lhe enquadrava, de forma peremptória, no rol dos absolutamente incapazes, ignorando as suas faculdades residuais de discernimento.

De certo, o sistema das incapacidades, enquanto estruturada em categorias abstratas e herméticas, concedia uma tratamento desigual aos incapazes baseado na ideia de que a deficiência gerava a falta de discernimento para a prática dos atos da vida civil, quando, na verdade, se sabe que não existe, necessariamente, um *discrímen* dessa ordem entre as pessoas com deficiência e aquelas sem qualquer limitação.

Isto posto, o Estatuto das Pessoas com Deficiência reestrutura o regime das incapacidades, conferindo à sistemática um perfil mais funcional, na medida em que a torna aberta, flexível, capaz de se amoldar e atender as necessidade de cada indivíduo.

Assim, ao proclamar que a deficiência não gera automaticamente a incapacidade, o Estatuto estabelece que, em igualdade de condições com as demais pessoas, recai sobre o indivíduo com deficiência a presunção de que é ele plenamente capaz para se autodeterminar.

Com isso, no entanto, não restou abolida a possibilidade de curatela das pessoas com deficiência, como muitos doutrinadores têm alegado. Deveras, quando comprovada a incapacidade do sujeito, é ele interditado, lhe sendo designado um curador.

Nesse ponto, a diferença entre o antigo e novo regime das incapacidades reside apenas na impossibilidade que existe agora na decretação da incapacidade absoluta e da interdição total do maior incapaz, sendo fixado os limites da curatela, uma vez que o curador restringir-se-á a assistir o incapaz para a prática de atos

específicos, para os quais demonstre efetivamente não ter discernimento necessário e suficiente.

Por tudo quanto exposto, em que pese os problemas que, de fato, suscita, principalmente aqueles referentes ao atropelamento legislativo, e que demandará dos juristas e aplicadores do Direito grande manejo na sua execução, o Estatuto das Pessoas com Deficiência mostra-se, à primeira vista, eficaz na promoção da dignidade da pessoa humana.

Mais do que uma alteração normativa, no entanto, é imprescindível uma mudança de mentalidade, passando a incapacidade a ser sinônimo de intolerância à diferença. De qualquer modo, o Estatuto dá um primeiro passo nessa caminhada.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Luciano de Campos. A capacidade da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 18, p. 84-104, abr./jun. 2004.
- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARIEL, Goldenberg. Sou igual a todo mundo: depoimento [4 de março, 2013]. São Paulo: Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Laura Capriglione.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: Revista trimestral de direito civil. Ano 2, vol. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. Rev. Latino-Am. Enfermagem. 2010, vol.18, n.4.
- BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.
- BARBOZA, Heloíza Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, n. 6 e 7, p. 27-39,1999.
- BASAGLIA, Franco [org]. A instituição negada. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1985, p. 28.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gomes et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 5 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 12/05/2016.
- BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm) Acesso em: 12/05/2016.
- BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril. 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm) Acesso em: 12/05/2016;
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) Acesso em: 06/04/2016;
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de mar. 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 12/05/2016.
- BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de jul. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm) Acesso em: 12/05/2016.
- BRASIL. Lei n. 3071, de 1º jan. 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm) Acesso em: 12/05/2016;
- BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dez. 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm) Acesso em: 12/05/2016;
- CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 203.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Ed. Lejus, 2000.

COELHO Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1972. p.189.

DELGADO, Paulo. O espírito da lei n. 10.216/01. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.167.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FERRAZ, C. V. ; Glauber Salomão Leite . Capacidade civil - fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas. 613ed.Belo Horizonte: Fórum, 2012, v. 1, p. 39-40.

FIGUEIREDO, Gabriel. Políticas de saúde mental no Brasil. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio/2010, p.30.

FIUZA, César *et. al.* Crise e Interpretação no Direito Civil: da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: Fiuza, César; Sá, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). Direito Civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v.2., p. 23-59.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, v. 1, p. 93-116, 2013. p.98

FOUCAULT, Michel. História da loucura: na idade clássica. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

GANGUILHEM, Georges. O normal e o patológico. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.13-14.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócios jurídicos. In: GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-89, p. 87.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p.166.

KÜMPEL, Vitor Frederico; Borgarelli, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. 2015

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: O desafio do direito a ter direitos. Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região (Impresso), São Paulo, v. 75, n.75, p. 37-54, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau . Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. Revista Trimestral de Direito Civil , v. 25, pp. 240, 217-241, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ªed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37-40.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. (Org.). Direito Civil-Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e as suas consequências. 1. ed.Florianópolis: Conceito, 2014, v. 1, p. 51-73.

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\*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 4, p. 1-27, 2015. p.4.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 1. 3ªed. Coimbra: Coimbra, 1991.

Nelson, Rosenvald. Em 11 Perguntas e Respostas: 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 12/05/2016.

PAIM, Isaias. *Tratado de clínica psiquiátrica*. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1976.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume 1*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado: parte geral, tomo I*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: Estudos no marco do Estado Democrático de Direito*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 15.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Pontes, Maíla Mello Campolina. Anorexia nervosa e interdição judicial: reflexões sobre o sentido e o alcance da medida constritiva em um contexto de releitura da teoria das incapacidades. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c96ebee05199633> Acesso em: 12/05/2016;

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo. L.. *Direito das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento*. PERCURSO ACADÊMICO , v. 3, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. *Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento*. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v.3, n.5, jan./jun. 2013, p. 148-149.

SANT´ANA, Maurício Requião. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTOS, BOAVENTURA de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, I. W. *Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro*. In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 587-614, p. 600.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Daniel Martins de. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

SILVEIRA, Lia Carneiro; BRAGA, Violante Augusta Batista. Acerca do conceito de loucura e seus reflexos na assistência de saúde mental. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, [S.l.], v. 13, n. 4, p. 591-595

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 1 e 2). Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade> e <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas> . Acesso em 12/05/2016.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil> . Acesso em 12/05/2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. 2015.

TEIXEIRA, A. C. B. ; KONDER, C. N. P. . Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ , v. 18, p. 8, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e capacidade de exercício. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 33, ano 9, jan./mar., 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357/1145> . Acesso em 12/05/2016.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOMAZZETE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15. 2015

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Research capacity for mental health in low – and middle – income countries. World Health Organization; 2007, p. 13, (tradução livre). Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/MHRC\\_FullText.pdf](http://www.who.int/mental_health/MHRC_FullText.pdf) . Acesso em: 13/05/2016.