

NOVOS ESTUDOS SOBRE A INCAPACIDADE



COORDENADOR:

Maurício Requião

AUTORES:

Adriana Wyzykowski	Maurício Requião
Amanda Souza Barbosa	Márcio Augusto Ferreira
Antonio Lago Júnior	Moura Costa
Fredie Didier Jr.	Rafael Blusky Pinto dos Santos
Jaime Barreiros Neto	Rafael da Silva Santana
Luana Horiuchi	Rodrigo Castro Nascimento

NOVOS ESTUDOS SOBRE A INCAPACIDADE

2018



N935 Novos estudos sobre a incapacidade / coordenador, Maurício Requião. – Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2019.
184 p.

Vários colaboradores.
Bibliografia.
ISBN: 978-85-62756-64-1.

1. Direito. 2. Direito civil. I. Requião, Maurício. II. Título.

CDD 346

Ivanildes Sousa CRB5/1477.

Diagramação: SO Editoração Eletrônica (soeditoracaoeletronica@gmail.com).
Capa: Salamandra

Conselho Editorial:

Profª Drª. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Profª Drª. Ana Thereza Meirelles

Prof. Dr. Antonio Adonias Aguiar Bastos

Profª Drª. Cláudia Albagli Nogueira

Prof. Dr. Dirley da Cunha Jr

Prof. Dr. Fredie Didier Jr

Prof. Dr. Gabriel Marques da Cruz

Prof. Dr. Gamil Föppel el Hireche

Profª Drª. Maria Auxiliadora Minahim

Prof. Dr. Maurício Requião

Prof. Dr. Valton Dória Pessoa

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

APRESENTAÇÃO

A chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) não apenas trouxe muitas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, como também reavivou discussões envolvendo temas como capacidade e autonomia.

O livro que ora se apresenta, de certa forma, é reflexo deste movimento. A maior parte dos textos foi gestada dentro do grupo de pesquisa “Autonomia e Direito Civil contemporâneo”, em que figuro como líder, a partir das discussões sobre os temas. Os demais textos foram contribuições de colegas professores da Faculdade Baiana de Direito e da UFBA, bem como de discentes do PPGD desta última.

São encontrados aqui textos que, partindo do tema da capacidade, tratam de questões típicas do Direito Civil, como prodigalidade, curatela, responsabilidade civil e sucessões, bem como de novidades neste ramo trazidas pelo EPD, como é o caso da tomada de decisão apoiada.

Mas a obra acaba tratando também de temas que extrapolam o Direito Civil, para áreas da dogmática jurídica diretamente afetadas, como acontece com o contrato de emprego, no Direito do Trabalho, com a interdição, no Direito Processual Civil, e ainda com as questões da participação da pessoa com deficiência na vida pública e política, envolvendo o Direito Eleitoral. Por fim, contém também o livro texto que não trata da dogmática jurídica, com reflexões sobre a capacidade na seara da Filosofia do Direito.

O que se pode afirmar é que todas as questões aqui colocadas, com suas respectivas propostas de respostas, surgem da investigação realizada por acadêmicos que, se por um lado ainda provocados pela novidade das discussões, por outro já se debruçaram sobre elas com a devida reflexão.

Com isso, espera-se, é dado mais um passo para que novas perguntas sejam travadas, para que as respostas propostas sejam discutidas e, assim, se continue na eterna caminhada do conhecimento acadêmico.

Janeiro de 2018,
Maurício Requião.



Sumário

Apresentação.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PARTICIPAÇÃO NA VIDA PÚBLICA E POLÍTICA	13
---	-----------

Maurício Requião e Jaime Barreiros Neto

1. Introdução	13
2. A pessoa com deficiência e o espaço público	14
3. As mudanças trazidas pelo Estatuto da pessoa com deficiência à vida pública e política.....	17
4. Conclusão	22
5. Referências.....	22

CAPÍTULO II

O COMPRADOR COMPULSIVO DEVE SER TRATADO COMO SE PRÓDIGO FOSSE? EM BUSCA DE UMA TUTELA JURÍDICA ADEQUADA... 23
--

Márcio Augusto Ferreira Moura Costa

1. Introdução	23
2. Oniomania: conceito e sintomas	25
3. Distinções entre prodigalidade e oniomania	30
4. A utilização dos bancos de dados com informações positivas para localização dos oniomaníacos como instrumental para sua tutela jurídica	34
5. Conclusão	39

6. Referências:..... 41

CAPÍTULO III

O CPC-2015, AS REVOGAÇÕES EXPRESSAS DO CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 45

Fredie Didier Jr.

1. Revogações expressas..... 45

2. Revogações no Código Civil..... 46

 2.1. Art. 227 do Código Civil..... 46

 2.2. Art. 229 do Código Civil..... 47

 2.3. Art. 230 do Código Civil..... 47

 2.4. Art. 456 do Código Civil..... 48

 2.5. Arts. 1.482-1.483 do Código Civil..... 49

 2.6. Arts. 1.768-1.773 do Código Civil..... 49

 2.6.1. Observação geral. 49

 2.6.2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).... 50

3. Referências 55

CAPÍTULO IV

DE FOUCAULT A DANIELA ARBEX: O DANO MORAL EM FAVOR DO PACIENTE PSIQUIÁTRICO ASILAR 57

Luana Horiuchi

1. Introdução 57

2. Breves considerações sobre direitos da personalidade..... 59

3. Da violação aos direitos da personalidade durante as internações psiquiátricas 61

4. Responsabilidade civil e dano moral 65

5. Conclusão 68

6. Referências..... 69

CAPÍTULO V

PRIMEIRAS ANÁLISES SOBRE O SISTEMA DE (IN)CAPACIDADES, INTERDIÇÃO E CURATELA PÓS ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 71

Antonio Lago Júnior e Amanda Souza Barbosa

1. Introdução	72
2. O estado da arte do regime de (in)capacidades, interdição e curatela no brasil.....	73
2.1. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: suas premissas e impactos na tutela jurídica da capacidade legal das pessoas com deficiência	74
2.2. Estatuto da Pessoa com Deficiência: mudanças na teoria das incapacidades, interdição e curatela	76
2.3. o novo Código de Processo Civil e questões de direito intertemporal.	80
3. Análise das mudanças provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto à capacidade civil, interdição e curatela de pessoas com sofrimento psíquico.....	83
3.1. Capacidade de direito e de fato: do CC/1916 ao CC/2002.....	84
3.2. crítica à generalidade e abstração do rol de incapazes e dificuldades práticas em sua aplicação.....	87
3.3. Estatuto da Pessoa com Deficiência: novo paradigma, novas (e melhores?) soluções	90
4. O processo de interdição no Código de Processo Civil de 2015	96
4.1. Análise comparativa do CPC/1973 e CPC/2015 quanto ao processo de interdição.....	97
4.2. Ampliação do rol de legitimados para promover a ação de interdição.....	100
4.3. Considerações sobre a entrevista – antigo interrogatório – do interditando	103
5. Considerações finais.....	107
6. Referências.....	109

CAPÍTULO VI

OS EFEITOS CONTRA TERCEIROS NA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: LIMITES E RESPONSABILIDADE DOS APOIADORES..... 115

Rodrigo Castro Nascimento

1. Introdução	116
2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada: Uma conquista social	117
3. O papel dos apoiadores nas relações firmadas com o apoiado e terceiros: Limites e responsabilidades	124
4. Conclusão	129
5. Referências.....	131

CAPÍTULO VII

CAPACIDADE DE TESTAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: INFLUÊNCIA DO EPD NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE..... 133

Rafael da Silva Santana

1. Introdução	133
2. Disposição patrimonial como elemento da autonomia	134
3. Capacidade testamentária ativa pré EPD.....	138
4. Efeitos do EPD sobre a capacidade de testar da pessoa com deficiência	141
5. Considerações finais.....	144
6. Referências.....	145

CAPÍTULO VIII

PORTADORES DE NECESSIDADES NORMAIS: APONTAMENTOS SOBRE JUSTIÇA SOCIAL PARA PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS 147

Rafael Blusky Pinto dos Santos

1. Introdução	147
2. Uma idealização moderna do contrato social	149
3. A abordagem das capacidades.....	150

SUMÁRIO

4. Problemas do contrato e capacidades centrais mínimas	153
5. Esferas de reconhecimento social e progresso moral.....	157
6. Estatuto da Pessoa com Deficiência e justiça social	160
7. Conclusão	162
8. Referências.....	163

CAPÍTULO IX

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CONTRATO DE EMPREGO..... 165

Adriana Wyzykowski

1. Introdução	166
2. Pessoa com deficiência e o ordenamento jurídico brasileiro.....	166
2.1. A necessária proteção da pessoa com deficiência	167
2.2. Ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho	169
3. A tomada de decisão apoiada	171
3.1. Autonomia e pessoa com deficiência: uma análise à luz do sistema de capacidade civil	172
3.2. Conceito de tomada de decisão apoiada	174
3.3. Características e efeitos	176
4. A tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego.....	178
5. Conclusões	181
6. Referências.....	182



A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PARTICIPAÇÃO NA VIDA PÚBLICA E POLÍTICA

*Maurício Requião*¹

*Jaime Barreiros Neto*²

Resumo: Este artigo examina as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), na participação da pessoa com deficiência na vida pública e política.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Direito Eleitoral. Incapacidade. Vida pública e política.

Abstract: This article examines the changes promoted by the Person with Disabilities Act, at the person with disability participation in the public and political life.

Keywords: Person with Disabilities Act. Electoral Law. Incapacity. Public and political life.

Sumário: 1. Introdução. 2. A pessoa com deficiência e o espaço público. 3. As mudanças trazidas pelo Estatuto da pessoa com deficiência à vida pública e política. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes inovações legislativas do ano de 2015, ao lado do Novo Código de Processo Civil e da Lei n.º. 13.165/15 (reforma eleitoral), com impactos no direito eleitoral, foi gerada pela publicação, em 06 de julho, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º. 13.146/15), cuja entrada em vigor foi determinada para janeiro de 2016, após 180 dias de *vacatio legis*.

Este texto pretende, após apresentar alguns fundamentos para entendimento da necessidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, discutir seus impactos no campo do Direito Eleitoral e do exercício da vida pública e política pelas pessoas com deficiência.

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFBA. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFBA e na Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

2 Mestre em Direito e Doutor em Ciências Sociais pela UFBA. Professor na UFBA e na Faculdade Baiana de Direito. Analista Judiciário no TRE-BA.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ESPAÇO PÚBLICO

A história da participação da pessoa com deficiência no espaço público no Brasil é prioritariamente contada não a partir da explanação de eventos que tiveram sua participação, mas sim a partir da sua ausência. Em outras palavras, para melhor entender o papel que foi reservado à pessoa com deficiência na vida pública, a narrativa deve se ater mais ao destaque da exclusão desse sujeito.

Boa parte da necessidade de tal legislação se dá por conta de ser o mundo costumeiramente pensado sem a devida atenção às diferenças. A ideia de existência do sujeito normal, em contraponto ao anormal³, faz com que todos que não se encaixam na primeira categoria encontrem, em algum grau, maiores dificuldades para a realização dos seus projetos existenciais, seja no espaço privado, seja no espaço público.

Em que pese a abordagem desse texto vise tratar de modo mais específico do panorama brasileiro, essa exclusão do sujeito considerado anormal, no que historicamente costumam ser encaixadas as pessoas com deficiência, se dá mundialmente. Nesse sentido, Foucault traz diversos modos como se deu esse processo de exclusão na Europa.

Assim, o processo de alijamento da sociedade se dava desde o tradicional encarceramento, primeiro feito em conjunto com todos os demais excluídos⁴ e depois, sob o domínio da psiquiatria, de modo separado nas instituições manicomiais⁵; até pela menos convencional prática de pagar a um capitão de navio, nas cidades portuárias, para que o louco fosse transportado e abandonado em outra cidade desconhecida⁶.

Antes de prosseguir nessa investigação, entretanto, é relevante destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata da inclusão das pessoas com todo tipo de deficiência: física, mental, intelectual ou sensorial, como preconiza o seu art. 2º. Realiza-se esta ressalva pois, embora todas sofram com o estigma da deficiência, as formas de exclusão nem sempre são as mesmas para todos os tipos desta.

Nesse sentido, os deficientes físicos e sensoriais encontram algumas barreiras à sua participação na vida pública, de ordem arquitetônica e urbanística, que não são verificáveis no que toca ao deficiente mental, por exemplo. Estes,

3 FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.63.

4 FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p.55.

5 Ibidem, p.120-121.

6 Ibidem, p.15.

por sua vez, por muito tempo encontraram a própria exclusão da participação da vida em comunidade como fator central do tratamento médico, o que talvez lhe tenha trazido prejuízos e invisibilidade social ainda maiores.

Afirma-se isso porque ao deficiente mental⁷ é reservado, quando muito, o local do descrédito na sociedade, o que é verificável por análise histórica. Relatos trazidos por Heitor Resende dão conta que não havia nenhuma política direcionada aos deficientes mentais. Praticamente não existem relatos a respeito, de modo que é de se supor que os loucos que não traziam risco para os outros sujeitos, os chamados “loucos mansos”, simplesmente vagavam pelas ruas das cidades, sem maiores restrições, vivendo muitas vezes de caridade, como qualquer outro mendigo. Já aqueles violentos, provavelmente eram recolhidos às prisões, como qualquer outro criminoso comum, embora a prática não pareça ter sido muito difundida⁸.

