

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

LEANDRO MARTINS ZANITELLI

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

SILVANA BELINE TAVARES

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Leandro Martins Zanitelli, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Silvana Beline
Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-079-4

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso
Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte,
MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

No Congresso deste ano, o GT teve a apresentação de boa quantidade de trabalhos sobre direitos dos animais, a sugerir a conveniência, em um futuro próximo, de um grupo próprio para esse tema. Entre os trabalhos apresentados, vários versam sobre a discussão basilar, mas, não obstante, pertinente, dada a situação atual do direito brasileiro, sobre os animais como pessoas ou sujeitos de direitos. É o caso dos trabalhos de Paula Maria Tecles Clara e Paula Cristiane Motta Sales ("Os animais como sujeitos de direito"), Samory Pereira Santos ("Os animais como sujeitos de direitos fundamentais"), Carolina Maria Nasser Cury e Lais Godoi Lopes ("Para além das espécies: a busca por um conceito juridicamente adequado para os animais no direito brasileiro") e Mariana de Carvalho Perri ("Dignidade para animais não humanos: uma questão de justiça"). Outros trabalhos se debruçam sobre temas mais pontuais, como o de Cristian Graebin e Selma Rodrigues Petterle ("A aplicação dos princípios constitucionais ambientais de precaução e prevenção em relação ao animal não humano"), sobre a ressignificação dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção tendo em vista o imperativo da consideração aos interesses dos animais, e os de Rafael Speck de Souza ("Experimentação animal na sociedade de risco e a violação do princípio da igual consideração de interesses"), Roberta Maria Costa Santos ("Experimentação animal: uma análise à luz da ética animal e da Constituição Federal de 1988") e Lucia Frota Pestana de Aguiar Silva ("Habermas e o futuro da natureza humana diante da ética animal: utilização oblíqua da doutrina habermasiana em justificativa a comitês de ética e experimentação animal"), sobre a permissibilidade e limites do uso de animais em experimentos.

Carolina Belasquem de Oliveira e Thais Garcia Jeske no artigo Saúde mental no Brasil a partir de uma perspectiva da bioética buscam a partir da visão focaultiana refletir acerca da autonomia dos pacientes com transtornos mentais lembrando que estes e o tratamento dos pacientes com transtornos psiquiátricos é algo que deve ser debatido atualmente. Trazem a reflexão acerca da reforma psiquiátrica em conjunto com os princípios estruturantes da bioética, ressaltando as diferenças para os pacientes acometidos pela doença antes e depois da Lei 10.216/2001.

O artigo Transexualidade, biodireito e direito de família: a necessidade de valorização da autonomia privada escrito pelas autoras Ariete Pontes De Oliveira e Iana Soares de Oliveira Penna pretende analisar algumas implicações da transexualidade no Direito de Família, a

validade do casamento após a cirurgia de mudança de sexo, a alteração do registro civil dentre outras questões utilizando como fundamento princípios constitucionais e do Direito de Família, sob o marco do Estado Democrático do Direito e a dignidade da pessoa humana.

Corpo e subjetividade na transexualidade: uma visão além da (des)patologização artigo de Leonardo Canez Leite e Taiane da Cruz Rolim tem como objetivo, discutir a transexualidade no contexto das políticas de saúde pública no Brasil, frente à luta pelo reconhecimento de transexuais. Buscou-se problematizar as diferentes classificações e intervenções que foram decisivas na estruturação da transexualidade enquanto transtorno de identidade de gênero, atenuando as possibilidades de ditos da transexualidade a uma patologia, lembrando que, toda construção política dos corpos desvela e articula sexualidade, gênero e direitos humanos com ênfase na construção de uma democracia pós-identitária.

No artigo Uma reflexão sobre a tutela jurídica do embrião humano e a questão do aborto no Brasil, Lília Nunes Dos Santos discorre sobre o início da vida e de sua natureza propondo pesquisar sobre os dados apresentados pelas ciências biomédicas a respeito do início do ciclo vital e abordando as considerações jus filosóficas acerca do momento em que o homem passa a existir. À luz da Constituição Federal, do Código Civil e do Código Penal pátrios observou-se segundo a autora a proteção e a tutela do direito à vida e à existência do nascituro em torno da problemática sobre a descriminalização do aborto.

Antonio José Mattos do Amaral e Rogério Sato Capelari no artigo Da imperiosa necessidade de alteração do Art. 58 da Lei 6.015/1973: um registro público de respeito à transexualidade e o direito ao nome social sem a intervenção do poder judiciário retratam o problema da discriminação, intolerância e discriminação sofrida pelos transexuais em seu cotidiano, apresentando-se o imperativo de alteração de nome sem a necessidade do transexual se submeter a um processo de transgenitalização por considerar que tal procedimento não se faz necessário para registrar paz e conforto em sua condição de transgênero.

Em Uma resposta para o dilema da internação compulsória do dependente químico à luz da bioética latino-americana as autoras Mônica Neves Aguiar Da Silva e Jessica Hind Ribeiro Costa fazem uma reflexão acerca das complicações decorrentes do uso nocivo de substâncias psicoativas e o dilema referente a necessidade (e efetividade) da internação compulsória. Propõem as autoras a construção de um contraponto entre a autonomia individual dos dependentes químicos e a situação de extrema vulnerabilidade em que vivem.

Os autores Danilo Zanco Belmonte e Edgar Dener Rodrigues no artigo Direitos fundamentais e a proteção jurídica do embrião in vitro buscam, por meio de pesquisa bibliográfica,

investigar a partir do processo de reprodução humana assistida, na modalidade in vitro, o problema quanto à eliminação de embriões excedentes contraposto com o direito à vida. Perquiriram qual a situação jurídica do embrião desta maneira concebido para o direito, bem como, se são detentores de direitos fundamentais, em especial o direito à vida.

O artigo Parto anônimo ante aos direitos humanos e fundamentais de Roberta Ferraço Scolforo e Juraciara Vieira Cardoso tem por objetivo examinar o instituto do parto anônimo, visando à compreensão do conceito e do histórico da roda dos expostos, por meio do estudo do Direito Comparado e de sua evolução no Brasil, além de estudar o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação quando se está diante de uma relação afetiva, parental e acima de tudo sanguínea, analisando os direitos fundamentais da criança e os pontos polêmicos do parto anônimo no Brasil.

Utilizando categorias como corpo, gênero, sexo, invisibilidade social e intersexualidade a partir do método pós-estruturalista de matriz foucaultinana, o artigo Os corpos refeitos: a intersexualidade, a prática médica e o direito à saúde de Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira tem por objetivo discutir como a prática médica atua sobre os corpos intersexuais a partir das cirurgias de normalização do sexo, e, se estas violam o direito à saúde das pessoas com anomalia no desenvolvimento sexual, partindo da premissa que o direito à saúde é direito humano protegido pelo direito interno e internacional.

Rodrigo Róger Saldanha e Larissa Yukie Couto Munekata em O tráfico de órgãos e tecidos no direito brasileiro têm por objetivo analisar a lei que regula a matéria de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplante e tratamento - Lei nº 9.434/97, bem como o artigo 199, §4º da Constituição Federal. Trataram ainda sobre a questão da comercialização de tecidos, especialmente de medula óssea, como uma forma de disposição voluntária que segundo os autores deveria ser legalizada; as espécies de transplantes e o tratamento anterior à Lei nº 9.434/97.

