

INTRODUÇÃO

Há quem simplifique, para fins didáticos, o tratamento social e jurídico das pessoas com deficiência ao longo da história em fases, remetendo-se desde as situações de retirada dessas pessoas do convívio social, batizada de “fase da intolerância”, passando pela proteção e tutela das mesmas, como incapazes, denominada “fase assistencialista” até chegarmos no atual paradigma de inclusão, a chamada de “fase humanista”(GARCIA: 2015, p. 241).

O certo é que desde a expressão “loucos de todo o gênero” utilizada nas Ordenações Filipinas e no Código Civil de 1916 (art 5º, II) até chegarmos à designação “pessoa com deficiência” adotada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006, muita reflexão social e jurídica foi necessária. Como ressalta Madruga (2016, p. 18), no Brasil a atual nomenclatura veio substituir outros termos como “pessoa deficiente”, “pessoas portadoras de deficiência” (v.g. art. 7º, XXXI, da CF-88) ou simplesmente “portadores de deficiência” (v.g. art. 40 da CF-88) sendo estas últimas utilizadas em nossa Carta Constitucional. Mas antes disso outras expressões, tais como “especial” ou “excepcional” (art. 4º, III do CC-02, redação original) foram experimentadas e abandonadas por sua impropriedade.

A alteração da nomenclatura para designar as pessoas com deficiência é fruto de profunda reflexão no âmbito social com repercussões relevantes no âmbito jurídico, a inclusive com a alteração do regime da capacidade civil ocorrida no ano de 2015. A mudança foi introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, e provocou a alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil dando plena capacidade civil às pessoas com deficiência mental, intelectual ou múltipla¹.

Inserida em uma tendência mundial de promover a autonomia e a inclusão das pessoas com deficiência o Estatuto traz garantias e direitos, com reflexos em diversos ramos do Direito.

¹ De acordo com a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, há cinco possibilidades de deficiência, a saber: física, mental, intelectual e sensorial. Vide art. 1º da CIPD. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 10.ago.2017.

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre os regimes jurídicos da capacidade civil antes e depois da alteração na legislação brasileira ocorrida em 2015. Tendo como foco as pessoas com transtorno mental, a mudança teve como fulcro dar igualdade de condição em todos os aspectos da vida em atendimento ao previsto no art. 12, II, da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD - de 2006 assinada e ratificada pelo Brasil.

O foco do trabalho é a apresentar as motivações do legislador para a regulação da capacidade civil, no regime antigo e no atual, bem como os problemas e as vantagens de adoção de cada um limitando a análise das consequências às pessoas com deficiência mental, intelectual ou múltipla, uma vez que as demais regras do regime da capacidade civil permaneceram inalteradas.

Este estudo se faz necessário, uma vez que a mudança de regramento da capacidade civil atinge a um número significativo de pessoas. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de 10% das pessoas – aproximadamente 17 milhões – têm algum tipo de deficiência no mundo. No Brasil, segundo as últimas estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelam que 6,2% da população nacional possui algum tipo de deficiência. Estas, por sua vez, são definidas pelo art. 2º da Lei 13.146 de 2015:

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

O trabalho está dividido em dois capítulos, sendo um dedicado a regulação da capacidade civil vigente até 2015 e o outro sobre o regime atual. Estes, por sua vez, terão dois eixos de análise. No primeiro, destacam-se as motivações legislativas para a adoção dos regimes de capacidade civil, tendo como métodos o histórico e o comparativo. Já no segundo eixo, relativo ao exame da efetividade dos sistemas no que diz respeito às pessoas com deficiência, utiliza-se a o estudo da legislação, doutrina e também a análise empírica para demonstrar problemas e vantagens de adoção de um e de outro sistema.

Com isso, pretende-se colaborar para a reflexão e, eventualmente, para o aperfeiçoamento do regime vigente para a regulação das capacidades no direito brasileiro.