Esta fase, entretanto, encontra seu ocaso com o surgimento da política manicomial. Passa então o louco a ser institucionalizado, com a construção de espaço de exclusão ainda maior, seja em termos físicos, seja no imaginário popular. A vida desse sujeito se afasta de maneira mais drástica da vida com a comunidade, vez que os muros, bem como o isolamento geográfico tradicionalmente buscado na construção dos manicômios, amplia a noção de ruptura e dificulta a integração do sujeito com deficiência mental.

Seja com ou sem a separação por muros, entretanto, o local reservado à pessoa com deficiência mental continua sendo o de suportar um estigma, que, de acordo com Erving Goffman, é “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”⁹.

Formalmente, no Brasil, o procedimento de institucionalização do doente mental só começou realmente em 1852, com a criação do Hospício Pedro II, no Rio de Janeiro. Não que a criação de hospícios e hospitais psiquiátricos tenha mudado o quadro de exclusão do louco. O que tais eventos geraram foi, a exemplo do já ocorrido na Europa, o referendo pela ciência, notadamente através da psiquiatria, para práticas que já aconteciam anteriormente pela simples práxis social. Ao Hospício Pedro II se seguiram diversos outros em São Paulo, Pernambuco, Bahia e Pará¹⁰.

7 O foco da abordagem deste trabalho será principalmente no deficiente mental, vez que à sua condição as mudanças trazidas pelo Estatuto da pessoa com deficiência afetaram mais fortemente.

8 RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura*: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis, Vozes, 2000, p.31.

9 GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.7.

10 RESENDE, op. cit., p.38.

Mas isso traz ainda um outro fator de exclusão já acima narrado, pois a partir da criação deste sistema asilar, o sujeito passa a ficar completamente segregado do contato social, já que nem vaga pelas ruas, nem convive com a sua família, sendo apagado do convívio comunitário.

Ademais, a existência de um espaço de segregação sempre serve também a fim de que para lá sejam enviados indesejados sociais dos mais diversos. Relatos sobre o Colônia, manicômio que funcionou em Barbacena ao longo de praticamente todo o século XX, apresentam estimativa de que 70% dos internos não sofriam de doença mental,

apenas eram diferentes ou ameaçavam a ordem pública. Por isso, o Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar¹¹.

A modificação da política pública de saúde, para que a internação deixasse de ser o principal modo de tratamento, só se dá de modo mais efetivo com a Lei n.10.216/2001, fruto da luta antimanicomial travada nos anos anteriores. Tal legislação busca reintegrar o deficiente mental ao meio social, apelando à internação somente quando os meios de tratamento extra-hospitalares não se mostrarem suficientes¹².

Por óbvio que mesmo após a modificação legislativa a mudança não se deu de imediato. Marcelo Veras relata que no Hospital Juliano Moreira, em Salvador-BA, ainda **tinha a sua identidade construída como uma instituição envergonhada, em que o visitante se deparava nos corredores com “fezes, urina, gritos e mãos que seguravam seus braços, como se fossem uma boia que evitaria o afogamento de um naufrago”**¹³.

11 ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013, p.25-26.

12 Assim dispõe seu art. 4º: “Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.”

13 VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.169.

Na mesma linha o relato trazido por Noemi Murekian, que afirma que mesmo após a reforma

práticas médicas violentas tais como o eletrochoque forçoso, a dopagem forçosa, a reclusão e o confinamento solitário continuam sendo realizadas, junto às violentas práticas tradicionais/religiosas, nos próprios lares das pessoas como nas instituições, causando um trauma que não é reconhecido como tal em nossas comunidades, visto que é feito em nome do tratamento terapêutico¹⁴.

Diante de tal quadro histórico, cujo início de mudança se deu em período tão recente e ainda encontra tantas dificuldades e retrocessos¹⁵, é natural consequência que a pessoa com deficiência não consiga espaço para participar da vida pública e menos ainda da vida política. Poucas são as pessoas nestas condições que conseguem se eleger, o que é reflexo do descrédito com que são tratados pela sociedade.

Para além do descrédito social, há ainda que se considerar que, numa sociedade em que o valor do sujeito é costumeiramente medido pela sua capacidade em ganhar dinheiro, o que costuma exigir a correlata capacidade de se amoldar ao sistema produtivo, é mais do que esperado que aqueles que não conseguem se encaixar em tais padrões sejam novamente excluídos. Assim, nenhuma surpresa que a participação da pessoa com deficiência mental, na vida pública e política no Brasil, ainda se apresente quase como uma página em branco.

3. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À VIDA PÚBLICA E POLÍTICA.

Com um capítulo específico sobre o direito à participação na vida pública e política, além de outras disposições normativas vinculadas ao processo democrático, com repercussões, inclusive, no âmbito criminal, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece, como primeira grande novidade geradora de impactos no direito eleitoral, a alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, referentes à normatização da capacidade civil.

Disponha o Código Civil brasileiro, no seu artigo 3º, que eram absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência

14 MUREKIAN, Noemi Graciela. Representações sociais, estigma e processos de reforma psiquiátrica: uma revisão teórica de documentos e pesquisas na interface psicossocial e política. In: *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, vol.6, n.3, 2012. Disponível em: < <http://www.tempusactas.unb.br/>>. Acesso em 21 jan. 2015, p.149

15 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.111.

mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Já o artigo 4º do Código Civil, antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispunha que seriam relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos. Ainda dispunha o parágrafo único do Código que a capacidade dos índios seria regulada por legislação especial.

Doravante, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o novo artigo 3º do Código Civil passa a dispor, no seu caput, que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Os incisos que existiam anteriormente, referentes ao citado artigo, foram todos revogados pela nova lei. Assim, só será considerado absolutamente incapaz, no Brasil, o menor de 16 anos.

O artigo 88, § 2º do Estatuto, por sua vez, estabelece que “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, devendo a avaliação da deficiência, quando necessária, ser obtida de forma biopsicossocial, através de trabalho desenvolvido por equipe multidisciplinar, a qual deverá considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação do indivíduo.

Estas importantes mudanças, promovidas no texto do Código Civil e/ou previstas no novo Estatuto, serão capazes de gerar importantes consequências no âmbito do Direito Eleitoral, especialmente no que se refere ao exercício da capacidade política, tanto na sua dimensão ativa (que envolve, especialmente, o direito de votar), como na sua dimensão passiva (relativa, em especial, ao direito de ser votado).

De acordo com o artigo 15, II, da Constituição Federal, é hipótese de suspensão dos direitos políticos a incapacidade civil absoluta. Assim, os absolutamente incapazes, de acordo com o texto constitucional, são impedidos de exercer a capacidade política, nas suas duas dimensões, enquanto perdurarem os efeitos da incapacidade.

Antes da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já destacado, as hipóteses de incapacidade civil absoluta abrangiam não apenas a

questão da idade, como também a situação daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; bem como a daqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Em relação aos menores de 16 anos, nada muda no que se refere ao exercício da capacidade política com o Estatuto da Pessoa com Deficiência: continuarão, estes indivíduos, sendo considerados absolutamente incapazes e, portanto, inaptos ao exercício dos direitos políticos.

As demais hipóteses anteriormente previstas como sendo de incapacidade civil absoluta, contudo, foram revogadas. Assim pessoas que estavam com os seus direitos políticos suspensos, por incapacidade civil absoluta, salvo nos casos decorrentes da pouca idade, passam a estar aptas, a princípio, ao exercício desses direitos, podendo, inclusive, disputar eleições, caso cumpram as condições de elegibilidade e não incorram em inelegibilidades.

Neste sentido, é fundamental destacar o artigo 76 do novo estatuto, que assim dispõe:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1o À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

- I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;
- II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;
- III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;
- IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§ 2o O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

- I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

- II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;
- III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem.

Como se observa, a partir da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passa a ser direito fundamental dessas pessoas, de forma inquestionável, a participação na vida política do Estado, inclusive no que se refere ao direito de serem votadas.

Isso, por si só, já pode representar grande mudança para os pleitos eleitorais, vez que trará um aumento no número de eleitores, devido a se retirar da condição de absolutamente incapaz a pessoa com deficiência.

No que se refere ao direito de votar, por sua vez, a nova lei estabelece que é dever do Estado, e, por conseguinte, da Justiça Eleitoral, garantir que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência, regra prevista para não estigmatizar estas pessoas, inserindo-as de forma completa na sociedade. Esta regra, de certa forma, já vem sendo observada pela Justiça Eleitoral há alguns anos, não se constituindo em verdadeira novidade.

Da mesma forma, o inciso III do artigo 76 citado prevê que, na propaganda política, debates eleitorais e pronunciamentos oficiais da Justiça Eleitoral ou de autoridades, seja observada a acessibilidade das pessoas com deficiência às informações, através da garantia do uso dos seguintes recursos de subtítuloção por meio de legenda oculta; janela com intérprete da Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS); e audiodescrição. Mais uma vez, observa-se que a legislação eleitoral específica já se adiantou, nestas exigências, ao prever o uso da LIBRAS, ou, alternativamente, o uso de legendas, como obrigatório na propaganda partidária e na propaganda eleitoral, já há alguns anos. A nova lei apenas complementa, neste sentido, uma prática já enraizada no processo eleitoral.

Novidade mesmo, capaz de criar situações de impasse na organização das eleições, é a exigência prevista no inciso IV do art. 76 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual determina que, sempre que necessário, e a pedido da pessoa com deficiência, deverá ser permitido que esta pessoa seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

O grande impasse criado por esta norma revela-se no seu conflito com o artigo 60, § 4º, II da Constituição Federal, que estabelece, como cláusula pétrea, o voto secreto. Inevitavelmente, a possibilidade, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência, desta pessoa solicitar o acompanhamento e auxílio de outra, na hora de votar, entra em colisão com o caráter secreto do voto, exigindo, assim, um exercício hermenêutico de ponderação de interesses.

Na situação descrita, o sigilo do voto, necessário à preservação da liberdade do eleitor, corolário do Estado Democrático de Direito, colide com a própria possibilidade material de exercício desta liberdade, uma vez que, em muitas situações, a ausência do auxílio referido inviabiliza o próprio exercício do direito.

No caso concreto, portanto, há de ser avaliada, no nosso entendimento, a necessidade real do auxílio, regra determinada na própria lei em comento. Não é, portanto, em qualquer situação, que uma pessoa com deficiência terá o direito de ser acompanhada e auxiliada por outra pessoa no momento de votar. Uma pessoa, por exemplo, que tenha dificuldades de locomoção, mas, ao mesmo tempo, tenha plenas condições, mesmo diante das referidas dificuldades, de agir sozinha, não deve ter o direito de ser auxiliada no momento de votar, desde que verificada a desnecessidade deste auxílio, pelo presidente da mesa receptora dos votos.

Outro requisito indispensável para o deferimento do auxílio, também extraído da redação do artigo 76, IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é a manifestação da vontade de ser auxiliada no exercício do voto, por esta pessoa. Caso não haja a manifestação inequívoca desta pessoa, no sentido da solicitação do auxílio, o presidente da mesa receptora dos votos não deverá permitir que haja o acompanhamento do eleitor por estranho, no momento do exercício do voto.

É de se destacar que o artigo 88 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê como crime, sujeito à reclusão de 01 a 03 anos e multa, para quem o cometer, as condutas de praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência. Diante deste tipo penal, o presidente da mesa receptora poderá ser induzido a permitir, sem qualquer tipo de ponderação, por medo de praticar conduta delituosa, que qualquer pessoa com deficiência, em qualquer situação, seja acompanhada e auxiliada por outra, o momento de votar. Ocorre que o Código Eleitoral, em seu artigo 310, que é crime, com pena de detenção até seis meses e pagamento de multa, “praticar, ou permitir, membro da receptora que seja praticada qualquer irregularidade que determine a anulação da votação”. Neste sentido, o artigo 220 do mesmo código prevê, como uma das hipóteses de nulidade da votação, a inobservância de formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.

Da mesma forma, o artigo 312 do Código Eleitoral também prevê como criminosa a conduta de “violar ou tentar violar sigilo de voto”, cuja pena será de detenção por até dos anos. Admitida a participação do presidente da mesa receptora, como coautor ou partícipe, na execução deste delito, vislumbra-se mais um motivo de preocupação e ponderação a ser observado diante do fato concreto motivador do pedido de auxílio previsto no artigo 76, IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4. CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com vigência desde janeiro de 2016, traz importantes avanços no reconhecimento de direitos fundamentais de uma parcela importante da população brasileira, ainda bastante discriminada e desprotegida. Como visto, este reconhecimento abrange também, como não poderia deixar de ser, o exercício dos direitos políticos, os quais, mais do que nunca, devem ser reconhecidos como essenciais à plena garantia da dignidade da pessoa humana.

A suma relevância do reconhecimento pluralista destes direitos fundamentais, objetivada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, contudo, não pode ser um óbice ao exercício racional da hermenêutica jurídica, uma vez que em muitas situações, como as descritas neste trabalho, é possível se vislumbrar o conflito entre direitos e/ou deveres fundamentais, que, de forma concomitante, devem ser efetivados e ponderados, como mandamentos de otimização, nos casos concretos. Daí a importância de uma responsável reflexão acerca dos efeitos desta nova e importante legislação no âmbito da efetivação não só dos direitos políticos, dentre os quais se enquadram aqueles referentes aos processos eleitorais, como também dos direitos fundamentais, como um todo.

5. REFERÊNCIAS

- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- _____. *História da loucura: na idade clássica*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- MUREKIAN, Noemi Graciela. Representações sociais, estigma e processos de reforma psiquiátrica: uma revisão teórica de documentos e pesquisas na interface psicossocial e política. In: *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, vol.6, n.3, 2012. Disponível em: <<http://www.tempusactas.unb.br/>>. Acesso em 21 jan. 2015.
- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000.
- VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014.

