

O ESVAZIAMENTO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: (RE)INTERPRETAÇÃO ATRAVÉS DO DISCERNIMENTO

THE EMPTYING OF THE THEORY OF DISABILITIES BY THE STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITIES: (RE)INTERPRETATION THROUGH DISCERNMENT

Taisa Maria Macena de Lima¹

Professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (PUC-Minas, Belo Horizonte/MG, Brasil)

Jéssica Rodrigues Godinho²

Mestre em Direito Civil (PUC-Minas, Belo Horizonte/MG, Brasil)

ÁREA(S): direito civil; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe importantes alterações para o regime das incapacidades, alterando o rol dos arts. 3º e 4º do Código Civil, esvaziando a teoria das incapacidades formatada e até então aplicada. O discernimento foi deixado de lado como critério definidor da incapacidade e seu grau, considerando

que todas as pessoas seriam, em tese, capazes, e que não haveria mais a incapacidade absoluta por motivo de saúde. Assim, é importante a análise da teoria e sua interpretação e refundação, por meio do critério do discernimento, que se mostra como o mais adequado para refletir na ordem jurídica as situações concretas da vida real.

ABSTRACT: *The Statute of the Person with Disabilities brought important changes*

¹ Doutora e mestre em Direito Civil pela UFMG. Desembargadora do Trabalho. Ex-bolsista do DAAD - Serviço alemão de intercâmbio acadêmico. *E-mail:* taisamacena@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2794879775502752>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5454-9387>.

² Bolsista Fapemig. Especialista em Direito Civil pela PUC-Minas. Advogada. *E-mail:* jessica.godinho@yahoo.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5012158592823917>>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5669-6268>.

to the disability regime, changing the role of articles 3 and 4 of the Civil Code, emptying the Theory of Disabilities formatted and until then applied. Discernment was left aside as the defining criterion of disability and its degree, considering that all people would, in theory, be capable, and that there would no longer be absolute incapacity for health reasons. Thus, it is important to analyze the theory and its interpretation and refoundation, through the criterion of discernment, which shows itself as the most appropriate to reflect in the juridical order the concrete situations of real life.

PALAVRAS-CHAVE: teoria das incapacidades; Estatuto da Pessoa com Deficiência; capacidade; discernimento.

KEYWORDS: *theory of disabilities; Statute of Person with Disabilities; capacity; discernment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A teoria das incapacidades e o critério do discernimento; 2 A modificação da teoria das incapacidades e a necessidade de ciências e conceitos fora do Direito; 3 *De lege lata*: refundação através da interpretação ao problema colocado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência; 4 *De lege ferenda*: proposta de revisão da teoria das incapacidades; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The theory of disabilities and the criterion of discernment; 2 The modification of the theory of disabilities and the need of sciences and concepts outside the law; 3 De lege lata: refoundation through interpretation of the problem posed by the Statute of the Disabled Person; 4 De lege ferenda: proposed revision of the theory of disabilities; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A teoria das incapacidades não é uma preocupação dos juristas circunscrita ao tempo presente, sofrendo críticas em razão de ter sido construída sob um paradigma patrimonialista. Ainda, criticava-se também a forma negligente como é aplicada, sem se considerar princípios básicos, como a autonomia privada.

O discernimento, por sua vez, é elemento que sempre se fez presente na teoria, desde sua formatação por Teixeira de Freitas, e era o critério utilizado para adequação nas possibilidades de incapacidade previstas pelas legislações civilistas brasileiras (Código Civil de 1916 e de 2002).

Após a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), não se pode mais identificar o discernimento como fator

primordial da incapacidade, uma vez que, desconsiderando as infinidades de características e situações que compõem o indivíduo, o Estatuto decretou uma capacidade plena geral, que não pode ser mitigada pela deficiência.

No presente trabalho, pretende-se discutir o papel do discernimento para a teoria das incapacidades, pensar sobre o seu esvaziamento e propor novos contornos de interpretação e, até mesmo, de revisão da teoria.

1 A TEORIA DAS INCAPACIDADES E O CRITÉRIO DO DISCERNIMENTO

O discernimento é um conceito metajurídico. Sua análise ultrapassa o universo jurídico, mas a ele é aplicado em diversas de suas searas.

No conceito atribuído pelo dicionário, *discernimento* é a “faculdade de discernir; tino, juízo; apreciação, análise”³. O verbo *discernir*, por sua vez, é definido como “conhecer distintamente; saber distinguir; [...] fazer apreciação de algo”⁴.

Em uma avaliação médica, Miguel Chalub⁵ entende discernimento como a conjugação de duas faculdades: o entendimento (momento intelectual) e a determinação (momento volitivo). Precisa-se entender o ato e ter a vontade consciente de praticá-lo, ciente de suas consequências.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as consequências de seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável”⁶.

Para discernir, é necessário apreciar, saber fazer a análise da situação para apurar quais serão as consequências. Trata-se de uma atividade cognitiva e volitiva. Na seara do direito civil, essa cognição e ação volitiva são expressas na prática de atos da vida civil.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernimento. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio* – O dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 257.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio* – O dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 257.

⁵ CHALUB, Miguel. Medicina forense, psiquiatria forense e lei. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 1, p. 9, 2016.

⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan. 2008. p. 17.

Desta feita, percebe-se a importância que o discernimento tem para o direito civil: é por meio dessa avaliação individual cognitiva e volitiva que o sujeito irá ponderar sobre a ação e suas consequências, o que ocasiona, também, na responsabilização da pessoa por seus próprios atos.

O discernimento está intimamente ligado à aptidão intelectual e volitiva do indivíduo, o que resulta no exercício dos direitos em nome próprio. Não estando apto ao exercício dos direitos *per si*, a incapacidade civil pode ser um dos instrumentos jurídicos utilizados para a proteção da pessoa.

Além dos considerados incapazes, há os plenamente capazes, aqueles a quem a legislação não limita a capacidade de fato. Presume-se que os que possuem a capacidade plena têm o discernimento totalmente desenvolvido para a prática de atos jurídicos e negociais, sem mácula de sua cognição, podendo livremente expressar sua vontade. Assim, a autonomia dessas pessoas não sofre limitações como as que sofrem os incapazes.