Relevante, igualmente, a produção concernente a questões de autonomia e capacidade bioética. Nesta seara, debruçou-se Iara Antunes de Souza ao revisar a teoria das incapacidades à luz do novíssimo Estatuto da pessoa com deficiência, trazendo tese sobre o tema que certamente irá auxiliar a interpretação das novas normas legais. Examinando a autonomia no final da vida, Maria de Fátima Freire de Sá e Pedro Henrique Menezes Ferreira fazem interessante paralelo entre a Colômbia e a Bélgica a partir do estudo de caso. E Amanda Souza Barbosa enriquece a doutrina brasileira sobre o tema ao nos brindar com seu artigo O necessário (re)pensar do tratamento jurídico conferido às decisões sobre o fim da vida no Brasil: contribuições a partir de Dworkin, Beauchamp e Childress.

Ainda no viés do estudo sobre a autonomia, Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann nos apresenta hipótese em que a vulnerabilidade acrescida deu ensejo a um dos casos mais polêmicos envolvendo experimentação em crianças nos EUA. Natália Petersen Nascimento Santos, por sua vez, constrói a tese da existência de ficção de respeito à autonomia quando envolvida a exploração do sujeito nas pesquisas clínicas com humanos.

Outros trabalhos, igualmente consistentes e de reconhecida utilidade acadêmica merecem ser apresentados: Sociedade de Risco, Bioética e Princípio da precaução de Marcelo Pereira dos Santos; A criação e a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: uma análise através da Bioética e do advento da lei 12.654/2012 de Carlos Eduardo Martins Lima; Submissão obrigatória à identificação do perfil genético para fins criminais: uma abordagem à luz do direito à intimidade e da dignidade da pessoa humana, de George Maia Santos e Pedro Durão; Os perigos da biotecnologia à prática da medicina tradicional baseada em plantas e o papel do direito na garantia do direito à medicina tradicional, de Robson Antão de Medeiros; A eugenia liberal: um olhar a partir da obra "O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas, de Riva Sobrado de Freitas e Daniela Zilio.

**REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES E A LEI N. 13.146/15: A
AUTONOMIA PRIVADA AFETA AO BIODIREITO.**

**REVIEW OF THE DISABILITIES THEORY AND THE LAW N. 13.146/15: THE
BIOLAW PRIVATE AUTONOMY.**

Iara Antunes de Souza

Resumo

Parte-se da indagação acerca do meio jurídico adequado para a garantia da autonomia privada do portador de transtornos mentais. Apresenta-se estudo dos fundamentos da revisão da teoria das incapacidades, bem como das teorias de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, e Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira. Após, apresenta-se a recente revisão trazida pela Lei n. 13.146/15. Trata-se de pesquisa jurídico-dogmática, onde se verifica que conceitos pré-determinados e ligados à doença como causa da incapacidade não coadunam com a complexidade atual da Medicina e da Psicologia. A aferição da incapacidade se dá na medida em que as Ciências da Saúde, em atuação multidisciplinar, reconhece a falta de discernimento para o exercício de atos. Em havendo discernimento, a pessoa, ainda que portadora de transtornos mentais, poderá exercer seus direitos patrimoniais e/ou pessoais. Conclui-se que a revisão da teoria das incapacidades civis trazida pela Lei n. 13.146/15 é o meio adequado para garantia da autonomia privada afeta ao Biodireito.

Palavras-chave: Revisão da teoria das incapacidades, Autonomia privada, Transtornos mentais

Abstract/Resumen/Résumé

Starts with the question about the appropriate legal means to guarantee the private autonomy of person treatment of mental disorders. Presents study of the fundamentals of review of the disabilities theory, and theorys by Nelson Rosenvald and Cristiano Chaves de Farias, and Maria de Fátima Freire de Sá and Diogo Luna Moreira. After, presents the recent review made by law n. 13.146/15. Its a research dogmatic-legal, where it found that predetermined concepts and linked to disease as a cause of disability not consistent with the current complexity for Medicine and Psychology. Verification of disability occurs in that Health Sciences, in multidisciplinary performace, checks the lack of discernment for the exercise of acts. In there, the person, though person treatment of mental disorders, may exercise their property and / or personal rights. The conclusion is the review of the disabilities theory made by law n. 13.146/15 is a appropriate legal means to guarantee the Biolaw private autonomy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Review of the disabilities theory, Private autonomy, Mental disorders

Hoje nós começamos a percorrer o 'Centro Psiquiátrico' de Barbacena, como o governo insiste em rotular. Os primeiros de seus dezesseis pavilhões. Suas enfermarias, seus pátios. Não encontramos os loucos terríveis que supúnhamos. Seres humanos como nós. Pessoas que, fora das crises, vivem lúcidas o tempo todo. Sabem quem são e o que fazem ali. O que os espera no fim de mais alguns dias, alguns anos. Pessoas que pedem para ser fotografadas, pedem a publicação de seus nomes. Insistem em voltar à sociedade, à família, ao afeto, à liberdade. Nem todas, porém. As alienadas, de tão drogadas, de tantos choques, tanta prisão. Crianças que não conseguem nem se locomover. Mas a maioria insiste em ter esperança de ser tratada como se humano. Ainda há tempo.

Hiram Firmino apud Daniela Arbex (2013, p.213/215).

1 INTRODUÇÃO

É necessário levar o Direito a sério¹ (DWORKIN, 2002). Isso é: que seus preceitos sejam efetivamente aplicados e alcancem a proteção e promoção dos direitos das pessoas, conforme dita a Constituição da República de 1988.

Afinal, segundo dados da Organização Mundial da Saúde de 2006, estima-se que cerca de 340.000.000 (trezentos e quarenta milhões) de pessoas em todo mundo sofrem de depressão, 45.000.000 (quarenta e cinco milhões) de esquizofrenia e 29.000.000 (vinte e nove milhões) de demência (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006). Além do problema interno à saúde mental, as pessoas sofrem com estigmatizações, preconceitos e descriminalizações.

O ordenamento jurídico tem que levar os Direitos dos portadores de transtorno mental a sério, garantindo-lhes o exercício de sua autonomia. Junto ao Direito Civil, a Teoria Geral do Código Civil (BRASIL, 2002) quanto à incapacidade das pessoas demanda uma releitura, justificada diante de princípio componente do microsistema do Biodireito: a autonomia privada².

No sistema positivo do Código, ainda vigente, há o reconhecimento da condição de pessoa e atribuição de personalidade jurídica, seja em seu aspecto subjetivo, seja em seu aspecto objetivo³, a todos aqueles que nascem com vida, que é ligada à capacidade de direito

¹ Dworkin (2002, p. 286) afirma que: “Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.”

² Prefere-se a denominação autonomia privada em contraponto à autonomia da vontade, eis que esta “[...] possui uma conotação psicológica, ligada ao momento do Estado Liberal em que a vontade ocupava lugar privilegiado, sendo suficiente para criar Direito, cabendo ao Estado apenas sancioná-la.” (SÁ; NEVES, 2011, p.37). Assim sendo, o Estado não interferia na manifestação de vontade das partes e, muito pouco, nos efeitos dela decorrentes.

³ Na acepção subjetiva a personalidade confunde-se com a capacidade de direito ou de gozo, que é atribuída a todos que nascem com vida, nos termos dos artigos 1º e 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) e às pessoas jurídicas. Trata-se, portanto, de atributo jurídico, centro de imputação normativa. Sob a perspectiva objetiva,

ou de gozo, conforme ensina Francisco Amaral (2006, p.248). Trata-se da aptidão para titularizar e exercer os direitos na ordem civil. Ao lado dessa está a capacidade de fato ou de exercício que representa o “[...] poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil.” (FIUZA, 2010, p. 129), de exercê-los, por si só.

Assim sendo, a capacidade civil é a regra e o sistema jurídico do Código Civil traz as exceções, ou seja, as hipóteses de incapacidade civil, dispostas nos seus artigos 3º e 4º, que levam em conta a idade e saúde mental, sendo divididas em incapacidade absoluta e relativa.

