

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

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

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

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Orlando Celso Da Silva Neto, Otavio Luiz
Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-087-9

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. Direito civil. 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

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O Direito Civil, nas duas últimas décadas, passou por turbulências interpretativas, mas passou incólume. Suas instituições, consolidadas há milênios, vêm resistindo ao ataque publicista, sem, no entanto, se descuidar da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro. O Código Civil é o código da liberdade do indivíduo, liberdade conquistada com sangue, à qual não podemos renunciar. As instituições de Direito Civil, a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, funcionalizados que sejam em prol do ser humano, não perderam sua importância na promoção da dignidade, sempre relidas em função do tempo-espaço, a partir de sólidas bases historicamente edificadas. A missão do civilista é justamente essa: viver o presente, pensar o futuro, sem apagar o passado.

O Código de 2002, com todos os seus defeitos, possui o grande mérito de incorporar os princípios que antes obrigavam o civilista a recorrer à Constituição, a fim de aplicá-los às relações privadas. Princípios como a boa-fé objetiva e a função social se encontram edificados na própria Lei Civil, não sendo mais necessária a viagem ao Texto Maior, que, de passagem, nunca foi a sede das relações entre os indivíduos, tampouco teve a pretensão de sê-lo. Além disso, ao considerar o Direito Civil a partir dos textos legais, a marca da contemporaneidade é a marca de um Direito menos intervencionista e mais calcado na liberdade do cidadão, com maior respeito à autonomia da vontade e sem tantos recursos a conceitos abertos e genéricos, que se moldam à vontade e aos caprichos do intérprete, gerando indesejada insegurança, além da que seria suportável.

É com amparo nessa filosofia que se apresentam os textos que compõem o livro Direito Civil Contemporâneo II. Os temas são os mais variados, todos, porém, com o mesmo viés: reler o presente a partir da solidez do passado. Assim são abordados o bullying escolar, a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples, o revenge porn, a responsabilidade civil, a empresa rural, as cláusulas contratuais gerais, a teoria das incapacidades, a usucapião extrajudicial, os direitos da personalidade e a família.

INCAPACIDADE POR TRANSTORNO MENTAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

L'INCAPACITÉ POUR MALADIE MENTALE DANS LE CODE CIVIL DE 2002 ET LE STATUT DES PERSONNES HANDICAPÉES

Letícia Rayane Dourado Pinto

Resumo

O artigo adentra na temática da incapacidade civil, concentrando-se na incapacidade civil por transtorno mental no Código Civil de 2002 e o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Parte-se da seguinte problemática: quais os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, na sistemática da incapacidade civil por transtorno mental determinada no Código Civil de 2002? Para tanto, realiza-se uma pesquisa teórica e bibliográfica, com investigação descritiva e abordagem qualitativa. Objetiva-se, com essa pesquisa, apresentar a sistemática normativa de proteção da personalidade jurídica da pessoa humana; conhecer a abordagem da incapacidade civil por transtorno mental consagrada no Código Civil de 2002; e, por fim, examinar as alterações legislativas introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na incapacidade civil por transtorno mental.

Palavras-chave: Incapacidade civil, Estatuto da pessoa com deficiência, Direito fundamental à saúde mental

Abstract/Resumen/Résumé

L'article entre dans le thème de l'incapacité civile, particulièrement à propos de l'incapacité pour maladie mentale dans le Code Civil de 2002 et la promulgation du Statut des Personnes Handicapées. La question est: quels sont les reflets du Statut de Personnes Handicapées, Loi nº 13.146/15, sur l'incapacité pour maladie mentale consacrée dans le Code Civil de 2002? Par conséquent, il y aura une recherche théorique, bibliographique, descriptive et qualitative. L'objectif est de connaître le système de protection de la personnalité juridique; présenter l'incapacité civile pour maladie mentale dans le Code Civil de 2002; et, finalement, examiner les modifications législatives introduites par le Statut des Personnes Handicapées et ses effets sur l'incapacité civile pour maladie mentale.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incapacité civile, Statut des personnes handicapées, Droit fondamental à la santé mentale

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende adentrar na temática da incapacidade civil, concentrando-se, especialmente, na incapacidade civil por transtorno mental no Código Civil de 2002 e o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Os raciocínios, a seguir delineados, procedem da seguinte problemática: quais os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, na sistemática da incapacidade civil por transtorno mental determinada no Código Civil de 2002?