1. O regime de capacidade civil antes da mudança do Código Civil em 2003

Quando é estudada a evolução das normas do Direito Privado no Brasil, nota-se que, apesar da opção legislativa pela normatização do Direito Civil por meio de codificação desde 1916², os códigos de 1916 e o de 2002 apresentam diferenças significativas, sobretudo em termos valorativos. Isso porque cada um deles buscou refletir, na prática, os anseios da sociedade brasileira no momento de sua elaboração.

Em outras palavras, ainda que tenha sido feita, desde 1916, a opção da sistematização do tratamento do Direito Civil por meio da adoção de Códigos, há diferenças significativas quanto às diretrizes básicas adotadas por cada um deles.

Iniciando pela análise do Código Civil de 1916, observa-se que seu autor, Clóvis Beviláqua, utilizou como fontes, sobretudo, o Código Civil Alemão (“BGB”) e o Esboço de Código de Teixeira de Freitas³. Seguiu-se, portanto, a

² Antes da edição do Código Civil de 1916, o Direito Civil Brasileiro era regido pela legislação portuguesa, por determinação do governo imperial brasileiro em lei editada pouco tempo depois da proclamação da independência brasileira. Sobre esse tema, precisa é a lição de Judith Martins-Costa, *in verbis*: “Como é sabido, após a Independência, em 1822, o Governo Imperial brasileiro editou a Lei de 20 de outubro de 1823, em que determinou que continuariam em vigor as ordenações, leis regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem os mesmos especialmente alterados. É por essa razão que a formação do direito privado brasileiro – assim como o português, ao qual estivemos unidos até meados do século XIX – deve ser vista como o fruto de um longo processo evolutivo que, a rigor iniciado com a primeira das Ordenações, no século XV, encontra o seu mais forte prumo no em meados do século XXVIII. No final do segundo quartel dos Setecentos, encontravam-se, na base legal do sistema em vigor, as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, que constituíam a primeira de entre as fontes do direito” (MARTINS-COSTA: 2000, p. 238-239). No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva leciona que “a particularidade mais importante do Direito Civil brasileiro é o seu desenvolvimento orgânico, sem acidentes notáveis, desde o período reinícola até os nossos dias. A razão de ser para esse desenvolvimento pode ser encontrada no centrismo jurídico vigorante a partir das Ordenações Manuelinas e o Direito Romano, que se infundiu na legislação e no Direito subsidiário que se deveria aplicar nas suas lacunas” (FRADERA (org): 1997, p.12-13).

³ Clóvis Beviláqua apresenta a seguinte justificativa para a opção pela codificação no Direito Civil: “As codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e systematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua acção dispersiva. Por isso apresentam-se na história do direito, como phase normal da evolução, que, partindo da

tradição dos Códigos totais, que expressavam um sistema fechado embasado em modelos fechados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas consequências, disso decorrendo a necessidade de constante intervenção legislativa (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 116-117).

Quanto ao seu conteúdo, muito feliz é a síntese de Judith Martins-Costa, razão pela qual é oportuna a sua transcrição:

O código a final vigorante em 1916 aliou a tradição sistemática moderna recebida intelectualmente pelos seus autores ao espírito centralizador da centenária tradição lusitana. Traduz, no seu conteúdo – liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família –, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações de produção beiravam o modelo feudal. (p. 266)

(...)

Nessa moldura, o código – e aqui o gênero é tomado pelas espécies – terá se tornado, segundo bordão frequentemente repetido, a “constituição da vida civil”. Entretanto, o significado “constitucional” do código está em que não se limitará a disciplinar meros mecanismos técnicos, mais ou menos perfeitos e “completos”, mas recolherá e fixará a filosofia da sociedade burguesa (MARTINS-COSTA: 2000, p. 266-267).