A escolha legislativa para determinação da incapacidade leva em conta a falta ou diminuição do discernimento da pessoa em razão da idade ou em razão da saúde mental. Interessa para o presente trabalho a última. Em qualquer caso, o que se observa do sistema, segundo Brunello Souza Stancioli (2004, p. 44), é que: “O conceito de capacidade da pessoa natural está intimamente ligado à noção da autonomia [...]”. Logo, dentro do que se está presente no Código Civil atual, os conceitos de personalidade, discernimento e autonomia são essenciais para a determinação da capacidade jurídica das pessoas.

A autonomia privada concede poderes de atuação à pessoa, sua autodeterminação (SÁ; NAVES, 2011, p.15-19). Discernimento é o elemento essencial para a manifestação da autonomia do sujeito de direito dotado de personalidade jurídica desde que capaz de estabelecer diferença, distinguir, fazer apreciação (SÁ; NAVES, 2011, p.88). Na Medicina, trabalha-se, ainda, com o conceito de competência (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008), que representa, em termos clínicos, a capacidade.

Diante disso, é que se perquire: qual o meio jurídico adequado para que o ordenamento jurídico brasileiro garanta, na maior medida do possível, a autonomia privada do portador de transtornos mentais? O Direito não pode ser um instrumento de segregação e exclusão, enquanto o movimento médico, psicológico e de toda área da saúde é no sentido de inclusão e garantia.

Para responder a esta questão, apresenta-se inicialmente os critérios doutrinários para a revisão da teoria das incapacidades e, após, as modificações a serem introduzidas no ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Lei n. 13.146/15 (BRASIL, 2015a) denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência.

personalidade é um conjunto de atributos humanos que merecem proteção jurídica, ou seja, é o objeto do Direito. Concebe-se aqui o direito de personalidade, que é o direito afeto aos atributos intrínsecos da personalidade humana (FIUZA, 2010, p.171).

2 OS CRITÉRIOS DOUTRINARIOS PARA REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

A teoria das incapacidades prevista no ordenamento jurídico brasileiro atual não coaduna com os anseios de cuidado e garantia de autonomia privada do sujeito, em especial do portador de transtornos mentais que é o objeto desse trabalho.

A nomenclatura adotada pela CID-10 - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão; no Capítulo V – F00 a F99 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2010); e pela Associação Americana de Psiquiatria, no DSM-V - *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013) é transtornos mentais e do comportamento. Entretanto, nem todos os transtornos do comportamento são transtornos mentais e, portanto, não geram a perda do discernimento e a incapacidade civil. Por isso, opta-se por trabalhar apenas com o termo transtornos mentais. Suas espécies são as doenças e as deficiências mentais:

Deficiência mental é a designação utilizada somente para as hipóteses nas quais seja a anomalia proveniente de causa orgânica. Doença mental, por sua vez, reserva-se, contemporaneamente, aos casos em que se identifique um distúrbio de compreensão da realidade, um comprometimento de personalidade do sujeito, não derivado de razão fisiológica. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 503).

À pessoa incapaz em razão da saúde mental, o ordenamento jurídico assegura proteção por meio do reconhecimento da incapacidade via processo de interdição e, conseqüente, atribuição de um curador. Mas, na verdade, o que ocorre é a retirada da capacidade civil por meio de um processo judicial, sem um acompanhamento adequado da situação peculiar e especial da saúde mental do indivíduo, sem acompanhamento judicial posterior (eis que em razão do princípio da inércia⁴ o juiz necessita ser provocado por um interessado para agir), em suma, por vezes, exterminando a autonomia privada, a autodeterminação da pessoa. Ademais, em sua maioria, os processos judiciais de interdição, considerando a existência do transtorno mental, conclui pela incapacidade absoluta, sem se verificar casuisticamente se existe campo de atuação do discernimento e exercício da autonomia, ainda que mínimo.

⁴ O princípio da inércia da jurisdição é conhecido, também, como princípio dispositivo ou da iniciativa da parte. Refere-se à vedação do juiz de instaurar o processo ou manifestar-se dentro dele sem a prévia provocação das partes, exceto quando expressamente autorizado pela lei. Contudo, em razão do ativismo judicial, as exceções vêm ganhando força, ou seja, são várias as hipóteses nas quais o juiz é autorizado pela lei processual a “[...] conhecer de matérias não suscitadas pelas partes e de ofertar provimento de conteúdo não requerido.” (NUNES; *et.al.*, 2013, p. 105).

Entretanto, o movimento médico, psicológico e jurídico atual é no sentido de que “[...] cada interdição deve ser individualmente analisada para limitar o mínimo possível o exercício dos interesses existenciais do interditando, garantindo-lhe uma maior integração social incidindo a restrição tão somente sobre determinados atos e situações pontuais.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2015, p. 22). E isso, inclusive, no caso de interdição total onde “[...] há uma esfera de direitos existenciais que não podem ser tolhidos, sob pena de a interdição converter-se de medida de proteção em aniquilamento civil do indivíduo.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2015, p. 44).

Considerando o contexto histórico, a revisão da teoria das incapacidades que hora se apresenta, não é um ditame atual e nem mesmo fundado apenas nos preceitos posteriores à Constituição da República de 1988. É questão de dignidade humana.

2.1 O caso do juiz Schreber

Ilustra-se a compreensão da revisão da teoria das incapacidades como uma necessidade não atual, por meio do caso do juiz Schreber. Daniel Paul Schreber escreveu entre 1900 e 1903 o livro “Memórias de um doente dos nervos” (SCHREBER, 1985).

Schreber foi nomeado vice-presidente do Tribunal Regional de Chemnitz, Alemanha, em 1884. No mesmo ano concorreu a uma eleição parlamentar onde fora derrotado. No final deste ano foi internado na clínica de doente de nervos da Universidade de Leipzig, dirigida por uma das maiores autoridades da Neurologia e da Psiquiatria da época – professor Paul Emil Flechsig - com o diagnóstico de hipocondria. Ficou internado seis meses. Em 1886 ele retomou as atividades profissionais e foi nomeado juiz-presidente do Tribunal Regional de Leipzig. Em 1889 foi nomeado presidente do Tribunal de Freiberg. Em 1893, Schreber tomou posse como juiz presidente da corte de apelação em Dresden. No final deste ano, em consulta com Flechsig reclamou de angústia e insônia. Como o tratamento em casa foi sem resultado, Schreber foi internado novamente. No ano seguinte ele foi colocado em curatela provisória em razão da doença mental – demência paranoide. Em 1899 ele entendeu que sua situação era irregular e questionou a curatela provisória, iniciando um processo de recuperação de sua capacidade civil. Em 1900 ele redigiu vinte e três capítulos de seu livro de memórias. Naquele ano foi exarada decisão do tribunal contrária ao pedido de suspensão da curatela, determinando a interdição definitiva. Em 1902 a corte de apelação decidiu pelo levantamento da interdição de Schreber. No final deste mesmo ano ele recebeu alta. Em 1907

ele foi internado novamente e morreu em 1914 no sanatório de Dösen (SHEREBER, 1985, p. 21-23). Esta é a síntese da história de Schreber.