Diversamente, a legislação presume a falta ou diminuição de discernimento dos incapazes, por critério etário ou de doença. Rafael Garcia Rodrigues aduz que, “desta forma, a manifestação de vontade destas pessoas não se constitui em elemento suficientemente hábil à prática de atos jurídicos, pois lhe carece discernimento, maculando a própria vontade”⁷.

Assim, o discernimento passa a ser fator fundamental no que tange à capacidade de fato, delimitando o poder de atuação do indivíduo.

2 A MODIFICAÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES E A NECESSIDADE DE CIÊNCIAS E CONCEITOS FORA DO DIREITO

Em julho de 2015, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que se destina a assegurar os direitos da pessoa com deficiência e integrá-la à sociedade.

Entre as alterações promovidas, uma das mais significativas na legislação civilista foi a modificação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, que elencam as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, consecutivamente.

⁷ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Cap. 1, p. 14, 2002.

O art. 6º do EPD decretou que a deficiência não pode afetar a plena capacidade, o que, se se analisar de forma profunda, já era o que vigia no sistema anterior, pois a capacidade sempre foi a regra e a incapacidade a exceção, que deve ser provada. Contudo, após essa declaração, o esquema estabelecido pelo Código Civil foi alterado, passando a ser da seguinte forma: a incapacidade absoluta é definida apenas pelo critério etário, abrangendo apenas os menores de dezesseis anos. A incapacidade relativa é definida tanto por critério etário quanto de saúde, sendo relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos⁸.

Pelas hipóteses de incapacidade, não se pode identificar qual o critério utilizado pelo legislador para a definição das categorias. Essa situação não ocorria na teoria formatada por Teixeira de Freitas, aproveitada por Beviláqua no Código Civil de 1916 e pouco modificada pelo Código Civil de 2002, eis que a teoria, em sua base, elegeu o critério do discernimento para as atividades cíveis como limite entre capacidade e incapacidade.

Em parecer ao então Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, que depois se tornou o EPD, o Senador Romário Faria (Podemos-RJ) reconhece o papel do discernimento na teoria das incapacidades, ao analisar o art. 6º, em conjunto com o art. 84 e 114 do EPD:

Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. *Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade.* Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade. (grifos nossos)⁹

⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁹ FARIA, Romário. Parecer nº 266, de 2015. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados),

Apesar de o próprio senador atestar o papel do discernimento, o EPD não coaduna com essa concepção. Se é o discernimento que pode ser definidor da limitação da capacidade, esvaziar completamente o art. 3º do CC/2002 não se harmoniza com esse posicionamento.

Então, apesar de ser reconhecida a importância do discernimento para a teoria das incapacidades, mesmo com as mudanças promovidas pelo EPD, a forma como foi traduzida a intenção de integração e equidade nos arts. 3º e 4º do Código Civil – considerando também todas as reverberações da teoria na legislação civilista – não privilegia a proteção integral do incapaz.

Ao simplesmente esvaziar o rol do art. 3º, chegou-se à interpretação de que só é possível a incapacidade absoluta pelo critério etário, desconsiderando as realidades fáticas que ocorrem no mundo.

O discernimento e a impossibilidade de expressão da vontade, “[...] o que, na prática, resultava no mesmo”¹⁰, foram extirpados do sistema jurídico cível, criando “[...] um vácuo dogmático incontornável”¹¹. É incontornável, pois se passa a ter que admitir situações de patente desproteção às pessoas que dela necessitam:

Assim, se um indivíduo com síndrome de Down grave, ou em coma profundo, ou portador de outra espécie de demência que lhe retirasse o discernimento, se qualquer dessas pessoas fosse interdita, era considerada absolutamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador para representá-la. Atualmente, não há mais essa possibilidade, porque, segundo a redação do art. 4º do Código Civil, mesmo na ausência de discernimento, ou na impossibilidade de expressão da vontade, a pessoa será considerada relativamente incapaz.¹²

Na prática é que essa situação parece criar o chamado “vácuo dogmático”.

do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inlinene>>. Acesso em: 5 maio 2019, p. 8.

¹⁰ FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 2, p. 17, 2017.

¹¹ FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

¹² FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

Na prática, isso significa o quê? Significa que, se um indivíduo em coma for interditado, será considerado relativamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador. Seguramente, na sentença, ao fixar os deveres e limites da curatela, o juiz não terá outra opção que não a de considerar o curador representante do incapaz. A assistência, nesse caso, é inviável. Ora, que incapacidade relativa é essa, em que o incapaz não tenha sua vontade levada em conta, em que seja representado, provavelmente, em todos os atos da vida civil, inclusive nos de caráter existencial? O mesmo se diga do indivíduo com síndrome de Down grave, ou portador de síndrome de Alzheimer avançada, ou, por absurdo, de um anencéfalo que sobreviva aos 18 anos. Todos eles serão considerados, formalmente, relativamente incapazes, apesar de serem efetivamente representados e de não terem condições de manifestar sua vontade, por faltar-lhes, praticamente ou absolutamente, todo o discernimento. Que incapacidade relativa é essa, afinal?¹³

Assim, ao fixar a sentença que define a curatela, o juízo terá que ter atenção redobrada para definir a forma de auxílio que a pessoa curatelada terá que ter, além de uma postura ativa frente às questões que lhe forem apresentadas.

A deficiência, *per si*, nunca foi critério automático para a interdição. Nas antigas hipóteses dos arts. 3º e 4º, não se vislumbra em nenhum inciso a deficiência sozinha como definidora da incapacidade. Além disso, ainda que houvesse essa previsão, a capacidade permanece sendo a regra. A exceção, a incapacidade, tem que ser provada em processo judicial, sendo preservadas todas as garantias processuais.

São muitas as críticas a essa mudança paradigmática realizada pelo EPD. Veja:

Ao esvaziar o conceito de capacidade de fato, o que o EPD fez, na verdade, foi retirar das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento jurídico lhes garantia. Ao

¹³ FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 17.

que parece, o legislador se equivocou ao considerar que a lei presumia a ausência de discernimento de todos os deficientes mentais – o que nunca foi o caso –, e, para corrigir a aparente injustiça, presumiu a existência de discernimento de todos – o que parece, com efeito, ser muito mais perigoso e potencialmente lesivo.

Na ânsia de ser politicamente correto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com relação aos atos da vida civil, acabou por abandonar os deficientes à própria sorte.¹⁴

Concorda-se plenamente com o posicionamento exposto acima. O discernimento é um fato da Psiquiatria, não podendo a lei presumir que todos o têm de forma integral sem a previsão de situações de resguardo àqueles que não o possuem.