Contudo, os posicionamentos adotados pelo Código de 1916, com o transcurso do tempo, deixaram de corresponder às necessidades da sociedade a qual regulava, razão pela qual passou a ser objeto de inúmeras críticas⁴. Em função

fluidez inicial das ordens mais ou menos arbitrárias, das sentenças de varia inspiração, e dos costumes, vae em busca de formas definidas, firmes e lucidas, que traduzam, melhor, as exigências, cada vez mais apuradas, da consciência jurídica, e, melhor, disciplinem os interesses dos indivíduos e dos agrupamentos sociais” (BEVILÁQUA: 1940, p. 11).

⁴ Veja-se, por exemplo, o posicionamento de Orlando Gomes, para quem “O mundo dos Código foi o mundo da segurança, na feliz observação de Natalino Irti, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa seqüência ordenada de artigos, para “proteção das liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político”. Desta necessidade de garantia – assinala o autor citado – nasceu a idéia da imutabilidade da legislação civil e da perenidade dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje a resposta normativa não pode ser a transposição para um código das fórmulas conceituais elaboradas no século passado, mas comprometidas com uma realidade extinta” (GOMES: 2000, p. 70). No mesmo sentido é o ensinamento de Judith Martins-Costa, *in verbis*: “Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber, a saber o movimento de descodificação civil, sintetizado, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L’età della decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: “individualismo possessivo” revelador da

disso, foi constituída, em 1969, comissão liderada pelo jurista Miguel Reale, que foi responsável pela elaboração do projeto do Código Civil promulgado em 2002.

Apesar de ser mantida a tradição de regulamentação do Direito Civil por meio de um código, nota-se, como bem apontado por Miguel Reale na exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil, a adoção de quatro diretrizes básicas, que em linhas gerais, o distinguem do Código Civil de 1916, a saber: a) sistematicidade; b) operabilidade; c) eticidade; e d) socialidade (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 131).

Os autores, quando abordam a sistematicidade e a operabilidade do Código Civil de 2002, destacam que houve uma significativa alteração no modelo de sistema por ele implementado, com a substituição do sistema fechado, centrado em modelos fechados e linguagem “precisa”, por um *sistema aberto*, com linguagem que permite sua complementação e decorrente solução de problemas pela via da construção jurisprudencial e da complementação futura pelo legislador (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 117-118).

Ou seja, em suas palavras,

Por isso é que sua inspiração por vezes aproxima-se da estrutura constitucional, que requer leis complementares, bem como da sua linguagem, farta em modelos jurídicos abertos. Como já tive oportunidade de escrever, um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

Estas “janelas”, bem denominadas por Irti de “*concetti di collegamento*” com a realidade social, são construídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, de casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 118)

“lógica proprietária” em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil” (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 88-89).

Destaca, ainda, que a diretriz sistemática adotada pelo Código Civil, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, “visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada” (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 117).

Quanto à sistematização, enfatizaram a relevância da manutenção da estrutura bipartida em Parte Geral e Parte Especial, demonstrando a importância sistêmica da Parte Geral do Código Civil, onde se inserem, dentre outros, as disposições gerais aplicáveis às pessoas e os valores essenciais da personalidade humana⁵, nas quais se inserem as regras relacionadas à capacidade dos indivíduos.

Ao tratar das diretrizes de eticidade e socialidade, os autores ressaltam que são perspectivas reversamente conexas do conteúdo do Código Civil, pois “as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas tem afinidade com a socialidade”. Contudo, apresenta alguns aspectos próprios de cada uma das diretrizes.

Ao tratar da eticidade, os autores ressaltam que o conteúdo do direito privado está muito proximamente ligado “ao valor que se historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida, patrimoniais ou existenciais, com as esferas do ser, do ter e do agir”, demonstrando, pelo conteúdo das normas que compõe o novo Código Civil, que é colocada em primeiro plano a pessoa humana, pelo exclusivo fato de ser pessoa, e é ressaltada a dimensão ética das normas jurídicas, com a ênfase à proteção da confiança (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 133-134).

Os autores destacam, finalmente, a ênfase dada à socialidade, ou seja, o recurso à previsão da função social de importantes institutos como o da propriedade, da posse e do contrato como reação ao excessivo individualismo do Código Civil anterior ao ser consagrada a diretriz constitucional da *solidariedade social* (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 144).