O laudo médico-legal de 1899 exarado pelo Doutor Weber, médico legista e do sanatório onde Schreber ficou internado, informava acerca da sua paranoia⁵ e das manifestações que ela trazia, como a presença de homúnculos⁶, urros⁷, emasculação⁸ etc. Entretanto, o laudo concluía que:

Cabe à decisão judicial afirmar, com base no estado psíquico patológico acima exposto, que deve ser definido como paranóia, se o Sr. Presidente Dr. Schreber, deve ou não ser juridicamente considerado como pessoa privada do uso das faculdades mentais; mas se a apreciação jurídica, tão diversa da concepção médica, entender que o doente em questão está impedido, por motivos de distúrbio psíquico, de perceber os fatos de modo objetivo e não-deturpador, de avaliá-los com base nas circunstâncias reais e de tomar livremente suas sessões segundo uma reflexão racional imparcial, é evidente que neste caso as alucinações e as idéias delirantes correlatas, elaboradas em um sistema e os impulsos compulsivos que dominam o doente constituem e continuarão a constituir tal impedimento (SCHREBER, 1985, p. 353).

Sob o argumento da existência do transtorno mental Schreber foi interditado. Mas, posteriormente, a sentença de extinção da interdição fundamentou-se no fato de que não há nenhuma prova de que a doença mental de Schreber lhe tornava incapaz de administrar seus bens e negócios (SCHREBER, 1985, p. 449). Logo, não é de hoje que se questiona a aplicabilidade da incapacidade civil decorrente do transtorno mental e nem é este um reclame apenas do Direito brasileiro.

O que se questiona, em especial, é a existência de uma incapacidade absoluta.

2.2 Fundamentos para a revisão da teoria das incapacidades

A revisão da teoria das incapacidades que se apresenta coaduna com os preceitos constitucionais, tem fundamento junto ao microsistema do Biodireito e assume as seguintes vertentes: revisão das concepções de personalidade e capacidade jurídicas; revisão do tratamento jurídico da incapacidade; e revisão da aferição jurídica da falta de capacidade,

⁵ Freud (2010) escreveu sobre o caso de Schreber, mesmo sem o ter conhecido, por meio da análise do caso clínico descrito na autobiografia (SCHREBER, 1985). Segundo o psicanalista a doença de Schreber era oriunda do complexo paterno, em todas as suas manifestações.

⁶ Eram figuras humanas minúsculas onde as almas encarnavam para ter existência breve e que, segundo Schreber (1985, p. 455) resultava dissolução em sua cabeça.

⁷ Era considerado por Schreber (1985, p. 457) um milagre, consistente na emissão de fortes ruídos inarticulados.

⁸ Trata-se de transformação do homem em mulher (SCHREBER, 1985, p. 454).

junto ao laudo médico que indica a falta de discernimento. Percebe-se que se trata de uma revisão interpretativa da norma jurídica existente.

Diogo Luna Moureira (2013, p. 116) entende, com base nas teorias de Lúcio Chamon Júnior (2006) acerca do tema, que a personalidade jurídica somente “[...] pode ser vista como referencial de imputação normativa.” Ou seja, é a possibilidade de escolher agir dentro de esferas de liberdades e não liberdades que são instituídas normativamente (MOUREIRA, 2013, p. 122). Isso significa que personalidade jurídica não tem ligação direta com a condição de ser humano, que é intrínseca a todos, mas é vinculada, na visão operacional dos autores, à sua construção junto à argumentação jurídica de acordo com a casuística.

A pessoa constrói diuturnamente sua personalidade e, portanto, tanto a capacidade quanto a incapacidade da pessoa somente podem ser verificadas no caso concreto, sem figuras determinadas aprioristicamente, ainda que, uma vez reconhecidas, os papéis estejam na norma jurídica.

Ainda segundo o autor (MOUREIRA, 2013), se a condição de ser pessoa é própria, não poderia o Direito retirá-la. Assim, partindo-se do conceito de personalidade jurídica considerando a construção autobiográfica da personalidade e de sua personalidade, a inexistência de capacidade de exercício verificada casuisticamente é plenamente aceitável, pois representa que há reconhecimento jurídico de uma não liberdade diante de uma situação concreta (MOUREIRA, 2013, p. 123). Assim,

[...] o fato de uma pessoa ser o referencial de imputação de direito e deveres não significa que serão reconhecidas plenamente suas decisões acerca desta esfera de liberdade que a toma como referencial. Liberdades referentes à autonomia privada serão decididas e exercidas de forma problematizadas e consideradas caso a caso. É por tal razão que na atualidade a Teoria da Capacidade permite a discussão normativa acerca da capacidade dos incapazes e da incapacidade dos capazes.

Ademais, o sistema de incapacidades não trabalha com uma pessoa real que constrói a sua personalidade, mas com módulos pré-estabelecidos, que Nelson Rosenvald (2014, p. 15-16) vai chamar de centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador o marido e o pai.

Demonstra-se, dessa forma que a interpretação da sistemática jurídica vigente no Código Civil (personalidade, capacidade e incapacidade) não coaduna com a ideia de que a pessoa possa não ter discernimento para os atos da vida civil, mas, com isso, não perder a titularidade deles como consequência suficiente para efetivação da sua dignidade, construção e desenvolvimento da sua condição de pessoa.

Por essa razão, defende-se que a pessoa ter capacidade jurídica, seja na condição de titular de direitos e deveres, ou, como se prefere, ator de esferas de liberdades e não liberdades, é a regra. Em caso de inexistência da dita capacidade será necessária a prova casuística da sua inexistência atrelada à falta de discernimento para compreender tanto a existência da liberdade ou não de agir, como do exercício próprio dessas liberdades. Nesse diapasão, incapacidade somente pode ser tida como, e na medida em que se comprovar, falta ou ausência de discernimento.

Nesse sentido o discernimento ganha destaque na externalização da capacidade jurídica, eis que sua presença garante o exercício da autonomia privada e da autodeterminação, fomentando e garantindo o livre desenvolvimento da personalidade e os Direitos Humanos.

Assim, a previsão normativa das categorias de incapazes atreladas à idade ou à saúde mental não representa a concretização do acima exposto, necessitando uma reinterpretação que aloque o discernimento como o único critério caracterizador.

Como o tema que se estuda vincula-se à saúde mental, é necessário afirmar que o discernimento do portador de transtorno mental não é oriundo simplesmente do diagnóstico da doença. Por isso a decisão do caso Schreber é tão atual. De fato, a decisão é conclusiva ao afirmar que: “O Código Civil [...] determina como condição concomitante que neste caso o doente, em consequência de seu estado, não esteja em condições de cuidar de seus negócios. Nem toda anomalia mental leva necessariamente à negação da capacidade civil.” (SCHREBER, 1985, p. 433).

Parte-se do ideário exposto pela Organização Mundial de Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006): “A maioria das pessoas com transtornos mentais mantém o discernimento para decisões informadas relativas a importantes questões que afetem suas vidas. Entretanto, este discernimento pode ser afetado naquelas pessoas que portam transtornos mentais sérios⁹.” (tradução nossa).

No mesmo sentido:

São vários os casos em que a mesma situação é repetida: pessoas que continuam ‘suas atividades normais’ apesar da interdição, o que vem a ser utilizado como defesa, pelo menos, inocuidade da curatela. A observação dos processos de desinterdito, entretanto, vai mostrar a dificuldade real de superar o poder de mando do curador. A desinterdição ‘consensual’ [...] muitas vezes demonstra às claras o uso

⁹ La mayoría de las personas con trastornos mentales mantienen el discernimiento para adoptar decisiones informadas relativas a importantes cuestiones que afectan sus vidas. Sin embargo, este discernimiento puede verse afectado en aquellas personas con trastornos mentales serios.

instrumental do dispositivo para limitar o poder negocial de um parente. (DELGADO, 1992, p. 149).

