

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CLAYTON REIS

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Clayton Reis, Otavio Luiz Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-303-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

Os trabalhos apresentados neste GT - DIREITO CIVIL CONTEMPORANEO - se destacaram pelo seu conteúdo, que suscitou inúmeros debates durante a exposição pelos seus respectivos autores. As discussões decorreram da atualidade dos temas expostos, bem como, em razão da dinamicidade da sociedade pós-moderna que possibilita na atualidade a multiplicação dos saberes de forma geométrica. Não obstante a dimensão dos trabalhos expostos, sempre haverá espaço para novos debates, considerando a universalidade do conhecimento. Por essas breves razões entendemos que o GT cumpriu adequada e corretamente seus objetivos, em face dos artigos, oriundos de autores que se destacaram pelo seu nível de conhecimento e proposta. É curial destacar que as sugestões dos autores, na medida em que contribuíram para elucidar parcialmente os temas abordados, abriram espaço para novas e mais profundas investigações.

A CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL: (IN) CONSTITUCIONALIDADE?

THE CAPACITY OF PEOPLE WITH MENTAL DISABILITIES: (IN) CONSTITUTIONALITY?

Roberto Alves de Oliveira Filho ¹
Marcelo Rodrigues da Silva ²

Resumo

As pessoas com deficiência mental ou do comportamento passaram a ser consideradas com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) como plenamente capazes, visando-se superar o caráter patrimonialista do direito privado e amoldar o ordenamento jurídico pátrio ao viés inclusivo, lastreado no modelo de direitos humanos consagrado na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporado ao Brasil com status de Emenda Constitucional por meio do Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Palavras-chave: Capacidade, Pessoas, Deficiência mental, (in)constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

People with mental disabilities with the entry into force of Law 13,136/15 are considered fully capacity. Several criticisms have arisen around this change in the theory of disabilities, including upholding the unconstitutionality of the law. This article aims to analyze the constitutionality of the changes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Capacity, People, Mental disabilities, Inconstitutionality

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Pós-graduando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Contratual pela Universidade de Salamanca. Advogado.

² Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. LL.M em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015, alterou significativamente o regime das incapacidades no Brasil.

Tais alterações geraram, por conseguinte, a inaplicabilidade de normas protetivas às pessoas com deficiência mental ou intelectual que atuem sem curador ou apoiador (v.g.: regras relativas à prescrição¹ e às nulidades²), haja vista que passaram tais pessoas a serem consideradas pelo ordenamento jurídico como plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil.

As pessoas com deficiência mental ou do comportamento passaram a ser consideradas com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) como plenamente capazes, visando-se superar o caráter patrimonialista do direito privado e amoldar o ordenamento jurídico pátrio ao viés inclusivo, lastreado no modelo de direitos humanos consagrado na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporado ao Brasil com *status de* Emenda Constitucional por meio do Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Por sua vez, críticas doutrinárias não faltaram com relação à atribuição de capacidade a estas pessoas, em especial por ter alijado tais pessoas de normas protetivas dispostas no Código Civil.

Com efeito, a questão da (in)constitucionalidade do novo regime jurídico com relação às pessoas com deficiência mental é o ponto central desenvolvido neste estudo.

¹ Código Civil de 2002: art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

² Código Civil de 2002: Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;

METODOLOGIA

Superada a parte introdutória deste artigo, o presente tópico apresenta os procedimentos metodológicos utilizados no desenvolvimento desta pesquisa.

Dada à complexidade do assunto, impossível se torna a escolha de apenas um único método para o desenvolvimento da pesquisa jurídica. A metodologia, para Maria Hemília Fonseca, corresponde a um conjunto de condições necessárias para que o trabalho científico tenha uma direção lógica para ser analisado de forma crítica por outro leitor.³

Métodos utilizados na pesquisa

A pesquisa jurídica contemporânea não atinge resultados satisfatórios com a adoção de apenas um único método. O contexto hodierno da pesquisa jurídica é caracterizado pelo pluralismo metodológico, que procura garantir ao pesquisador a objetividade necessária no tratamento dos fatos sociais.

Sendo assim, além dos métodos lógicos, quais sejam o indutivo⁴ e o dedutivo⁵, privilegiarão esta pesquisa os métodos, histórico⁶, dialético⁷ e comparativo⁸.

³ FONSECA, Maria Hemília. **Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos**. – Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009. p. 3. No mesmo sentido: ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2002. p. 22.

⁴ O método indutivo consiste em um processo mental que parte de dados particulares suficientemente provados, dos quais infere-se uma verdade universal contida nos dados examinados. BARROS, Aidil Jesus da Silveira; SILVEIRA BARROS, Neide Aparecida de Souza Lehfeld. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 76.

⁵ A dedução é o método pelo qual os resultados são obtidos de forma inversa à dedução. É o caminho das consequências, decorrente de uma cadeia de raciocínios em conexão descendente, partindo do conhecimento geral para o particular, chegando-se assim a conclusão. A lógica deste método se faz da causa para o efeito. ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

⁶ O método histórico parte do princípio de que a atual estrutura da vida social, seus costumes e instituições têm origem no passado, sendo importante a realização de uma pesquisa sobre suas raízes de modo a compreender sua natureza e função. Com efeito, o método histórico consiste na investigação de acontecimentos e processos do passado para verificar sua influência no cenário social atual. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 88-89.

⁷ O método dialético reconhece a dificuldade de se apreender o real, em sua determinação objetiva, por isso a realidade é construída diante do pesquisador por meio das noções de totalidade, mudança e contradição. A noção de totalidade refere-se ao entendimento de que a realidade é interdependente e relacionada aos fatos e fenômenos que a constitui, ao passo que a noção de mudança compreende que a natureza e a sociedade estão em constante reestruturação, podendo tais mudanças serem quantitativas, bem como qualitativas. Por sua vez, a contradição figura como o motor da mudança, devendo ser constante e intrínseca à realidade. Logo, as relações entre os fenômenos ocorrem num processo de conflitos que geram novas situações na sociedade. DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. – Natal: Eduerp, 2008. p. 84-85.