O COMPRADOR COMPULSIVO DEVE SER TRATADO COMO SE PRÓDIGO FOSSE? EM BUSCA DE UMA TUTELA JURÍDICA ADEQUADA.

Márcio Augusto Ferreira Moura Costa¹

Resumo: O presente artigo visa estabelecer as diferenças entre a prodigalidade e a oniomania (Transtorno do Comprar Compulsivo), e assim justificar a não aplicação da curatela ao portador da oniomania, bem como apontar qual seria o instituto jurídico mais adequado. Faz-se necessário conceituá-la (a oniomania), uma vez que a prodigalidade é um instituto de conhecimento geral (o que não impede desse ser objeto de uma breve conceituação e análise). Antes, contudo, deve-se contextualizar social e historicamente tal transtorno, e, finalmente, destacar qual seria a via mais eficaz para solução da problemática do comprador compulsivo.

Palavras-chave: oniomania- comprador compulsivo- prodigalidade- autonomia, capacidade.

Abstract: The present article aims to establish the differences between prodigality and oniomania (Compulsive Buy Disorder), and thus justify the non-application of curatorship to the oniomania, as well as to indicate which would be the most appropriate legal institute. It is necessary to conceptualize it (oniomania), since the prodigality is an institute of general knowledge (which does not prevent from this being object of a brief conceptualization and analysis). Before, however, one must contextualize socially and historically this disorder, and finally, highlight what would be the most effective way to solve the problem of the compulsive buyer.

Keywords: oniomania- compulsive buyer- prodigality- autonomy, capacity

Sumário: 1 Introdução. 2 Oniomania: conceitos e sintomas 3 Distinções entre oniomania e prodigalidade 4 A utilização dos bancos de dados com informações positivas para localização dos oniomaníacos como instrumental para sua tutela jurídica 5 Conclusão. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo buscará, a partir da devida conceituação da oniomania (e exposição de seus principais sintomas) discerni-la da prodigalidade, com o fulcro de afastar o instituto da curatela. Portanto, de antemão, haverá a devida ex-

¹ Advogado, mestrando pela Universidade Federal da Bahia.

plicação do quadro patológico da oniomania; seguida das distinções entre essa e a prodigalidade; e por fim, a apresentação de uma solução que não mitigue a capacidade civil do comprador compulsivo, como o faz o instituto da curatela em relação ao pródigo. Contudo, antes do cerne da problemática ser explanado, deve-se traçar o contexto cultural no qual a oniomania está inserida.

A compulsão por compras é o construto social do incentivo ao consumo na vida moderna. A disposição de crédito, as ofertas e a persuasão da publicidade e propaganda fomentam o advento desta patologia. A cultura enaltece a aquisição de bens materiais como processo intimamente ligado à construção da identidade. Um capitalismo que lastreia sua economia no consumo; a exposição e acesso a uma vasta variedade de produtos; o fácil acesso ao crédito, e o tempo disponível para o lazer- são mecanismos engendrados pela cultura consumista, os quais muito contribuem para a existência do Comprar Compulsivo(CC)².

O cartão de crédito, em ascensão nos países em desenvolvimento, é um ícone cultural que representa poder e prestígio. Seu uso catalisa o CC - uma vez que acelera o poder de compra, dissimula o pagamento ao postergá-lo e encoraja a perda de controle. Afinal, desta forma, o comprar e seu custo são separados por um lapso temporal criando a sensação de serem eventos dissociados. A internet acentua ainda mais a problemática do CC, pois através dela, não apenas as compras tornam-se instantâneas e feitas de dentro das casas, como os pagamentos também. As transferências bancárias *on line* (*Docs e Teds*); os pagamentos automáticos de contas e faturas de todos os tipos- desde serviços essenciais como gás, água e energia elétrica, até aluguéis de tevê à cabo e compras parceladas- tudo é feito rápido e de forma imperceptível. Nos débitos automáticos, a participação do consumidor é totalmente prescindível³. A patologia do comprar compulsivo tem sua gênese respaldada pelo contexto cultural vigente que estimula o superendividamento ativo inconsciente ao alienar o consumidor do que realmente ocorre. O superendividamento ativo inconsciente ocorre quando o indivíduo age movido por impulso; por imprevidência deixou de gerir com cautela seus gastos. É o consumidor que mesmo não tendo sido acometido por circunstâncias alheias à sua vontade as quais o impeliram a contrair dívidas (vertente do superendividamento passivo), o faz por inconsequência, não possuindo dolo de ludibriar. É o caso do comprador compulsivo, o oniomaníaco, que superestima seu poder aquisitivo, por não conseguir controlar o impulso

2 FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. **O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar**. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011 p.10-11

3 NUNES, Rizzato. **A oneomania ou doenças compulsivas**. *Terra Magazine*, São Paulo, mai 2008. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2008/05/26/a-oneomania-ou-doenca-das-compras-compulsivas/>> Acesso em: 21 de julho de 2017

de comprar, sendo incapaz de administrar adequadamente seu patrimônio. O superendividamento opera-se sem que haja a tomada de consciência por parte do portador do Comprar Compulsivo.

2. ONIOMANIA: CONCEITO E SINTOMAS

O CC ou Transtorno do Comprar Compulsivo (TCC), também cunhado como oniomania (do grego, oné- comprar, mania-loucura) ⁴, ou ainda referenciado pelo termo em inglês *shopaholic*, foi descrito pela primeira vez como uma síndrome psiquiátrica no início do século passado⁵, entretanto não despertou de imediato, ou nas décadas seguintes, o interesse dos psiquiatras e pesquisadores. Somente nos primeiros anos da década de 90 do século passado que houve o despertar para esta questão, quando foram publicadas três séries de casos clínicos independentes, os quais envolveram 90 (noventa) indivíduos. O transtorno tem sido descrito em escala mundial, com relatos de casos nos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha e Brasil⁶. No país, não há estatísticas precisas sobre o assunto, porém, estimativas baseadas em estudos clínicos apontam que 5% da população brasileira sofra de oniomania⁷. Nos EUA, estudos mostram que 1% da população sofre de consumo compulsivo; no Reino Unido, o número é de 3% entre os adultos chegando a 8% entre os adolescentes⁸.

Relata-se que o TCC tem início no final da adolescência ou nos primeiros anos da segunda década de vida, o que pode se relacionar com a emancipação do núcleo familiar, bem como com a idade em que as pessoas adquirem crédito pela primeira vez. Soma-se à problemática, o fato de que se pode comprar on-line durante as 24 horas do dia e que até adolescentes possuem cartões de crédito, sendo provável que alguns compradores compulsivos iniciem sua vida adulta com uma dívida substancial⁹.

-
- 4 FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. **O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar**. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011, p.24
- 5 Termo usado pela primeira vez pelo psiquiatra alemão Kraepelin(1856-1926) em 1915, e posteriormente, em 1924 pelo médico suíço Bleuler(1857-1939).
- 6 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext> Acesso em: 16 julho de 2017
- 7 SERASA EXPERIAN. **SERASA Consumidor**. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/prazer-ou-impulso-incontrolavel-teste-aponta-quando-as-compras-tornam-se-um-problema/>> Acesso em: 16 julho. 2017
- 8 MAUTONE, Silvana. **Gastar demais pode ser sinal de doença**. Folha de São Paulo, São Paulo, set. 2001. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/invest/in1009200102.htm>> Acesso em 22 de julho de 2017
- 9 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>

Sua classificação ainda permanece incerta, não constando nos sistemas nosológicos contemporâneos, a exemplo do Manual de Estatística de Transtornos Mentais (DSM-V-TR) ou a Classificação Mundial de Doenças da Organização Mundial da Saúde, Décima Edição (CID-10). Há divergências quanto a sua classificação. Tem sido proposto que a CC deva ser incluída como uma TCI (Transtorno de Controle de Impulso), ou como uma sub-síndrome do Transtorno Afetivo Bipolar (TAB), ou ainda como uma variante do Transtorno Obsessivo Compulsivo (TOC) semelhante ao armazenamento compulsivo¹⁰.

Discute-se se a oniomania é de fato um transtorno psiquiátrico em si ou um produto destes tempos modernos de materialismo e consumismo. Alguns escritores criticam as tentativas de categorizar o TCC como um transtorno, por considerarem como parte de uma tendência a “medicalizar” os problemas comportamentais. Tal abordagem, contudo, desconsidera a realidade do TCC e estigmatiza as tentativas de compreender ou tratar a condição¹¹. Mesmo aqueles que possuem a convicção acerca de seu enquadramento a qual está por vir no DSM-V, questionam se se trata de um transtorno que se assemelha às dependências químicas; se faria parte do espectro obsessivo-compulsivo ou se mais adequado seria integrá-lo no rol das dependências comportamentais. A doença pode ser associada a algumas comorbidades¹², as mais comuns são transtorno de ansiedade, dependência química e transtornos alimentares¹³.

O oniomaníaco é aquele que se satisfaz com o ato de comprar não importando seu objeto¹⁴. É necessário estabelecer diferenças entre o CC e as compras normais. Não consiste em fator distintivo a quantidade de dinheiro despendido ou o nível de renda do indivíduo. O critério balizador é a frequência que este comprar exerce no desenvolvimento de resultados adversos os quais minam o patrimônio do portador do TCC. Compras desmesuradas,

scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 22 julho. 2017

- 10 FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. **O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar.** Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011 s/p
- 11 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso.** Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext> Acesso em: 16 julho 2017
- 12 Comorbidade: Corresponde a associação de pelo menos duas patologias no mesmo paciente
- 13 LEITE, Priscila Lourenço. **Adaptação transcultural e validação das escalas “The Richmond compulsive buying scale” e “compulsive buying scale.”** UERJ, Rio de Janeiro, fev 2011. Disponível em: <<http://teses2.ufrj.br/30/teses/763968.pdf>> Acesso em: 18 julho de 2017
- 14 NUNES, Rizzato. **A oneomania ou doenças compulsivas.** Terra Magazine, São Paulo, mai 2008. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2008/05/26/a-oneomania-ou-doenca-das-compras-compulsivas/>> Acesso em: 22 de julho de 2017

feitas em ocasiões pontuais (aniversários, festas a exemplo do Natal e ano Novo, férias) por óbvio, não podem apontar para o advento do transtorno.¹⁵ Os alvos prediletos de consumo do oniomaníaco são roupas (96%), sapatos (75%), maquiagem (33%), joias (42%), cds (21%) e itens colecionáveis (25%)¹⁶.

Observa-se uma preocupação excessiva e perda de controle sobre o ato de comprar. O portador do CC gasta um tempo muito grande pensando na compra; passa horas ansioso por satisfazer o desejo de ter algo e assim que o satisfaz já o substitui por outro¹⁷. O processo no organismo de pessoas com a patologia é muito parecido ao de um dependente de drogas ou álcool. O sistema límbico é afetado, de modo que ao comprar alguma coisa, a pessoa é tomada por uma viciante sensação de prazer¹⁸. Estudos neurobiológicos sobre o TCC são poucos e concentrados na perda de regulação da neurotransmissão serotoninérgica, dopaminérgica e opióide¹⁹.

Há um aumento progressivo do volume de compras, pois as pessoas com TCC costumam descrever a existência de uma ansiedade atroz, somente aplacada através da aquisição do objeto desejado. O comprar é experienciado com forte intensidade, muitos chegam a compará-lo com o êxtase sexual²⁰.

Outro aspecto observado é o consumir como forma de lidar com a angústia, ou outra emoção negativa. Sentimentos desestabilizadores tais como raiva, ansiedade, tédio e pensamentos autocríticos eram os antecedentes mais comuns às compulsões de comprar em um grupo de pessoas com TCC, enquanto a euforia ou alívio das emoções negativas eram as consequências mais frequentes,

-
- 15 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext> Acesso em: 22 julho de 2017
 - 16 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 16 jul. 2017
 - 17 BEZERRA, Emanuelle. **Oniomania: compras acima do permitido**. Opinião & Notícia, Rio de Janeiro, ago. 2009. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oniomania-compras-acima-do-permitido/> Acesso em 18 de julho 2017
 - 18 COSTA, Fernando Nogueira da. **Endividamento compulsivo de rico: oneomania**. Cidadania & Cultura, São Paulo, mar. 2012. Categoria Finanças Comportamentais. Disponível em: <<http://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2012/03/06/endividamento-compulsivo-de-rico-oneomania>> Acesso em 18 de jun. 2017
 - 19 FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. **O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar**. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011 p. 24
 - 20 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext> Acesso em: 18 jun. 2017

conforme descreve o psiquiatra Hermano Tavares, do Instituto de Psiquiatria da USP²¹. As compras desmesuradas revelam-se como um mecanismo compensatório para os sentimentos depressivos²². Brigas, conflitos ou discussões fomentam a eclosão dessas emoções, levando o indivíduo a episódios do CC, suscitando o mecanismo básico da retroalimentação. Eventos estressantes provocam o CC o que acarreta por gerar, momentaneamente, uma sensação de alívio, prazer-essencialmente transitório²³.

Mentiras para encobrir o descontrole com compras são frequentes. Trata-se também de um processo de auto-ilusão: constrói-se a convicção de que a compra foi muito necessária normalmente com argumentos desarrazoados, mas aos olhos do comprador parece ser muito racional, a exemplo: “não posso mesmo repetir a roupa, pois há pessoas na festa que podem já ter me visto com as que tenho, logo, preciso adquirir novas roupas”²⁴.