Por isso, defende-se a importância de Ciências auxiliares ao Direito. O ordenamento jurídico busca ser completo, abrangendo o maior número de situações possíveis para propiciar a vida em sociedade e a solução de litígios; contudo, o Direito, sozinho, não é capaz de fornecer respostas a todos os problemas que surgem.

Portanto, o Direito traz regulações para a adaptação social, buscando-se a vontade social¹⁵. Cabe à pesquisa o aprofundamento das soluções e a aplicação dessa vontade, sem que se mitigue direitos de setores relevantes da sociedade¹⁶.

Por meio da pesquisa, é possível atualizar a legislação para acompanhar o desenvolvimento da ciência e o desenvolvimento social, mantendo as leis eficazes e aplicáveis à realidade que se apresenta.

As diversas searas do Direito são complementares, assim como diversas ciências podem também complementar o Direito, sem que ele perca sua unicidade. Dessa forma, “as diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação

¹⁴ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no Direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D’Plácido, Cap. 1, p. 31, 2018.

¹⁵ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 44.

¹⁶ NADER, 2012, p. 44.

que dia a dia se renova”¹⁷. Para a unicidade do saber jurídico, algumas Ciências devem ser aplicadas para dar sentido à norma, como a Medicina (*lato sensu*), Psiquiatria, Psicologia e Assistência Social.

Como a aferição da incapacidade deve analisar a situação biopsicossocial em que está inserida a pessoa, precisa-se verificar seu estado de saúde corporal, bem como sua saúde mental e como a pessoa se relaciona em seu ambiente, buscando resgatar a história vivida e construída para que a curatela seja, efetivamente, medida de proteção, não uma forma de substituição integral. Nesse sentido, tem-se que:

Sendo a lei relativamente estática – mutável apenas após complexo e demorado processo legislativo ou de consolidação jurisprudencial –, e a realidade fática à qual deve ser aplicada extremamente rica, heterogênea e dinâmica, é compreensível que os operadores do Direito necessitem muitas vezes se socorrer do auxílio de especialistas em determinadas áreas para que possam apreender a realidade subjacente de forma adequada. Uma dessas áreas, requisitada com frequência pelos tribunais, é a psiquiatria. Da aplicação judicial da psiquiatria ao ambiente do fórum deriva, pois, a expressão *psiquiatria forense*. Cabe, então, ao psiquiatra forense, em síntese, informar Magistrados, membros do Ministério Público e advogados sobre questões fáticas que digam respeito basicamente a transtornos mentais e às consequências jurídicas que eles ensejam.¹⁸ (grifos dos autores)

A lei não consegue acompanhar detidamente todas as evoluções sociais, em virtude da rapidez com que elas acontecem e pela demora que há nos processos legislativos. Ainda, se a cada inovação a regra for alterada, ter-se-ia um sistema legislativo inchado, com diversas normas “mortas”, e uma extrema dificuldade de aplicação do Direito. Por isso, é interessante a presença de princípios, que

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

¹⁸ TABORDA, José G. V.; ADBALLA-FILHO, Elias; MECLER, Kátia; MORAES, Talvane de. Avaliação da capacidade civil: pontos-chave. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 12, p. 203, 2016.

guiem a aplicação das normas vigentes, e de ciências especializadas que possam trazer atualidade às normas postas.

Assim, as funções do psiquiatra forense passam a ser, principalmente, duas:

- estabelecer a existência ou não de doença mental, perturbação da saúde mental ou transtorno do desenvolvimento em determinada pessoa;
- definir se essa pessoa – apresentando um transtorno mental – demonstra aptidão mental suficiente que lhe permita gerir de forma autônoma seus interesses, de forma pragmática e objetiva, de acordo com seus valores e história de vida.¹⁹

Como se pode perceber, a análise é dúplice: primeiramente, verifica-se a condição de saúde, para, após, definir em que essa condição influencia na aptidão mental (discernimento). Não se pode parar no primeiro ponto, pois isso seria uma forma de discriminação em virtude de uma vulnerabilidade, apenas. Quando se analisa o discernimento, o que se pretende, o fundamento da decisão, é a proteção da pessoa, não a “morte civil”, com sua exclusão do tráfego jurídico.

O papel do psiquiatra é de extrema relevância para que abusos não sejam cometidos. Veja:

O legislador atribui ao psiquiatra o papel de avaliar os indivíduos sobre os quais pairam dúvidas quanto à possibilidade de se autogerirem. Cabe ao psiquiatra estabelecer a complexa distinção entre o doente e o sadio, o capaz e o incapaz. Deve-se firmar um diagnóstico, transpô-lo para a terminologia jurídica, descrever os déficits e definir como tais prejuízos podem interferir na capacidade civil.²⁰

É de extrema relevância que o médico utilize termos claros para que pessoas leigas possam entender o que se está passando. Ainda, a descrição minuciosa da situação do paciente auxilia na avaliação do juízo. A avaliação deve

¹⁹ TABORDA et al, 2016, p. 203.

²⁰ TELLES, Lisieux E. de Borba; DAY, Vivian Peres; ZORATTO, Pedro Henrique Iserhard. Transtornos psicóticos. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 23, p. 435, 2016.

ser individualizada e flexível²¹, pois cada caso trará consigo uma peculiaridade que deverá ser considerada no momento do exame médico.

Patente é a necessidade de Ciências complementares ao Direito para que se defina com certa segurança qual é a medida mais adequada ao caso concreto, privilegiando em grau máximo, na medida do possível, a autonomia pessoal e o poder de decisão individual, sem transferir a tomada de decisões a outrem. Nesse sentido, “quem determina a presença ou a falta de discernimento/competência não é o Direito. Logo, na construção da (in)capacidade, deve-se dar atenção às contribuições que a Psiquiatria e a Psicologia dão ao diagnóstico e tratamento das pessoas em razão de sua saúde mental”²². Naquilo que Vitor Frederico Kümpele e Bruno de Ávila Borgarelli²³ chamam de mutilação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, tem-se que o EPD, sob um fundamento moralmente elevado, acabou por desproteger a pessoa à medida que não reconhece suas vulnerabilidades.