⁸ É o método básico e indispensável na procura de regularidades ou leis. Exige a visão externa e o uso da linguagem de dados da comunidade científica, pois é inútil comparar coisas incomparáveis, exigindo a identificação de condições limites, além combinar com o método histórico. MILLER JR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas**. – Natal: Editora da UFRN, 1991. p. 16.

Tipos de pesquisa

A pesquisa a ser desenvolvida, será bibliográfica, pois como salienta Eduardo de Oliveira Leite, no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispõe o pesquisador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas.⁹

Em se tratando de pesquisa documental, tal investigação é indispensável, pois um trabalho jurídico somente será bem fundamentado com a apresentação de leis, doutrina, jurisprudência e demais dispositivos¹⁰ que regem o tema.

Ademais, cumpre destacar o estudo da teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erik Jayme e Cláudia Lima Marques, a qual busca a complementaridade dos sistemas jurídicos, no que tange aos assuntos relacionados aos contratos.¹¹

Breve esboço histórico geral do tratamento das pessoas com transtornos mentais ou do comportamento.

O percurso histórico de inserção no tecido social das pessoas com deficiência (*person with disabilities*)¹² consiste em um processo gradativo, não-linear e marcado pelo multiculturalismo das civilizações, constatando-se, portanto, movimentos marcados pela eliminação sumária da vida da pessoa com deficiência ou de sua rejeição -“fases” da intolerância e da invisibilidade-, de um lado, e de proteção assistencialista e piedosa -“fase”

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 59.

¹⁰ Nesse sentido, cumpre trazer uma ponderação de Humberto Eco: Certo é que as fontes de um autor podem ser acontecimentos históricos (certas discussões ocorridas em sua época sobre determinados fenômenos concretos), mas tais acontecimentos são sempre acessíveis sob forma de material escrito, isto é, de outros textos. ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 25. ed. – São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 45.

¹¹ “Diálogo das fontes é a expressão visionária do mestre Erik Jayme. Diálogo entre as diferenças, como resposta pós-moderna ao desafio da aplicação das leis no complexo sistema privado atual. Em outras palavras, a solução do denominado conflito de leis no tempo emerge como resultado de um diálogo (aplicação simultânea, coerente e coordenada) das mais heterogêneas fontes legislativas, iluminadas todas pela nova força da Constituição. Fontes plurais que não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (escutando-as), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no direito do consumidor**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 663.

¹² Terminologia que se entende mais adequada, adotada pela *Standard Rules* e pela Convenção da Organização das Nações Unidas de 2006. Com bem leciona André de Carvalho Ramos, a expressão “pessoa portadora de deficiência” (utilizada pela nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV. 37, VIII; 203, IV; 203, V; 208, III; 227, § 1º, II; 22, § 2º; 244) realça o “portador”, como se fosse possível deixar de ter deficiência. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2015. p. 221. Aliás, a terminologia “pessoa portadora de deficiência” traz a impressão de se tratar de uma doença, o que na realidade não é, pois a doença mental é um estado psicológico que pode ser curado ou controlado com tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, ao passo que a deficiência mental decorre de fatores genéticos ou acidentais, não havendo, quanto a esta última, cura.

assistencialista-, de outro, até evoluirmos, mais recentemente, para o movimento que, orientado pelo paradigma dos direitos humanos, passa a considerar as pessoas com deficiência como sujeitos ativos no seu processo de conquista da cidadania, considerando-os dotados de plena capacidade¹³ -“fase” humanista.

“A fase da intolerância a deficiência simbolizava impureza, pecado ou castigo divino. A fase subsequente, denominada de fase da invisibilidade, ignorava a existência das pessoas com deficiência e seus direitos”¹⁴.

A fase assistencialista pauta-se em uma perspectiva médica e biológica da deficiência. Aqueles que adotam o modelo assistencialista buscam encontrar uma cura para a deficiência, pois neste modelo a deficiência é exclusivamente vista como enfermidade”¹⁵.

A fase humanista é guiada pelo paradigma dos direitos humanos, no qual busca-se a inclusão social da pessoa com deficiência, eliminando-se obstáculos e barreiras (culturais, físicos ou sociais) que possam ser superados. Incumbe destacar nesta fase a inovação promovida pela Convenção da Organização das Nações Unidas, que passou a reconhecer a deficiência como resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente, não residindo apenas intrinsecamente no indivíduo¹⁶.

Classificar tais movimentos em “fases”, como o fazem alguns autores (v.g.: Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari¹⁷), é adequado apenas para fins didáticos, pois tal divisão transmite a ideia equivocada de que há demarcações bem definidas no estudo deste processo histórico, e que a fase posterior não conviveria em um mesmo plano temporal ou espacial com as fases anteriores, quando na verdade não se pode constatar uma homogeneidade na inclusão da pessoa com deficiência, mormente pelo fato de que os sentimentos e a maneira pela qual as sociedades enxergam tais pessoas variam, ainda que dentro de um mesmo período ou território.

Propõe-se a seguir situar estes movimentos (ou fases) em algumas civilizações e alguns períodos históricos.

Na Roma Antiga, havia permissão para que nobres e plebeus sacrificassem os filhos que nasciam com algum tipo de deficiência (movimento de intolerância), Para que a pessoa

¹³ GARCIA, Vinícius Gaspar. **Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho – histórico e contexto contemporâneo**. 2010. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade de Campinas (UNICAMP). Campinas. 2010. p. 9-10.

¹⁴ GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. 2ª ed. – Salvador: Juspodivm. 2015. p. 241.

