

**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.

**DA DISTONIA DO REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL
LA DYSTONIE DU RÉGIME D'INCAPACITÉ CIVILE**

Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Resumo

A edição do estatuto da pessoa com deficiência, retirando da condição de incapaz referidas pessoas a partir de sua vigência em janeiro de 2016, é analisada no artigo a partir de sua possível incompatibilidade com a manutenção da incapacidade civil prevista pelo Código de Processo Civil brasileiro que entrará em vigor em março de 2016, o que exige a reflexão sobre a distonia legislativa sobre o regime das incapacidades civis e suas implicações quanto à efetividade da tutela das pessoas com deficiência mental e quanto à preservação de formatos de curatela e tutela desenhados no início do Século XX, assim como a discussão sobre a necessidade de um estatuto jurídico diferente para seres ontologicamente iguais.

Palavras-chave: Incapacidade civil, Pessoa com deficiência, Estatuto jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

La question du statut de la personne ayant une déficience, en supprimant la condition de personnes incapables a partir de sa vigueur en janvier 2016, est analysé dans l'article de son éventuelle incompatible avec le maintien d'incapacité civil et prévues par le Code de Procédure Civile brésilien que entrera en vigueur en mars de 2016, qui exige la réflexion sur la distonie législative, sur le regime des incapacites civils et leur simplifications pour l'efficacité de la protection des des personnes ayant des difficultés intellectuelles et la préservation de formats de la curetelle et tutelle dessiné au début du siècle XX, ainsi que la discussion sur la nécessité d'un statut juridique différent pour êtres ontologiquement égale.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incapacité civil, Personnes incapables, Statu juridique

INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência mental historicamente sempre foram tidas como incapazes, sendo a defesa dos seus interesses possibilitada através do acionamento do Poder Judiciário mediante o ajuizamento de ações de tónus afirmativo, máxime através dos procedimentos voltados a instrumentalizar a tutela e a curatela.

Sucedo que o Código de Processo Civil brasileiro, editado na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, não obstante ter sofrido inúmeras microrreformas nas últimas décadas, inclusive se adequando ao Código Civil de 2002, manteve, incólumes e defasados, aqueles procedimentos, nos Capítulos VIII (da curatela dos interditos) e IX (Das disposições comuns à tutela e à curatela), e no Título II (dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária), dispositivos que não foram merecedores de uma única alteração nos últimos quarenta anos.

Essa crisálida da jurisdição tem o condão de manter, interdição e curatela, sob a égide não apenas daquela vigente na década de setenta, mas da que vigorava na década dezesseis do século XX, preservando intocada a prevalência do código do Ter sobre o código do Ser, fazendo contínua a reprodução das desigualdades lesivas à dignidade da pessoa humana.

Apenas com a edição do novo Código de Processo Civil, através da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, é que se introduziu, ainda que timidamente, a previsão de serem aplicadas medidas ajustadas a fim de se evitar a imposição de restrições indevidas à autonomia do interditado ou curatelado, mantendo-se, contudo, a incapacidade civil absoluta aos interditados por enfermidade ou deficiência mental.

Ocorre que antes mesmo da entrada em vigência do novo Código de Processo Civil a ocorrer em foi editada a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, instituindo a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), revogando o regime das incapacidades civis preconizado pelo Código Civil, mantendo o *status* de incapaz apenas para os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Tem-se, pois, verdadeira distonia normativa acerca da autonomia das pessoas com deficiência, uma vez que, quando da entrada em vigência do seu Estatuto, em janeiro de 2016, ter-se-á uma norma agonista à restrição daquela autonomia, porém o advento da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, provocará uma situação antagonista à mesma autonomia.

De se sublinhar que, como as normas de direito material relativas ao estado das pessoas tem eficácia imediata, a entrada em vigência do Estatuto em janeiro de 2016 como atingirá as interdições já consolidadas, não podendo mais as pessoas com deficiência mental ser representada em quaisquer atos civis por curador, pois tidas como absolutamente capazes por força de lei.

A pretensa inclusão delineada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência esbarra, neste particular, na realidade fática, pois uma pessoa que tenha sido considerada como incapaz em um processo de interdição, passará a ser absolutamente capaz e, mercê de não conseguirem expressar sua vontade ou de terem discernimento das consequências de seus atos, ficarão entregues à própria sorte, órfãs de tutela jurídica e desnudadas de quaisquer dignidades pois quaisquer contratos que celebrem serão em tese válidos, se improvado vício de consentimento a inquiná-los.