Nesse sentido, Lara e Pereira aduzem que:

Quando referenciadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil, a enfermidade e a deficiência mental só redundavam em uma qualificação de incapacidade *se fossem acompanhadas de uma redução ou de uma ausência de discernimento*. Nesse sentido, a preocupação da codificação não estava centrada na deficiência mental, mas, sim, na possibilidade dessa mesma deficiência ser geradora de situações de ausência ou redução de níveis de discernimento. Em outras palavras, a legislação anterior buscava proteger os indivíduos que não apresentavam níveis de cognição adequados que os permitissem expressar a sua vontade com a devida qualidade. *Se uma ausência de discernimento (ou sua redução) é identificada, revela-se imperioso o estabelecimento*

²¹ TELLES; DAY; ZORATTO, 2016, p. 435.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SOUZA, Iara Antunes de. Algumas reflexões sobre a limitação da curatela às questões patrimoniais no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 14, p. 159, 2017.

²³ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 5 maio 2019.

*de mecanismos protetivos, que permitam que os atos jurídicos praticados sejam realizados em consonância com os seus reais interesses, sem que causem prejuízo ao aludido sujeito de direito.*²⁴ (Lara e Pereira – grifos nossos)

Carvalho também entende que o discernimento, como causa de incapacidade, foi extirpado do sistema jurídico, apresentando “o fato de as pessoas que não podem exprimir sua vontade passarem para o rol das pessoas relativamente incapazes não permite mais dizer que o critério é o discernimento presumidamente reduzido ou incompleto”²⁵. Para o autor, não é mais claro o que distingue a incapacidade absoluta da relativa.

O critério para a incapacidade absoluta, após o EPD, é apenas o etário. Desconhece-se o critério usado para a incapacidade relativa, considerando a miscelânea que resultou das alterações realizadas pela Lei nº 13.146.

Hosni²⁶ entende que houve o rompimento com o fundamento da incapacidade pelo EPD, considerando que, pelo modelo estruturado pela CIF, o discernimento não tem mais cabimento por ser um elemento intrínseco, enquanto para a CIF devem-se analisar elementos intrínsecos e extrínsecos.

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, não se acredita ser os elementos excludentes entre si. Deve-se, de fato, considerar o ambiente em que a pessoa está inserida, mas, também, é necessário que se verifique qual é a aptidão individual para a prática de negócios jurídicos.

Portanto, o EPD rompeu com os pressupostos da teoria das incapacidades ao, de forma explícita na legislação, desconsiderar o discernimento como elemento definidor da capacidade.

²⁴ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 5, p. 107, 2018.

²⁵ CARVALHO, 2018, p. 30.

²⁶ HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etimológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 2, p. 54, 2018.

É interessante o comentário de Sá e Moureira sobre formas de melhorar a qualidade de vida daqueles que são portadores de transtornos mentais: “Boas políticas, bons planos e bons programas são essenciais. Também uma boa legislação. Propostas existem, mas não a sua efetivação, que necessita contar com recursos voltados especificamente à saúde mental”²⁷.

A boa legislação é o último recurso utilizado no período, o que, acredita-se, não ser por acaso. Contudo, a mera alteração legislativa, sem se firmar em bases sólidas, sem um pano de fundo teórico coerente, acaba por não proporcionar a integração desejada.

Há tempos, a doutrina clamava por uma alteração na teoria das incapacidades, pois, ainda que com conquistas atingidas, as interpretações errôneas acabavam por, algumas vezes, prejudicar os interesses da pessoa a ser curatelada²⁸.

Para a inclusão, acredita-se ser salutar primeiramente realizar políticas, planos e programas voltados para as pessoas com deficiência ou transtornos mentais para que o comportamento social seja alterado, ao invés de tentar alterá-lo por meio de mudanças legislativas.

3 DE LEGE LATA: REFUNDAÇÃO ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO AO PROBLEMA COLOCADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Da forma como se encontra configurado o regime das incapacidades hodiernamente, entende-se que não existe mais a possibilidade de incapacidade absoluta.

Contudo, em casos concretos, pode-se verificar que há pessoas que não têm nenhum discernimento, para, autonomamente, tomar diversas decisões cotidianas, que afetariam sua vida e seu patrimônio. Pessoas em coma, com questões que afetem sua saúde mental de forma grave – como o Alzheimer ou uma esquizofrenia severa, por exemplo –, podem se mostrar completamente sem aptidão cognitiva.

Assim, como pensar em um sistema protetivo para que essas pessoas não fiquem à própria sorte?

²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 164.

²⁸ SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 154.

Ao discutir a antiga redação do Código Civil, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira argumentam que:

É certo que a análise da sua incapacidade [dos relativamente incapazes] parte de uma presunção relativa. É certo também que o Código Civil de 2002 em seu art. 4º deixou em aberto as hipóteses de incapacidade relativa. Porém, o que na prática ocorre é muito mais um exercício de subsunção dos fatos a um dos incisos do art. 4º do Código Civil, do que um esforço hermenêutico por parte do intérprete e aplicador da norma jurídica para a verificação da incapacidade e, por consequência, os limites do exercício da curatela.²⁹

Já se apontaram críticas ao regime das incapacidades, estabelecido mais como forma de proteção ao patrimônio do que proteção da pessoa que necessita de apoio para a tomada de decisões. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser o farol pelo qual os institutos jurídicos devem ser guiados, inaugurando uma interpretação que dá ênfase ao ser humano e a suas características pessoais.

Alterar o comportamento não é algo simples. Portanto, a decretação da incapacidade, em alguns casos – não se pode generalizar –, poderia privilegiar a situação legal em detrimento da situação real.

Com as modificações, entende-se que o processo de subsunção passou a ser o exercício feito pelos julgadores, não por falta de reflexão hermenêutica; mas, sim, por ser essa a forma de conceder proteção à pessoa.

O que se percebe na prática é que, para que não se deixe a pessoa desprotegida, acaba-se por tentar enquadrar a situação em uma das hipóteses estabelecidas no art. 4º do CC/2002.

Assim, pode-se entender a nova formatação da teoria sobre três vieses: que a teoria se manteve intacta apesar das modificações; que foi mitigada; ou que foi completamente modificada. Não se pode concordar que a teoria foi mantida, pois o discernimento não é mais o critério legal eleito como definidor da capacidade. A mitigação³⁰ também não parece a corrente mais adequada,

²⁹ SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 142.