Para tanto, parte-se de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que comporta uma investigação descritiva, com abordagem qualitativa, utilizando-se do raciocínio dialético. De modo a trabalhar com as seguintes categorias teóricas: “personalidade jurídica”; “incapacidade civil”; “transtorno mental”; “deficiência”; “direito fundamental à saúde mental”.

Objetiva-se, com essa pesquisa, apresentar a sistemática normativa de proteção da personalidade jurídica da pessoa humana; conhecer a abordagem da incapacidade civil por transtorno mental consagrada no Código Civil de 2002; e, por fim, examinar as alterações legislativas introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15, e seus reflexos na incapacidade civil por transtorno mental.

Na primeira seção, sob o título “A evolução histórica do direito civil brasileiro e a personalidade jurídica da pessoa humana”, o leitor será situado no desenvolvimento histórico do direito civil brasileiro, ressaltando sua imperiosa releitura com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo a contextualizar o instituto da personalidade jurídica da pessoa humana.

Posteriormente, na seção “Incapacidade civil por transtorno mental no Código Civil de 2002”, será feita a análise da sistemática jurídica do instituto da incapacidade civil – especificamente direcionada à pessoa portadora de transtorno mental – consagrada no Código Civil de 2002.

Por fim, no título “Alteração legislativa introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência”, serão examinadas as modificações normativas realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15, quanto à incapacidade civil por transtorno mental, com influência direta do tratamento reservado à pessoa portadora de transtorno mental na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01).

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E A PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA HUMANA

A primeira seção deste artigo dedica-se à investigação do desenvolvimento histórico do direito civil brasileiro, com vistas, principalmente, à sua releitura imposta com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com isso, o objetivo é contextualizar o instituto da personalidade jurídica consagrado no Código Civil de 2002 e sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta conjuntura, é assente que o direito civil é o conjunto de normas jurídicas – regras e princípios¹ – que regula, essencialmente, as relações jurídicas privadas, baseando-se no poder de autodeterminação dos indivíduos.

Trata-se de ramo jurídico que resulta de construção histórica, remontando ao direito romano, com raízes jurisprudenciais e posterior processo de sistematização e ordenação jurídica, marcado pela continuidade, nas palavras de Amaral (2003, p. 110):

O direito civil é, antes de tudo, um fenômeno cultural em que predominam as notas da historicidade e da continuidade. Historicidade no sentido de que se veio formando gradativamente, desde os primórdios da civilização ocidental, até se transformar em um dos mais importantes ramos da ciência jurídica. Continuidade, pelo fato de ter-se mantido como processo constante e de certo modo uniforme na maneira de solucionar problemas que lhe são próprios, revelando a existência de princípios fundamentais a orientar a gênese e a realização de suas normas.

A evolução histórica do direito², em especial do direito civil brasileiro, é marcada por uma tendência de humanização. Parte-se de sistemas jurídicos orientados pelo dogma da clareza e da completude, com predomínio individualista e patrimonialista, para ordens jurídicas que se centralizam em questões existenciais, voltando-se às preocupações sociais e aos interesses coletivos.

O período histórico da modernidade ocidental, destacando-se o século XVIII, foi marcado pelas revoluções liberais – em relevo a independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Momento em que, sob influência do pensamento iluminista, as principais reivindicações resultaram na construção do Estado de

¹ Sobre o assunto ver também Ávila (s.d, p. 78).

² Para aprofundar os estudos sobre a evolução histórica do direito civil ver também Giordani (1976, p. 254-270), Gomes (2007) e Ascensão (s.d.).

Direito, com as seguintes características: a) império da lei como expressão da vontade geral; b) divisão dos poderes; c) generalidade e abstração das normas jurídicas; d) rígida distinção entre direito público e direito privado; e) crença na completude e na neutralidade do ordenamento jurídico; f) consideração do homem como sujeito abstrato de direito (AMARAL, 2003, p. 120).