Contudo, apesar das visões ideologicamente distintas, acima descritas, a regulamentação das questões referentes à capacidade das pessoas naturais é tratada

⁵ Na Parte Geral do novo Código Civil brasileiro (arts. 1º a 232), estão, pois, as disposições gerais aplicáveis às pessoas, aos valores essenciais da personalidade humana, ao regramento das pessoas jurídicas, aos bens e aos fatos jurídicos, iniciando com a norma fundamental da capacidade jurídica de todo ser humano e a regra relativa à personalização civil, iniciada do nascimento com vida, protegendo-se os direitos do nascituro desde o momento da concepção (MARTINS-COSTA & BRANCO: 2002, p. 98).

de forma similar em ambos os Códigos, como é comprovado em uma simples análise de seus textos.

Verifica-se, inicialmente, que ambos os diplomas legais abordam a distinção entre capacidade de direito e capacidade de exercício (também denominada capacidade de fato).

O conceito de capacidade de direito, previsto no art. 1º do Código Civil de 2002 (similar ao art. 2º do Código Civil de 1916), está intimamente ligado ao conceito de personalidade⁶, sendo interpretado, conseqüentemente, de acordo com a maior ou menor dada à pessoa pelos ordenamentos jurídicos. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes demonstram muito bem a interrelação entre os dois conceitos no excerto que ora se transcreve:

A rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural (Gustavo Tepedino, *Temas*, p. 26 e ss.)

(...) Personalidade como valor, já se disse, é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações jurídicas existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente para todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. (TEPEDINO, BARBOZA & MORAES: 2004, p. 4-5).

A capacidade de direito se distingue da capacidade de fato ou de exercício, que “é ter aptidão para utilizar os direitos na vida civil, exercendo-os por si mesmo, sem necessidade de assistência ou representação” (TEPEDINO, BARBOZA & MORAES: 2004, p. 5). Assim, todos os indivíduos que não se enquadrem em uma das hipóteses previstas nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 (antigos arts. 5º e 6º do Código Civil de 1916), que preveem as hipóteses de incapacidade absoluta e

⁶ Não é demais ressaltar que Marcos de Campos Ludwig defende que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º, I, da Lei Fundamental Alemã (“Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem em não atentem contra a ordem constitucional e a lei moral”), é um princípio geral do direito brasileiro, extraído de uma leitura conjunta do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e dos valores fundamentais enumerados no *caput* do art. 5º e no *caput* do art. 170, que versa acerca da Ordem Econômica e Financeira (LUDWIG: 2001, p. 254-255).

relativa, são titulares de capacidade de fato; o reconhecimento da incapacidade, pois, é excepcional.

Outra classificação pertinente ao objeto da presente pesquisa diz respeito à diferença entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa.

Na incapacidade absoluta, há impossibilidade de os sujeitos exercerem os direitos que lhes são próprios, o que gera a necessidade de sua representação para os atos da vida. Nesse sentido, pertinente é a observação de Ivan Gustavo Junio Santos Trindade, *in verbis*:

É importante ressaltar que o sistema brasileiro de incapacidade civil, ao implantar normas que visam a proteger os interesses das pessoas incapazes, o faz partindo do pressuposto de que o incapaz merece receber um tratamento diferente, notadamente porque não possui o mesmo campo de entendimento dos atos da vida e da própria existência em relação às pessoas consideradas pela lei civil como integralmente capazes (TRINDADE: 2016, p. 29/30)

No Código Civil de 2002, são enumerados, no art. 3º, os casos de incapacidade absoluta, similares aos elencados no Código Civil anterior⁷; antes da promulgação da Lei n.º 13.146/15, a norma contava com a seguinte redação:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

Ivan Gustavo Junio Santos Trindade explica que, em relação ao requisito etário, levou-se em conta a falta de amadurecimento para a tomada de decisões (TRINDADE: 2016, p. 34), enquanto o inciso II abordava as situações em que, apesar de atingida a maioridade, o indivíduo não tem condições de entender a natureza e as consequências do ato a ser praticado em razão de problemas vinculados ao estado psíquico ou à alguma patologia (TRINDADE: 2016, p. 36).