José Taborda (2004, p. 66) apresenta o seguinte exemplo elucidativo da questão:

[...] se um perito afirma que alguém está psicótico, precisa provar em que consiste a quebra do juízo de realidade, quais delírios ou alucinações se fazem presentes. A simples afirmativa de que determinada pessoa estaria “regredida a um nível psicótico de funcionamento” ou de que apresentaria “ansiedades psicóticas” seria insuficiente para esse diagnóstico, posto que não está claro em que consiste um “nível psicótico de funcionamento” ou uma “ansiedade psicótica”.

Logo, a incapacidade para os atos da vida civil é uma exceção. O diagnóstico, por si só não é causa de incapacidade civil. Se ela existir, o Direito deve trazer meios adequados para a proteção e promoção do portador de transtornos mentais. Ou seja:

É passada a hora de pôr efetivamente em prática os ditames da política pública nacional antimanicomial, voltados para promoção de uma relação dialética entre os portadores de anomalia mental e a sociedade, na tentativa de torná-los complementares entre si. Desde 6 de abril de 2001, está em vigor a Lei nº 10.216, a qual compete redirecionar os modelos assistencial em saúde mental e dispôs sobre a proteção das pessoas portadores de transtornos mentais pelo reconhecimento de direito a elas (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 513).

E mais, a Organização Mundial da Saúde (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006) entende que os conceitos de capacidade e discernimento são cruciais para determinação da possibilidade de a pessoa tomar decisões acerca de sua vida e exercer os atos da vida civil.

Assim, dita que as legislações devem estabelecer critérios para determiná-los, avaliá-los e identificar as ações necessárias a serem tomadas no caso de ausência do discernimento e da capacidade. Logo, o exercício adequado da autonomia privada vincula-se obrigatoriamente ao discernimento e não à saúde mental.

Tem-se discernimento quando as faculdades mentais permitem a autodeterminação, a consciência das opções a serem tomadas. Se há discernimento há capacidade para conhecer e exercer as liberdades ou não liberdades admitidas em Direito (hoje se fala em os atos da vida civil). Se não há discernimento, não é possível conhecer e exercer as liberdades e não liberdades.

Brunello Souza Stancioli (2004, p. 46) colabora com a apresentação de uma visão de capacidade de discernimento que “[...] denota o domínio cognitivo e habilidade decisional, ou ‘poder de avaliar, julgar’, ao lado da capacidade negocial clássica.

Entende-se que junto ao conceito de discernimento, na seara de decisões médicas, de saúde, ainda encontra-se o conceito de competência, conforme já dito em outra oportunidade

(SOUZA, 2013): “[...] a competência refere-se ao conceito clínico de possuir habilidades para a tomada de decisões válidas em relação ao tratamento.” (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008).

Quem determina a presença ou a falta de discernimento/competência não é Direito. Na verdade, é complexa a construção dos conceitos médicos e psicológicos e tratamento em razão da saúde mental. Isso demonstra cabalmente que o Direito não tem aptidão técnica para definir o transtorno mental ou a consequência dele junto ao discernimento.

Logo, na construção da (in)capacidade deve-se dar atenção às contribuições que a Psiquiatria e a Psicologia dão ao diagnóstico e tratamento do portador de transtornos mentais (TABORDA; *et. al.*, 2004, p.181), o que o Código Civil não fez. Logo, é necessária a revisão da teoria das incapacidades que atenda aos conceitos médicos e psicológicos.

Afinal, não coaduna com o atual estágio do Direito, com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e com o exercício de sua autonomia, um sistema que a tolha ou limite.

Como visto, na interpretação que se critica, “Quando se é considerado louco, a sociedade não gera expectativa de papéis para este indivíduo.” (CARAVELAS, 2004, p. 62). Contudo, a loucura ou, como se nomeia na atualidade: o transtorno mental, não é única e igual para todos. Da mesma forma que sociedade dos ditos “normais” apresenta vários tipos de sujeitos:

Há loucos de todos os tipos, aqueles que têm mania de perseguição (esquizofrênicos), os psicóticos maníaco-depressivos (com forte mau humor, idéia de morte e suicídio), os dementes, os que sofrem de alta ansiedade, os que jogam pedras, os que fazem travessuras, enfim, loucos mansos, agressivos, alegres e tristes (CARAVELAS, 2004, p. 62).

A retirada de autonomia de uma pessoa, nesse contexto, não pode ser interpretada como uma exclusão de sua condição de sujeito de direito:

Ao revés, é preciso reconhecê-los como pessoas e sujeitos de direito que requerem uma abordagem jurídica particularmente adequada a suas especificidades, de forma a promovê-los; não aniquilá-los. Proteger não pode mais ser um subterfúgio jurídico para anular a autonomia desses agentes e resumi-los à condição estática e imutável de dependentes (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 513/514).

Isso significa que qualquer manifestação de discernimento por meio da autonomia privada deve ser acatada pelo Direito. Não se olvida que o instituto de proteção aos incapazes, qual seja, a interdição e a atribuição de um curador para agir “em nome” dele, tem origem na

proteção de seu patrimônio, em que pese não afastar do curador a função de ser cuidador pessoal. De fato,

Quanto aos interesses existenciais, merece especial proteção sendo invidável que qualquer pessoa maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício, pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de comprometimento de sua dignidade e negação do preceito constitucional referido (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2015).

Entretanto, as manifestações pessoais, subjetivas, são muito mais complexas que as patrimoniais, expressamente perceptíveis, enquanto aqueles, muitas vezes, não o são. Por isso, tanto o respeito à dignidade pessoal do incapaz, quanto às escolhas dos rumos de sua vida pessoal é medida que se impõe eis que são estes os anseios da Constituição da República de 1988. Assim: “Atualmente, a tutela do incapaz não deve ter como único objetivo o seu patrimônio, mas a sua proteção integral, visando seu bem estar e o pleno desenvolvimento de sua personalidade.” (ARAÚJO; NUNES, 2009, p. 50).

Não se pode adotar o conceito de saúde mental como critério para fixação da incapacidade de alguém, é preciso atrelá-lo, de fato, ou seja, na prática, à perda, total ou parcial, do discernimento, da possibilidade de se autodeterminar. Logo, é necessário:

O abandono do rótulo pré-fixado de ‘deficiência mental’, por exemplo, para ingressarmos no mundo concreto e individual de cada pessoa, onde serão verificadas suas reais limitações e potencialidades, é a forma de aplicar a Constituição [...], prestigiar a principiologia da Constituição e tentar, dentro do possível, a inclusão da pessoa. Tentar integrar, tentar incluir é dever constitucional. É isso que se espera na decisão da capacidade-incapacidade. Que sejam deixados quaisquer preconceitos de lado, para que seja feita uma análise do ser humano e não do rotulado. Com tal superação do modelo rotulado, teremos condições de aplicar o princípio da dignidade humana, tentando buscar a sua vontade e entendê-lo dentro dos seus valores e da sua realidade (ARAÚJO; NUNES, 2009, p. 58).

Se o Direito tem a intenção de proteger aquele que ele considera incapaz, a proteção tem que ser ditada na exata medida da ausência de discernimento (DIAS, 2011, p.622), analisado casuisticamente, sob pena de se tolher a autonomia e ferir a dignidade humana. A interpretação e aplicação da norma jurídica, nesse ponto, afasta a ideia de ‘morte civil’.

Substituir a vontade do doente mental pela vontade de um curador fere sua própria personalidade. É no exercício de sua autonomia, na medida do seu discernimento, que o portador de transtornos mentais conseguirá livremente exercer sua personalidade e desenvolver sua personalidade.