Neste contexto histórico as Constituições estatais caracterizavam-se como cartas políticas, consideradas, por Ferdinand Lassalle (2010, p. 10), o produto dos fatores reais de poder. O direito civil era eminentemente individualista, voltando-se à proteção do indivíduo e de seus interesses relacionados à propriedade, à vida e à igualdade formal.

Como instrumento de contenção da atuação estatal, os códigos civis eram considerados constituições das relações privadas, situação em que garantir os direitos subjetivos impunham ao ente público uma abstenção, para que fossem protegidas as liberdades individuais com espaço ao livre exercício da autonomia privada.

E, sob essas premissas, foi promulgado o Código Civil brasileiro de 1916, essencialmente patrimonialista, com significativas influências do Código Civil francês de 1804 e do Código Civil alemão em vigor em 1900 (BITTAR, 2003, p. 437).

Entretanto, o desenvolvimento industrial, que remonta o século XIX, trouxe consigo questões sociais e relações fáticas não previstas nas leis civis. Gradativamente ficou demonstrada a impossibilidade de previsão da totalidade das relações fáticas em textos normativos estáticos, de modo que o dogma da completude passa a ser relativizado e questionado, principalmente com o advento de microssistemas legais³, trata-se de situação qualificada por Farias e Rosendal (2007, p. 23) “[...] como descodificação do direito civil, com a retirada de matérias inteiras da esfera codificada, passando a estar disciplinada em diplomas legais específicos [...]”.

Passa-se a exigir do Poder Judiciário uma atuação mais ativa em face das lacunas legais, ampliando-se as técnicas de interpretação e recorrendo-se às normas de conceitos jurídicos indeterminados – denominadas cláusulas gerais.

O repúdio às grandes atrocidades perpetradas ao longo do século XX impulsionaram importante mudança paradigmática, manifestada pela reaproximação do direito com a moral e com a ética na defesa da pessoa humana e de sua essência, qual seja, sua dignidade.

Nesta conjuntura ampla desenvolve-se o constitucionalismo democrático, com o

³ Sobre o desenvolvimento de microssistemas jurídico Amaral (2003, p. 156): “[...] Como consequência direta dessa tendência, e também do grande número de leis especiais em relação ao Código Civil, disciplinando, com princípios próprios, matéria até então integrada nesse diploma, surgem sistemas específicos, menores, verdadeiros microssistemas legais [...]”.

reconhecimento da normatividade às Constituições (HESSE, 2009), de modo que passam a ser consideradas textos normativos basilares e centrais dos ordenamentos jurídicos. Como consequência, o direito civil perde sua hegemonia normativa e, junto aos demais ramos jurídicos, passa a ser instrumento de efetividade dos valores máximos consagrados pela Constituição, em especial, da dignidade da pessoa humana.

No Brasil a situação não é diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada em meio a um momento histórico internacional de grande ênfase aos direitos humanos e, no âmbito interno, mostra-se como instrumento normativo de relevância ímpar, na medida em que consagrou inúmeras medidas institucionais existencialistas e resultou de longo processo de redemocratização. Nas palavras de Farias e Rosenvald (2007, p.21):

[...] a Constituição da República de 1988 promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.

A partir dessa incontroversa supremacia, o esforço interpretativo da doutrina detectou: a) a releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos (como o direito de propriedade e o contrato), b) a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas, presentes na vida social, como no exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar) e c) a interação estreita entre diferentes campos da ciência jurídica (a superação da velha dicotomia do direito, já aludida anteriormente).

A incidência de valores constitucionais na sistemática normativa do direito civil é conhecida como fenômeno da “constitucionalização do direito civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 25) e sobre o assunto, com excelência, Tepedino (2001, p. 7) enuncia:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem constitucional [...]

Neste contexto foi promulgado o Código Civil de 2002 e, sob as premissas acima elencadas, passa-se a analisar o instituto da personalidade jurídica da pessoa humana e sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana vem tutelada expressamente no art. 1º, III, CRFB de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos:

Art. 1º, III, CRFB de 1988 – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado por Pereira (2010, p. 104) “[...] uma cláusula geral de tutela da personalidade” que assegura uma postura negativa – tanto ao Estado quanto aos demais particulares⁴ – e uma postura positiva – de modo que o Estado deve mover esforços para que as garantias sejam observadas e, conseqüentemente, para que seja assegurada efetividade à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Farias e Rosenvald (2007, p. 98), a dignidade da pessoa humana:

[...] impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Portanto, a dignidade da pessoa humana engloba todos os valores e direitos que devem ser reconhecidos à pessoa humana, com a finalidade de garantir sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, com vistas à preservação de sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.