Estas, dentre muitas das consequências jurídicas imprevistas pelo legislador e que ocorrerão no plano fático em decorrência da pretensão tutelar hipertrófica de se incluir as pessoas com deficiência como absolutamente capazes, bastariam para se constatar a inadequação da norma estatutária sob exame.

Porém o ordenamento jurídico brasileiro em sede de regime de capacidade civil ainda será, por absoluta inadvertência do legislador, sobressaltado com o advento do novo Código de Processo Civil, pois, mercê de as normas de direito processual terem eficácia imediata, as incapacidades serão de pronto reconhecidas como tal em sentenças proferidas a partir de março de 2016.

A reflexão pretendida neste esboço, sobre demonstrar essa distonia, visa incitar a discussão de propostas mais eficazes para sua eliminação, desde a premissa do reconhecimento da diversidade e da alteridade até a edificação de uma tutela que possa proteger as pessoas com deficiência mental sem descuidar do fundamental respeito à dignidade humana.

Mais do que isso, pretende-se sublinhar que o regime jurídico das incapacidades civis não é excludente das pessoas a eles submetidas: antes, as protege inclusive de si próprias, por isso que a nóvel norma estatutária, antes de incluir, acaba por excluir da adequada tutela jurídica as pessoas com deficiência mental, consubstanciando-se em hipertrófica tutela.

DA VULNERABILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL

A compreensão de normas jurídicas que busquem tutelar as pessoas com deficiência mental perpassa, necessariamente, pela análise da questão de igualdade de oportunidades que, ainda que se formalmente consolidada no plano jurídico, resta extraordinariamente controvertida nas perspectivas ideológica e filosófica.

Um olhar sobre o retrovisor da História permite mostrar que a doença mental não diferencia reis de mendigos. Antes, os iguala na miséria patológica e na excludente discriminação. O que diferencia doentes mentais, ricos e pobres, ainda neste século XXI, são suas posses materiais propiciatórias de melhor ou pior tratamento e cuidado.

Daí que em um mundo cada vez mais dominado pelo código econômico do Ter, a igualdade formal, propiciada pela linguagem dos direitos, não se converte em acesso igualitário ao Estado de direito ou à aplicação imparcial das leis e dos interesses.

Por isso é possível ter-se direitos, mas não se possuir recursos suficientes para exigir sua implementação, como anota VIEIRA (2007, p. 29-52), daí porque a exclusão social, propiciada principalmente (ou seja: não só) pela enfermidade, gera invisibilidade social, imunizando os privilegiados e demonizando os que se atrevem a contestar o sistema.

LÁZARO (2004, p. 183 e ss.) sublinha que o primeiro significado do princípio da igualdade incide precisamente na plena equiparação jurídica dentre todos os membros da comunidade política, sendo vedadas pela cláusula de igualdade as discriminações (na lei ou frente a ela) fundamentadas em características pessoais do indivíduo, devendo ser consideradas as distinções juridicamente relevantes tão somente na medida em que se apliquem por igual em todos os casos.

As diferentes concepções da dignidade da pessoa humana defluem das diversas formas de conexões, vinculações e identificações do Ser no mundo – o que implica situá-lo em posições sociais diferenciadas, posto que os indivíduos são diferentes e ocupam lugares diferentes no mundo.

Essa constatação de serem os indivíduos diferentes leva, ainda, ao necessário entendimento de que o Ser humano se compreende melhor olhando-se no Outro e respeitando-se as diferenças de ambos, por isso que LÉVINAS (2010, p. 58) enfatiza a imprescindibilidade do respeito, desde a noção de que “Nós não é o plural de Eu”, presente a alteridade ontológica como uma relação ética cuja premissa é a solidariedade.

Daí ser imperioso que se identifiquem as pessoas, ou grupos de pessoas que, seja por exclusão social, seja por discriminação, necessitam de tutela diferenciada na busca de se efetivar a ideia de igualdade e possibilitar, reconhecida e respeitada a diversidade, a inclusão.

A incompletude da proteção jurídica da dignidade humana radica, a rigor, nas relações de poder que permitem ou forçam opressões e exclusões.

Nas limitações desta análise, impende distinguir as pessoas que integram os grupos vulneráveis, grupamentos de pessoas que, não obstante terem reconhecido seu *status* de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela.