Por essa razão, quando verificada a falta de discernimento de uma pessoa deve o Estado dar-lhe proteção e cuidado, preservando sua personalidade e sua autonomia, dentro do

que for possível. Em qualquer caso, o cuidador (curador) deve tomar decisões não apenas em nome, mas (re)construindo a vontade do curatelado.

Nosso sistema civil não reconhece os intervalos lúcidos ou intervalos de loucura do portador de transtorno mental, tolhendo-lhe a autonomia, ainda que durante estes momentos de discernimento. Tal posição:

[...] tornou-se modernamente malvista, sobretudo depois que a Alemanha eliminou por completo o instituto da curatela, a partir de 1º de janeiro de 1992, fazendo-o substituir pela orientação (*Betreuung*), uma reação muito menos radical à situação da pessoa incapaz de agir, e ao mesmo tempo muito mais plástica e adaptável a acompanhar os seus movimentos e sem eliminar suas intervenções pessoais sempre que isso for possível (VILLELA, 1999).

Em razão do que fora exposto e constatada a necessidade premente, a doutrina brasileira, em especial de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) e de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2011), movimentou-se para propor uma revisão da teoria das incapacidades no Direito Civil brasileiro.

2.3 A proposta de revisão da teoria das incapacidades de acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira/Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 344) propõem que a interdição do incapaz em razão de transtornos mentais seja revista para uma aplicação que não lhe prive da vida civil, mas lhe garanta a participação ativa e promoção de sua dignidade, quando e na medida do possível, dando ênfase as questões existenciais.

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2011, p. 105-106) defendem uma aplicação responsável da teoria das incapacidades, afastando o engessamento desproporcional do livre desenvolvimento do incapaz, por meio da avaliação casuística da extensão da incapacidade para exercício dos direitos patrimoniais e existenciais, inclusive para aqueles que o Código Civil dita a incapacidade absoluta. Tal intuito é árduo, em razão do tratamento dado aos incapazes, tanto na sociedade, como pelo Direito.

O enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos judiciários do Conselho de Justiça Federal (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 35) dita que: “Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”

Se a Medicina e a Psicologia¹⁰ reconhecem tratamento ao portador de transtornos mentais e a possibilidade de que ele, considerando o próprio tratamento, tenha discernimento e possa exercer sua autonomia, não cabe ao direito, excluí-lo.

O Direito, até então, declara a incapacidade e determina que excepcionalmente o incapaz possa praticar algum ato da vida civil. Entretanto, diante de uma revisão da teoria das incapacidades:

[...] o caminho que devemos percorrer deve ser o inverso: é a partir da análise da pessoa dotada de algum tipo de incapacidade que se deve verificar quais atos ela pode ou não praticar, em quais atos ela deve ser acompanhada de seu curador, para suprimir ou completar a sua vontade. Assim, a incapacidade judicial deve ser exatamente proporcional à medida de ausência do discernimento, para que a proteção não suprima a autonomia do sujeito, não se torne uma medida paternalista, um excesso[...] (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.34).

Nesse passo, se existir qualquer resquício que seja de discernimento ele deve ser reconhecido pelo Direito e exercido pelo portador de transtornos mentais. O que se verifica, portanto, é que as categorias predeterminadas no Código Civil acerca da incapacidade do portador de transtorno mental não se justificam.

Nesse sentido, Fabrício Ribeiro (2011, p. 109-111) traz em sua obra pesquisa realizada com juízes criminais da comarca de Belo Horizonte – Minas Gerais, na qual se constatou que:

[...] Ao serem perguntados sobre qual seria o conceito de loucura, o artigo mencionado [artigo 26 do Código Penal] era sempre a base para as respostas. [...] O louco é aquele que não tem capacidade de entender o que faz, um sujeito que, no momento do crime, não tem a capacidade de diferenciar o certo do errado [...] (RIBEIRO, 2011, p. 109).

Diante disso, concluiu o autor que os sujeitos com os quais os juízes operam só existem nos códigos: “Sujeito abstrato, forjado a ferro e fogo pela racionalidade moderna.” (RIBEIRO, 2011, p. 110). Por essa razão, o Direito faz com que:

O louco considerado incapaz de entender seu ato, por não trilhar os caminhos da razão, fica à mercê da instituição jurídica sem poder construir seus motivos, produzir sentido sobre o lugar de fora da lei, impedido de articular por meio da linguagem o que antes foi ação. [...] o ordenamento jurídico trabalha com o sujeito dos direitos e deveres que, via de regra, tem plena capacidade de agir e pensar conscientemente.

¹⁰ “[...] se as ciências médicas reconhecem que tanto o diagnóstico quanto o tratamento devem ser devidamente contextualizados, não pode ser o Direito a aprisionar os incapazes em um instituto que, ao revés de proteger, oprime e tiraniza, revelando tão somente uma postura discriminatória, que afronta o princípio da igualdade.” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.30).

Como abordado em capítulo anterior, a psicanálise apresenta um outro sujeito, chamado de inconsciente, sujeito marcado pela linguagem, que por essa via se apresenta. Deste sujeito, o direito deseja guardar certa distância, sabe que pode encontrá-lo preso nas engrenagens jurídicas, no entanto, não sabe o que fazer com ele, não tem dispositivos suficientes para tratar o desajuste criativo que pode se apresentar no mundo dos autos, que, certamente, é infinitamente menor que o mundo da vida. A loucura diante do mundo jurídico encontra uma rede de significantes que determina e aprisiona, organizados de forma sistemática, com o objetivo de tratar o mal-estar que advém da condição de incapacidade de saber. O ideal que tangencia o direito passa pela natural sapiência entre certo e errado e, diante da ruptura deste modelo, uma cascata de legislações se interpõe para suturar, prevendo a todo custo, qualquer ameaça contingente. Desta forma, o direito vive um tensionamento infinito por não conseguir editar de maneira prévia uma regulação notadamente eficiente. A eficácia dos dispositivos jurídicos para tratar a loucura assenta-se, sobretudo, na dominação de uma pretensa incapacidade. A lei destina a estes sujeitos um lugar de exclusão, fora do laço que o discurso jurídico pode oferecer (RIBERIRO, 2011, p. 210-211).

Concluindo o seu pensamento, Fabrício Ribeiro (2011, p. 211) retoma o caso Schreber, afirmando que, quando ele:

[...] tenta demonstrar em seu livro como as patologias do sistema nervoso não implicam necessariamente na perda das forças intelectuais ou turvação de sua razão e demonstra que, mesmo afetado por sua doença, tem capacidade de gerenciar seus bens e sua vida, lutando contra o rótulo de incapacidade, argumenta que as ciências humanas estão em um estágio de desenvolvimento incapaz de compreender as bases de sua relação com Deus. O presidente da Corte de Apelações demonstra com presteza que a incapacidade não está do lado da loucura, mas, sim, do lado da experiência científica que busca medir com seus métodos universalizantes casos particulares [...].

Se a incapacidade civil de uma pessoa decorre da falta de discernimento para a decisão das questões da vida civil, sejam de cunho patrimonial e/ou pessoal, o que se propõe, frisa-se sem se entrar na questão da incapacidade em razão da idade, que não é objeto do presente trabalho, é que os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, que tratam respectivamente da incapacidade absoluta e da relativa, devem ser reinterpretados a fim de contemplar a revisão da teoria das incapacidades.

Doutro lado, observa-se que a nomenclatura adotada pela regra jurídica deve ser adequada aos anseios médicos. Ao se trabalhar com a incapacidade em razão da saúde mental, o seu tratamento jurídico não acompanha o tratamento dado pela Medicina e Psicologia, nem mesmo no que tange à nomenclatura.