Compreende-se que pessoa é sujeito de direito – titular de relações jurídicas – “[...] a quem a lei, também atribui personalidade para praticar atos da vida civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 102), no mesmo sentido, Corrêa (1999, p. 162) reconhece que “Na concepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Portanto, pessoa é sinônimo de sujeito de direitos ou sujeito de relações jurídicas [...]”.

O instituto da personalidade jurídica por muito tempo foi confundido com a capacidade civil, de modo que era compreendido “[...] como a aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que pudesse titularizar relações jurídicas [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 104), ou seja, reduzia-se à possibilidade da pessoa (tanto física

⁴ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais Barroso (2003, p. 151) anuncia que “Esse ponto de vista levou ao reconhecimento de um duplo caráter (dimensão ou função) dos direitos fundamentais: estes, ao mesmo tempo em que asseguram posições jurídicas *subjetivas* dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem de valores *objetiva*, que há de comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos.” E, quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais Barroso (2003, p. 157) dispõe que “[...] tornara-se clara a necessidade de ampliar o espectro de efetividade dos direitos fundamentais, para alcançar aquelas situações em que poderes de fato, não estatais, provocam vulnerações aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente [...]”.

quanto jurídica) ser sujeito de direito e, por consequência, adquirir direitos e contrair obrigações (PEREIRA, 2010, p. 225).

Entretanto, a análise civil-constitucional impõe, também, que se faça uma releitura do instituto da personalidade jurídica. E, hoje, a personalidade jurídica deve ser compreendida para além da capacidade que o indivíduo tem para ser sujeito de direito, englobando normas jurídicas – princípios e regras – que protejam, essencialmente, a pessoa (AMARAL, 2003, p. 140).

Sendo assim, contemporaneamente, a personalidade jurídica há de ser compreendida como o conjunto de características próprias das pessoas, como primeiro bem jurídico da pessoa, de modo a irradiar direitos e deveres que busquem efetivar a dignidade da pessoa humana.

Da personalidade jurídica decorrem direitos que visam efetivar a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a todos os indivíduos a possibilidade de proteção especial, garantindo-se os direitos fundamentais e, com efeito, efetivando a dignidade da pessoa humana. Quanto à personalidade jurídica Farias e Rosendal (2007, p. 105) enunciam que:

Cuida-se de uma aptidão genericamente reconhecida: toda pessoa é dotada de personalidade. É a possibilidade de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da cidadania, garantida constitucionalmente, que será implementada (dentre outras maneiras) através dos direitos da personalidade. Nesse sentido, a personalidade é parte integrante da pessoa. É uma parte juridicamente intrínseca, permitindo que o titular venha a adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses.

Em síntese, a personalidade jurídica é, atualmente, uma maneira de afirmação dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, concedendo ao indivíduo tutela jurídica especial consistente em reclamar direitos imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

A personalidade jurídica, mais abrangente do que a capacidade civil, está atrelada à ideia de tutela dos direitos fundamentais com vistas à garantia de uma vida digna à pessoa, logo, sua duração corresponde à vida do indivíduo. Salienta-se que o início e o fim da personalidade jurídica são temas que despertam grandes problemáticas, entretanto, o presente estudo não pretende adentrá-las, bastando, apenas, a compreensão já apresentada.

2. INCAPACIDADE CIVIL POR TRANSTORNO MENTAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Este é o espaço dedicado ao estudo da sistemática jurídica do instituto da incapacidade civil – especificamente direcionada à pessoa portadora de transtorno mental – consagrada no Código Civil de 2002.

Pelo exposto na seção anterior, é possível concluir que toda pessoa – humana ou jurídica – é dotada de personalidade jurídica, ou seja, titulariza proteção jurídica especial de alcance geral com relação aos direitos fundamentais.