É o que sucede com as pessoas com deficiência mental, estigmatizados genericamente como loucos, fenômeno que não está ligado à desinformação social ou acadêmica, mas, sim, a uma deformação cognitiva, razão pela qual a disseminação da discriminação de fato ocorre em todos os estratos sociais, diferindo apenas quanto à repercussão, como advertia FOUCAULT (2010, p. 6-7) quanto a cabeças alienadas assumindo o papel dantes pertencente aos portadores de hanseníase.

Assim, se no século XVII a internação de doentes mentais era tema de polícia, e não de médicos (estes eram soberanos no tema, sim, mas após o internamento), neste século XXI a seara continua a mesma: mais assunto policial do que médico, como se constata pelos noticiários divulgando prisões de pais que, para trabalharem, amarram seus filhos doentes mentais com correntes, para que não atentem contra a integridade física de outros e de si próprios.

A análise da história das formas de proteção jurídica para as pessoas com deficiência mental é o instrumento viabilizador do aperfeiçoamento da tutela, por permitir a explicitação de acertos e desacertos das políticas públicas sobre saúde mental, uma vez que as instituições psiquiátricas como *loci* para os cuidados daquelas pessoas só surgiram no século XVIII.

Os tratamentos dos doentes mentais sempre configuraram exclusão, reclusão e asilamento, mercê da não aceitação da diferença. Assim, a hospitalização e o asilamento do doente mental sempre visaram a atender a segurança da ordem e da moral pública e não tutelar o indivíduo.

Essa situação perdurou no Brasil até o final do século XX, quando ocorreu a chamada reforma psiquiátrica, desencadeada com inspiração no novel modelo psiquiátrico italiano, buscando dar ao paciente alternativas inclusivas de tratamento e, especialmente, com foco na sua visibilidade social, a contrariar o modelo hospitalocêntrico, com a sedutora

proposta da desinstitucionalização transferidora do *locus* hospital para o da cidade, como novo *ethos* dos cuidados com a doença mental.

Mercê da aludida reforma, em 2001 foi editada no Brasil a Lei nº 10.216/2001, determinando inclusive a extinção dos manicômios e a criação de rede federal de centros conectados com hospitais gerais, norma cujos efeitos concretos ainda não se fizeram acontecer na maioria dos municípios brasileiros.

As políticas públicas desenhadas pela Lei nº 10.216/2001 não tiveram seus objetivos sedimentados, mesmo decorrida mais de uma década de sua promulgação, quedando mais ao efeito simbólico do que ao real efeito pretendido, simbolismo que redundando na privatização da doença mental, cenário em que os de maiores posses internam seus doentes mentais em clínicas privadas, enquanto que os despossuídos de recursos materiais, à míngua de leitos na rede pública, ou os agrilhoam em suas próprias casas, ou os abandonam a engrossar o caudal dos sem teto, ambas as hipóteses que, em histórica volta elíptica, os remete às prisões, ainda que sob o eufemismo de medidas de segurança.

Uma razão, dentre miríades, que pode ser apontada para a inefetividade das políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência mental, é o desconhecimento pelo Estado brasileiro das evidências de ser a evolução das doenças determinada pelo estatuto socioeconômico do indivíduo (SILVA, 2012, p. 132).

As relações entre pobreza e deficiência, que no pertinente à deficiência mental são exacerbadas, implicação na criação e na permanência de um verdadeiro círculo vicioso composto por reduzida participação nas tomadas de decisão e negação de direitos políticos e civis; exclusão social e cultural e estigmatização; negação de oportunidades para o desenvolvimento humano, econômico e social; vulnerabilidade à pobreza e à doença; deficiência; miséria.

Esse círculo vicioso, no caso das pessoas com deficiência mental, em quaisquer graus, produz consequências muito mais severas àquelas pessoas que na maioria dos sistemas jurídicos são tidas como absolutamente incapazes e que, assim estigmatizadas, são completamente excluídas socialmente.

A proximidade de vulnerabilidade gemelar e marginal entre pessoas com doenças mentais, prostitutas, criminosos, e viciados em tóxicos, se não se originou neste século, tem sido desde o século XX objeto do direito internacional que se vem transmudando em parâmetro de validade das constituições nacionais, com ruptura do paradigma da soberania do poder constituinte e da autonomia dos Estados em sede de direitos humanos, transitando a

visagem de Hobbes acerca da soberania centrada no Estado para a de Kant, ancorada na soberania centrada na cidadania universal.