Isso é comprovado pelo fato de, por exemplo, Pontes de Miranda (2000), ao falar sobre o Código Civil de 1916, faz críticas quanto ao tratamento atribuído ao “louco de todo gênero”:

Fomos iniciadores de movimento contra o sistema apriorístico do Código Civil, que a todos os perturbados dava a única e simplista denominação de “loucos”, com a Consequência de uma só figura de curatela: a dos loucos, *absolutamente incapazes*. Já em 1917, com franqueza, escrevíamos: “A doutrina firmada pelo Código Civil, sobre antiquada, é de maus resultados práticos. Não admite graus à incapacidade do insano: o profissional médico dirá apenas, sem outras considerações intermediárias, se o curatelando *é* ou não *é* incapaz. A loucura, aos olhos da lei, quaisquer que sejam sua etiologia e seus sintomas, tem como Consequência necessária a incapacidade jurídica da pessoa. Assim, os profissionais, a que a lei comete a missão de informar o juiz das situações psicopáticas do arguido de incapacidade, devem pautar suas observações médico-legais pelo único quesito que a lei civil implicitamente formula: O estado mental do indivíduo exclui, ou não, sua capacidade jurídica? **Para o médico, o simples distúrbio, ainda que parcial e limitado, da inteligência, pode ser tido como estado de alienação mental. Juridicamente, porém, esse diagnóstico não basta para que se interdite a pessoa.** O juiz, ao informar-se das situações psíquicas do curatelando, terá de indagar principalmente do fato da *incapacidade jurídica*, e não somente do simples estado anormal da mente do insano. Os loucos de todo gênero estão, legalmente, sujeitos à curatela, quer se trate de dementes, de fracos de espírito (imbecis), de dipsómanos (impulsão irresistível a beber), quer se diagnostique a demência afásica, a fraqueza mental senil, degeneração, psicastenia, psicose tóxica (morfinismo, cocainismo, alcoolismo), psicose autotóxica (esgotamento, uremia etc.), psicose infectuosa (delírios pós-infecciosos etc.), paranóia, demência arteriosclerótica, demência sifilitica etc., uma vez que a moléstia altere o uso vulgar de suas faculdades, tornando-o incapaz de exercer normalmente os atos da vida civil. Ao juiz, portanto, só dois quesitos importam: 1) Quanto à *finalidade* da instituição da curatela: saber se a interdição aproveitaria ao arguido de incapacidade, isto é, se é necessária. 2) Quanto à *razão legal* da curadoria: se o indivíduo, é, ou não, incapaz de reger sua pessoa e seus bens. O primeiro fica dependente do segundo, que é de caráter público, e sua resposta engendrará forçosamente a resposta àquele. A perícia psiquiátrica não pode ser entregue apenas ao juiz que, se conhece o texto da lei, pode desconhecer as síndromes tidas como suficiente para elidir a *capacidade* jurídica da pessoa. As moléstias mentais admitem gradações e modalidades várias; e era necessário que a lei permitisse, conseqüentemente, as gradações e modalidades da incapacidade jurídica. O Código Civil não aceita, porém, tal gradação da incapacidade civil dos insanos da mente: se bem que admita vários graus de incapacidade dos surdos-mudos, em relação às moléstias mentais ou nervosas, que em tanto importa usar das expressões “loucos de todo o gênero”, só distingue dois estados da mentalidade: *a)* A capacidade civil. *b)* A incapacidade civil absoluta. “Por exceção, o Código Civil admitiu *implicitamente* dois graus, em se tratando de prodigalidade: quando a prodigalidade atinge, em suas manifestações, à loucura, deve o indivíduo ser submetido, não à curatela dos pródigos, mas à dos loucos; se a síndrome da prodigalidade apenas interessa à gerência dos bens, dá-se-lhe curador com poderes restritos à assistência bonitária.” O Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, acentuando o que se fizera no Decreto nº 14.969, de 3 de setembro de 1921, que se referiu à Lei nº 4.294, de 6 de julho de 1921, veio atender ao que pedíamos em 1917.

Logo, a nomenclatura deve se adequar ao DSM-V e a CID, ou seja, a norma jurídica deve ter em vista o estado atual da ciência médica e psicológica e adotar o termo transtornos mentais. A terminologia é ampla e abarca a enfermidade mental, retardo mental ou incapacidade intelectual, os transtornos de personalidade e a toxomania.

Assim, a pessoa portadora de transtornos mentais, sem discernimento para os atos da vida civil, conforme verificado em laudos médicos e psicológicos, que indicam, em razão da doença, qual é o nível de discernimento que ela afeta, bem como os atos que são atingidos,

seria representada/assistida pelo curador, num ideário de decisões tomadas considerando a (re)construção da vontade do sujeito.

Extraí-se daí que o fato da falta de discernimento não importa necessariamente à conseqüente representação ou assistência, como previsto no modelo atual. Afinal, não é a incapacidade absoluta que gera a representação ou a relativa que determina a assistência, mas sim o grau de discernimento aferido nos estudos médico e psicológico da pessoa que podem mostrar que ela não necessita ser representada, mas apenas assistida nos atos da vida civil. Se não for assim, não haverá a preservação do exercício da autonomia privada da pessoa. Nelson Rosenvald (2014, p. 28) conclui que:

As pessoas portadoras de transtornos mentais hoje se inserem no grupo dos “*novos sujeitos de direito*”, não apenas pela proeminência dos direitos fundamentais individuais e sociais que garantem o direito à diferença, mas sobremaneira após a promulgação da lei n. 10.216/01, que redirecionou o modelo brasileiro de saúde mental.

Apresentada essa revisão da teoria das incapacidades, baseada na reinterpretação normativa acerca da personalidade jurídica e capacidade civil, impõe-se a apresentação das alterações que a Lei n. 13.146/15 trará ao ordenamento pátrio no início de 2016.

3 A REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES TRAZIDA PELA LEI N. 13.146/15

Todas as normas jurídicas voltadas para a saúde mental devem ser interpretadas no sentido da proteção, promoção e melhora da vida e do bem estar dos cidadãos. Tal premissa é disposta pela Organização Mundial de Saúde, em seu Manual de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2006).

Apesar das legislações vistas até aqui anunciarem tal objetivo, ele não é efetivamente encontrado na prática. Por esta razão, a revisão da incapacidade civil trazida pela Lei n. 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência - garante o fim de modelos pré-fixados de incapacidade, ligados à estados de saúde mental não mais aventados pela CID e pela DSM, avançando para a possibilidade de reconhecimento da incapacidade civil, e a conseqüente aplicação de medidas de cuidado (curatela), como mecanismo de efetiva proteção, promoção da melhoria de vida e bem estar dos portadores de transtornos mentais, bem como garantia de

seus Direitos Humanos, fundamentais e de personalidade, especialmente a sua autonomia privada, quando possível e existente.

A questão da capacidade civil sofrerá uma grande transformação legislativa no primeiro semestre de 2016 com a entrada em vigor da Lei n. 13.146 que altera seus critérios de definição, hoje previstos no Código Civil (BRASIL, 2002).

Afinal, ao revogar os incisos do artigo 3º do Código Civil, que tratam das hipóteses de incapacidade absoluta em razão da saúde mental; bem como alterar os incisos II e III do artigo 4º do mesmo diploma legal, que trata a incapacidade relativa dos “[...] por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; [...]” (BRASIL, 2002), o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz um novo conceito de incapacidade, baseada, na inexistência de discernimento para o exercício autônomo dos atos, apurado por meio de equipe multidisciplinas, nos termos de seu artigo 2º:

Art. 2o Considera-se pessoa com deficiência 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.

§ 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por **equipe multiprofissional e interdisciplinar** e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação. (BRASIL, 2015a, grifos nosso).