³⁰ Defendida por Nelson Rosenthal (2015, s.p.).

pelo mesmo motivo anterior. A modificação completa³¹, então, parece ser o que ocorreu. Nesse sentido:

Diante do exposto, foi possível concluir que a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, enraizado nos objetivos traçados pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promoverá a reconfiguração de clássicos institutos e teorias do direito privado em prol de uma nova realidade jurídica das pessoas com deficiência.³²

Flávio Tartuce salienta que “tais dispositivos foram profundamente alterados pela Lei nº 13.146, de julho de 2015, que instituiu o EPD, criando uma nova teoria das incapacidades dentro do direito civil brasileiro”³³.

Assim, com esse novo panorama, os julgadores acabam por ter que atuar ativamente, subsumindo os casos apresentados às figuras do art. 4º. A causa mais abrangente é a constante no inciso III: “Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”³⁴. Flávio Tartuce salienta que:

Todavia, pode ser feita uma crítica inicial em relação à mudança do sistema. Ela foi pensada para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é um justo motivo, sem dúvidas. Porém, acabou por desconsiderar muitas outras situações concretas, como a dos psicopatas, que não serão mais enquadrados como absolutamente incapazes no sistema civil. Será necessário um grande esforço doutrinário e jurisprudencial para conseguir situá-los no inciso III do art. 4º do Código Civil,

³¹ Defendida por Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli (2015), Flávio Tartuce (2017, p. 132), Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro (2015, p. 64) e Felipe Quintella Machado de Carvalho (2018, p. 30).

³² RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba/PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/87594>>. Acesso em: 5 maio 2019, p. 64.

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017. [e-book]. p. 132.

³⁴ BRASIL, 2002.

tratando-os como relativamente incapazes. Não sendo isso possível, os psicopatas serão considerados plenamente capazes para o direito civil.³⁵

Parece ser esse o esforço perpetrado pelos julgadores para garantir a proteção aos incapazes.

No Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245, julgado perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado alhures, a psiquiatra, em seu laudo, afirmou que, “[...] devido a sintomas cognitivos, de *déficit* considerável da memória de trabalho, prejuízo na interação interpessoal, embotamento afetivo e isolamento social imposta por tal agravo tal paciente *não é capaz de gerir sozinho os atos da vida civil*”³⁶ (grifos nossos).

Mesmo com esse laudo, a Desembargadora Alice Birchal entendeu não ser mais possível a decretação absoluta de incapacidade, mas que deixar a pessoa interditada sem auxílio também não coaduna com a necessidade que se apresenta. Foi, então, decretada a incapacidade relativa nos termos do art. 4º, III, do CC/2002.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontrou-se decisão no mesmo sentido. A apelante foi declarada relativamente incapaz, em virtude de transtorno afetivo bipolar que afetava sua capacidade de se autogerir. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos entendeu da seguinte forma: “Portanto, a apelante, a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não pode mais ser considerada absolutamente incapaz, mas, sim, relativamente incapaz, nos termos da nova redação do art. 4º, III, do Código Civil”³⁷.

³⁵ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte I. *Migalhas*, Família e Sucessões, 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 5 maio 2019, s.p.

³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245. Relatora: Alice Birchal. Belo Horizonte, 21 fev. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=5&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=CURATELA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-89920&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 5 maio 2019.

³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº 0122473-22.2016.8.21.7000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 17 ago. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_>

O laudo pericial contava que a apelante era relativamente incapaz para residir sozinha e para gerenciar seu tratamento médico, uma vez que não aceitava ser portadora de transtorno afetivo bipolar³⁸. O laudo também mencionou que a incapacidade era permanente para atos da vida civil³⁹.

Acredita-se ser essa uma das soluções possíveis frente ao EPD. Outra solução seria o reconhecimento de curatela sem a decretação de incapacidade.

No Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se julgamento que acompanha essa última posição. Consta na ementa que:

9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.⁴⁰

Essa posição acompanha o texto literal do art. 6º do EPD, segundo o qual a deficiência não influencia na plena capacidade civil. Portanto, ainda que haja redução do discernimento (que, no sistema anterior, implicava incapacidade relativa ou absoluta), a pessoa não pode ser considerada incapaz; ela continuará plenamente capaz, podendo contar com o auxílio de um curador para questões patrimoniais e negociais.

Ao discutir a capacidade plena das pessoas com deficiência, Lima e Sá criticam:

Por outro lado, conferir capacidade de exercício *ex ante* a seres humanos que, em razão de gravíssima deficiência mental e intelectual, não têm condições reais de autogoverno, também leva ao esvaziamento de direitos

fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069122794&num_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true>. Acesso em: 5 maio 2019.

³⁸ RIO GRANDE DO SUL, 2016.

³⁹ RIO GRANDE DO SUL, 2016.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.694.984/MS. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1º fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018>. Acesso em: 24 nov. 2018.

personalíssimos. Neste caso, não é a ordem jurídica ou barreiras sociais que obstam o exercício do direito, mas a condição peculiar do próprio sujeito jurídico, e isso não foi considerado na elaboração do Estatuto.⁴¹

Nesta pesquisa, concorda-se com esse posicionamento. Acredita-se ser anacrônica a solução de apenas atribuir plena capacidade às pessoas com deficiência, pois não se concebe como uma terceira pessoa pode interferir no julgamento de alguém que tem sua capacidade íntegra, plena. Ainda que o ideário do EPD seja a inclusão, não há como afetar a própria natureza humana.

Outra solução possível, que pode ser conjugada com as anteriormente citadas, é a apresentada por Iara Antunes de Souza. Para a autora, a forma em que se dará a curatela pode ser fluida, dependendo do caso concreto. O critério definidor, mais uma vez, seria o discernimento. Caso a equipe multidisciplinar reconheça a falta completa de discernimento, a medida protetiva cabível seria a representação; caso seja reconhecido o discernimento parcial, poder-se-ia determinar a assistência, prestigiando a autonomia da pessoa curatelada sempre que possível⁴². Veja-se:

[...] Vislumbra-se que a representação é possível desde que a equipe multidisciplinar reconheça que a falta de discernimento é em tal grau que somente a substituição da vontade a supra. Para tanto, não se importa se o sistema fala em ausência de hipóteses de incapacidade absoluta em razão da saúde mental. Afinal, interpretação diversa seria considerar a possibilidade de o Direito fechar os olhos para a realidade, o que os anseios constitucionais não permitiriam. O que se defende é a possibilidade de representação ainda que se reconheça, nos termos da lei, uma incapacidade relativa. O que é permitido se interpretar dentro do Estatuto da Pessoa

⁴¹ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e questões médicas. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 11, p. 119-120, 2017.