¹⁵ GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. Op. cit. p. 241

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2015. p. 303

¹⁷ GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. Op. cit. p. 241.

titularizasse direitos (sujeito de direitos) era necessária a atribuição de personalidade jurídica, e os deficientes físicos e os escravos¹⁸ neste momento histórico não possuíam tal atribuição¹⁹.

Do mesmo modo, em Esparta, os bebês e as pessoas que adquiriam alguma deficiência eram lançados ao mar ou em precipícios (movimento de intolerância)²⁰.

Na Antiguidade, portanto, o padrão social era a eliminação da pessoa com deficiência, com base na ideia de uma suposta inutilidade e inferioridade, inclusive por infanticídio e aborto (movimento de intolerância).

Embora pareça uma prática antiga o infanticídio destas pessoas, é comum encontrar ainda nos dias atuais tal prática, o que demonstra que o processo de inserção das pessoas com deficiência não é linear.

Veja-se, por exemplo, as tribos indígenas brasileiras isoladas que sacrificam a vida de crianças que nasçam com algum tipo de deficiência.

Estas tribos habitam em locais afastados do convívio com a civilização dominante do ocidente, e, portanto, não conhecem, por exemplo, hospitais ou casas de reabilitação diversas, tampouco medicamentos alopáticos, próteses etc, não possuindo, muitas vezes, instrumental, nem conhecimento para lidar com as crianças que nascem deficientes, vale dizer, interpretam a deficiência de um modo completamente distinto da forma como a cultura dominante a enxerga.

Podem até mesmo acreditar que a criança nascida com características diferentes não é um dos seus, ou que não é efetivamente um humano, ou é um humano inviável, porque imprestável à utilidade que teria naquela comunidade.

Ainda em pleno século XXI denota-se também discursos de intolerância com relação aos surtos de microcefalia -típica deficiência, tratada erroneamente e silenciosamente com doença-, associados ao zika vírus, ocasião que se chegou inclusive a se debater acerca da possibilidade de aborto em gestações de bebês com tal deficiência, tendo-se de um lado o movimento pró-aborto (ou pró-escolha ou *pro-choice*), que sustenta que a mulher não deve ser punida por uma falha das autoridades em controlar o mosquito transmissor da doença, *Aedes Aegypti*, o mesmo da dengue²¹, e, de outro lado, o movimento antiabortivo (pró-vida), sustentando que o aborto nestes casos traduziria em uma tentativa de se buscar o bebê

¹⁸ Os escravos eram considerados objetos de direito (coisas).

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16ª ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 103. 9 Idem. p. 10.

²⁰ Idem. p. 10.

²¹ O aludido grupo argumenta que a ilegalidade do aborto e a falta de políticas de erradicação do *Aedes* ferem a Constituição Federal em dois pontos: direito à saúde e direito à seguridade social.

perfeito, algo comparável ao que buscava o nazismo com suas iniciativas de eugenia, de se criar uma "raça perfeita"²².

Na Polinésia Francesa, por outro lado, onde o vírus teria também gerado um número maior do que a média de casos de microcefalia, a maior parte dos fetos com esse diagnóstico foi abortado²³.

No decorrer do período medieval, a loucura era vista em muitos povos como um problema espiritual, estando associada a alguma possessão demoníaca²⁴. Assim, buscava-se tratar a “enfermidade” pelo emprego de meios espirituais que tinham pro finalidade acalmar a alma do indivíduo, a exemplo do exorcismo²⁵.

A pessoa considerada “louca” ou “insana” era excluída da sociedade, tal como os “leprosos”²⁶, por se entender que estava possuída pelo demônio (momento da invisibilidade)²⁷.

A partir de Descartes, os transtornos mentais ou do comportamento (denominado de loucura) passaram a ser considerados uma não razão ao homem racional. Vale dizer, a partir de Descartes o louco passou a ser visto como alguém que não era titular da verdade²⁸.

Descartes passou a diferenciar o racional e verdadeiro do que é errôneo e falso, ou melhor dizendo, a loucura tornou-se a perversão das leis da razão; razão e desrazão se separam. A loucura é, assim, silenciada, do ponto de vista filosófico (ninguém desejava ouvir o “louco”, afinal era tratado como um ignorante) e internada, do ponto de vista institucional.

Segundo Michel Foucault: “A loucura foi colocada fora do domínio no qual o sujeito detém seus direitos à verdade”²⁹.

Nesse período, a loucura foi reduzida a um escândalo, algo equiparado a um crime. Tirava-se do louco o direito à verdade. O louco era colocado no cárcere.

²² **Microcefalia reabre discussão sobre aborto no Brasil. 31 de janeiro de 2016.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160131_entenda_aborto_microcefalia_ss_lab>. Acesso em: 08 de março de 2016.

²³ Idem.

²⁴ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p. 44.

²⁵ Idem. p. 46-47.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica.** Tradução: José Teixeira Coelho Netto. – São Paulo: Perspectiva. 2009. p. 6.

²⁷ SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. **O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado.** Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a>. Acesso em 14 de setembro de 2016. p. 12-13.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **História da loucura.** – São Paulo: Perspectiva. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. 1978. p. 54.

²⁹ Idem. p. 54.

Nasce assim o que o Foucault denomina de “Grande Internação”³⁰, em que as pessoas com deficiência mental (os “loucos”) passaram a ser banidas da vida pública, e reclusas, encarceradas e torturadas em hospícios.

Com arrimo em Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira:

A associação cartesiana da loucura ao sonho e ao erro favoreceu o que Foucault denominou de banimento da loucura na modernidade pós-cartesiana: “[...] ele bane a loucura em nome daquele que duvida, e que não pode destinar mais do que não pode pensar ou ser”. Consequência prática desta formulação foi o efetivo banimento social dos ‘loucos’ através do processo emergente de isolamento em constantes internações, como ocorrido na França³¹.