Essa mutação conceitual que torna a soberania estatal porosa e permeável foi fundamental para a implantação da reforma psiquiátrica no Brasil, imposta pela condenação do Estado brasileiro em 2006 pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos no caso *Damião Ximenes Lopes versus Brasil*.¹

Essa condenação levou a uma modificação atitudinal dos governos brasileiros em relação ao tratamento dos doentes mentais e à visibilidade social destes, como pode ser exemplificado pela escolha da obra de Arthur Bispo do Rosário para representar oficialmente como representante do patrimônio cultural brasileiro em exposições na Europa.²

Subsiste, porém, a visão histórica de ser a loucura prevalentemente caso de polícia, cuja solução é a segregação, daí porque, mercê de ser a Constituição da República totalmente omissa quanto à inimizabilidade psíquica e, de consequência, aos limites das medidas restritivas, tem-se autorizada a conclusão de serem as medidas de segurança impostas aos doentes mentais que cometerem crimes sanções perpétuas, ante o Código Penal brasileiro não prever limitação temporal como o faz em relação às penas.

Mesmo com a edição da lei específica ao tratamento de doentes mentais, tal cenário desumano se manteve incólume, sendo que o Código Penal manteve a previsão de formas de cumprimento em meio fechado (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) além da previsão de cumprimento em meio aberto (sujeição a tratamento ambulatorial), conforme a gravidade do delito e a situação pessoal do sujeito.

Ainda que se ressalte que o Código Penal brasileiro determine que o recolhimento do interno deva ser realizado em estabelecimento com características hospitalares, hipóteses que autoriza vislumbrar alguma harmonia com os preceitos da reforma antimanicomial, o tratamento jurídico é discrepante quando se compara a execução das sanções restritivas à liberdade (penas e medidas de segurança aplicáveis a imputáveis e a doentes mentais).

Sob outra ótica, e ainda sob os influxos daquela condenação internacional, mais do que como fruto de ações do movimento de luta antimanicomial e da reforma psiquiátrica, é que foi aprovado o Estatuto da pessoa com deficiência.

¹ Caso 12237 julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão judicial da Organização dos Estados Americanos – OEA. A morte de Damião Ximenes Lopes ocorreu dentro de uma instituição psiquiátrica credenciada pelo Governo brasileiro.

² Arthur Bispo do Rosário, diagnosticado como esquizofrênico e paranóico, viveu recluso de 1939 até sua morte em 1989 no Rio de Janeiro, vindo a ser reconhecido como artista plástico e assim apresentado em 2012 na Bienal de Veneza, Itália e, de 2012 a 2013, em Lisboa, Portugal.

Referido Estatuto, porém, ao revogar quase a totalidade dos artigos 3º e 4º do Código Civil para cometer titularidade plena de direitos e de deveres às pessoas com deficiência, pasteuriza a visagem do ser humano, negando sua diversidade e, assim, acidula a necessidade de nefasta judicialização para que os impossibilitados de exercitarem suas autonomias possam ser protegidos segundo o arbítrio judicial apenas.

DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A AGONIA DA RESTRIÇÃO

A existência de cláusula geral de tutela da pessoa humana no texto constitucional brasileiro, ainda não se mostra suficiente para ensejar um amparo adequado às pessoas com deficiência mental no Brasil, a realçar o componente patológico da judicialização reconhecido e criticado por BARROSO (2010, p. 15).

Mesmo sendo pacífica, na doutrina e na jurisprudência, a premissa de ser a Constituição da República dotada de força normativa, logo, não sendo suas normas meramente programáticas, remanesce, todavia, o caráter simbólico da legislação infraconstitucional, máxime quando a opção política do legislador se volta à construção de leis especiais para formatar micros sistemas jurídicos.

A edição de leis especiais, no mais das vezes, implica em mero jogo de cena política, voltado, como aponta CAMPOS SILVA (2012, p. 142) não exatamente a viabilizar resultados jurídicos efetivos, mas a refrear pressões políticas e sociais de grupos com interesses específicos, o que torna comum a existência de legislações redundantes, estatutos desnecessários e meramente simbólicos, que se prestam como guetos normativos.

Os direitos sociais foram gestados para superar as deficiências e omissões das liberdades individuais (CONTRERAS PELÁEZ, 1994, p. 49), estando intimamente ligados ao Estado social que, por seu turno, objetiva suprir as insuficiências do Estado liberal, daí o desenho cambiante do Estado na História, conforme as expectativas da sociedade quanto à satisfação dos direitos fundamentais que surgiram como resposta à ameaça da miséria, da ignorância e da dependência.