⁷ Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Finalmente, o inciso III indica como causa incapacitante a inaptidão para manifestar a vontade, independentemente da causa orgânica (TRINDADE: 2016, p. 38).

Para que fosse reconhecida a incapacidade, era necessário o ajuizamento de ação de interdição, de conteúdo declaratório, que gerava a nulidade de todos os atos posteriores praticados pelo incapaz sem a presença de tutor ou curador⁸[6]. Contudo, “a jurisprudência entende não ser necessária a interdição para que se anulem os atos praticados por aqueles que sofrem de insanidade mental, desde que a insanidade já fosse existente no momento em que foi realizado o negócio jurídico” (TEPEDINO, BARBOZA & MORAES: 2004, p. 12).

Por sua vez, a incapacidade relativa, anteriormente regida pelo art. 6º do Código Civil de 1916⁹, é atualmente regulamentada pelo art. 4º do Código Civil de 2002; antes da edição da Lei n.º 13.146/2015, essa norma contava com a seguinte redação:

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.

Reportando-se, novamente, aos ensinamentos de Ivan Gustavo Junio Santos Trindade, é possível inferir que o sistema jurídico não ignorava a manifestação real de vontade dos relativamente incapazes, aceitando sua demonstração de querer condicionada à assistência na forma regulamentada na legislação (TRINDADE: 2016, p. 38).

Assim, todos aqueles que apresentavam redução na capacidade de entendimento para a prática de certos atos, como menores de idade (entre 16 e 18 anos), usuários de tóxicos, portadores de anomalia física, psíquica ou mental, e

⁸ De acordo com Karl Larenz, a declaração de incapacidade do negocialmente incapaz no Código Civil Alemão (“BGB”) é nula, ou seja, o ordenamento jurídico nega o resultado pretendido com a declaração de vontade, de forma idêntica ao disposto em ambos os diplomas legais brasileiros (LARENZ: 1978, p. 130)

⁹ Art. 6º. São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156). II - Os pródigos. III - Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

pródigos, o que deveria ser declarado na sentença de interdição, deveriam, nos termos fixados por essa decisão, praticar tais atos assistidos por um curador, sob pena de possibilidade de sua anulação.

Pode-se destacar algumas diferenças no regramento da matéria entre os dois dispositivos legais: a) Código Civil de 2002 inclui a deficiência mental nos dois artigos que tratam das causas de incapa em dois artigos, incluindo a deficiência mental como causa de incapacidade relativa, o que demonstra o reconhecimento de diferentes graus de incapacidade; b) o atual tratamento dado aos deficientes auditivos é menos preconceituoso; c) disciplina do pródigo deixou de atender unicamente aos interesses dos familiares, buscando-se, igualmente, a preservação dos interesses do próprio pródigo; e d) toxicômanos e ébrios foram incluídos expressamente entre os incapazes, se o vício acarretar doença mental.

Em suma, como salienta Maurício Requião, não houve grandes modificações nas limitações à capacidade entre o Código anterior e o atual, ressaltando, contudo, que uma modificação significativa, por seu acerto, foi a possibilidade de ser o portador de transtornos mentais qualificado como relativamente incapaz, e não como absolutamente incapaz, o que limitava de forma menor a autonomia de tais sujeitos (REQUIÃO: 2016, p. 68).

Contudo, autores como Ivan Gustavo Junio Santos¹⁰[8] e Joyceane Bezerra de Menezes¹¹[9] entendem que as regras atinentes à capacidade de pessoas portadoras de deficiência mental ofendia o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual seria o caso de sua modificação.

Foi essa, precisamente, a posição que preponderou entre os legisladores pátrios no , como será demonstrado no próximo capítulo.