A pessoa com deficiência era comparada a um animal, como se verificou no Brasil com as Ordenações Filipinas de Portugal³². No art. 66, 3, do seu Livro I, havia determinação que pudesse o poder de polícia ser utilizado sem maiores necessidades de justificativas, dentre outras providências, "contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes"³³.

Denota-se, portanto, que as pessoas com deficiência mental eram tratadas rebaixados a uma categoria de sub-humanos, cidadãos de segunda classe e encarcerados sem julgamento.

Conforme bem alude Maurício Requião:

As narrativas sobre o Colônia [veja a obra: “Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil] valem por todas, e a elas remete-se o leitor que quiser se inteirar sobre as atrocidades já cometidas por aqueles que se encontravam no dever de atuar como guardiões dos portadores de transtorno mental”³⁴.

Por força de inúmeras atrocidades cometidas em face das pessoas com deficiência, surgiram movimentos visando reconhecer a necessidade de propiciar a estes sujeitos condições para uma vida digna.

A partir do século XVIII as pessoas com transtornos mentais ou do comportamento passam a ser vistas como doentes, e o confinamento destas pessoas passa a ser visto como algo bárbaro.

³⁰ Idem. p. 52.

³¹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. *Op. cit.* p. 53.

³² Tal comparação perdurou no Brasil até mesmo após a declaração da independência, em 07 de setembro de 1822, portanto até após sua revogação em Portugal.

³³ REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência.** revista de direito civil contemporâneo. v. 6/2016. p. 37-54. Jan-Mar/2016.

³⁴ REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.* p. 37-54.

Foi apenas com o avançar da medicina, portanto, que a “loucura” deixou de ser tratada pelo aspecto espiritual e passou a ser compreendida na visão dos transtornos mentais, a partir de argumentos fisiológicos, como uma patologia de origem biológica.³⁵

Neste período os loucos foram liberados do encarceramento e colocados sob cuidados médicos. Ao invés de correntes de ferro, passaram a ser medicados. Com a psicanálise, as pessoas com deficiência mental poderiam falar para os psiquiatras. O “louco” torna-se, ainda, um objeto de estudo, ou seja, distancia-se o “normal” do “doente mental”, e torna-se o último objeto de um saber.

Os transtornos mentais continuam a ser vigiados e confinados pela razão; o médico, onipotente e onipresente é a autoridade que atua sobre os ditos loucos, representando o poder da razão de confinar a loucura.

Segundo Foucault:

A constituição da loucura como doença mental, no fim do século XVIII, delineia a constatação de um diálogo rompido entre a loucura e não loucura, entre razão e não razão (...) a linguagem da psiquiatria, que é um monólogo da razão sobre a loucura, só pôde estabelecer-se sobre um tal silêncio³⁶.

Em suma, Foucault sustentava que os loucos não poderiam falar, pois são doentes. E por mais que pudessem falar com o psiquiatra, o que há nessa relação entre psiquiatra e louco não é um diálogo, o que há é um monólogo da razão em cima do louco. O louco fala, mas o discurso do louco é submetido ao discurso do psiquiatra, ao discurso médico pretensamente científico.

Ações como as do Movimento de Luta Antimanicomial e da reforma psiquiátrica encontram berços formais no Brasil mais fortemente a partir da década de 1980³⁷, sendo que com o advento lei 10.216 de 06 de abril de 2001 passou-se a proteger e a assegurar direitos às pessoas com transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.

³⁵ SOALHEIRO, Luiza Helena Messias Soalheiro. O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado. in: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão; LEITE, Glauber Salomão; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. (Orgs.). **Direito civil - Constitucional II**. 1ªed. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 131-160.

³⁶ Apud in PEREIRA NETO, André de Faria. **Foucault, Derrida e a História da Loucura: notas sobre uma polêmica**. Caderno de Saúde Pública v. 14 n. 3. – Rio de Janeiro Jul/Set. 1998. Disponível em: 24 de setembro de 2016.

³⁷ Idem.

Em que pese os enormes avanços em termos humanitários, em pleno século XX, na Alemanha nazista de Hitler pessoas com deficiência foram submetidas a experiências científicas³⁸ (movimento de intolerância e invisibilidade).

De toda forma, em que pesem os retrocessos históricos e a não linearidade na evolução do tratamento das pessoas com transtornos mentais, é cediço que a partir nos anos setenta do século passado que se passaram a surgir movimentos de integração e normalização destas pessoas, que passam a ser consideradas como pessoas com dignidade humana, incorporando-os à sociedade e respeitando-se suas diferenças³⁹: movimento orientado pelo modelo de direitos (fase/modelo humanista).

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (CDPD), aprovada em Nova Iorque pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de Dezembro de 2006⁴⁰, que foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico interno com status constitucional pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009⁴¹, que segundo José Antonio Seoane é exemplo de um novo modelo de direitos, que pretende harmonizar os modelos anteriores com outras propostas, no sentido de humanizar a pessoa com incapacidade desde a proclamação inicial de sua dignidade inerente (art. 1, parágrafo primeiro; art. 3. “a” CDPD)⁴².

Promover, proteger e assegurar o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais a todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito pelas suas dignidades é, de acordo com o Artigo 1, o propósito da aludida Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (CDPD).

No Brasil, em âmbito infraconstitucional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), conforme relatório ao projeto que lhe deu origem (Projeto 4/2015), “nada mais é que a adaptação da legislação ordinária à Convenção [sobre os direitos das pessoas com deficiência], sem perder de vista a realidade brasileira”. Ou seja, o Brasil passou a adotar com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência um modelo de direitos humanos (fase/modelo humanista).

³⁸ O documentário “A arquitetura da destruição”, dirigido por Peter Cohen, retrata de forma detalhada este momento histórico. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IBqGThx2Mas>>. Acesso em 24 de setembro de 2016.