⁴² SOUZA, Iara Antunes de. Estatuto da pessoa com deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 288.

com Deficiência, eis que ele prevê o cuidado como medida excepcional, temporária e casuística.⁴³

A autora ainda salienta que:

O que se propõe, em suma, é afastar a lógica de que o absolutamente incapaz é representado e o relativamente (in)capaz é assistido; relegando ao reconhecimento do nível de ausência de discernimento, por equipe multidisciplinar de saúde mental, a aplicação da medida necessária para [o] fomento da personalidade.⁴⁴

Ao tratar dos institutos da representação e da assistência de forma fluida, pode-se adequar a forma de proteção a cada caso, de acordo com o laudo da equipe multidisciplinar, que tem maiores condições de aferir a realidade concreta.

Essa concepção mostra-se interessante por harmonizar com ambas as correntes acima apresentadas, pois não diz respeito à interdição, e, sim, à forma que a curatela se dará. Como nas duas teorias há o estabelecimento da curatela, deve-se pensar a forma de moldá-la de maneira a preservar a personalidade do curatelado. Harmoniza ainda com o texto do art. 755 do CPC, pois a sentença será modulada de acordo com a situação casuística, e as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do curatelado serão observadas e respeitadas.

Deve-se primar por “[...] assegurar as garantias constitucionais do processo na construção de uma decisão jurisdicional que diga respeito à limitação da autonomia do indivíduo para a prática de atos que se refiram à sua vida enquanto sujeito de direitos”⁴⁵.

São essas, portanto, as alternativas que se verificam para a aplicação da legislação vigente.

4 DE LEGE FERENDA: PROPOSTA DE REVISÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES

⁴³ SOUZA, 2016, p. 297.

⁴⁴ SOUZA, 2016, p. 297.

⁴⁵ SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 143.

Antes da promulgação do EPD, a doutrina jurídica clamava por uma reforma na teoria das incapacidades, de modo a prestigiar em grau máximo a individualidade daquele a ser submetido a um processo de interdição.

Entende-se que as bases teóricas estabelecidas são sólidas, devendo seus fundamentos serem mantidos. O necessário seria a ruptura com a forma patrimonialista de se pensar a teoria e sua aplicação.

Não se percebe, pelos textos apresentados neste trabalho, que a fundamentação lógica da teoria das incapacidades precisa ser refeita. Sua aplicação é que requer um critério elevado de limitação, pois é medida extrema que não pode ocasionar total exclusão da pessoa do tráfego jurídico. Dessa forma, a refundação legal e prática urge.

O EPD atendeu à parte dos reclames, coadunando com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e isonomia. Contudo, a forma como alguns dispositivos legais foram apresentados e a ruptura nos arts. 3º e 4º do Código Civil – conseqüentemente, os efeitos que deles decorriam – acabaram por gerar um campo de desproteção muito grande.

Apresentaram-se, em seção anterior, algumas formas de aplicação da lei, tendo em vista como se encontra no momento. Entretanto, não se acredita ser o estado em que a lei se encontra o mais adequado. Nesse aspecto, Iara Antunes de Souza, pertinentemente, perquire:

[...] Qual o meio jurídico adequado para que o ordenamento jurídico brasileiro garanta, na maior medida do possível, a autonomia privada da pessoa com deficiência mental e intelectual e sua dignidade humana, nos moldes reclamados pela Medicina e Psicologia, pela Carta de Nova York e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência [...]?⁴⁶

Além disso, a autora ressalta também que:

Para se responder à pergunta, não se olvida da necessidade de mudanças interpretativas do Direito, em especial, para que, de fato, o desiderato seja alcançado. O Direito não pode ser um instrumento de segregação e exclusão, enquanto o movimento médico, psicológico

⁴⁶ SOUZA, 2016, p. 360.

e de toda área de saúde é no sentido de inclusão e garantia.⁴⁷

Portanto, como conjugar todos esses preceitos de forma que o Direito seja uma ferramenta inclusiva e garanta a proteção das pessoas?

Já se argumentou que o discernimento é o ponto central da teoria das incapacidades e entende-se que assim deve permanecer. O que se propõe é que seja inteiramente retirada do Direito a definição de quem tem ou não tem discernimento. “Afim, como reiteradamente defendido, não cabe ao Direito definir em que ponto há ou não há discernimento”⁴⁸. Esse encargo deverá ser de uma equipe multidisciplinar porque:

O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa.⁴⁹

Classificações pré-definidas, como ocorrem no art. 4º (e também ocorria no art. 3º) do Código Civil, acabam por se tornar amarras à aplicação do Direito, verdadeiros estereótipos. O que ocorre é a subsunção do caso ao disposto na lei, como forma de prática positiva e legalista. O que se busca é a aplicação casuística, analisando as situações em concreto, as vicissitudes que cada caso e cada pessoa apresenta, para que seja moldado individualmente o cuidado necessário, sem predeterminações. Assim:

A pessoa constrói diuturnamente sua personalidade e, portanto, tanto a capacidade quanto a incapacidade somente podem ser verificadas no caso concreto, sem figuras determinadas aprioristicamente, ainda que,

⁴⁷ SOUZA, 2016, p. 360.

⁴⁸ SOUZA, 2016, p. 284.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 164.

uma vez reconhecidas, os papéis estejam na norma jurídica.⁵⁰

Propõe-se, portanto, que a norma que trata da (in)capacidade seja aberta, que não existam gradações já definidas⁵¹ ou hipóteses a serem observadas de antemão. Isso beneficiaria a participação da pessoa curatelada no processo, que seria uma construção feita pelas partes, a fim de chegar a um resultado que beneficiasse a integridade pessoal individual.

Se a dignidade da pessoa humana é o eixo do sistema – como se proclama a torto e a direito –, engessar o poder do juiz de proteger de forma plena alguém acometido por uma situação incapacitante é garantir essa dignidade?

O que protege melhor, a flexibilidade ou a rigidez? A possibilidade do amplo exercício do estado de direito por meio da jurisdição ou a sua inibição?⁵²

Uma norma aberta, flexível, mostra-se ideal para que seja feita a construção da melhor solução na seara jurisdicional.