¹⁰ “As constantes lesões a direitos relevantes das pessoas e também a não observância da dignidade da pessoa humana nas relações públicas e privadas determinou, involuntariamente, uma comunicação entre as prerrogativas que buscam proteger o indivíduo que teve seu direito ferido. Essa intercomunicação foi o instrumento para se reanalisar as bases legais que versam sobre a capacidade civil da pessoa deficiente, estabelecendo-se novas diretrizes para a condução do direito desses indivíduos, dando-se uma ressignificação para a capacidade civil dessas pessoas excluídas” (TRINDADE: 2016, p. 54).

¹¹ Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais (MENEZES, 2015, p. 3).

2. A alteração no regime da capacidade civil trazida pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência

A elaboração da Lei 13.146/15, lei brasileira de inclusão das pessoas com deficiência, veio implementar as medidas previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CPDD - ratificada pelo Brasil juntamente com outros 126 países¹². Sua internalização ganhou destaque por ter aplicado pela primeira vez o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição, em vigor desde a Emenda Constitucional n. 45, que confere às convenções uma hierarquia equivalente a de emenda constitucional (FEIJÓ e LEITE: 2015, p. 227). Assim, a referida lei, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, reproduz as mesmas bases ideológicas da Convenção Internacional tendo como escopo central assegurar o exercício da liberdade em condições de igualdade, a inclusão social e o exercício da cidadania (art. 1º da Lei 13.146/15).

Portanto, a alteração do Código Civil no que diz respeito ao regime da capacidade civil em 2015 ocorreu através da Lei 13.146/15 e não foi uma medida isolada ou impensada, mas sim uma opção em conjunto com outros países tendo por objetivo a melhoria da situação social e jurídica das pessoas com deficiência. Isso quer dizer que, apesar das dúvidas que o novo regime pode ensejar ou as falhas que apresenta, trata-se de uma novidade que veio para ficar.

Na primeira parte deste capítulo, trataremos da configuração do novo regime das capacidades e suas motivações legislativas, para, num segundo momento, destacar sua efetivação, com destaque para suas vantagens e pontos controversos.

2.1. O novo regime da capacidade civil e suas motivações legislativas

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD - é uma lei universal que serve como instrumento para a promoção dos direitos humanos (DHANDA: 2008, p. 44). Assim deve contribuir para a promoção da igualdade e da autovalorização do ser humano ao mesmo tempo em que colabora

¹² Vide, a esse respeito, o site da ONU que confirma a ratificação da referida convenção por 126 países. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/126-paises-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em 22.ago.2017.

para desmistificar a deficiência, evitando a discriminação e a infantilização (MADRUGA: 2016, p. 37).

Para a elaboração, da CDPD, primeiro tratado sobre o tema no século XXI, a ONU criou um comitê para a discussão do tema, que levou cinco anos para a redação do texto final. O lema deste comitê era “*nothing about us without us*” (FEIJÓ e LEITE: 2016, p. 236), que refletiu as premissas valorativas incorporadas pela convenção. Seus fundamentos, entre outros, são a equalização de direitos e a não discriminação, havendo a substituição da premissa da *dignidade-vulnerabilidade* pela *dignidade-igualdade*.

No Brasil, tais premissas valorativas de não infantilização e de promoção da autonomia, foram incorporadas pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência que alterou o Código Civil de 2002. O Estatuto das Pessoas com Deficiência, Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, trouxe em seus arts. 85 a 87 as principais alterações em termos do regime de capacidade civil no direito brasileiro. Em seu artigo 85 assegura à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Sendo assim, um dos méritos do Estatuto foi desatrelar os conceitos de incapacidade civil e deficiência (FARIAS, CUNHA E PINTO: 2016, 241).

O seu art. 114, alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil. Com o nova redação, o modelo legislativo passa a utilizar dois critérios para a determinação da incapacidade: o etário e o psicológico.