³⁹ SEOANE, José Antonio. La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos. In: PEINADO, María Dolores Blázquez; PORTERO, Israel Biel (Editores). **La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la comunidad valenciana**. – Valencia: Tirant. 2012. Kindle Edition.

⁴⁰ primeiro tratado de direitos humanos do século XXI.

⁴¹ Haja vista que foi aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

⁴² SEOANE, José Antonio. Op. cit. Kindle Edition.

Da (in)capacidade da pessoa com deficiência mental: do código de 1916 ao vigente regime

Hodiernamente, diante da inegável conquista histórica da superação de uma das mais perversas práticas de desumanização e coisificação do outro em razão da sua condição, todo e qualquer ser humano passou a ser reconhecido pelo Estado brasileiro como detentor de personalidade jurídica, ou seja, toda a pessoa natural é possuidora de aptidão genérica para titularizar direitos e deveres⁴³ na órbita civil⁴⁴ (capacidade de direito, de gozo ou de aquisição)⁴⁵.

A capacidade de fato (ou de exercício) não é ampla e irrestrita como a capacidade de direito, pois aquela sempre foi entendida como capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, sem a necessidade de representação ou assistência. É a capacidade de fato que determina se um indivíduo pode exercer por si só de forma plena ou não seus direitos.

Capacidade de direito (de gozo ou de aquisição), para Sílvio Rodrigues, seria a “capacidade de ter direitos subjetivos e contrair obrigações”⁴⁶, pelo que é equiparada por Orlando Gomes à própria noção de personalidade, não podendo ser recusada⁴⁷; enquanto a capacidade de exercício estaria relacionada ao poder de praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessidade de representação ou assistência.

Se uma pessoa possuir simultaneamente capacidade de direito e capacidade de exercício, ela será considerada plenamente capaz.

De outro lado, se a pessoa possuir somente a capacidade de direito, será ela considerada incapaz, fazendo-se necessário que outra pessoa substitua ou complete a vontade do sujeito titular do direito.

Como no Brasil inexistente incapacidade de direito (conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil vigente), possuindo toda pessoa aptidão genérica para titularizar direitos e deveres na órbita civil, a capacidade que interessa aos estudos deste trabalho é a capacidade de fato (ou de exercício).

⁴³ Segundo Flávio Tartuce, a expressão “deveres” é melhor tecnicamente, pois existem deveres que não são obrigacionais, no sentido patrimonial, caso dos deveres do casamento (artigo 1.566 do CC)” TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. v. 1. – Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 118.

⁴⁴ Clóvis Beviláqua define personalidade jurídica como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2ª ed. – Campinas: Servanda. 2015. p. 82.

⁴⁵ A capacidade de direito é reconhecida para as pessoas naturais, jurídicas e inclusive entes despersonalizados. Quanto a estes últimos confira-se o enunciado n. 90 da I Jornada de Direito Civil alterado pelo enunciado n. 46 da III Jornada de Direito Civil: Art. 1331. “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”.

⁴⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 39.

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12ª ed. – Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 165.

O sistema jurídico brasileiro tem como regra geral a capacidade das pessoas.

A incapacidade é, portanto, algo excepcional, que depende de prévia previsão legal (rol taxativo). Como bem leciona Sílvio de Salvo Venosa, a regra geral é que todas as pessoas maiores são capazes, sendo esta capacidade presumida, devendo a incapacidade em tal hipótese ser comprovada⁴⁸.

Tanto no Código de 1916 ou no Código de 2002, o simples fato de a pessoa ter algum tipo de debilidade mental já implicava em uma indução apriorística em tratá-la com incapaz (relativamente ou absolutamente).

O escopo do surgimento de uma teoria das incapacidades foi o de proteger o indivíduo que não tem idade suficiente ou que padece de algum mal que lhe impede de ter pleno discernimento de sua conduta. O âmbito desta proteção não ocorre tão somente em relação aos outros indivíduos e contra as situações da vida, mas, sobretudo, em relação ao próprio ser incapaz⁴⁹. Aliás, sempre se entendeu que pode ser um risco à própria pessoa com deficiência mental conferir a ele capacidade plena⁵⁰.

A teoria das incapacidades, portanto, não tem por escopo a limitação da personalidade jurídica da pessoa.

Contudo, é trivial que no Brasil, com algumas variações de termos e grau, o Código Civil de 1916 (Código Bevilacqua) e também o atual Código Civil de 2002 (até antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência) tratavam as pessoas “sem discernimento” ou com “discernimento reduzido” como incapazes de fato, sob a justificativa de sua própria proteção e da proteção da sociedade⁵¹, com claro prejuízo a sua autonomia individual e, muitas vezes, dignidade⁵².

Os valores inerentes ao Código Civil de 1916 (patrimonialismo e individualismo), mantidos com relação à teoria das incapacidades no Código Civil de 2002, geraram um modelo de saúde assistencialista extremo, em que as pessoas com deficiência mental eram

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. v. 6. 16ª ed. – São Paulo: Atlas. 2016. p. 514.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: introdução. as pessoas. os bens**. 3.ed – São Paulo, Saraiva, 2010, p. 140.

⁵⁰ TRIMARCHI, Pietro. **Instituzioni di diritto privato**. – Milano,: Giuffrè, 1996. p. 71

⁵¹ Há necessidade de ver-se até que ponto lhes seria prejudicial e à sociedade a capacidade.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. – t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 316.

⁵² REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. 20 de julho de 2015**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficienciaaltera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

rotuladas como loucas (ou “loucos de todo gênero”⁵³) e incapazes, havendo a transferência compulsória das decisões e escolhas (inclusive existenciais) para o curador, o que esvaziava a autonomia privada por completo e açodava ainda mais o consciente coletivo de que era necessário isolamento do convívio social destas pessoas. Isso por consequência não permitia o adequado desenvolvimento da personalidade das pessoas com deficiência, culminando em “morte civil” disfarçada delas.