Percebe-se que a aferição da incapacidade civil depende de dois fatores preponderantes: o impedimento de longo prazo de discernimento para desempenho de atividades e a aferição dessa condição por equipe multidisciplinar. O primeiro fator confirma a ideia de que a capacidade é a regra e a incapacidade deve ser provada, inclusive nos seus limites.

Quanto ao segundo fator, percebe-se que, no Brasil, o tratamento do portador de transtorno mental no campo da saúde mental é prioritariamente ambulatorial e domiciliar, com participação efetiva da sociedade e da família, com o trabalho de uma equipe multidisciplinar, concebendo-se o tratamento da seguinte forma: medicação pelos psiquiatras, inserção social pensada pelos psicólogos sociais, construção do caso clínico¹¹ pela psicanálise,

¹¹No trabalho multidisciplinar – enfermeiros, médicos, psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras e também, eventualmente, os educadores e a família – a construção do caso clínico é democrática e se perfaz mediante a orientação de uma autoridade clínica (VIGANÓ, 1999, p.46). Não se toma decisões por maioria, mas considerando a relevância das informações trazidas para o benefício subjetivo do paciente mental em relação àquela área de atuação que, em conjunto com as demais, garantirá o pleno tratamento. Na prática, a construção do caso clínico permitirá formar previsões de tratamento em saúde mental. Entretanto, o efeito delas somente

e outros profissionais como terapeutas ocupacionais, enfermeiros, etc. A internação é medida excepcional, realizada em leitos de hospitais gerais.

Assim sendo, o tratamento jurídico não poderia se dar de outra forma, eis que, em que pese considerar que é o Direito quem dita a incapacidade, ele não é, por si só, capaz de aferir o seu conteúdo diante da pessoa, qual seja, a ausência de seu discernimento. Somente uma equipe multidisciplinar é apta a embasar a decisão judicial de interditar alguém. Nesse sentido é o artigo 753, §3º do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b).

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inclui no Código Civil o artigo 1.783-A que instaura a figura jurídica da “tomada de decisão apoiada”:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

O pedido de nomeação dos apoiadores é feito judicialmente, ouvida equipe multidisciplinar, acerca da necessidade da medida e do nível de presença ou ausência de discernimento para exercício de atos assistidos.

O que se percebe é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência cumpre com êxito sua função de excluir do ordenamento jurídico uma previsão taxativa de espécie de incapacidade em razão da saúde mental capaz de aniquilar totalmente a capacidade da pessoa, permitindo que todo e qualquer resquício de discernimento verificado pela equipe multidisciplinar sejam aproveitados para fins de exercício da autonomia da pessoa.

Assim, a incapacidade, quando existente, somente será reconhecida se e na medida em que houver diminuição ou perda de discernimento para certos atos da vida, sejam patrimoniais ou existenciais, cabendo a nomeação de um curador para assistir ou representar. Se a regra é a capacidade, os atos de incapacidade devem ser delimitados na sentença, com base na ausência do discernimento.

Trata-se de uma revisão da teoria das incapacidades que exalta o discernimento e aniquila o modelo que pregava a doença como causa de incapacidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

poderá ser analisado após a sua aplicação. Se não houver um resultado satisfatório, o processo deve recomeçar e culminar na revisão da medida terapêutica.

A revisão da teoria das incapacidades trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência garante uma aplicação que efetiva o exercício da autonomia privada das pessoas portadoras de transtornos mentais, eis que prima pela aferição do discernimento por meio de uma equipe multidisciplinar.

A consequência é uma verificação da situação real, aferindo o impacto da saúde mental da pessoa junto ao seu discernimento, em prevalência da autonomia privada afeta ao Biodireito. Trata-se, portanto, de um meio jurídico adequado para que o ordenamento jurídico brasileiro.

Se o transtorno mental for reconhecido pela equipe multidisciplinar, com as consequências junto ao discernimento, o Direito aplicará a medida de cuidado que, na prática, corresponde à curatela ou, agora, também, à tomada de decisão apoiada. Em qualquer caso, verifica-se a execução dos clamores já levantados na decisão de levantamento de interdição do Juiz Schreber: a doença, por si só, não causa a incapacidade.

A incapacidade somente advém na medida que há perda ou diminuição do discernimento, e dentro desse limite. Essa é uma aplicação que leva o Direito a sério.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135p. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 08 Abr. 2013.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil:** Famílias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588p.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 662p.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – DSM-V. Maio, 2013. Disponível em: <<http://psychnews.psychiatryonline.org/newsArticle.aspx?articleid=1757346>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Relativização da incapacidade para a prática de negócios jurídicos patrimoniais: a necessária aplicação dos vetores constitucionais. In.: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Org.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo:** estudos sobre o Direito das Obrigações e contratos, em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 43-60.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro.** São Paulo: Geração Editorial, 2013. 255p.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015b. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 de Abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 Ago. 2015.

CARAVELAS, Luciana. A loucura nos dias atuais. In.: MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de (Coord.). **Saúde mental e o Direito: ensaios em homenagem ao Professor Heitor Carrilho**. São Paulo: Método, 2004. p.61-64.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 198p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. **As razões da tutela**. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992. 283p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 10.ed. Salvador: JusPodvm, 2012. 856p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 776p.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 1123p.

FREUD, Sigmund. **Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia (“o caso schreber”), artigos sobre técnica e outros textos (1911-1913)**. Obras completas: volume 10. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 275p.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência. **Roteiro de atuação na ação de interdição: uma releitura a partir da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência**. 111p. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1520807/livro_v5_web.pdf>. Acesso em: 30 Jan. 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial: direito de família: direito parental, direito protetivo**. Vol. 9. Campinas: Bookseller, 2000. 548p.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil:** dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da teoria das incapacidades. Tese (Doutorado). 2013. 273f. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Programa de Pós Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2013.273f.

MOREIRA, Luiza Amélia Cabus; OLIVEIRA, Irismar Reis de. Algumas questões éticas no tratamento da anorexia nervosa. **Jornal de Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v57n3/01.pdf>>. Acesso em: 15 Jul. 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil:** Fundamentação e aplicação. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. 679p.

RIBEIRO, Fabrício Junio Rocha. **Da razão ao delírio:** por uma abordagem interdisciplinária do conceito de loucura. Curitiba: Juruá Editora, 2011. 174p.

ROSEVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In.: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael Cesar (Org.). **Direito Privado e Contemporaneidade:** desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014. p. 15-31.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes:** saúde mental e um releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 190p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 376p.

SCHREBER, Daniel Paul. **Memórias de um doente dos nervos.** 2.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. 467p.

SOUZA, Iara Antunes de. As diretivas antecipadas de vontade diante da curatela: (Im)possibilidade de exercício da autonomia privada do incapaz. In: DADALTO, Luciana (Org.). **Diretivas antecipadas de vontade:** ensaios sobre o direito à autodeterminação. 1ed. Belo Horizonte: Letramento, 2013. p. 231-245.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 144p.

TABORDA, José G.V.; MECLER, Kátia; FRIDMAN, Sander; MORAES, Talvane de. Avaliação da capacidade civil e perícias correlatas. In.: TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. **Psiquiatria forense.** Porto Alegre: Artmed, 2004. p.177-314.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito de famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas. 2010. 255p.

VIGANÒ, Carlo. A construção do caso clínico em saúde mental. **Curinga**, n.31, Set. 1999. Belo Horizonte: Escola Brasileira de Psicanálise - Seção Minas, p. 39-48

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID-10 - International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision.** Version 2010. Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación.** 2006. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43478/1/9243562827_spa.pdf?ua=1>. Acesso em: 27 Set. 2014.