Para além da personalidade jurídica, o ordenamento jurídico reconhece às pessoas a capacidade para adquirir direitos e assumir obrigações, exercendo-a direta ou indiretamente. Esta, portanto, é a singela singularidade entre personalidade jurídica e capacidade jurídica.

Deste modo, a capacidade confere ao indivíduo o reconhecimento enquanto sujeito de direitos, titularizando relações jurídicas tanto no polo ativo (credor) quanto no polo passivo (devedor).

Disto decorre que, a personalidade jurídica – de abrangência geral – reconhece a todas as pessoas a “[...] faculdade abstrata de gozar de seus direitos.” (PEREIRA, 2010, p. 225), entretanto, bem salienta Wald (2009, p. 173) que “[...] nem todos são aptos a praticar pessoalmente os atos da vida civil”. Pelo exposto, observa-se que a sistemática civilista impõe a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato.

A capacidade de direito é reconhecida a todas as pessoas e decorre, logicamente, da personalidade jurídica. Trata-se, portanto, de capacidade genérica para aquisição de direitos e assunção de obrigações, conforme enuncia o art. 1º do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Sobre a capacidade de direito, destaca-se:

A capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Por isso dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio. Onde falta esta capacidade (nascituro, pessoa jurídica ilegalmente constituída), é porque não há personalidade (PEREIRA, 2010, p. 226).

Por outro lado, a capacidade de fato diz respeito à aptidão do indivíduo de exercer, por si mesmo, seus direitos e cumprir, pessoalmente, seus deveres. Assim, a capacidade de fato requer que a pessoa preencha determinados requisitos materiais legalmente previstos, não sendo reconhecida a todas as pessoas genericamente consideradas. A respeito da capacidade de fato, leciona Wald (2009, p. 173) “[...] também chamada de capacidade de exercício ou de negócios, em virtude da qual um indivíduo pode praticar pessoalmente os atos da vida civil,

sem necessitar de assistência ou de representação”.

Sob a premissa de que a capacidade de fato não pode ser conferida, indistintamente, a todas as pessoas humanas, o Código Civil de 2002 traz a sistemática normativa do instituto da incapacidade, sublinha-se que:

Se a capacidade de direito ou de gozo é geminada com a personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis [...] (PEREIRA, 2010, p. 231).

Isto posto, a incapacidade civil⁵ é uma limitação ao exercício pessoal de direitos e deveres, de modo a restringir, total ou parcialmente, a capacidade de fato do indivíduo. Salienta-se que a incapacidade é situação excepcional e, por isso, depende sempre de determinação legal, considerada norma de ordem pública. Pondera-se que:

Muitas vezes os indivíduos não têm os requisitos materiais para se dirigirem com autonomia no mundo civil, embora a ordem jurídica não lhes negue a capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a autodeterminação, impossibilitando-lhes o exercício do direito pessoal e diretamente (CORRÊA, 1999, p. 164).

A essência do instituto da incapacidade é a proteção dos indivíduos que, por não preencherem determinados requisitos materiais previstos na lei, devem ter restringida a capacidade de exercício pessoal e direto dos direitos. A maioria doutrinária compreende que:

[...] a lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas ao contrário, para oferecerem-lhe proteção por intermédio de um ordenamento jurídico que procura restabelecer o equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários [...] (CORRÊA, 1999, p. 166).

A sistemática normativa prevista no Código Civil de 2002 diferencia a incapacidade civil em absoluta – situações em que o indivíduo é considerado totalmente inapto ao exercício pessoal dos seus direitos e deveres – e em relativa – hipóteses em que a pessoa é privada parcialmente da ingerência direta de seus direitos e deveres. Sobre a distinção, destacam-se as palavras de Nader (2008, 151):

⁵ Sobre a distinção de incapacidade e impedimento, Pereira (2010, p. 232) anuncia que: “Não se confunde também com incapacidade a proibição que a lei estabelece a que certas pessoas realizem certos negócios jurídicos, como, por exemplo, fazer contratos com outras pessoas determinadas, ou quanto a bens a ela pertencentes [...]. Tais casos, e outros previstos expressamente, importam em impedimento para determinado ato jurídico, mas não traduzem incapacidade do tutor ou do ascendente, que conservam poder livre do exercício dos direitos civis [...]”.