Problemas financeiros que acarretam em prejuízos nos âmbitos pessoal, social, profissional e familiar são também muito comuns. A oniomania incide sobre o patrimônio financeiro do seu portador, minando sua autonomia econômica. Os compulsivos contraem dívidas de até dez vezes a sua renda mensal²⁵-levando-o com frequência a ter seu nome cadastrado no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC). É alvo do duplo desabono: o social, pelo mercado de consumo, mas sobretudo, recebendo a sanção dentro do ambiente familiar. O problema é agravado pelos juros os quais convertem a dívida em tarefa irrealizável de ser sanada.²⁶ O aparecimento das dívidas pode levar à depressão, como também ao suicídio. ²⁷Sabendo-se que o TCC é desencadeado por situações deses-

-
- 21 TAVARES, Hermano et al. *Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso*. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext> Acesso em: 18 jun.2017
- 22 Idem, ibidem
- 23 FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. *O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar*. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011 pp.9-10
- 24 GABRIEL, Rosana Maria. *Consumismo compulsivo* (Entrevista cedida pela psicóloga Rosana Gabriel para a jornalista Débora Oliveira do portal Bolsa de Mulher) Disponível em: <http://www.marisapsicologa.com.br/consumismo-compulsivo.html> Acesso em 18 jun.2014
- 25 LOPES, Laura. *Quando gastar torna-se uma obsessão*. USP, São Paulo, jul.2001. Comportamento. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm> Acesso em: 18 de julho de 2017
- 26 MARTINS JR. Antônio. *Oniomania: A síndrome da compra compulsiva*. Enfoquenet, São Paulo, jun.2012. Seção Estratégica. Disponível em: <http://www.enfoquenet.com.br/estrategia-2/oniomania-a-sindrome-da-compra-compulsiva/>
- 27 TAVARES, Hermano et al. *Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso*. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 16 jun.2014

tabilizadoras, conclui-se que o agravamento da situação pessoal e financeira do oniomaníaco aguçava ainda mais o transtorno. Trata-se do processo, já descrito da retroalimentação, o que gera um problema cíclico, só resolvido mediante tratamento. Aí reside o impasse: não há tratamento padrão para o TCC²⁸. Muito do que tem sido descrito a respeito, reflete a orientação teórica de cada autor²⁹.

Roubo, falsificação, emissão de cheques sem fundos, ou outros atos ilegais para poder comprar, ou pagar dívidas constituem situações comuns envolvendo os oniomaníacos. Privados dos meios de compra chegam até a roubar. Pessoas até então honestas se deixaram levar pelo impulso de comprar. Não raro, aplicam golpes, passam cheque sem fundo e contraem novas dívidas para quitar as anteriores oriundas de sua compulsão. Tais práticas são elucidadas da seguinte forma pelo psicólogo Daniel Fuentes, coordenador do Ambulatório do Jogo Patológico (Amjo) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas: “Não é um defeito de caráter, é uma doença mesmo, a pessoa não é desonesta, ela tem uma incapacidade de controlar esse impulso. Elas chegam ao tratamento porque acabam atrapalhando a vida das outras pessoas.”³⁰.

Além de sua compulsão em comprar, as pessoas que sofrem da oniomania costumam fazer muito exercício, comer exageradamente e trabalhar muito. Não compulsivamente, como o obeso ou o workaholic, mas há o exagero nestas práticas³¹.

O oniomaníaco, em geral, não é portador do Transtorno Afetivo Bipolar (TAB), embora seja comum o advento da comorbidade. Neste transtorno, há a alternância de períodos de euforia (mania), com fases de depressão. Embora a instabilidade afetiva possa levar o portador do TAB a comprar compulsivamente no estado de mania, o mesmo não pode ser dito do oniomaníaco. Não é a perda da regulação do humor que o impulsiona a comprar. São os quais eventos negativos que podem estimular o CC, mas não consistem no motivador primordial.

À exemplo do que ocorre em outros vícios a oniomania apresenta cinco fases³²: Na primeira, a pessoa aos poucos aumenta a frequência de suas com-

28 TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 16 jun. 2014

29 Ibidem, idem.

30 LOPES, Laura. **Quando gastar torna-se uma obsessão**. USP, São Paulo, jul. 2001. Comportamento. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm>

31 Ibidem, idem.

32 CLÍNICA GREENWOOD. A clínica Greenwood começou a oferecer tratamento para compulsão por compras o ano passado, diante do aumento dos casos. *Greenwood*, São Paulo, mar. 2012. Disponível em:

pras. Na segunda, começa a abusar de compras. Na terceira, já está viciado(a). Surgem as dívidas decorrentes do CC. Pedir dinheiro emprestado a membros da família é outro sintoma desta fase. Na quarta etapa, há total falta de pensamento crítico. No quinto, o consumidor passa por processo de falência moral, físico e psicológico. Muitos casais se separam por causa deste problema.

Explicada de forma pormenorizada a oniomania, pode-se agora estabelecer com maior respaldo teórico as diferenças entre essa e a prodigalidade.

3. DISTINÇÕES ENTRE PRODICALIDADE E ONIOMANIA

Inexiste no ordenamento jurídico pátrio uma tutela jurídica específica ao portador da oniomania. Esse é vinculado como uma espécie do gênero prodigalidade. Hélio Gomes³³ e Maria Helena Diniz³⁴ associam a oniomania à prodigalidade. Todavia, como já exposto no tópico anterior, a oniomania é uma doença e não tem cura³⁵. A prodigalidade por sua vez é um estado transitório, passível de uma possível recuperação³⁶. Convém antes de se distinguir com minúcia, o pródigo do oniomaníaco, conceituar o instituto da prodigalidade. Prodigalidade consiste na incapacidade da pessoa em gerir seus próprios bens, porque os dissipa em desperdícios desordenados e inúteis. Trata-se de uma condição pessoal que impede o indivíduo de exercer, de forma autônoma, seus direitos e de cumprir suas obrigações quanto ao seu patrimônio. Uma vez reconhecido o estado de prodigalidade, realizado por meio judicial, o indivíduo será interditado - minorando sua capacidade civil, antes plenamente capaz, agora relativamente capaz, conforme o art. 4º, IV, CC-02, faltando-lhe capacidade e autonomia para gerir seus atos da vida civil os quais possam repercutir na diminuição de seu patrimônio (vide art.1782 do CC-02).

O atual Código Civil inovou ao conferir legitimidade ao Ministério Público para propositura da interdição judicial, o que não havia no Código Civil anterior (CC-16). Não há que se falar do critério da existência do núcleo familiar,

<http://www.greenwood.com.br/clinica-greenwood-comecou-oferecer-tratamento-para-compulsao-por-compras-ano-passado-diante-aumento-dos-casos/> > Acesso em 21 de julho de 2017

- 33 GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 32 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p.784
- 34 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.156
- 35 BEZERRA, Emanuelle. *Oniomania: compras acima do permitido*. Opinião & Notícia, Rio de Janeiro, ago. 2009. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oniomania-compras-acima-do-permitido/> Acesso em 07 julho. 2017
- 36 PRADO JR, Márcio Bezerra. *Oniomania ou patologia do consumo compulsivo: a necessária atualização dos paradigmas legais existentes em prol de uma tutela jurídica específica*. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013 p.84

pois o atual Código Civil não o contempla. Não é necessária a existência de uma família para que o indivíduo seja interditado. O Ministério Público possui legitimidade para a propositura de tal ação (art.1768 do CC-02). Desta maneira, torna-se inviável comparar um critério que está em sua essência obsoleto³⁷.

Será vedado ao pródigo emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e ser demandado (agir em juízo como autor ou réu); restando ao pródigo apenas a realização do que concerne à simples administração. É válido observar que se quedam ilesos seus direitos relativos à: atos de casamento, fixação do domicílio do casal, autorização para que seus filhos menores contraiam matrimônio. Consiste em uma interdição relativa.

Indispensável é discernir o que é um quadro patológico (a oniomania) daquilo que pode ser apenas uma exteriorização volitiva, não condicionada por nenhum fator biológico, ainda que julgada, por terceiros, como excessiva ou desarrazoada. Não há qualquer transtorno mental o qual seja designado por esse termo. O que se pode aferir é a existência de alguns diagnósticos marcados pela presença da impulsividade, a exemplo do jogo patológico e do TCC³⁸. Os critérios abaixo delineados são aqueles atinentes à prodigalidade, resultados da construção doutrinária, visando limitar o poder discricionário do juiz, uma vez que o Código Civil de 2002 não define a prodigalidade de forma sistemática. Considerações iniciais feitas, já de antemão cumprindo o papel de separar os conceitos da prodigalidade e oniomania.

A considerar o critério psicopatológico (fator que vicia a vontade do indivíduo), doutrinadores da década de 50 a exemplo de Pontes de Miranda, bem como Luiz da Cunha Gonçalves³⁹, e atualmente Silvio Venosa⁴⁰ e Rolf Madaleno⁴¹ defendam que a prodigalidade é uma “enfermidade mental”. Este último classifica a oniomania com uma das quatro modalidades da prodigalidade; as outras três seriam a dipsomania (alcoólatras), a cibomania (jogadores patológicos) e a última os depravados de moralidade corrompida, os quais dilapidam seu patrimônio com diversão, mulheres, jogos, doações e empréstimos. Tal posicionamento encontra-se em dissonância com a doutrina de Pablo Stolze e Ro-

37 PRADO JR, Márcio Bezerra. *Oniomania ou patologia do consumo compulsivo: a necessária atualização dos paradigmas legais existentes em prol de uma tutela jurídica específica*. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013 p.97

38 PONTES, Maíla Mello Campolina; ROCHA, Patrícia de Moura. *O estudo da prodigalidade como referencial para a reestruturação das categorias legais de incapacidade do artigo 4º do Código Civil de 2002*. Artigo aprovado para apresentação XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE

39 GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, v.2t.2, 1955, p.862

40 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.479

41 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 875.

dolfo Pamplona⁴², assim como com a de Carlos Roberto Gonçalves⁴³, os quais consideram a prodigalidade como um “desvio de comportamento”. Coadunando com tal ótica, a Ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi esclareceu que a prodigalidade não é uma doença mental, mas um sintoma o qual incide em diversas patologias mentais.⁴⁴. Reitera-se assim o já explanado no início deste tópico: a prodigalidade pode possuir natureza transitória, em contrapartida, o oniomaniaco deverá conviver com a doença durante toda sua vida, necessitando de ajuda médica. A prodigalidade apresenta-se como sintoma de outras doenças, seria o inverso do pensado por Hélio Gomes e Maria Diniz Guerra. De gênero passa a ser um espectro comportamental de diversas patologias.

De acordo com o critério de natureza útil e normal dos gastos, verifica-se se os gastos estão excedendo os limites normais, não se confundindo com um período de ingerência dos próprios negócios. Reside aí o problema: inexistente um método de aferição objetivo para tal intento. Soma-se a esta problemática o fato que tal critério torna-se insuficiente para o portador de oniomania, pois os gastos poderão estar muito bem camuflados. Sabe-se que 42% dos oniomaniacos gastam em joias, tal ato é visto socialmente como aceitável; uma forma de investimento-não contemplando o critério da natureza útil e normal dos gastos.

Conforme os critérios da habitualidade e da perda patrimonial, embora exista habitualidade no comprar, o que caracteriza a essência da oniomania não é a quantidade de dinheiro gasto, mas a preocupação e a angústia pessoal no desenvolvimento de resultados adversos⁴⁵. Não será uma ocasião na qual há um descontrole nos gastos (típico em épocas festivas) que irá caracterizar a oniomania⁴⁶. A prodigalidade, por sua vez, pode ser episódica. Dilapidar todo o patrimônio disponível em uma festa luxuosa é um ato de prodigalidade, o qual não se confunde com a oniomania. Deve-se destacar que a última se restringe ao âmbito das relações de consumo, enquanto a prodigalidade pode ser exercida para além desta área.

Acerca da interdição não se pode ter aplicabilidade plena e imediata aos portadores da oniomania, por existir incompatibilidade com o texto legal do art. 1782 do CC/02. Neste artigo, dentre os núcleos verbais, inexistente o ato de

42 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 11

43 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.98

44 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Interdição e curatela*. BDJUR STJ, Brasília, nov. 2005. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf Acesso em 21 jun. 2017

45 TAVARES, Hermano et al. *Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso*. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 19 julho 2017

46 *Ibidem*, *idem*

comprar - o objeto configurador da oniomania. É defeso ao juiz inovar, criando outras categorias de incapacidade, extrapolando o conteúdo da lei, afinal trata-se de norma restritiva de direito, não passível de interpretação ampliativa. Contudo, mesmo sendo cabível uma hermenêutica ampliativa do referido artigo, não poderia aplicar-se ao portador do TCC para requerer sua interdição relativa. Incidir o instituto da curatela sobre o ato de comprar (mesmo para compras do dia a dia) baniria o indivíduo do convívio social, afinal como já explicitado no item referente ao tratamento da oniomania, ninguém pode passar o resto da vida sem comprar. Suprimir a essência da cultura na qual o indivíduo está inserido seria uma medida drástica em demasia e incompatível com o próprio instituto-afinal a curatela visa suprimir uma incapacidade relativa. Se sequer ao pródigo tal limitação é aventada, por que efetivá-la a alguém que pelos argumentos aqui expostos sequer pode ser considerado pródigo? Vetar ao oniomaníaco um ato que até mesmo aos absolutamente incapazes é plenamente praticável, seria inviabilizar toda sua vida, e torná-lo mais tolhido do que os absolutamente incapazes.