A incapacidade decorrente do critério cronológico possui determinação objetiva, uma vez que depende meramente da comprovação da idade da pessoa. (FARIAS, CUNHA e PINTO: 2016, p. 241). Com base neste critério, considerou-se toda a pessoa com idade inferior a 16 anos absolutamente incapazes (art 3º do CC); as pessoas entre 16 e 18 anos incompletos, relativamente capazes (art. 4º, I, do CC) e os acima de 18 anos, plenamente capazes (art. 5º do CC) .

Já a incapacidade oriunda do critério psicológico, por ser de caráter subjetivo, passa a ser considerada medida excepcional, havendo exigência de seu reconhecimento judicial, via ação de curatela. É o previsto no art. 4º, *in verbis* (com redação dada pela Lei 13.146/2015):

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.

Sendo assim, no que diz respeito ao exercício dos direitos da vida civil, uma das importantes alterações trazidas pela CDPD e incorporadas pelo direito interno brasileiro foi o fato de não mais considerar um sujeito portador de transtorno mental automaticamente inserto no rol dos incapazes (REQUIÃO: 2016, p. 162). Esta dissociação entre transtorno mental e incapacidade é um passo importante na concretização das premissas valorativas do CDPD, especialmente a promoção da igualdade e da autonomia das pessoas com deficiência.

2.2.. A efetividade do novo regime de capacidade civil para as pessoas com deficiência: vantagens e problemas

Milton Paulo de Carvalho assevera que o novo estatuto assegura pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (artigo 84, Estatuto da Pessoa com Deficiência), reconhecendo uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência. Com isso, a incapacidade passa que não se dê em razão da idade surgirá excepcionalmente e deverá ser amplamente justificada (PELUSO: 2016, p. 2004).

Além disso, houve a separação da capacidade de exercer os atos de cunho pessoal dos de cunho negocial, dando a nova legislação plena capacidade para as pessoas com deficiência disporem sobre questões vinculadas ao direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, §1º, do EDPD), não admitindo restrições.

Isso não quer dizer, entretanto, que o portador de transtorno mental não possa vir a ter sua capacidade limitada para a prática de certos atos. Mantém-se a possibilidade de ser submetido à curatela. Esta, por sua vez, se estabelece a partir do processo de interdição, visa determinar os limites da incapacidade do sujeito para a prática de certos atos, bem como constituir um curador que venha a representá-lo ou assisti-lo nos atos jurídicos que venha a praticar, a depender do grau de sua incapacidade apresentada (**artigo 84, parágrafo 3º do Estatuto**).

Assim, o direito brasileiro adota as chamadas *tailored measures*, que levem em conta as circunstâncias de cada caso concreto, afastando a tão

comum saída, utilizada até então de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito.

Assim, a ação de curatela vem substituir antiga ação de interdição, alterando-se a nomenclatura, mas além disso, vem a ser tratada como excepcional e, como tal, analisada caso a caso.

Após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve a do novo Código de Processo Civil através da lei 13.105/15, que não estava devidamente adaptada às inovações do EDPD.

“Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica (CID 10 F20.0, Esquizofrenia) configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde” (TJRS, Apelação Cível 70069713683, Oitava Câmara Cível, Relator Rui Portanova, julgado em 15/9/2016).

Sendo assim, a possibilidade de o próprio portador de transtorno mental requerer a curatela, inserida pelo no art. 1768 do CC pelo EPD foi revogada pelo art. 1.702, II do CPC. De fato, na redação em vigor do CPC, não há possibilidade de ingresso de ação de curatela pelo próprio interessado, sendo necessária a solução deste problema, via projeto de lei, que insira novo inciso no artigo 747, prevendo o interessado como legitimado para ingresso da respectiva ação de interdição (REQUIÃO: 2015, p. 164).

Além de poder mensurar o grau de intervenção na ação de curatela, caso sinta necessidade de auxílio no âmbito negocial, a pessoa com deficiência poderá fazer-se valer da tomada de decisão apoiada, instituto jurídico de cunho facultativo e à disposição da pessoa com deficiência sempre que a mesma achar necessário (art. 84, §2º, do Estatuto).