É o Homem, real, concreto e vinculado às circunstâncias culturais, econômicas e históricas, isto é, o Homem relacionado frente a seus semelhantes, quem detém a titularidade de tais direitos, uma vez que, na dicção de HERRERA FLORES (1989, p. 78) “as necessidades são sempre sentidas individualmente, embora sejam satisfeitas socialmente”.

Assim, a edição da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, igualmente nomeada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada com

vacatio legis de 180 dias, não obstante trazer diversas garantias àquelas pessoas, ao modificar o regime das incapacidades civis do Código Civil, sem estabelecer o necessário gradiente, equivocadamente nivela todas as pessoas com deficiência às pessoas dotadas de capacidade plena.

Ao pretender provocar a agonia da restrição à autonomia das pessoas com deficiência, perdeu o legislador brasileiro, pois, a oportunidade de se inspirar naqueles modelos jurídicos como o da Espanha, cujo Código Civil distingue incapacitados (aqueles que padecem de uma enfermidade ou deficiência contínua que os impede de se autogovernar) de pessoas com incapacidade (aqueles que apresentam uma deficiência física, psíquica ou sensorial, que lhes impede ou lhes dificulta sua integração social, cujo grau de diminuição de capacidade justifica proteção jurídica específica) e de pessoas com dependência (as que necessitam de auxílio para realizar as atividades diárias, como se vestir, se alimentar ou negociar).

Essa percepção da existência de uma gradação dos níveis qualitativos de capacidade e de autonomia, a ensejar e a exigir especificidade de proteção jurídica como ressalta PEREÑA VICENTE (2006, p. 33), foi totalmente desconhecida ou olvidada pelo nível estatuto das pessoas com deficiência que neste ponto colide com a previsão legal de divisão de internações em três categorias: as voluntárias, nas quais existe o consentimento do paciente; as involuntárias, sem a anuência do paciente e por solicitação de terceiro; e as compulsórias, que são determinadas judicialmente, sendo estas duas últimas controladas pelo Ministério Público, que deve ser notificado das mesmas em até 72 horas após sua ocorrência (Lei nº 10.216/2001).

A pretensão de tornar como regra a garantia da capacidade legal por parte das pessoas com deficiência mental, além de derivar de visão cartesiana e reducionista que vislumbra a incapacidade como mera categoria jurídica, não é sequer atenuada pela previsão de se ter a curatela “proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso” tendo como duração “o menor tempo possível”³, uma vez que ignora a existência de pessoas com total incapacidade para exercer seus direitos.

A inversão da exceção, verificável em caso concreto, para regra geral, só faz tornar a pretensa tutela das pessoas com deficiência em norma hipertrófica.

Por igual, olvidou o legislador brasileiro o fato de o Código Civil só conceber como tutor pessoa natural, o mesmo fazendo com relação à curatela, o que pode ser compreendido

³ Art. 84, § 4º, Lei nº 13.146/2015.

mercê da prevalência, ainda neste século XXI, do culto ao individualismo e ao patrimonialismo, impregnado no sistema jurídico brasileiro, ainda que em descompasso com o sopro socializante iniciado na Constituição de 1934 e melhorado pela Constituição Federal de 1988 e com o primado dos direitos humanos iniciado após a Segunda Guerra Mundial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência só prevê a submissão da pessoa com deficiência à curatela, assim:

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

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

O mencionado culto ao patrimonialismo, logo, a submissão ao código do Ter em detrimento do código do Ser, se revela nos limites impostos à curatela:

Art. 86. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Por óbvio que não se pode negar às pessoas com deficiência mental os direitos fundamentais elencados no parágrafo primeiro da norma transcrita, porém o absolutismo da restrição torna, na prática, *tabula rasa* o próprio instituto da curatela, traindo as origens semântica e história do instituto: a palavra curatela provém de *cura*, mais o sufixo do verbo *curare*, que significa velar, olhar, cuidar.

Daí porque, no direito romano, a curatela tinha como objetivo colocar sob a sua égide as pessoas loucas (*cura furiosi*), pródigas (*cura prodigi*) e menores de 25 anos (*cura minorum*).

Por isso, não obstante o Estatuto da Pessoa com Deficiência modificar o art. 1.767 do Código Civil para sujeitar à curatela apenas “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderam exprimir sua vontade” e “os ébrios habituais e os viciados em tóxicos”, o micro sistema jurídico que ele desenha impede a tutela mediante a instituição da curatela civil às pessoas com deficiência mental incapacitante.