O oniomaníaco não necessariamente realiza compras de alto valor pecuniário. Ele persegue o efeito catártico da compra; a liberação de prazer que a aquisição do objeto almejado irá lhe proporcionar. O oniomaníaco objetiva comprar qualquer coisa. A ratificação disso se dá ao analisar os alvos de sua predileção: itens de vestuário, maquiagem, cds, artigos de colecionador e afins. Extinguir o ato da compra ceifaria também a autonomia de indivíduos que, em sua maioria, são aptos para atividades laborais (maioria dos oniomaníacos é composta por profissionais liberais)⁴⁷, ágeis de raciocínio e possuidores de uma desenvoltura sociocultural acima da média. Se um indivíduo em pleno estado laboral e cognitivo fosse interdito por ser considerado absolutamente incapaz devido a oniomania, seria um estorvo desnecessário à previdência. O TCC é uma doença que não compromete o aspecto cognitivo do indivíduo, podendo acometer indistintamente qualquer pessoa. Sua incidência independe de classe social, faixa etária ou gênero, muito embora esteja mais presente nas mulheres que nos homens, por questões muito mais culturais que biológicas.

Deve ser admitida a existência de doenças psiquiátricas, a exemplo da oniomania, mas que não minoram a capacidade cognitiva dos indivíduos, tampouco retiram-lhes a plenitude de sua capacidade civil, ou seja, não lhes subtraem a autodeterminação, como sujeitos de direitos⁴⁸; assegurando-lhes a manutenção

47 LOPES, Laura. *Quando gastar torna-se uma obesessão*. USP, São Paulo, jul. 2001. Comportamento. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm> Acesso em: 19 de jun. 2017

48 LOPES, Laura. *Quando gastar torna-se uma obesessão*. USP, São Paulo, jul. 2001. Comportamento. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comporta->

de sua autonomia civil. Inexiste, entretanto, uma tutela específica que os distingam da coletividade não portadora de patologias como essa; trata-se ainda uma nova seara para o direito pátrio.

Mesmo no livro referência quando o assunto é a proteção aos vulneráveis, “O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis”, não há qualquer menção à oniomania. A vulnerabilidade abordada na obra é a derivada da faixa etária (crianças,adolescentes, idosos), social (analfabetos, pessoas de reduzida escolaridade, estrangeiros), e deficientes e portadores de necessidades especiais,contudo tal categoria, por sua definição, não contempla os portadores do TCC.A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, norma especial de direito internacional, aprovada no âmbito das Nações Unidas em 1975, constitui a referência para o eixo da disciplina jurídica das pessoas deficientes. Nela há a definição de pessoa deficiente como sendo qualquer pessoa incapaz de garantir por si mesma, total ou parcialmente, as demandas de uma vida individual ou social normal, devido a uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais⁴⁹.

Não há como equiparar um oniomaniaco a essa definição de pessoas deficientes e portadoras de necessidades especiais. Sua vulnerabilidade decorre de uma doença que malgrado afete sua vida social e financeira, não minora sua capacidade civil. Seria inadequada equiparação, pois se fosse efetivada, teria que se declarar interdito o indivíduo e sujeitá-lo ao instituto da curatela.

4. A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS COM INFORMAÇÕES POSITIVAS PARA LOCALIZAÇÃO DOS ONIOMANIACOS COMO INSTRUMENTAL PARA SUA TUTELA JURÍDICA

Cabe antes de ser exposta a resolução do problema, estabelecer diferenças conceituais entre bancos de dados dos cadastros de consumo. O CDC disciplina em única seção banco de dados e cadastros de consumidores (em seu art.43), sem estabelecer as distinções devidas entre duas categorias pertencentes ao mesmo gênero, arquivos de consumo. Ambas as espécies coletam e armazenam informações de terceiros para uso em operações de consumo.⁵⁰ Os cadastros de consumidores se distanciam dos bancos de dados em três aspectos.

A permanência das informações naquele é acessória, o registro não é um fim em si mesmo, a manutenção dos dados depende do interesse comercial atual

[mento.htm](#) Acesso em:17 de jun de 2017

49 I MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.São Paulo:Revista dos Tribunais,2012, p.163

50 BESSA, Leonardo Roscoe.Cadastro Positivo:comentários à Lei 12.414,de 9 de julho de 2011. São Paulo:Revista dos Tribunais, , p.26

e futuro, contudo, sempre direto e personalizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado. Enquanto que os bancos de dados se caracterizam pela aleatoriedade na coleta de informações, o cadastro de consumidores, com já dito, é particularizado, afinal o universo subjetivo que impulsiona o arquivista afina-se com sua própria atuação empresarial(aqui arquivista e fornecedor fundem-se na mesma pessoa). Os cadastráveis são um conjunto de consumidores efetivos ou potenciais. A terceira diferenciação consiste que nos cadastros de consumidores há a transmissibilidade intrínseca: circula-se e beneficia-se somente, ou hegemonicamente, o arquivista, este também é o fornecedor, sujeito direto de relação jurídica de consumo.⁵¹ Os bancos de dados prescindem de autorização ou conhecimento do consumidor, ao passo que na outra espécie de arquivo de consumo, são os compradores, os quais por sua própria desídia, resolvem se cadastrar. Nada impede, porém, que a empresa adicione àquilo entregue pelo cadastro informações outras, de caráter complementar, oriundas de pesquisas ou de experiências de mercado⁵².

Em síntese, a distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo se opera através da fonte e do destino da informação. Os bancos de dados, na maioria dos casos, reúnem informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores) para posterior divulgação entre inúmeros fornecedores que visam alguma necessidade do mercado. No cadastro, a informação é obtida diretamente do consumidor para fruição do fornecedor com o qual houve a relação de consumo, a exemplo do que ocorre em estabelecimentos comerciais no momento em que é solicitado dados pessoais (nome, endereços postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), não se subordinando ao tipo de compra, se foi feita à vista, ou através do parcelamento crediário. Busca-se no cadastro o estreitamento do vínculo com alguns consumidores, objetiva-se fidelizá-los a uma marca ou loja comercial. Orientando-se por esta distinção mais adequado seria falar em “banco de dados com informações positivas” e não “cadastro positivo”, expressão eleita pela mídia⁵³.

A partir destas informações, torna-se mais fácil concluir o porquê de ser o banco de dados a modalidade mais adequada para a tutela do oniomaniaco. Seus principais representantes no País já foram citados no presente trabalho, são estes o Sistema de Proteção ao Crédito(SPC) e a SERASA⁵⁴, essa última,

51 BENJAMIM, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.1, 2011, p.422

52 Ibidem, idem

53 BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de julho de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.27-28

54 BENJAMIM, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.1, 2004, p.421

empresa privada brasileira, responsável por fazer análises e pesquisas de informações econômico-financeiros das pessoas, com o fito de apoiar decisões de crédito, como empréstimos. As finalidades dos bancos de dados de consumo são diversas. Pode ser a composição de um perfil de consumidor para aferição, lastreando-se em riscos individualizados, do valor do prêmio a ser pago em caso de celebração de contrato de seguro, a exemplo dos planos de saúde. No Brasil, desde a década de 50, com a eclosão de vendas a crédito, o uso costumeiro dos bancos de dados de consumo atende ao objetivo de análise de riscos de concessão de crédito. Devido a este desiderato tão bem delimitado, são definidos como banco de dados de proteção ao crédito⁵⁵.

Os bancos de dados de proteção ao crédito são apenas uma subespécie do banco de dados de consumo que por sua vez é uma categoria (ou espécie) do gênero arquivos de consumo. Contudo, tal modalidade de bancos de dados é objeto de maior atenção doutrinária e jurisprudencial, devido ao seu poder decisivo e vital- em um contexto no qual a cultura consumista é emanção da identidade pessoal- na vida do indivíduo. Oferecer informações desfavoráveis à obtenção de crédito seria o mesmo que extirpá-lo do mercado.⁵⁶

A Lei do Cadastro Positivo, como ficou conhecida a Lei 12.414/11 possui como escopo a concessão e crédito através de informações de adimplemento. A análise do risco é realizada pelo consulente (fornecedor), o qual intenta conceder o crédito ao consumidor.⁵⁷ O banco de dados pode possuir em seu acervo, portanto, informações positivas bem como negativas acerca dos consumidores. São resultado de um juízo de valor aplicado na obtenção e exame da informação.⁵⁸ As primeiras compreendem como a não existência dos dados caracterizadores de dívidas vencidas e não pagas. Qualquer dado além das informações destinadas a identificar um débito vencido e não pago pode ser categorizado como informação positiva.⁵⁹ São positivas as informações relativas a contratos e dívidas com pagamento regular (históricos de crédito), veículos registrados em nome da pessoa, relação contratual com companhias de telefone, entre outras. Os dados negativos são aqueles que apontam para dívidas vencidas e não pagas, as quais podem respaldar uma decisão de recusa de crédito.⁶⁰

55 BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de julho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.28

56 Idem, ibidem

57 Ibidem, p.114

58 BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de julho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.34

59 BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de julho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais p.38

60 Idem, ibidem

O conjunto abundante de informações para concessão de crédito, com a finalidade de proteger as relações negociais, sobretudo resguardando o fornecedor de situações de risco, poderia ser utilizado para traçar um perfil daqueles que compram compulsivamente. Reiteradas vezes foi evidenciada a situação fragilizada na qual o oniomaníaco está inserido: não é visto sequer como uma espécie de superendividado ativo inconsciente. Mesmo quando autores, a exemplo de André Schmidt⁶¹ e Káren Bertoncello⁶², citam a oniomania não a consideram um fenômeno importante o suficiente para receber uma tutela jurídica específica.

Autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini e Antônio Herman Benjamin, em uníssono, constatam que o mercado não apresenta em si mesmo, mecanismos eficientes para suplantar a vulnerabilidade do consumidor., ou ao menos minorar tal fragilidade⁶³. Defendem a imprescindível “intervenção estatal nas suas três esferas”. Cabe ao legislativo elaborar normas jurídicas de consumo, ao Executivo a função de concretizá-las enquanto ações, e ao Judiciário solucionar os conflitos oriundos dos esforços da elaboração e concretização⁶⁴.

A quantidade de informações contidas nos bancos de dados (nome da pessoa, CPF ou CNPJ, nome do credor, valor da dívida, data do vencimento, entre outras) com variações mínimas, permite através de um tratamento estatístico aferir se determinado comportamento do consumidor tende à compulsividade. Uma verificação da soma do valor da dívida ou dívidas contraídas por um mesmo CPF já indica que está se gastando mais do que seu patrimônio permite. A insistência em se obter crédito em diferentes fornecedores, mesmo estando “negativado” em relação a estas dívidas, poderá sinalizar de que este consumidor seja um doente portador da oniomania. Outro indicativo significativo seria a natureza dos gastos; um grande volume de compras em curtos espaços de tempo e aquisições de bens supérfluos poderia ser um critério ratificador de que a pessoa padece da oniomania. Mas tais características não poderiam ser de um devedor de má-fé? Há, contudo, um elemento diferenciador: os oniomaníacos, via de regra, buscam saldar suas dívidas contraindo outras.

61 SCHMIDT, André Perin Neto. *Superendividamento do consumidor: Conceito, pressupostos e classificação*. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.26, p. 167-184, 2009, p.176

62 BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento e dever de renogociação*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre. Rio Grande do Sul, 2006 p.52-53

63 BENJAMIM, Antônio Herman et al. *Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. rev. atual. e refor. .Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.1, 2004, p.6

64 *Ibidem*, *idem*.

O Poder Público poderia instituir um banco de dados com todos os portadores da onimania devidamente diagnosticados, vinculado ao número de CPF do doente, de acesso obrigatório por todo o sistema comercial e financeiro. Todavia, há certos entraves. A própria doença não possui uma nosologia específica, embora médicos psiquiatras a exemplo de Hermano Tavares, Daniela Lobo, Daniel Fuentes e Donald Black defendam a devida classificação da doença⁶⁵.

Deve-se atentar para que devedores de má-fé não forjem resultados para se desincumbir de suas fraudes. A criação de um cartão de identificação através do Sistema de Saúde Único (SUS) seria a melhor forma de regularizar e efetivar a tutela para o oniomaniaco, mediante uma solicitação do próprio oniomaniaco. Este seria avaliado por médicos do SUS a fim de se verificar se padece, de fato, do Transtorno do Comprar Compulsivo. Também deveria haver a obrigatoriedade de frequentes relatórios médicos, constando o progresso do portador do TCC em controlar sua compulsão, inclusive se estão se submetendo ao tratamento (uso de medicamentos e terapias em grupos)

As operadoras de cartão de crédito seriam obrigadas a consultar o cadastro gerado pelo Poder Público, antes de fornecer o cartão de crédito a seu cliente, sob pena de indenizar por perdas e danos causados ao patrimônio do portador do TCC, sem a exclusão do dano moral; o mesmo vale para a reincidência nos contratos de cartão de crédito e nos contratos de empréstimo.⁶⁶O PL 3515/2015, antigo PLS 283(Projeto de Lei do Senado Federal nº 283, de 2012) já prevê isto em seu art.54-D, inciso II, ao estabelecer como obrigatória a consulta por parte dos fornecedores em bancos de dados de proteção ao crédito para avaliar a capacidade e condições do consumidor em pagar a dívida a ser contraída.⁶⁷No mesmo artigo, em seu parágrafo único, há a previsão de inexigibilidade do negócio jurídico. As operadoras estariam condicionadas a consultar o cadastro a cada 120 dias, a fim de averiguar se algum cliente tornou-se portador da onimania, tomando providências cabíveis junto ao familiar ou alguém que lhe dê amparo (não curador) sobre a restrição de limite de crédito ou cancelamento do contrato. O presente trabalho postula o cancelamento do contrato como forma mais eficaz de profilaxia ao superendividamento do

65 TAVARES, Hermano et al. Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em: 23 agosto 2017

66 Ibidem, p.108

67 BRASIL Projeto de Lei do Senado nº283. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147357&ctp=1> Acesso em 23 de agosto de 2017

oniomaníaco, em consonância com a opinião dos médicos⁶⁸ e dos grupos de Devedores Anônimos⁶⁹.