Outro ponto a ser privilegiado seria a avaliação por equipe multidisciplinar, ponto central da construção. Essa avaliação deveria ser obrigatória e não facultativa como atualmente ocorre. A análise da situação concreta por diversas ciências ajudaria a ter uma definição mais realística do caso, com a aferição da extensão do discernimento que a pessoa apresenta, para cada ato específico que for impugnado.

Por isso, para a atribuição da curatela, do cuidado, será necessária a constatação de limitação total ou parcial ao discernimento por uma equipe multidisciplinar, composta por psiquiatra, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional etc. que concluirá acerca da existência ou não de um transtorno mental ou de uma deficiência mental ou intelectual, mas, independentemente disso, sua influência no

⁵⁰ TEIXEIRA; SOUZA, 2017, p. 158.

⁵¹ Apesar de também ser um assunto digno de discussão, ressalta-se que não se trata da gradação da capacidade em função da idade nesta pesquisa.

⁵² KÜMPEL; BORGARELLI, 2015, s.p.

discernimento para o exercício dos atos da vida civil, culminando na interdição.⁵³

Além disso:

Cabe a uma equipe multidisciplinar verificar a deficiência (art. 2, parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁵⁴) e, também, cabe a ela avaliar se, excepcionalmente, a deficiência afeta a autodeterminação da pessoa, ou seja, afeta seu discernimento para exercer os atos da vida civil. Se a capacidade é a regra, a incapacidade deve ser provada *quando existir e nos limites em que existir*.⁵⁵ (grifos nossos)

A análise passa a ser mais criteriosa e individualizada, com regras flexíveis. Apenas a doença mental não pode caracterizar medida tão extrema quanto à interdição e/ou à curatela.

A insuficiência mental, para justificar um estatuto particular de incapacidade ou limitada capacidade, [...] deve representar objetivamente um estado patológico. Esse estado patológico pode ser individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal, e não já alegando razões de interesse superior que bem se prestariam a legitimar qualquer instrumentalização [...].⁵⁶

O discernimento é o ponto central a ser avaliado, mas não apenas ele. As interações da pessoa com o mundo social, com o que está à sua volta, também se

⁵³ SOUZA, 2016, p. 378.

⁵⁴ Elucida-se que é o primeiro parágrafo do art. 2º do EPD que traz a necessidade de avaliação por equipe multidisciplinar, como se mostra a seguir: “§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação” (BRASIL, 2015b).

⁵⁵ TEIXEIRA; SOUZA, 2016, p. 161.

⁵⁶ PERLINGIERI, 2002, p. 166.

mostram de suma importância. Em especial nesse momento vivenciado, em que o modelo médico já foi superado, pois não há que se tratar apenas a doença, de forma a adaptar a pessoa ao ambiente. O ambiente também deve estar preparado para receber a pessoa, e, por isso, a avaliação não pode ser feita apenas do ponto de vista médico.

Sempre que as faculdades intelectivas e afetivas estiveram intactas, ainda que de forma residual, deverão ser preservadas, pois, dessa forma, contribui-se para o desenvolvimento da personalidade, dando ao sujeito o reconhecimento de seu estado como pessoa e cidadão, que coadunem com sua situação biopsicossocial⁵⁷.

Sobre a flexibilização do instituto da incapacidade, Teixeira e Souza explicam que:

Portanto, existia toda uma corrente doutrinária que proclamava a necessidade de se fazer valer a estreita relação existente entre integridade psíquica e capacidade de exercício, de modo a valorizar a vontade do “incapaz” portador de discernimento, revelando respeito às suas parcelas de poder e de autodeterminação. Assim, propunha-se que a capacidade de agir deveria ser diretamente proporcional ao grau de discernimento que a pessoa tem, sendo o caso, nesta hipótese, de acabar com a rígida separação entre absolutamente e relativamente incapazes, para que seja efetivamente possível uma visão quantitativa e qualitativamente diferente dos atos praticados por aqueles que não têm a totalidade do seu discernimento.⁵⁸

Filia-se neste trabalho a essa corrente, entendendo ser a flexibilização medida que coaduna com a dignidade da pessoa humana e propicia a autonomia privada.

Não haveria hipóteses apriorísticas para a declaração da incapacidade, nem argumentos pragmáticos que justifiquem a limitação da capacidade⁵⁹.

⁵⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 164-165.

⁵⁸ TEIXEIRA; SOUZA, 2017, p. 157.

⁵⁹ SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 137.

Sobre a função do direito civil na atualidade, Nelson Rosenvald entende que essa é “[...] revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo” e que a dignidade, cláusula geral de proteção, é também uma forma de proteção da integridade psicofísica do indivíduo, “corpo, alma e intelecto”⁶⁰. Portanto, a própria capacidade funda-se na dignidade, devendo ser restringida em situações excepcionais e não deve nunca ser uma punição “[...] pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado”⁶¹, pois todos os seres humanos, de uma forma ou outra, possuem vulnerabilidades que são permanentemente superadas para que se afirme a subjetividade individual⁶².

O foco deve estar não na doença, por si só, mas, sim, em que a doença afeta no comportamento cognitivo, volitivo e social.

Com um sistema aberto, poder-se-á, também, flexibilizar a forma de cuidado, de acordo com a necessidade pessoal, conforme defendido por Lara Antunes de Souza e apresentado na seção anterior. A pessoa poderia ser representada ou assistida, a depender da necessidade de cuidado. Não se teria a definição de que a incapacidade absoluta pressupõe a representação, e a incapacidade relativa pressupõe a assistência, pois todos esses conceitos não seriam mais predefinidos e, sim, construídos durante o processo.

É importante salientar que a norma jurídica aberta não influenciaria na judicialização de processos, com aumento do número deles, pois a interdição (ou curatela) deve ser declarada em juízo. Ela, por ser medida extraordinária, não se presume.

Credita-se grande valor às palavras de Lara e Pereira, que entendem que um sistema de incapacidades adequado “[...] é aquele que se constrói estando atento às peculiaridades que marcam cada um dos indivíduos, mas que tenha também sua base nas potencialidades e nos diferentes graus de discernimento que caracterizam cada uma dessas pessoas”⁶³.