É de se louvar a intenção de se evitar o desnudamento da dignidade da pessoa humana que um estigmatizante decreto de interdição da autonomia pode suscitar, porém a

solução legislativa trazida pelo Estatuto sob análise não é a mais adequada, até porque o Poder Judiciário brasileiro de há muito tem dado certo temperamento à rigidez normativa do ainda vigente Código Civil para moldar suas decisões nos casos concretos a fim de evitar a chamada morte civil, restringindo a extensão da interdição ao minimamente necessário à efetiva proteção do curatelado.

Mesmo não sendo desejável *a priori* dissociar o que se faz para todas as pessoas em matéria de proteção jurídica, cujas normas protetivas de direitos e liberdades se presta como fundamento jurídico das pessoas com deficiência, é mister que certas disposições específicas possam velar pela preservação da legalidade e do respeito dos direitos e das liberdades daqueles cujo estado pessoal, segundo critério funcional e médico, exige esta proteção.

O direito deve combater as consequências negativas das desigualdades funcionais, a fim de conservar ou fazer voltar a dar a todo cidadão e à pessoa com deficiência mental em especial, o seu lugar na cidade, o respeito dos seus direitos e das suas liberdades, observada sua condição particularmente vulnerável.

Sob outro prisma, a busca de preservação da dignidade da pessoa humana também às pessoas com deficiência mental, deveria ser intentada com a adoção da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva, criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte em 1960 no caso *Shelton v. Tucker* e elastecida no caso *Lake v. C. Cameron* em 1966, quando se assentou o reconhecimento do papel proativo do Poder Judiciário na concretização de decisão por meio de via alternativa de tratamento ou de cuidado, formada de acordo com as exigências dos interesses da pessoa e da sociedade, não indo além do que seja necessário para a proteção da pessoa.

Essa ideia de intervenção mínima ao nível da restrição dos direitos fundamentais foi acolhida pelo ordenamento jurídico português (VÍTOR, 2005, p. 186), e como assinala CAMPOS SILVA (2012, p. 204 e 207), também no sistema jurídico italiano através da Lei 6, de 09.01.2004 que instituiu a figura da *amministrazione di sostegno*, similar à da *la sauvergarde de justice* instituída pela Lei francesa 685, de 03.01.1968 que adotada como premissa a noção de auxílio não invasivo ao invés da ideia de privação de direitos para os três regimes de proteção que preconiza: salvaguarda da justiça; tutela; e curatela.

Por derradeiro, nos limites desta reflexão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não enfrenta, como devido, tessitura fática construída pela *práxis* forense, de se nomear como curador de pessoa com deficiência a pessoa do diretor da instituição na qual eventualmente aquele curatelado esteja institucionalizado.

Com tal omissão, perdeu o legislador a chance de avançar no *constructo* de um instituto mais adequado à contemporaneidade, no qual se possa conferir à curadoria também a pessoa jurídica, como meio de se emprestar maior efetividade à tutela das pessoas com deficiência.

DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A ANTAGONIA DA AUTONOMIA

O Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, cuja *vacatio legis* expira em março de 2016, ou seja, pouco mais de dois meses após a entrada em vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (a ocorrer em janeiro de 2016), se apresenta como verdadeira antagônia à irrestrita autonomia preconizada pelo Estatuto, na exata medida em que prevê expressamente ser a pessoa com deficiência mental incapaz:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

Mais coerente com o instituto da curatela, e melhor adequada à tutela da pessoa com deficiência mental do que o modelo preconizado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo Código de Processo Civil não se limita à proteção dos aspectos patrimoniais, ainda que os enfatize:

Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz.

Se louvável a ressalva do arbítrio judicial acerca da adoção de solução mais conveniente aos interesses do curatelado, é de se criticar a inexplicável exclusão, pelo novo Código de Processo Civil, da Defensoria Pública dentre os legitimados para promoção da interdição, uma vez presente expressa previsão do cometimento dessa função institucional na Lei Complementar 80, de 1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132, de 2009, àquela Instituição, responsável também pela defesa dos interesses das pessoas vulneráveis.

Da mesma sorte, as críticas endereçadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência no que pertine ao não avanço em relação à adoção das doutrinas e de institutos contemporâneos já introduzidos em outros países, também se prestam à reflexão sobre a defasagem de efetividade que o novo Código de Processo Civil apresenta.

A atrofia da tutela processual também exsurge da não autorização para que a própria pessoa com deficiência possa requerer sua própria interdição, ainda que pelo questionável modelo de tomada de decisão apoiada previsto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que preconiza ao próprio interessado a eleição de no mínimo duas pessoas para lhe prestar apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil.