Há duas espécies de incapacidade de fato: a absoluta e a relativa. A lei civil discrimina as hipóteses de uma e de outra e estabelece efeitos jurídicos distintos para ambas. Enquanto a incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isto a lei indica o seu representante, na relativa deve participar do ato devidamente assistida por alguém [...]

Especificamente direcionado à pessoa portadora de transtorno mental, o Código Civil de 2002, em seu texto originário, consagrou a incapacidade civil absoluta – no art. 3º, II – e a incapacidade relativa – no art. 4º, II e III.

O art. 3º, II, do Código Civil de 2002 dispõe sobre a incapacidade absoluta da pessoa que é acometida por enfermidade ou deficiência mental que provoque completa ausência de discernimento, nos seguintes termos: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

A hipótese é de quem possui idade suficiente para usufruir da plena capacidade de fato ou da relativa, mas, por problemas ligados a distúrbio psíquico ou à doença, carece de condições para compreender a natureza e o alcance do ato e de participar, coerentemente, com a sua vontade real (NADER, 2008, p. 153).

A hipótese de incapacidade absoluta consagrada no art. 3º, II, do Código Civil de 2002 há de ser declarada em processo de interdição⁶, com a nomeação de curador para que este represente a pessoa portadora de transtorno mental, em consonância com o art. 1.767, do Código Civil de 2002. Sublinha-se que, os atos realizados por pessoa absolutamente incapaz sem representação estarão eivados de nulidade absoluta, conforme previsão do art. 166, inciso I, do Código Civil de 2002.

Já o art. 4º, incisos II e III, fixa a incapacidade civil relativa do indivíduo com desenvolvimento mental reduzido ou incompleto, nas seguintes palavras: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: 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”. Se, por acaso, a pessoa relativamente incapaz realizar ato jurídico sem assistência, sua atuação poderá resultar em nulidade relativa do ato (anulabilidade), em consonância com o disposto no art. 171, inciso I, do Código Civil de 2002.

Para fins de declaração da incapacidade, absoluta ou relativa, o transtorno mental há

⁶ Para aprofundar os estudos sobre curatela e interdição civil ver também Célia (2014; 2015).

de ser considerado como:

[...] toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais, sejam as que provêm de qualquer malformação congênita, sejam as subsequentes a uma enfermidade geral ou específica, sejam as decorrentes de qualquer enfermidade, dependência ou lesão que afete o comportamento psíquico do indivíduo [...] (CORRÊA, 1999, p. 169).

Pelo fato de consagrar a possibilidade de se reconhecer incapacidade relativa da pessoa portadora de transtorno mental, o Código Civil de 2002 se diferenciou do Código Civil de 1916, na medida em que este, utilizando-se da polêmica expressão “os loucos de todo gênero”, dispunha somente sobre a incapacidade absoluta das pessoas portadoras de transtorno mental, desconsiderando por completo as variações que assumem os estados patológicos mentais⁷.

Neste sentido, a ordenação normativa da incapacidade civil da pessoa portadora de transtorno mental consagrada no Código Civil de 2002, quando comparada àquela prevista no diploma legal de 1916, representou algum avanço, o que, no entanto, não quer dizer que está perfeitamente adequada.

Já na década de 1990, Corrêa salienta que o instituto da incapacidade que, aparentemente, tem o intuito benevolente, há de ser utilizado com reservas às pessoas portadoras de transtornos mentais, destaca-se o seguinte trecho:

[...] Mas, como toda preocupação que visa a beneficiar o indivíduo, também tem o outro lado, que pode prejudica-lo, muitas pessoas, em certas circunstâncias, podem ser prejudicadas pela inadequada e má aplicação desse instituto, especialmente utilizando a psiquiatria como forma de incapacitar indivíduos para os atos da vida civil [...] (CORRÊA, 1999, p. 166-167).