Dentre as principais desvantagens nas esfera negocial trazidas através do reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência estão: a celebração de negócios jurídicos sem nenhuma restrição, e a aplicação do regime de invalidades

dos negócios jurídicos, que passa a ser de nulidade relativa e nunca será absoluta. Ademais, a obrigação de indenizar prevista no art. 928 do CC deixa de ser subsidiária e passa a ser integral.

Outra consequência, extremamente danosa, da modificação decorrente do Estatuto do Deficiente é o afastamento da regra protetiva prevista no art. 198, inciso I, do Código Civil, que dispõe que não transcorre a prescrição contra os incapazes previstos no art. 3º do Código Civil. Ou seja, a partir da alteração legislativa ora em análise, aplicam-se aos deficientes todos os prazos prescricionais previstos na legislação cível.

CONCLUSÃO

O novo regime da capacidade civil implantado no Brasil através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é uma das medidas para adaptar nosso ordenamento às premissas da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência ratificada pelo Brasil.

A alteração completa das premissas adotadas pelos Códigos Civis de 1916 e 2002 que, embora tenham sido escritos em contextos históricos muito diferentes e com bases filosóficas muito distintas, adotaram a mesma premissa lógica para a regulação do regime das incapacidades mediante o entendimento que a melhor proteção do incapaz se daria através de representação ou assistência, veio para ficar.

O novo entendimento traz um conjunto de valores condizente com a atualidade de consagração da dignidade da pessoa com deficiência através de sua autonomia e igualdade perante as demais. No entanto isso não quer dizer que inúmeros problemas de implementação, inclusive em prejuízo das pessoas com deficiência mental e intelectual que se pretende proteger.

Alguns desses problemas deverão ser resolvidos pelas decisões judiciais, e outros através de justes legislativos, tais como pretende realizar o Projeto de Lei n. 757/2015, atualmente em curso no Senado Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral. **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado**, vol. I, 7. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos Direitos Humanos: a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 5, n. 8, São Paulo, junho de 2008, p. 42-59.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 2. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão e LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção das Nações Unidas sobre o direito a Acessibilidade das Pessoas com deficiência no Brasil e na Argentina .

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KIM, Richard Pae, BOLZAM, Angelina Cortelazzi. **Direito civil constitucional**. Encontro Nacional do CONPEDI. Paradoxos decorrentes da interpretação do estatuto da pessoa com deficiência sobre a capacidade civil. Florianópolis, Páginas 105/107.

Disponível em:<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/kvg8f9o7/UhmsHVFhR9TR33v5.pdf>>.Acessado em 01 jun. 2017.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho**. 2009. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8878/1/Maria%20Ivone%20Fortunato%20Laraia.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte Geral**. Buenos Aires: Edersa, 1978.

- LUDWIG, Marcos Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no Direito privado brasileiro. *In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 19, Março/2001, p. 237-263.
- MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, 1. Ed, 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith; e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES, Joyceanne Bezerra de. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan –jun/2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 20.08 2017.
- REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodium, 2016.
- SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada – A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**. CEDAS. 1987.
- SIMÃO, José Fernando. Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições? Sim, sem sentença. **Carta Forense**. 03/04/2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estao-todos-osinterditados-livres-da-incapacidade-ou-precisamos-de-sentenca-para-levantar-as-interdicoes-sim-sem-sentenca/1746>>. Acesso em: 28.mai.2017.
- SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental**. Belo Horizonte: De Plácido, 2016.
- TARTUCE, Flávio. Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições? Não, com sentença. **Carta Forense**. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estao-todos-os-interditados-livres-daincapacidade-ou-precisamos-de-sentenca-para-levantar-as-interdicoes--nao-comsentenca/1746>>. Acesso em 28 mai. 2017.

TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **O reflexo do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil.** Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2016.