Ainda que não raro se operem interdições desnecessárias, como alertado por ANDRIGHI (2005) o fato de ser expressivo o percentual da população brasileira acometido de incapacidade devido a alguma enfermidade mental, física ou senil, tem-se que esse contingente populacional estaria à margem da sociedade, não fora o instituto da curatela a lhes possibilitar o agir na ordem jurídica.

A ausência de visão sistêmica, que se infere de tais críticas, impede que a própria compreensão da pessoa com doença mental, cujo estado, se não permite negligenciar a predominância do olhar médico-científico (sob pena de, por ausência de diagnóstico, sonegar-se um tratamento oportuno), tampouco prescinde de vê-la na sua integralidade como pessoa, o que leva à discriminação e à exclusão social.

Sob este prisma, e em especial no tocante às pessoas com deficiência mental, o conservadorismo encampado pelo novo Código de Processo Civil melhor atende à efetividade da tutela, mesmo que antagônico à amplitude da proposta emancipatória do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É que o regime jurídico das incapacidades civis busca proteger as pessoas quando acredita que ela não seja capaz de agir de forma autônoma e consentida, de modo racional e não prejudicial.

O conceito de capacidade é estruturado em quatro momentos (PEREIRA, 2004, p.209 e ss.): um primeiro elemento corresponde à capacidade de decidir sobre valores, onde quem consente fará o exame de custo e benefício segundo sua própria tábua axiológica. Num segundo elemento, exige-se que quem queira tomar uma decisão racional tenha que saber ou perceber os esclarecimentos sobre os fatos e os processos causais envolvidos, utilizando inteligência e compreensão suficientes.

O terceiro elemento ressalta que uma decisão implica em escolhas dentre alternativas e opções possíveis, com o sopesamento das consequências, enquanto que o quarto elemento estruturante da capacidade advém da capacidade para se autodeterminar com base na informação.

CONCLUSÕES

A Organização das Nações Unidas adotou duas declarações pioneiras quanto a questão do deficiente: a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), com ênfase à igualdade de direitos e de acesso a meios de desenvolvimento, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) em que, pela primeira vez, se definiu pessoa deficiente como sendo “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência , congênita ou não , em suas capacidades físicas e mentais”.

A reflexão ora ofertada à discussão procura demonstrar que a farta positivação dos direitos fundamentais e conseqüente institucionalização das normas tutelares das pessoas com deficiência – e aqui se podem incluir as relativas também às pessoas integrantes de minorias e de grupos vulneráveis, se representa, de um lado, um inegável avanço, de outro não resolve a problemática que envolve essas pessoas.

É que a questão, como muitas no Brasil, não é a existência de leis. O problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis e, em especial, as pessoas com deficiência, radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não acultramento no *ethos* do direito e do respeito à diferença.

O Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou é cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles.

As providências e os mecanismos adotados pelo Brasil para a defesa das pessoas com deficiência, máxime a mental, não têm se mostrado aptos a assegurar a participação de seus integrantes, nem no processo decisório, nem na efetivação dos seus direitos.

Para se exemplificar essa inaptidão, basta lembrar que não há, no Brasil estímulo à integração dos integrantes de grupos vulneráveis dentro do sistema político, sequer no dos partidos políticos, embora estudos apontem isso como sendo uma das alternativas positivas para que seja obtida efetividade na sua proteção .

Mesmo tentativas desse tipo de estímulo, como sucede com a legislação sanitária que no Brasil estabelecem a reforma psiquiátrica, e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se prestam a conferir efetividade na proteção às pessoas com deficiência mental e ou com algum distúrbio psíquico.

Nos Estados em que as sociedades eram bastante homogêneas, como ocorria na Idade Média, construiu-se um mecanismo lógico para solucionar conflitos políticos: a regra da maioria, que pressupunha homens livres, iguais, e com as mesmas necessidades, e legitimava decisões (políticas e jurídicas) decorrentes da sua estrita observância.

Com o aparecimento (ou reconhecimento) da existência de minorias desassistidas mesmo em sociedades plurais, aquela regra mostrou-se ineficaz para proteger as minorias contra tratamentos discriminatórios, e tornou-se necessário o estabelecimento de comunicação dentre os diversos estamentos sociais para viabilizar não só o compartilhamento do poder, mas a própria paz social derivada do respeito à individualidade humana.