O adequado seria estabelecer todas estas previsões de tutela jurídica voltada ao oniomaníaco no PL 3515/2015, o qual irá complementar o CDC. A tutela jurídica específica para o comprador deve ser implementada, cabendo ao Estado a responsabilidade por ato comissivo, omissivo ou comissivo por omissão. O portador do TCC não pode ser tratado da mesma forma que a massa indistinta dos consumidores, sua doença embora tratável não possui cura.⁷⁰ Mesmo devidamente medicado ou estando submetido à tratamento, a patologia persiste e pode minar sua vida não só financeira como interpessoal (os desgastes emocionais devido às dívidas, as brigas com familiares, entre outros percalços). A omissão em torno da problemática do oniomaníaco é um silêncio que prejudica e auxilia na manutenção das dificuldades enfrentadas por um grupo social que ainda não recebeu a devida atenção que lhe é merecida.

5. CONCLUSÃO

O instituto da curatela, destinado a tutelar o pródigo é inadequado para proteção do oniomaníaco. O quadro patológico da oniomania difere da prodigalidade. Esta última pode ser apenas uma exteriorização volitiva, não condicionada por nenhum fator biológico, ainda que julgada, por terceiros, como excessiva ou desarrazoada. Não há qualquer transtorno mental o qual seja designado por esse termo (prodigalidade), ao contrário da oniomania, cada vez mais alvo de estudos psiquiátricos. Incidir o instituto da curatela sobre o ato de comprar (mesmo para compras do dia a dia) baniria o indivíduo do convívio social, afinal, ninguém pode passar o resto da vida sem comprar. Suprimir a essência da cultura na qual o indivíduo está inserido seria uma medida drástica em demasia e incompatível com o próprio instituto-afinal a curatela visa suprimir uma incapacidade relativa. Vetando ao oniomaníaco um ato que até mesmo aos absolutamente incapazes é plenamente praticável, seria inviabilizar toda sua vida, e torná-lo mais tolhido do que os absolutamente incapazes.

68 BEZERRA, Emanuelle. Oniomania: compras acima do permitido. Opinião & Notícia, Rio de Janeiro, ago. 2009. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oniomania-compras-acima-do-permitido/> Acesso em 23 agosto 2017

69 CLÍNICA GREENWOOD. Há uma Imelda em cada um. Greenwood, São Paulo, set. 2011. Disponível em: <http://www.greenwood.com.br/ha-uma-imelda-em-cada-um/> Acesso em: 24 de agosto de 2017

70 CLÍNICA GREENWOOD. Há uma Imelda em cada um. Greenwood, São Paulo, set. 2011. Disponível em: <http://www.greenwood.com.br/ha-uma-imelda-em-cada-um/> Acesso em: 24 agosto de 2017

Tampouco pode-se aplicar o PL 3515/15 para se tutelar o comprador compulsivo. No que concerne à doença, o projeto de lei em seu inteiro teor deixa implícito não se tratar de doenças comportamentais, mas àquelas que provocam o superendividamento passivo.

Identificada a problemática e os óbices para a solução do conflito, pode-se pontuar como formas eficazes de dirimir a questão as medidas a seguir expostas.

O Poder Público poderá instituir um banco de dados com todos os portadores da oniomania devidamente diagnosticados, vinculado ao número de CPF do doente, de acesso obrigatório por todo o sistema comercial e financeiro. Deverá atentar-se para que devedores de má-fé não forjem resultados para se desincumbir de suas fraudes. A criação de um cartão de identificação através do Sistema de Saúde Único (SUS) seria a melhor forma de regularizar e efetivar a tutela para o oniomaníaco, mediante uma solicitação do próprio oniomaníaco. Este seria avaliado por médicos do SUS a fim de se verificar se padece, de fato, do Transtorno do Comprar Compulsivo. Também deverá haver a obrigatoriedade de frequentes relatórios médicos, constando o progresso do portador do TCC em controlar sua compulsão, inclusive se estão se submetendo ao tratamento (uso de medicamentos e terapias em grupos).

Faz-se necessário pontuar que o oniomaníaco não teria suprimidas sua autonomia e capacidade. Haveria um acompanhamento médico para verificação do controle de sua patologia, sem o cerceamento de capacidade civil. Uma vez portando este cartão de identificação, as fornecedoras de crédito ficariam obrigadas a não conceder empréstimos ao oniomaníaco-desta forma haveria a correta observância ao preconizado no art. 54-D, inciso II do PL 3515/2015-caso contrário, haveria a configuração da inexigibilidade da dívida conforme dispõe o parágrafo único do artigo 54-D do PL 3515/2015.

A tutela jurídica específica para o comprador deverá ser implementada, cabendo ao Estado a responsabilidade por ato comissivo, omissivo ou comissivo por omissão. O portador do TCC não pode continuar a ser tratado da mesma forma que a massa indistinta dos consumidores, sua doença embora tratável não possui cura. Mesmo devidamente medicado ou estando submetido à tratamento, a patologia persiste e pode minar sua vida não só financeira como interrelacional (os desgastes emocionais devido às dívidas, as brigas com familiares, entre outros percalços). A omissão em torno da problemática do oniomaníaco é um silêncio que deve ser erradicado. Os portadores do comprar compulsivo são tão sujeitos de direitos como àqueles considerados hipervulneráveis pela doutrina e legislação vigentes.

6. REFERÊNCIAS:

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Interdição e curatela**. BDJUR STJ, Brasília, nov. 2005. Disponível em: http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf Acesso em 21 jun. 2017
- BENJAMIM, Antônio Herman et al. **Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.1, 2011, p.422
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento e dever de renegociação**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre. Rio Grande do Sul, 2006 p.52-53
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de julho de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, , p.26
- BEZERRA, Emanuelle. **Oniomania: compras acima do permitido**. Opinião & Notícia, Rio de Janeiro, ago. 2009. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/vida/comportamento/oniomania-compras-acima-do-permitido/> Acesso em 18 de julho 2017
- BRASIL. **Projeto de lei nº 283/2012**. Altera a lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para aperfeiçoar a disciplina do crédito do consumidor e dispor sobre a prevenção do endividamento. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=112479&tp=1>. Acesso: 06/nov./2017.
- BRASIL. **Projeto de lei nº 3515/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015. Acesso: 06/nov/2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.156
- FILOMENSKY, Tatiana Zambrano. **O comprar compulsivo e suas relações com o transtorno obsessivo-compulsivo e transtorno afetivo-bipolar**. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. São Paulo, 2011 p.10-11
- GABRIEL, Rosana Maria. **Consumismo compulsivo** (Entrevista cedida pela psicóloga Rosana Gabriel para a jornalista Débora Oliveira do portal Bolsa de Mulher) Disponível em: <http://www.marisapsicologa.com.br/consumismo-compulsivo.html> Acesso em 18 jun. 2014
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v.1, 2009, p.98

- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 32 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p.784
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, v.2t.2, 1955, p.862
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.98
- LEITE, Priscila Lourenço. **Adaptação transcultural e validação das escalas “The Richmond compulsive buying scale” e “compulsive buying scale.”** UERJ, Rio de Janeiro, fev 2011. Disponível em: <<http://teses2.ufrj.br/30/teses/763968.pdf>> Acesso em: 18 julho de 2017
- LOPES, Laura. **Quando gastar torna-se uma obsessão.** USP, São Paulo, jul.2001. Comportamento. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/arquivo/2001/espaco07abr/editorias/comportamento.htm> Acesso em: 18 de julho de 2017
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 875.
- MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.163
- MARSDEN, Vanessa. **Oniomania: transtorno do comprar compulsivo**. Psiquiatria e toxicodpendencia, São Paulo, fev.2011. Disponível em: <http://psiquiatriaetoxicodpendencia.blogspot.com.br/2011/02/oniomania-transtorno-do-comprar.html>> Acesso em: 22 julho de 2017
- MARTINS JR. Antônio. **Oniomania: A síndrome da compra compulsiva**. Enfoquenet, São Paulo, jun.2012. Seção Estratégica. Disponível em: <http://www.enfoquenet.com.br/estrategia-2/oniomania-a-sindrome-da-compra-compulsiva/>
- MAUTONE, Silvana. **Gastar demais pode ser sinal de doença**. Folha de São Paulo, São Paulo, set.2001. Seção Especial Manifestações. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/invest/in1009200102.htm>> Acesso em 22 de julho de 2017
- NUNES, Rizzato. **A oneomania ou doenças compulsivas**. Terra Magazine, São Paulo, maio 2008. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2008/05/26/a-oneomania-ou-doenca-das-compras-compulsivas/>> Acesso em: 21 de julho de 2017
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro. Borsoi, v.9, 1955, p.328
- PONTES, Maíla Mello Campolina; ROCHA, Patrícia de Moura. **O estudo da prodigalidade como referencial para a reestruturação das categorias legais de incapacidade do artigo 4º do Código Civil de 2002**. Artigo aprovado para apresentação XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE
- PRO-AMITI-AMBULATÓRIO INTEGRADO DOS TRANSTORNOS DE IMPULSO. **Compras compulsivas: Precisa de ajuda? Procure o PRO-AMITI**. Disponível em: <<http://amiti.com.br/compras-compulsivas> <http://amiti.com.br/compras-compulsivas>.> Acesso em: 18 julho 2017

SCHMIDT, André Perin Neto. **Superendividamento do consumidor: Conceito, pressupostos e classificação.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n.26, p. 167-184, 2009, p.176

SERASA EXPERIAN. **SERASA Consumidor.** Disponível :<<http://noticias.serasaexperian.com.br/prazer-ou-impulso-incontrolavel-teste-aponta-quando-as-compras-tornam-se-um-problema/>> Acesso em:16 julho.2017

TAVARES, Hermano et al. **Compras compulsivas: uma revisão e um relato de caso.** Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo. v.30, supl.1, Epub, maio 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-44462008000500004&script=sci_arttext Acesso em:16 jul.2017



O CPC-2015, AS REVOGAÇÕES EXPRESSAS DO CÓDIGO CIVIL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

*Fredie Didier Jr.*¹

Resumo: Este artigo procura examinar as revogações expressas promovidas pelo CPC-2015 (Lei n. 13.105/2015) no Código Civil brasileiro e as suas interações com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

Palavras-chave: Código Civil. Código de Processo Civil. Revogações. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Abstract: This article examines Brazilian Civil Code rules repealed by the Brazilian Civil Procedure Code and its interactions with the Person with Disabilities Act.

Keywords: Civil Code. Civil Procedure Code. Repeal. Person with Disabilities Act.

Sumário: 1. Revogações expressas. Revogações no Código Civil. 2.1. Art. 227 do Código Civil. 2.2. Art. 229 do Código Civil. 2.3. Art. 230 do Código Civil. 2.4 Art. 456 do Código Civil. 2.5. 2.5. Arts. 1.482-1.483 do Código Civil. 2.6. 2.6. Arts. 1.768-1.773 do Código Civil. 2.6.1. Observação geral. 2.6.2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015). 3. Referências.

1. REVOGAÇÕES EXPRESSAS.

O art. 1.072 do CPC-2015 cuidou de promover uma série de revogações expressas na legislação extravagante, com o claro propósito de dar unidade e coerência ao direito processual civil brasileiro.

Este pequeno texto cuida apenas do inciso II deste artigo, que se destina às revogações expressas do Código Civil.

1 Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

2. REVOGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL.

2.1. Art. 227 do Código Civil.

Do *caput* do art. 227 do Código Civil decorria regra que vedava prova exclusivamente testemunhal para a comprovação de contratos de valor superior a dez salários mínimos. O dispositivo foi reproduzido no art. 401 do CPC-1973.

O legislador resolveu inovar, acabando com essa antiga regra de “prova legal” do direito brasileiro: como o CPC-2015 passou a não mais reproduzir a regra, não faria sentido a manutenção de idêntico dispositivo no Código Civil; era preciso manter a integridade do Direito.

De fato, havia muitas críticas ao dispositivo.

Em lição muito antiga, dizia Robert Pothier que a lei não poderia ser entendida como se exigisse o impossível, nem mesmo “cousas muito difíceis, que embaraçassem o commercio”, por isso que ela somente proibiu a *prova testemunhal isolada* àqueles que facilmente podiam procurar a prova literal². Amaral Santos, que tratou do tema antes do CPC-1973 entendia como plenamente aplicável, no direito brasileiro, o princípio segundo o qual “todas as vezes que não seja possível munir-se a parte de prova escrita, a testemunhal é admitida, sem embargo do valor da obrigação”³, considerando-o como verdadeiro princípio geral do direito.⁴ E arrematava: “a proibição da prova testemunhal deve ser entendida não só racionalmente como também equitativamente, no sentido de que o direito não poderia legitimar a inadmissibilidade dessa prova a quem, realmente, no ato da formação do contrato, estava impossibilitado de comprová-lo”⁵. Humberto Theodoro Jr. traz interessante exemplo de contrato verbal de construção de obra: “Quando, porém, a obra ou parte dela já se realizou, não pode o contratante ser privado da tutela jurisdicional, para o acerto com o parceiro do negócio apenas por falta de prova escrita. Havendo o contrato verbal produzido efeito econômico concreto, a este deverá ser aplicado o preceito respectivo do ordenamento jurídico para que não ocorra o indesejável enriquecimento sem causa ou o locupletamento ilícito. Nessa altura, recursos e trabalhos já foram investidos, de sorte que a comunhão de fato precisa ser resolvida. Ademais, a prova do negócio não será apenas a palavra das testemunhas, pois haverá também a considerar o fato re-

2 POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro editor, 1906, t. 2, n. 771, p. 232.

3 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, p. 337.