Hodiernamente, pondera-se que o legislador civil, com vistas à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sob influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, precisa revestir-se de maior sensibilidade no tratamento normativo da pessoa portadora de transtorno mental para que não se acometa de excessos que possam resultar em restrições, inclusive, inconstitucionais, de maneira que, bem destaca, Schulze (2015, p.8) “Desaprender a fugir dos riscos e evitar abordagens de superproteção e atitudes de responsabilidade repletas de zelo são grandes desafios [...]”. Esta é perspectiva de análise que se propõe na próxima seção.

⁷ Sobre a incapacidade civil da pessoa portadora de transtorno mental prevista no Código Civil de 1916, Corrêa (1999, p. 168) dispõe que: “A enfermidade mental, nela incluído qualquer estado de insanidade, importa em incapacidade absoluta; a fixação do alcance da alienação mental quanto à incapacidade é árdua tanto na ciência jurídica como na ciência médica, em razão da imensa diversidade que podem assumir os estados patológicos e variação de sua extensão [...]”.

3. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na presente seção serão examinadas as modificações normativas realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15, quanto à incapacidade civil por transtorno mental, com influência direta do tratamento reservado à pessoa portadora de transtorno mental na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01).

Com o objetivo precípuo de buscar garantir efetividade aos direitos das pessoas com deficiência, no dia 07 de julho de 2015, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 13.146/15 que “Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”, baseando-se na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e em seu Protocolo Facultativo – Decreto nº 6.949/09 – conforme dispõe o parágrafo único de seu art. 1º.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos introduzido no plano normativo interno pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CRFB/88, de modo que lhe foi conferido *status* de emenda constitucional, tamanha a importância do seu conteúdo.

Destaca-se a relevância do mencionado documento internacional porque ele reconhece que “[...] as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade [...]”, conforme enuncia o seu preâmbulo, letra “k”, de modo que institui instrumentos, essencialmente, para garantir à pessoa com deficiência uma vida independente, com participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, assim, “[...] seu propósito é proteger e assegurar as condições de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência [...]” (RESENDE; VITAL, 2008, p. 27).

O conceito de pessoa portadora de deficiência, com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, há de ser analisado a partir da dimensão social em que o indivíduo está inserido, não mais vigora a qualificação da deficiência como condição intrínseca à pessoa, nos termos do art. 1º:

As pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade

de condições com as demais pessoas.

Neste mesmo sentido a Lei 13.146/15, em seu art. 2º, conceituou a pessoa portadora de deficiência. Trata-se, portanto, de novo conceito caracterizado em consideração da dificuldade de inserção social da pessoa, superando a tendência exclusivamente médica. Sobre o referido conceito, destaca-se que:

Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passaram a ser considerados como características das pessoas, inerentes à diversidade humana; a deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores culturais, econômicos, tecnológicos, arquitetônicos, dentre outros, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade [...] Superar a deficiência não é tão-somente cuidar dos impedimentos, mas possibilitar e criar mecanismos que eliminem as barreiras existentes no ambiente (MAIA, 2013, p. 291).

Este novo conceito de pessoa portadora de deficiência, nas palavras de Schulze (2015, p. 5) “[...] implica um movimento de distanciamento de querer ‘consertar’ as pessoas, ou seja, os déficits percebidos e aspectos médicos da deficiência, em direção à necessidade de ‘corrigir’ as atitudes da sociedade, reduzindo as barreiras atitudinais [...]”.

Seguindo a tendência de reconhecimento de direitos e inclusão social da pessoa portadora de deficiência, a Lei 13.146/15 traz, com sensibilidade, o objetivo de vencer preconceitos e discriminações, de modo que consagrou alterações legislativas aptas a humanizar a sistemática da incapacidade civil normatizada no Código Civil de 2002.

Sabe-se que, historicamente, a pessoa portadora de deficiência e, especificamente, o indivíduo portador de transtorno mental foi por muito tempo marginalizado, principalmente, porque o transtorno mental, qualificado como “loucura”, estava relacionado a causas de possessão demoníaca, resultando na impossibilidade de tratamento e na privação de liberdade de tais indivíduos que eram segregados da sociedade.

Hoje, a tendência consagrada na Lei 13.146/15, de maneira a repensar as limitações civis à autonomia das pessoas portadoras de deficiência – incluídas as pessoas portadoras de transtornos mentais – resulta de influência da Luta Antimanicomial refletida na Lei 10.216/01, com novo enfoque ao modelo assistencial e à promoção da saúde mental.