Em outras palavras, as restrições ao exercício da capacidade civil para fins negociais acabavam por restringir indevidamente o exercício de direitos não econômicos (existenciais), relativos ao nome, à saúde, à integridade física, ao credo religioso, à intimidade, à educação, ao casamento e à constituição de união estável; ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos; ao exercício do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; à conservação de sua fertilidade; ao exercício do direito à família e à convivência familiar e comunitária, etc.

Com bem aponta Flávia Piovesan, a dicotomia do “eu versus o outro” (marca do individualismo) levava à captação da diversidade como elemento para aniquilar direitos. Ou seja, a diferença era visibilizada para conceber o ‘outro’ como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo⁵⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com influências do movimento Italiano de “constitucionalização do direito civil”⁵⁵, advém a sujeição e a interpretação dos clássicos institutos e normas do direito civil aos princípios e regras constitucionais, que têm como valores a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial.

Toda a compreensão do direito civil tem de estar conforme a Constituição. Portanto, o direito civil constitucionalizou-se, e aqueles institutos que só estavam presentes no Código Civil (a exemplo da propriedade, o contrato, a família etc.) têm agora previsão na Constituição. A Constituição passou a disciplinar o público e o privado.

⁵³ “Expressão imprópria não só do ponto de vista técnico, bem como quanto ao respeito devido à pessoa humana” CHINELLATO, Silmara. Juny. in: MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. **Código civil interpretado**. 9ª ed. – Barueri: Manole. 2016. p. 37.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord). **Manual dos Direitos da pessoa com deficiência**. – São Paulo: Saraiva. 2012. p. 34.

⁵⁵ “O papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. De Maria Cristina de Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 6.

Este movimento de constitucionalização (de compreensão do direito civil conforme a nossa Constituição Cidadã) deixou em evidência a preocupação com “o ser” e não somente com “o ter”. Se o Código de 1916 preocupava-se fundamentalmente com a proteção do patrimônio (do ter), a tábua axiológica da Constituição de 1988 preocupou-se com “o ser”.

A Constituição estabelece uma espécie de *revival* (ela volta no tempo), pois resgata no tempo a liberdade, a igualdade e a solidariedade como tábua de valores, com o objetivo de se garantir a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988).

Esta preocupação com o “ser” faz com que direito adapte-se a isso, fazendo-se com que no direito civil surja um movimento de (re)personalização, em que o direito civil passa a se preocupar com a pessoa humana. Não quer dizer que o direito civil deixou de proteger o patrimônio. Continua-se a proteção do patrimônio (a propriedade continua privada, o contrato continua submetido ao *pacta sunt servanda*). Ele apenas agora tem como proteção precípua (fundamental) a dignidade humana.

Neste contexto, a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), adaptando a legislação ordinária à Convenção das Pessoas com Deficiência e aos valores constitucionais, surge para retirar das pessoas com transtornos mentais a condição de incapazes, com a revogação de boa parte dos arts. 3.º e 4.º do CC/2002.

Quando o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência diz que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, este artigo 6º em conjugação com o artigo 2º do mesmo Estatuto, desconstrói o conceito de incapacidade civil no Brasil.

Com o advento do Estatuto, a pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, que obstrua a sua participação na vida social, passa a ser considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro legalmente capaz, inclusive para a prática de atos derivados do ordenamento jurídico familiar (artigo 6º do Estatuto)⁵⁶.

Na mesma linha, o artigo 84 do Estatuto diz que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁵⁶ Art. 6º: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 7º: É dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

A capacidade das pessoas com deficiência mental: (in) constitucionalidade?

Neste cenário, surgem dois entendimentos doutrinários acerca da atribuição de capacidade às pessoas com deficiência mental:

1º entendimento: O Estatuto da Pessoa com Deficiência não pode alterar a realidade da vida, não em o condão de alterar a natureza das coisas. Vale dizer, na ocasião em que a norma elege a pessoa com deficiência como plenamente capaz, não tem o condão de alterar a situação existencial daquela pessoa. Ademais, Estatuto da Pessoa com Deficiência (13.146 de 06 de julho de 2015) deixou, ao menos no plano teórico, tais pessoa menos amparadas no que concerne ao âmbito dos atos e negócios jurídicos, “alijando-as do manto protetor⁵⁷ antes proporcionado pelo status de incapaz”⁵⁸ (filiam-se a este entendimento: José Fernando Simão⁵⁹; Bruno de Ávilla Borgarelli e Vitor Kumpel⁶⁰; Aurélio Bouret⁶¹; entre outros).

2º entendimento: Aplauda a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão (neste sentido: Joyceane Bezerra de Menezes⁶²; Paulo Lôbo⁶³; Nelson Rosenvald⁶⁴; Maurício Requião⁶⁵; e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁶).

⁵⁷ Com relação à pessoa com deficiência mental considerada absolutamente incapaz não corria prescrição (artigo 198, inciso I do Código Civil), isso para proteger o incapaz. Já o artigo 2.016 do Código Civil, também no intuito de proteger os incapazes, traz que sempre será judicial a partilha se um dos herdeiros for incapaz. O artigo 166 do Código Civil de 2002 diz que é nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz (inciso I). É anulável o negócio jurídico quando celebrado por pessoa relativamente incapaz (artigo 171, inciso I do Código Civil).

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.. p. 228.

⁵⁹ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte I)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoadebilidade-causa-perplexidade>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁶⁰ BORGARELLI, Bruno de Ávilla; KUMPEL, Vitor Frederico. **As aberrações da lei 13.146/2015. 11 de agosto de 2015**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁶¹ Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=IXV-6B9QWBs>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁶² 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**. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

⁶³ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

⁶⁵ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. – Salvador: Juspodivm. 2016. p. 76-81.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. parte geral**. 18ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2016. p. 143-155.