4 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 3, p. 339.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 3, p. 339.

manescente do negócio. Aliás, é justamente porque as testemunhas se referirão a esse fato e não apenas ao ajuste de vontade, que se poderá afastar o óbice do art. 227”⁶.

Por isso, o dispositivo foi revogado⁷.

2.2. Art. 229 do Código Civil.

O art. 229 do Código Civil disciplinava as hipóteses em que se conferia ao depoente o direito ao silêncio, no processo civil brasileiro. O Código de Processo Civil consolidou o regramento sobre o assunto, aperfeiçoando, inclusive, a redação das hipóteses (art. 388 do CPC). Por isso, esse artigo do Código Civil foi revogado.

2.3. Art. 230 do Código Civil.

O art. 230 do Código Civil⁸ fora inovação sem precedente próximo em nosso Direito positivo – tanto o Código Civil de 1916 como o CPC-1973 não reproduziam o dispositivo. Dele se extraía uma regra de *prova* legal, que atribuía às presunções judiciais o mesmo regramento da prova testemunhal. Por exemplo: quando não fosse possível prova exclusivamente testemunhal, também não seria possível decisão fundada em presunção judicial. O que se pretendia reger era, na verdade, a prova indiciária, equiparando-a à prova testemunhal: o indício (não a presunção!) pode ser encarado como meio de prova. Encampava-se, então, concepção antiga⁹⁻¹⁰, que relacionava os indícios às testemunhas. O enunciado é reproduzido em alguns códigos estrangeiros¹¹.

6 THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 531.

7 Criticando o legislador, que deveria ter promovido “uma completa revogação das normas” do Código Civil sobre a prova testemunha, e não apenas de alguns dispositivos, GODINHO, Robson Renault. “Da admissibilidade e do valor da prova testemunhal”. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Fredie Didier Jr., Teresa Wambier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.). São Paulo: RT, 2015, p. 1.127.

8 Art. 230 do Código Civil, ora revogado: “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”.

9 Regulamento 737/1850, art. 188: “As presunções comuns são admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal”.

10 O Código de Processo Civil baiano, de 1915, corretamente, e um avanço para a época, não repetiu a regra do Reg. 737: “Art. 242. A presunção *communis* é deduzida pelo juiz, de acordo com a sua convicção, do conjunto de provas e alegações, tendo em vista as regras de direito e o curso normal dos acontecimentos da vida social”.

11 Art. 2.729 do Código Civil italiano: “Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni (1350, 2721, 2722)”. Com redação melhor do que a nossa, o Código Civil português: “Art. 351. As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”.

Pois não andara bem o legislador civilista, ao reproduzir regra tão antiga e equivocada.

Pontes de Miranda, ao comentar o art. 188 do regulamento 737 de 1850, de conteúdo semelhante, apontava: “Primeiro, porque o enunciado não era verdadeiro, – havia presunções comuns de que se valiam os juízes ainda que a prova testemunhal sozinha não fosse admitida. Segundo, o art. 188 apenas valia como se o legislador houvesse escrito: ‘O juiz pode induzir nos mesmos casos em que pode usar a prova testemunhal’. Claro que é supérflua a regra de lei que autorize o juiz a... pensar”.¹²

A revogação, pois, foi oportuna¹³.

2.4. Art. 456 do Código Civil.

O art. 456 do Código Civil¹⁴ pretendia tratar de aspectos processuais do exercício do direito de evicção. Os direitos da evicção podem ser exercidos por meio da denúncia da lide (arts. 125 e segs, CPC).

A redação do *caput* do art. 456 era semelhante à do art. 1.116 do Código Civil de 1916 – época em que não existia a figura da denúncia da lide, que, por isso, não era ali referida. À época, existia o *chamamento à autoria*. O CPC-1973 aboliu o chamamento à autoria e criou a denúncia da lide. O legislador, em vez de perceber a mudança, reproduziu dispositivo que já nasceu, por isso, obsoleto.

Esse artigo gerava aos menos três grandes discussões: a) se a denúncia da lide em caso de evicção era pressuposto para o exercício dos direitos da evicção, de modo que se não a promovesse, o adquirente perderia o direito de regresso; b) se era possível denunciar a lide a alienante que não fosse o imediato; ou seja, se era permitida a denúncia *per saltum*; c) qual deveria ser o comportamento do denunciante no caso de revelia do denunciado.

O CPC-2015 resolveu expressamente os três problemas: a) a denúncia da lide em caso de evicção é mero ônus; seu não exercício não impede que o evicto persiga, autonomamente, os direitos da evicção (art. 125, par. ún., CPC);

12 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 326.

13 Defendemos a revogação do dispositivo desde a primeira edição do nosso DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133-13.

14 Art. 456 do Código Civil, ora revogado: “Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo. Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos”.

b) não se admite a denunciação da lide *per saltum* (art. 125, I, CPC); c) disciplinou expressamente o que o denunciante pode fazer no caso de revelia do denunciado (art. 128, II, CPC).

Com isso, o art. 456, uma fonte de problemas, perdeu completamente o sentido. A sua revogação era imperiosa – pode-se afirmar, inclusive, que foi uma das mais importantes revogações feitas pelo CPC-2015¹⁵.

2.5. Arts. 1.482-1.483 do Código Civil.

Os arts. 1.482 e 1.483 do Código Civil regulavam o direito de remição do bem hipotecado que fora alienado judicialmente. Esse direito era concedido, inclusive, ao executado – caso raro de direito de remição titularizado pelo executado, e não por terceiro¹⁶. Além do executado, o direito de remir era também concedido ao cônjuge, descendente ou ascendente do executado.

O direito de o executado remir bem hipotecado foi previsto expressamente no art. 902 do CPC, o que impôs a revogação do art. 1.483 e da referência ao executado no art. 1.482 do Código Civil.

Quanto ao direito de o cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente do executado remir bem hipotecado alienado judicialmente (garantido pelo art. 1.482 do Código Civil), foi ele estendido à expropriação de *qualquer bem* do executado, não apenas do bem hipotecado; assim, na expropriação judicial de qualquer bem do executado, o seu cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente terá preferência na aquisição, em igualdade de condições (arts. 876, §5º, e 892, §2º, CPC). Além disso, deixou-se claro que o direito também pertencia ao companheiro do executado – omissão imperdoável do Código Civil.

2.6. Arts. 1.768-1.773 do Código Civil.

2.6.1. Observação geral.

Os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil disciplinavam aspectos do processo de interdição.

O Código de Processo Civil passou a consolidar todo o regramento sobre o assunto, exatamente por ser o local mais apropriado; o regramento da inter-

15 Defendemos a revogação do dispositivo desde a primeira edição do nosso DIDIER Jr., Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149 e segs.

16 Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, 2º do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 146, p. 175-181.

dição, inclusive, sofreu inúmeras mudanças (arts. 747-758 do CPC)¹⁷. Por isso, esses artigos do Código Civil foram revogados.

2.6.2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

Sucedeu que, após a publicação do CPC-2015, foi editada a Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Esta lei é resultado de um projeto de lei que tramitou concomitantemente ao projeto que resultou no CPC-2015. O CPC-2015 foi muito influenciado pelas discussões e propostas que acabaram culminando no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Alguns exemplos: direito do portador de deficiência auditiva a comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais (art. 162, III, CPC-2015); consagração da atipicidade da negociação processual (art. 190, CPC); direito das pessoas com deficiência à acessibilidade aos meios eletrônicos de comunicação processual (art. 199, CPC-2015); humanização do processo de interdição (arts. 751, §3º, 755, II); tramitação prioritária de processos de pessoas idosas ou portadoras de doenças graves (art. 1.048, CPC).

A Lei n. 13.146/2015 alterou a redação de artigos do Código Civil relacionados à interdição que o CPC-2015 havia revogado – sem ter revogado a revogação promovida pelo inciso II do art. 1.072 do CPC. Nesse ponto, a desatenção legislativa é evidente.

É preciso, então, conciliar as leis no plano intertemporal. A tarefa não é simples. Para tanto, são dois os postulados interpretativos que serão utilizados: a) as leis estão em sintonia de propósitos; b) elas devem ser interpretadas de modo a dar coerência ao sistema.

Quatro são os dispositivos afetados: arts. 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil; todos eles revogados pelo cpc-2015 e alterados pela Lei n. 13.146/2015.

O art. 1.768 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade para a propositura da ação interdição passou a estar no art. 747 do CPC. Agora, a Lei n. 13.146/2015, ignorando a revogação do dispositivo pelo CPC, acrescenta-lhe um inciso (art. 1.768, IV, Código Civil), para permitir a promoção da interdição pelo próprio interditando – legitimando a autointerdição, portanto. Não há essa previsão no art. 747, CPC. O artigo alterado será revogado a partir de 18 de março de 2016. O que, então, fazer? Parece que a melhor solução é considerar que a revogação promovida pelo CPC

17 Sobre o assunto, nossos comentários a esses artigos: DIDIER JR., Fredie. “Da interdição”. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Fredie Didier Jr., Teresa Wambier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.). São Paulo: RT, 2015, p. 1.732-1.753.

levou em consideração a redação da época, em que não aparecia a possibilidade de autointerdição. A Lei n. 13.146/2015 claramente quis instituir essa nova hipótese de legitimação, até então não prevista no ordenamento – e, por isso, não pode ser considerada como “revogada” pelo CPC. O CPC não poderia revogar o que não estava previsto. Assim, será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela “própria pessoa”.

CPC-2015	Código Civil (versão original)	Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015)
<p>Art. 747. A interdição pode ser promovida:</p> <p>I - pelo cônjuge ou companheiro;</p> <p>II - pelos parentes ou tutores;</p> <p>III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;</p> <p>IV - pelo Ministério Público.</p> <p>Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.</p>	<p>Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:</p> <p>I - pelos pais ou tutores;</p> <p>II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;</p> <p>III - pelo Ministério Público.</p>	<p>“Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>IV - pela própria pessoa.”</p>

O art. 1.769 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação interdição passou a estar no art. 748 do CPC. O CPC, no particular, havia inovado, ao exigir que o Ministério Público somente pudesse propor a ação de interdição em caso de doença mental grave (exigência que consta do *caput* do art. 748 do CPC) – pelo Código Civil, o caso de doença mental grave era um dos casos em que o Ministério Público poderia promover a ação, tanto que aparecia em um dos incisos do art. 1.769 do Código Civil. A Lei n. 13.146/2015, nesse ponto, não percebeu a mudança promovida pelo CPC-2015 e manteve a estrutura do Código Civil, alterando apenas a redação do inciso I do art. 1.769: em vez de “doença mental grave”, “deficiência mental ou intelectual”. A diferença é evidente e, nesse caso, parece mais adequado considerar que houve revogação tácita do CPC-2015, no ponto, pela Lei n. 13.146/2015. A legitimidade do Ministério Público para a ação de interdição deve observar o comando do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

CPC-2015	Código Civil (versão original)	Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015)
<p>Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:</p> <p>I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;</p> <p>II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.</p>	<p>Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:</p> <p>I - em caso de doença mental grave;</p> <p>II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;</p> <p>III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.</p>	<p>“Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:</p> <p>I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.”</p>

O art. 1.771 do Código Civil foi revogado, pois a disciplina da entrevista judicial do interditando, antes da contestação, passou a estar no art. 751 do CPC. A Lei n. 13.146/2015, alterou, no entanto, a redação de dispositivo, que havia sido revogado pelo CPC. Nesse ponto, a harmonia do art. 751 do CPC e da nova redação do art. 1.771 do Código Civil é mais clara: ambos falam em “entrevista do interditando”, em vez de interrogatório ou exame, como se referiam o CPC-1973 e o Código Civil, respectivamente. A diferença é que o CPC-2015 havia “permitido” que o juiz estivesse acompanhado por especialista nessa entrevista, enquanto a Lei n. 13.146/2015 *impõe* esse acompanhamento, e por equipe multidisciplinar (não um especialista, mas uma equipe). A “imposição” já estava no Código Civil, e havia claramente sido revogada pelo CPC-2015 (art. 751, §2º, CPC); agora, voltou pela Lei n. 13.146/2015, que me parece, também aqui, revogou tacitamente a revogação do CPC-2015. Já em relação à exigência de o acompanhamento ser por *equipe multidisciplinar*, isso, obviamente, somente pode ser exigido *se for o caso*; além de encarecer demais o processo, o caso pode dispensar o conhecimento de vários ramos do conhecimento. O CPC-2015 já havia previsto a possibilidade de equipe multidisciplinar na perícia da interdição (art. 753, §1º, CPC), regra que obviamente se estendia ao momento da entrevista.

CPC-2015	Código Civil (versão original)	Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015)
<p>Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.</p> <p>§ 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.</p> <p>§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.</p> <p>§ 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.</p> <p>§ 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.</p>	<p>Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o argüido de incapacidade.</p>	<p>“Art.1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, e n t r e v i s t a r á pessoalmente o interditando.”</p>

O art. 1.772 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da gradação da interdição e da escolha do curador passou a estar no art. 755 do CPC. Nesse ponto, a Lei n. 13.146/2015, ao alterar a redação do art. 1.772, Código Civil, está em total harmonia com o CPC-2015: é preciso modular a interdição, respeitar as preferências do interditando e promover a escolha de curador que mais bem possa atender aos interesses do interdito.

CPC-2015	Código Civil (versão original)	Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015)
<p>Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:</p> <p>I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;</p> <p>II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.</p> <p>§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.</p> <p>§ 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.</p> <p>§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.</p>	<p>Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.</p>	<p>“Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.</p> <p>Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.”</p>

3. REFERÊNCIAS

- DIDIER Jr., Fredie. “Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, 2º do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 146.
- _____. *Regras processuais no Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. “Da interdição”. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Fredie Didier Jr., Teresa Wambier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.). São Paulo: RT, 2015.
- GODINHO, Robson Renault. “Da admissibilidade e do valor da prova testemunhal”. In: *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Fredie Didier Jr., Teresa Wambier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.). São Paulo: RT, 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5.
- POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro editor, 1906, t. 2.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3.
- THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 531.