Neste sentido, em observância aos princípios resguardados no art. 3º, “a” e “c” da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁸, a Lei 13.146/15

⁸ Artigo 3º, “a” e “c” da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “Os princípios da presente Convenção são: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; c) A plena e efetiva participação e inclusão na

expressamente revogou os incisos I, II e III do art. 3º, do Código Civil de 2002 e alterou a redação do art. 4º, do Código Civil de 2002, que, após a *vacatio legis* de 180 da Lei 13.146/15, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º, Código Civil de 2002 – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º, Código Civil de 2002 – São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Modificando a normatização da incapacidade civil prevista no Código Civil de 2002, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece que a pessoa portadora de transtorno mental, assim como, todas as pessoas com deficiência possuem a capacidade de exercer com autonomia seus direitos e suas obrigações.

Deste modo, possuir transtorno mental não torna o indivíduo, automaticamente, incapaz para o exercício dos atos da vida civil, de forma com o modelo da curadoria adotado pelo Código Civil de 2002 – em que vigora a substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador – não se coaduna com o modelo de tomada de decisão apoiada consagrado na Lei 13.146/15, que tem por objetivo “[...] permitir que as pessoas tenham informação em formato adequado às suas necessidades, proporcionando-lhes escolhas reais e, portanto, constituindo a base para uma decisão digna [...]” (SCHULZE, 2015, p. 7).

O Estatuto da Pessoa com deficiência, ao garantir a capacidade civil, resguardando o com exercício pessoal dos direitos pelas pessoas portadoras de deficiência e revogando expressamente a sistemática normativa da incapacidade civil no que diz respeito à pessoa portadora de transtorno mental, tem o propósito, precípuo, de promover a vida digna e a emancipação dos cidadãos portadores de deficiência.

CONCLUSÃO

O estudo teve a finalidade de impulsionar a análise reflexiva a respeito da sistemática normativa da incapacidade civil, especificamente, em relação à pessoa portadora de transtorno mental.

Em um primeiro momento, verificou-se a evolução histórica do direito civil brasileiro, de modo a observar a íntima relação entre o instituto da personalidade jurídica e o sociedade”.

princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, inciso III, da CRFB/88.

Posteriormente, apresentou-se a sistemática normativa da incapacidade civil da pessoa portadora de transtorno mental prevista no texto originário do Código Civil de 2002, consignando-se que o mencionado diploma normativo inovou quando consagrou a incapacidade civil relativa da pessoa portadora de transtorno mental, considerando que o Código Civil de 1916 só dispunha sobre a incapacidade civil absoluta.

Entretanto, a Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e influenciada pela Lei 10.216/01, trouxe significativas e importantíssimas alterações na sistemática da incapacidade civil, dispondo no sentido de que as pessoas portadoras de transtorno mental, bem como as pessoas com deficiência, não deverão ser automaticamente consideradas incapazes.

Neste sentido, resguarda-se à pessoa portadora de deficiência o direito ao exercício pleno e autônomo de seus direitos e deveres, com liberdade para fazer suas próprias escolhas, de maneira que a incapacidade será situação excepcional a depender da interpretação causuística.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABREU, Célia Barbosa. Curatela e Interdição civil. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ABREU, Célia Barbosa. Primeiras Linhas Sobre a Interdição Após o Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Editora CRV, 2015.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira*. S.l.: Renovar, s.d.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Ed. rev. ampl. s.l.: Malheiros Editores, s.d.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. s.l.: Atlas, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 28 de julho de 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de agosto de 2009.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadores de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

CORRÊA, Joel Machado. *O Doente Mental e o Direito*. São Paulo: Iglu, 1999.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy de Souza. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª Ed. ver. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma: antiguidade clássica II*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1976.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. S.l: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. In: *Revista da AGU*, v.12, n. 37, p.289-306, jul./set., 2013.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil e*

teoria geral do direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SCHULZE, Marianne. Tomada de Decisões: somente para quem está no poder? In: *Revista Deficiência Intelectual*, n. 8, jan./jun., 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 8.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. 11. ed. S.l.: Saraiva, 2009.