Aurélio Bouret⁶⁷, aderindo a esta 1ª posição, sustenta que a supressão dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil de 2002 (antigas hipóteses subjetivas da incapacidades absolutas⁶⁸) pelo Estatuto das Pessoa com Deficiência é inconstitucional.

O fundamento da alegada inconstitucionalidade encontra-se na redação do artigo 15, inciso II da Constituição Federal de 1988, pois ao elencar este dispositivo a incapacidade absoluta como hipótese de perda ou suspensão dos direitos políticos reconhece no plano constitucional a incapacidade absoluta das pessoas com deficiências mentais que não têm o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e as que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Ou seja, quando o artigo 15, inciso II da CF/88 fala em incapacidade civil absoluta referia-se ao artigo 3º, incisos II e III da antiga redação do Código Civil de 2002, e não aos menores impúberes, pois os menores de 16 anos, apesar de ser absolutamente incapazes, não perdem os direitos políticos, pois não têm ainda esses direitos políticos: são inalistáveis.

Desta feita, não poderia para Aurélio Bouret uma norma infraconstitucional esvaziar o conteúdo da Constituição Federal.

Assim, para o referido autor, caso um Senador da República sofresse um acidente de carro e não tivesse mais o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, não poderia continuar no cargo em razão da suspensão dos direitos políticos pela incapacidade absoluta.

Estes são os pontos nevrálgicos desta pesquisa.

Em uma análise precipitada dos argumentos invocados por Aurélio Bouret poderíamos concluir que realmente o Estatuto da Pessoa com Deficiência incorreu em inconstitucionalidade ao revogar a incapacidade absoluta com relação às pessoas com transtornos mentais que não têm o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil.

Contudo, esqueceu-se Bouret que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apenas regulamentou a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno com status constitucional pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009, pois foi aprovada em cada Casa do Congresso

⁶⁷ Op. cit.

⁶⁸ Quais sejam: os absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, é indubitável que a revogação dos incisos II e III do artigo 3º do Código Civil de 2002 pelo Estatuto foi resultado interpretativo dos legisladores pátrios da redação do Artigo 12, item 2 do da Convenção (norma com status constitucional), que reza: “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”⁶⁹. Ou seja, extraiu-se do aludido texto da Convenção que as pessoas com deficiência gozam sempre de capacidade de fato.

Mariana Alves Lara e Fabio Queiroz Pereira, contrários às alterações à teoria das incapacidades, sustentam que:

a forma como o referido dispositivo [da Convenção] foi lido pelos legisladores pátrios demonstra-se equivocada, pois parece ter compreendido ‘capacidade legal’ como ‘capacidade de fato’, redundando na retirada de qualquer menção à deficiência, mesmo que acompanhada de redução ou ausência de discernimento, do enquadramento das incapacidades. O referido dispositivo, em verdade, deveria ter sido interpretado como atinente à ‘capacidade de direito’, não podendo ser os deficientes excluídos da possibilidade de titularizarem direitos e obrigações⁷⁰.

As críticas da Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira não se sustentam frente ao paradigma dos direitos humanos, no qual busca-se a inclusão social da pessoa com deficiência, eliminando-se obstáculos e barreiras (culturais, físicos ou sociais).

A eliminação de obstáculos e a inclusão social da com deficiência só são passíveis de concretude frente ao reconhecimento da possibilidade de exercício de direito (capacidade de fato) e não tão somente reconhecimento de direitos.

Portanto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade com relação à capacidade plena das pessoas com deficiência mental, por mais rudimentar que seja.

Nada obsta, entretanto, que mesmo a pessoa capaz com deficiência mental sujeite-se à curatela (com relação a determinados atos da vida civil, preservando-se ao máximo sua autonomia) ou ao novel instituto da tomada de decisão apoiada⁷¹. Aliás, como bem leciona

⁶⁹ A aludida Convenção compõe o nosso “bloco de constitucionalidade”, garantindo maior eficácia às suas previsões, pois poderão servir de paradigma para impugnações de leis ou atos normativos que não observem o absoluto respeito e efetividade dos direitos humanos (MORAES, Alexandre de. *Justiça Comentada*. São Paulo: Atlas. 2015. p. 201-202).

⁷⁰ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. *Op. cit.* p. 129.

⁷¹ Por determinação do artigo 116 do estatuto, insere-se a Tomada de Decisão Apoiada no Código Civil, através do recém-criado artigo 1783-A, novo modelo alternativo ao da curatela. Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas pelo menos duas pessoas idôneas "com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua

Carlos Roberto Gonçalves: “O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) inova ao admitir a interdição de pessoa capaz”⁷².

Com relação à alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência de incluir as pessoas impossibilitadas de exprimir a sua vontade (a exemplo da pessoa em coma) no rol dos relativamente incapazes (artigo 3º, inciso III do Código Civil 2002) que antes ocupavam o rol dos absolutamente incapazes, entendemos que não andou o bem o legislador, pois o argumento da inclusão não é satisfeito quanto a estas pessoas, que se encontram totalmente impossibilitadas de interagir no meio social.

Exatamente por isso, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho dizem que a impressão que se passa aqui é que o legislador não soube onde situar o conteúdo normativo dentro dos artigos do Código Civil. Sendo, portanto, pertinente a conclusão dos referidos autores que teria sido melhor se o legislador tivesse optado por não inserir tal hipótese no caso de incapacidade relativa, consagrando-lhe em dispositivo legal autônomo⁷³.