Isto é o que se propõe neste trabalho: que as potencialidades, a autonomia, o desenvolvimento da personalidade e a pessoalidade de cada indivíduo sejam

⁶⁰ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D’Plácido, Cap. 1, p. 18, 2014.

⁶¹ ROSENVALD, 2014, p. 19.

⁶² ROSENVALD, 2014, p. 19.

⁶³ LARA; PEREIRA, 2018, p. 97.

respeitados, para que não tenha mais “mortes civis” e que não haja estigma sobre o processo de interdição. Com a participação de equipes multidisciplinares e do próprio curatelo, a solução será construída para cada caso, individualmente, respeitando-se os princípios constitucionais, os da CDPD, os do EPD e os do processo.

CONCLUSÃO

Analisadas as alterações promovidas pelo Estatuto no Código Civil e na teoria das incapacidades, verifica-se que atualmente, em razão da saúde mental, existem apenas duas possibilidades: ou se é plenamente capaz, ou se é relativamente incapaz.

Quanto ao discernimento, esse foi desconsiderado pelo Estatuto que, pretendendo atribuir igualdade, esqueceu-se de que a igualdade não pode ser apenas formal. Ela deve, primordialmente, ser material. Todas as pessoas são portadoras de vulnerabilidades, em maior ou menor medida, que devem ser reconhecidas e protegidas para que as relações sociais possam ser realizadas de forma equitativa, sem vantagens para uma ou outra parte.

Para que não se gerem desproteções, vê-se que, na prática, muitos julgadores estão determinando a incapacidade relativa, fazendo um verdadeiro exercício de ativismo para enquadrar a situação principalmente na hipótese do inciso III do art. 4º do CC/2002, para que as pessoas não fiquem desprotegidas.

Outros, por sua vez, estão determinando a curatela, ainda que reconheçam a capacidade plena nos termos do art. 6º do EPD. Não se concorda com essa medida, por se entender que ela é controversa. Como reconhecer uma medida de cuidado a alguém que é plenamente capaz? Uma situação não se conecta a outra, o que acaba por criar um abismo jurídico.

Outra solução apresentada foi a teoria de fluidez da aplicação das medidas de cuidado (a assistência e a representação) proposta por Lara Antunes de Souza. Portanto, ainda que a pessoa seja declarada relativamente incapaz ou que mantenha a capacidade plena, o caso concreto, considerando os relatórios da equipe multidisciplinar, guiará a medida mais adequada a ele. Se o indivíduo necessita de um cuidado mais próximo, com a substituição de sua vontade, por não ter discernimento completo, moldar-se-á a sentença, considerando a curatela em forma de representação; se, de forma diversa, o indivíduo preserva, em qualquer grau, o discernimento, a medida adequada deve ser a assistência.

Por fim, tratou-se da possibilidade de revisão da teoria das incapacidades, em que não se existiriam hipóteses fechadas, mas, sim, uma cláusula aberta. Não se ousou, todavia, fazer uma proposta de mudança legislativa, entendendo ser essa uma tarefa para especialistas.

Uma regra aberta, sem hipóteses taxativas, propiciaria uma construção caso a caso, com participação, em máximo grau, do curatelando. Uma avaliação multidisciplinar tornar-se-á obrigatória, pois, com base nela, se dariam as discussões jurídicas. Além disso, poder-se-ão construir sentenças, que seriam moldadas a cada situação apresentada, prestigiando a autonomia de cada indivíduo, sem apagar sua história, ou substituí-lo por outrem, o que causa uma verdadeira morte civil.

O que se pretende é que o discernimento volte a ser a base da aplicação da teoria, pois se entende que dessa forma não haveria estigmatização de pessoas e doenças. Estas não são a causa da incapacidade, e, sim, a unidade do discernimento.

Dessa forma, garantir-se-ia a proteção necessária, como construída pelo sistema legal, ao se pensar nos efeitos que as incapacidades relativa e absoluta proporcionam e, principalmente, preservar-se-ia a autonomia de cada indivíduo, que poderá participar da construção da sua própria história.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. 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, 7 jul. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.694.984/MS. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700120810&dt_publicacao=01/02/2018>. Acesso em: 24 nov. 2018.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no Direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves

(Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Belo Horizonte: D'Plácido, cap. 1, p. 17-33, 2018.

CHALUB, Miguel. Medicina forense, Psiquiatria forense e lei. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 1, p. 3-12, 2016.

_____; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 12, p. 201-215, 2016.

HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etimológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 2, p. 35-58, 2018.

FARIA, Romário. *Parecer nº 266, de 2015*. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inline>>. Acesso em: 5 maio 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Discernimento. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio - O dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, p. 257, 2010.

_____. Discernir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio - O dicionário da Língua Portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, p. 257, 2010.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 2, p. 10-22, 2017.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da Lei 13.146/2015. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 5 maio 2019.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 5, p. 95-124, 2018.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e questões médicas. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima

Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 11, p. 118-131, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 0114946-38.2013.8.13.0245. Relator: Alice Birchall. Belo Horizonte, 21 fev. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=5&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=CURATELA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-89920&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 5 maio 2019.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba/PR, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/87594>>. Acesso em: 5 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo nº 0122473-22.2016.8.21.7000. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 17 ago. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069122794&num_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true>. Acesso em: 5 maio 2019.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Cap. 1, p. 1-34, 2002.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: BRAGANETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, Cap. 1, p. 15-31, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Iara Antunes de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental – Conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TABORDA, José G. V.; ADBALLA-FILHO, Elias; MECLER, Kátia; MORAES, Talvane de. Avaliação da capacidade civil: pontos-chave. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, Cap. 12, p. 201-215, 2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte I. *Migalhas*, Família e Sucessões. 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 5 maio 2019.

_____. *Direito civil: Lei de Introdução e parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2017. [e-book].

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 3-36, jan. 2008.

_____; SOUZA, Iara Antunes de. Algumas reflexões sobre a limitação da curatela às questões patrimoniais no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, Cap. 14, p. 154-167, 2017.

TELLES, Lisieux E. de Borba; DAY, Vivian Peres; ZORATTO, Pedro Henrique Iserhard. Transtornos psicóticos. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, Cap. 23, p. 431-444, 2016.

Submissão em: 22.06.2019

Avaliado em: 30.06.2019 (Avaliador C)

Avaliado em: 19.07.2019 (Avaliador E)

Aceito em: 02.09.2019