Ressalte-se que parece ser cabível ao sistema brasileiro a advertência formulada ao sistema estadunidense por ACKERMAN (2007, p. 209) quanto ao perigo de uma excessiva ruptura político-social que pode ser propiciada pelo radical apego ao pluralismo que leva à degeneração em pura apologia na busca de interesses suprimidos.

Tal sucede porque as dificuldades de implementação de medidas protetivas de grupos vulneráveis, na área da saúde mental, no Brasil, derivam do desconhecimento sobre o sofrimento psíquico, sendo que a história da vulnerabilidade de suas vítimas pode ser fundamental para o enfrentamento de estigmas e preconceitos ligados a concepções ainda vigentes, que as vinculam à periculosidade e à impossibilidade de convivência social, de molde a propiciar a humanização das políticas públicas voltadas à sua proteção sem, todavia, hipertrofiar essa tutela.

Os aspectos examinados nos limites deste estudo apontam que o intervir em determinantes da saúde não podem se circunscrever à esfera jurídica: antes, exige o estabelecimento de pontes de diálogos que aproximem os diversos setores da sociedade, unindo sinergicamente saberes acadêmicos e empíricos, para que se possa formatar políticas

públicas que atendam às necessidades das pessoas com doença mental e, por igual, instrumentos garantes de sua implementação, translação essa crucial à efetividade de uma tutela adequada.

Para tanto, é mister sublinhar que a capacidade civil sempre será decorrente de um estado psicológico empírico em que se pode afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão efetiva da sua identidade, ou seja, da sua autonomia moral pessoal (RODRIGUES, 2001, p. 200) , conceito que se encontra subjacente ao princípio da liberdade moral, da autonomia e da dignidade, e que deve ser um dos pilares da tutela das pessoas com deficiência também.

A tutela das pessoas com doença mental é, como visto, uma incompletude, social e jurídica ainda, daí não ser possível concluir este estudo de forma definitiva e, sim, endereçá-lo a alimentar a polêmica que, em última análise, é sobre o dever jurídico de solidariedade.

Para tanto, faz-se necessário reconhecer o direito a ser diferente – ainda que – e principalmente – se em decorrência de doença mental, pois a diferença não pode inferiorizar, e não deve discrepar do direito à igualdade. Ao contrário, deve ir além, a fim de ser reconhecida como direito à diversidade.

Até como consequência desse reconhecimento, deve-se dar relevo ao também direito à tolerância, condição indispensável à defesa da ontológica alteridade, representativa de necessário *plus* à solidariedade e à diversidade, para que haja a efetividade desses direitos universais e inerentes à pessoa humana.

A clivagem parcial das duas normas – Estatuto da Pessoa com Deficiência e novo Código de Processo Civil – demonstra que, tal como nos primórdios, também neste século XXI o doente mental é visualizado como despido de sua humanidade e, assim, como o *homo sacer*, só detém a própria vida nua na qual mais nada se inscreve (AGAMBEN, 2010).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência fragiliza e discrimina seus destinatários, tornando-os pessoas diferenciadas sob o prisma jurídico, com o que lhes sonega o direito de serem pessoas e, assim, discrimina as pessoas com deficiência – negando-lhes o direito a serem reconhecidos como pessoas em sua diversidade, a lhes agredir a individualidade e a dignidade de quem pretende proteger.

A hipostasia desse grupo vulnerável, agravada pela distonia normativa aqui exposta, deve ser afastada, para que o fato coletivo de identificação da pessoa com deficiência mental

funcione somente como *discrímen* permissivo da modulação da garantia fundamental a Ser digno e reconhecido como tal.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

AGAMBEM, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Palestra proferida no seminário sobre interdição realizada no Superior Tribunal de Justiça em 07.11.2005. Brasília: STJ.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista à Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. V. 75, n. 2. Belo Horizonte: TCEMG, 2010.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. Direito do idoso: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoria e ideologia. Madrid: Tecnos, 1994.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura: na idade clássica. trad. José Texeira Coelho Neto, São Paulo: Perspectiva, 2012.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos desde la Escuela de Budapeste. Madrid: Tecnos, 1989.

LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres. In RIDAURA

MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coords.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade. trad. Pergentino Pivatto *et alli*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

PEREIRA, André Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra, 2004.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil. Madrid: Dykinson, 2006).

RDROGIUES, João Vaz. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.

SILVA, Manuela. A dura realidade da doença mental em Portugal. In CARMO, Isabel (org.). Serviço Nacional de Saúde em Portugal. As ameaças, a crise e os desafios. Coimbra: Almedina, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Conectas, 2007.