CONCLUSÃO

Em que pese as densas críticas, abrindo-se a consciência é possível compreender o que o Estatuto pretendeu realizar. O Estatuto pretendeu uma mudança paradigmática. O que o legislador fez, com inspiração na Convenção Internacional, é uma verdadeira desconstrução ideológica⁷⁴. O direito vive de conceitos, ele vive de signos, de linguagem, a semiótica estuda isso.

Temos a estática jurídica, que é a parte introdutória do direito que lida com direitos fundamentais e a dinâmica jurídica (o âmbito das relações jurídicas em movimento). Como lidamos com conceitos fundamentais, no momento em que o Estatuto, a luz do seu artigo 2º, conjugado com os seus artigos 6º e 84, diz que a pessoa com deficiência passa a ter plena capacidade legal, o que Estatuto fez foi uma verdadeira reconstrução ideológica.

capacidade." Note-se que a tomada de decisão apoiada não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável como deficiente nos termos do Estatuto” (REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. 14 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regimealternativo-curatela>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – parte geral. Volume 1. 14ª ed. São Paulo:Saraiva. 2016. p. 120.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p. 155

⁷⁴ Neste mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. P. 147.

A partir do momento em que uma pessoa é tratada como incapaz em um processo linguístico de significação ou identificação⁷⁵ (inerente à ciência jurídica) já há uma enorme carga desvalorativa sobre essa pessoa, ainda mais dentro de uma sociedade díspar / excludente como a brasileira. O que dizer então quando lhe atribuir incapacidade civil de fato (ou de exercício)⁷⁶?

Com certeza incluí-lo no rol dos civilmente incapazes gera um aumento significativo de barreiras simbólicas, discursivas e sociais a este indivíduo, pois, como bem lembra Lenio Streck, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”⁷⁷.

Em outras palavras: não existe a deficiência em si, mas um processo linguístico sobre o que é a deficiência. O que há são diferenças, que devem ser respeitadas.

A pessoa com deficiência a partir da entrada em vigor do Estatuto passa ser considerada por um processo linguístico de significação, em uma visão desestigmatizante, legalmente capaz, ainda que para atuar na vida social se valha de instituto protetivos como a curatela ou a tomada de decisão apoiada (novo instrumento de proteção).

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16ª ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral: introdução. as pessoas. os bens**. 3.ed – São Paulo, Saraiva, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2ª ed. – Campinas: Servanda. 2015.
- BORGARELLI, Bruno de Ávilla; KUMPEL, Vitor Frederico. **As aberrações da lei 13.146/2015. 11 de agosto de 2015**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044As+aberracoes+da+lei+13146201>>
- CHINELLATO, Silmara. Juny. in: MACHADO, Costa; CHINELLATO, Simara Juny. **Código civil interpretado**. 9ª ed. – Barueri: Manole. 2016.
- DINIZ, Célia Regina; BARBOSA DA SILVA, Iolanda. **Metodologia científica**. 21. ed. – Natal: Eduep, 2008.
- ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 25. ed. – São Paulo: Perspectiva, 2014.

⁷⁵ Para ficar mais claro, podemos pensar na posição-aluno. Ninguém nasce aluno, mas torna-se aluno. Do mesmo modo, uma pessoa não nasce com deficiência, mas se torna, num processo de significação e identificação, em que participam o Estado, a medicina, a mídia etc. (COTRIM, Amanda. Op. cit).

⁷⁶ Seja a incapacidade relativa ou absoluta

⁷⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p. 117.

- FONSECA, Maria Hemília. **Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos.** – Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica.** Tradução: José Teixeira Coelho Netto. – São Paulo: Perspectiva. 2009.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. parte geral.** 18ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2016.
- GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos.** 2ª ed. – Salvador: Juspodivm. 2015.
- GARCIA, Vinícius Gaspar. **Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho – histórico e contexto contemporâneo.** 2010. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade de Campinas (UNICAMP). Campinas. 2010.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 12ª ed. – Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – parte geral.** v. 1. 14ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2016.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica.** 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no direito do consumidor.** 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- 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.**
- MILLER JR, Tom Oliver. **Métodos e técnicas de pesquisa nas ciências antropológicas.** – Natal: Editora da UFRN, 1991.
- MORAES, Alexandre de. **Justiça comentada.** – São Paulo: Atlas. 2015.
- PEREIRA NETO, André de Faria. **Foucault, Derrida e a História da Loucura: notas sobre uma polêmica.** Caderno de Saúde Pública v. 14 n. 3. – Rio de Janeiro Jul/Set. 1998. Disponível em: 24 de setembro de 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I.** 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Trad. De Maria Cristina de Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar. 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto.** In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord). **Manual dos Direitos da pessoa com deficiência.** – São Paulo: Saraiva. 2012.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2015.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. – t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2015.
- REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência**. revista de direito civil contemporâneo. v. 6/2016. p. 37-54. Jan-Mar/2016.
- REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. 14 de setembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regimealternativo-curatela>>.
- REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. 20 de julho de 2015**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficienciaaltera-regime-incapacidades>>.
- REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. – Salvador: Juspodivm. 2016.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.
- ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>.
- SEOANE, José Antonio. La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos. In: PEINADO, María Dolores Blázquez; PORTERO, Israel Biel (Editores). **La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la comunidad valenciana**. – Valencia: Tirant. 2012. Kindle Edition.
- SILVEIRA BARROS, Neide Aparecida de Souza Lehfeld. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte I)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoadeficiencia-causa-perplexidade>>.
- SOALHEIRO, Luiza Helena Messias Soalheiro. O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado. in: CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão; LEITE, Glauber Salomão; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. (Orgs.). **Direito civil - Constitucional II**. 1ªed. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. **O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a>.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica em crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. v. 1. – Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- TRIMARCHI, Pietro. **Instituzioni di diritto privato**. – Milano: Giuffrè, 1996.
- VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito civil**. v. 6. 16ª ed. – São Paulo: Atlas. 2016.