DE FOUCAULT A DANIELA ARBEX: O DANO MORAL EM FAVOR DO PACIENTE PSIQUIÁTRICO ASILAR

Luana Horiuchi¹

Resumo: o presente artigo visa analisar a ocorrência do dano moral em favor da pessoa com transtorno mental, em razão da violação aos direitos da personalidade durante a internação em unidades psiquiátricas de caráter asilar. Como recorte do objeto de pesquisa, selecionamos o tratamento dispensado aos internos durante a maior parte do século XX no hospital psiquiátrico Colônia, o maior hospício do Brasil, localizado na cidade de Barbacena, Minas Gerais, tomando por base os relatos de Daniela Arbex em seu livro *Holocausto Brasileiro*.

Palavras-chave: Danos. Direitos da personalidade. Pessoa com transtorno mental. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The following article aims to analyze legal damages in favor of individuals with mental disorder due to violation of personal rights along intern in psychiatric yard. As a leading case, treatment provided to inmates during most of the XX century at Colonia Psychiatric Hospital at Barbacena, Minas Gerais, Brazil's largest asylum, based on Daniela Arbex's reports on her book *Holocausto Brasileiro*.

Keywords: Damages. Personality Rights. Person with mental disorder. Civil responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre direitos da personalidade. 3. Da violação aos direitos da personalidade durante as internações. 4. Responsabilidade civil e dano moral. 5. Conclusões. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

“Há uma fronteira de diferenciação socialmente aceita [...]. Nem todos, entretanto, se encaixam dentro dos limites de tais fronteiras. Esses, que enxergam e interagem com o mundo para além das fronteiras da normalidade, são frequentemente considerados como os anormais”². Assim Maurício Requião

1 Mestranda em Direito pela UFBA. Advogada.

2 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83.

inicia capítulo sobre a análise histórica dos sistemas ocidentais de tratamento do portador de transtorno mental.

Ao longo do tempo, o tratamento da pessoa com transtorno mental, o “louco”, sofreu significativas transformações. Do não-tratamento³, passando pela internação manicomial, até chegar ao atual estágio da adoção de um sistema de saúde pública pautado no tratamento ambulatorial⁴, houve profunda e importante mudança quanto ao tratamento médico dispensado à pessoa com transtorno mental, bem como no tocante ao seu papel na sociedade.

Observa-se, em especial nas mudanças legislativas ocorridas nas últimas duas décadas no Brasil, uma busca por um caminho para assegurar a esse sujeito uma vida com dignidade e autonomia.

Do reconhecimento da pessoa com transtorno mental como um ser humano igual em direitos e igualmente possuidor de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, surge a necessidade de se conferir maior proteção jurídica aos direitos da personalidade desse indivíduo.

Partindo desse objetivo, o presente estudo visa debater a violação aos direitos da personalidade durante internação psiquiátrica da pessoa com transtorno mental, lançando o questionamento acerca da responsabilidade civil das instituições asilares e do Estado, com a conseqüente possibilidade de reparação pecuniária em razão dos danos morais sofridos por esses então pacientes.

Para isso, vale-se o trabalho de três tópicos principais. Em um primeiro momento, apresenta-se ao leitor breves considerações acerca dos direitos da personalidade e sua relação com o princípio da dignidade humana.

No tópico seguinte, tomando por guia a obra da jornalista brasileira Daniela Arbex⁵, o trabalho aborda situações ocorridas no curso do século XX na instituição psiquiátrica conhecida por Colônia, situada na cidade mineira de Barbacena, no que se afiguram enquanto violações aos direitos da personalidade.

3 Ibidem, p.85. “Apesar da visão hoje ainda muito comum que relaciona o portador de transtorno mental com o tratamento asilar, os registros históricos demonstram que tal não se deu desde sempre. É fato que sempre houve sujeitos diferentes, uma vez que, como afirmado, a diferença é traço essencial da humanidade. É certo também que muitas vezes esses sujeitos eram rotulados como anormais. Nenhum desses fatores, entretanto, implicava necessariamente na sua condenação à segregação e isolamento.

É que, nesse primeiro momento, sequer se pensava numa política de saúde mental. Não havia ainda se formado um saber destinado a escrutinar e manter poder sobre o sujeito portador de transtorno mental, de modo que acabavam sendo somente mais um fator que integrava a sociedade. Essa primeira fase, portanto, não se caracteriza por um sistema de tratamento do portador de transtorno mental, mas sim por sua ausência”.

4 Cf. FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. 10.ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

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

Em tópico final, discute-se a responsabilidade civil, dentro do recorte do trabalho, buscando construir resposta sobre a possibilidade de condenação das instituições asilares e do Estado a indenizar pacientes psiquiátricos quando configurada a ocorrência de dano moral em virtude de violação a direitos da personalidade.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme leciona Cristiano Chaves de Farias, “o elemento unificador do direito civil, por século, não foi a pessoa, e sim a propriedade”⁶. Entretanto, observa-se nas últimas décadas uma importante mudança de paradigma no direito civil, ao substituir o patrimonialismo pela tutela da pessoa humana como foco central do sistema civilista, ganhando destaque as dimensões do *ser*, em lugar do *ter*⁷.

Igual entendimento expressa Josiane Coelho Duarte ao afirmar que desde meados do século XX, o ordenamento jurídico brasileiro substituiu o patrimonialismo pelo princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito, reconhecendo o indivíduo como o centro dos direitos juridicamente reconhecidos⁸.

Partindo-se do pressuposto de que é o ser humano o fundamento para o próprio Estado, deve aquele ser a razão dos conteúdos deste, não podendo, pois, ser *objetificado*. De forma que sua vida privada, honra, imagem e moral devem ser preservadas e tuteladas⁹.

Como desdobramento desse movimento de *repersonalização e despatrimonialização* do direito civil, surgem os direitos da personalidade – uma “construção jurídica relativamente recente, fruto dos estudos da doutrina germânica e francesa”¹⁰, especialmente após a Segunda Guerra”¹¹.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil* – volume único. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 179.

7 Ibidem, p. 179-180.

8 DUARTE, Josiane Coelho. *A incapacidade mental da vítima a impede de sofrer danos morais?* Disponível em: <<https://josianeclemente.jusbrasil.com.br/artigos/241794739/a-incapacidade-mental-da-vitima-a-impede-de-sofrer-danos-morais>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

9 DUARTE, Josiane Coelho. *A incapacidade mental da vítima a impede de sofrer danos morais?* Disponível em: <<https://josianeclemente.jusbrasil.com.br/artigos/241794739/a-incapacidade-mental-da-vitima-a-impede-de-sofrer-danos-morais>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

10 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil* – volume único. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 181. “A dignidade humana – como formulação jurídica – e a categoria conceitual dos direitos da personalidade surgiram como a resposta possível que a humanidade – e a própria Alemanha – resolveram dar ao problema. Já vimos bem, com terríveis lentes brutais, aonde categorias neutras formais, duramente positivas podem nos levar. A isso contrapusemos valores e direitos e índole substantivo-material, representados fundamentalmente pelas cláusulas gerais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. O livre desenvolvimento da personalidade há de contar, inegavelmente, com a proteção jurídica”.

11 Ibidem, p. 181.

Afirma Roxana Borges que,

com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade¹².

A partir dessa conceituação, é possível compreender os direitos da personalidade como uma “categoria especial de direito”, por meio dos quais “se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano”¹³.

Afirma Cristiano Chaves que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais. “Por extrapatrimoniais deve-se entender direitos e interesses existenciais, direitos e interesses cujo conteúdo precípua não é o patrimônio, e sim a bela e rica complexidade espiritual, física, intelectual e moral do ser humano”¹⁴.

Para Roxana, o princípio da dignidade da pessoa humana é o próprio alicerce dos direitos de personalidade¹⁵, ao tempo em que estes são forma de materialização daquele princípio¹⁶. A autora lembra ainda que a dignidade da pessoa humana não guarda relação com a capacidade, uma vez que o pressuposto da dignidade é a mera qualidade de humano¹⁷.

Ainda acerca da dignidade humana, aduz Cristiano Chaves que esta “não é apenas um valor, um *a priori*, mas um princípio normativo em permanente processo de construção e desenvolvimento. Não se trata de conceito estático e rígido, mas dinâmico e plural”¹⁸. Prossegue o autor afirmando que

a dignidade é protetiva e promocional. É protetiva no sentido de garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando a sua integridade psicofísica. É promocional, no sentido de viabilizar as condições de vida para que uma pessoa adquira a sua liberdade e possa projetar a direção que queira conceder a sua existência. Como *tarefa* (promoção),

12 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

13 *Ibidem*, p. 20.

14 FARIAS, op. cit, p. 220.

15 BORGES, op. cit, p. 13.

16 *Ibidem*, p. 16.

17 *Ibidem*, p. 16.

18 FARIAS, op. cit, p. 1189.

dela decorrem deveres concretos de tutela por parte de órgãos estatais, assegurando prestações. Trata-se da dimensão positiva (eficácia ativa) da dignidade humana, cuja função é criar condições que possibilitem o pleno exercício da personalidade humana¹⁹.

O código civil brasileiro reservou todo um capítulo para tratar dos direitos da personalidade. Entretanto, inexistiu consenso na doutrina acerca das categorias dos direitos da personalidade, mesmo porque estes constituem uma categoria aberta, inexistindo rol taxativo no ordenamento pátrio, posto representarem expressões do princípio da dignidade humana²⁰.

Como tal discussão não é objeto desta pesquisa, para fins da análise aqui desenvolvida optamos por utilizar a classificação adotada por Orlando Gomes, compreendendo os direitos da personalidade duas categorias: direitos à integridade física e direitos à integridade moral²¹.

Retomaremos o tema no capítulo seguinte.

3. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DURANTE AS INTERAÇÕES PSIQUIÁTRICAS

Com o desaparecimento da lepra na Europa entre os séculos XIV e XVII, como fruto do resultado espontâneo da segregação dos doentes e – em virtude do fim das cruzadas – do rompimento com os focos orientais da infecção, os leprosários tornaram-se estruturas obsoletas. Inicialmente, passaram a ser utilizados para o tratamento dos portadores de doenças venéreas, nova praga que atingiu a Europa em meados do século XVI em lugar da lepra.

Um século após, as construções que antes foram leprosários passam a abrigar também os *loucos*²², mas não só estes, como uma série de outros indivíduos considerados inadequados ao convívio social. Nas palavras de Foucault,

é sabido que o século XVII criou vastas casas de internamento; não é muito sabido que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas por alguns meses. É bem sabido que o poder absoluto fez uso das cartas régias e de medidas de prisão arbitrárias; é menos sabido qual a consciência jurídica que poderia animar essas práticas²³.

Ao descrever a situação do Hospital Geral de Paris em meados de 1656, afirma Foucault que aquele não era um estabelecimento médico, mas sim “uma

19 Ibidem, p. 1189.

20 Ibidem, p. 218.

21 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.158.

22 FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2014, p.3-8.

23 Ibidem, p. 48.

estrutura semijurídica, uma espécie de entidade administrativa que, ao lado dos poderes já constituídos, e além dos tribunais, decide, julga e executa”²⁴.

Requião relaciona também à Revolução Industrial esse primeiro movimento de segregação, posto que a Revolução “faz surgir, principalmente nos grandes centros urbanos, uma massa de desocupados. A mendicância errante dos desempregados se une àquela dos loucos, criando uma massa de sujeitos indesejáveis socialmente”²⁵.

Assim, tem-se que, ao final do século XVIII, surge em toda a Europa a ordem clássica que é o internamento²⁶. De início, a segregação dessa massa de relegados ocorria tanto nos hospitais quanto nas prisões e casas de internamento, unindo assim, “entre os mesmos muros os condenados de direito comum, jovens que perturbavam o descanso de suas famílias (ou que lhes dilapidavam os bens), vagabundos e insanos”²⁷.

Partindo dos relatos de Foucault acerca do surgimento das internações em instituições asilares no século XVII na Europa, até as experiências reproduzidas em obra de Daniela Arbex²⁸ sobre o funcionamento do hospital psiquiátrico Colônia durante grande parte do século XX, evidencia-se que, muito embora o lapso temporal de três séculos entre as histórias relatadas, poucas foram as mudanças quanto o tratamento dispensado aos internos e as inúmeras violação aos direitos da personalidade.

Historicamente, as internações psiquiátricas em instituições totais²⁹ surgiram não com intuito de oferecer aos doentes tratamento médico especializado, mas como política higienista. No próprio Colônia, cerca de 70% dos internos não sofriam de qualquer espécie de doença mental³⁰, a instituição “tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos”³¹.

A título de exemplos, passa-se a analisar os direitos da personalidade que mais sofreram violações quando das internações no hospital Colônia.

24 Ibidem, p. 50.

25 REQUIÃO, op. cit., p. 88.

26 FOUCAULT, op. cit., p. 55.

27 Ibidem, op. cit., p. 55.

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

29 Termo cunhado por Erving Goffman, em apertada síntese, instituições totais são as que buscam o controle sobre os indivíduos que nela se encontram. Cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

30 ARBEX, op. cit., p. 25.

31 Ibidem, op. cit., p. 26.

Conforme alhures ventilado, como forma de facilitar a organização do tema dentro do recorte proposto, adota-se no presente trabalho a divisão dos direitos da personalidade em duas categorias: direitos à integridade física e direitos à integridade moral (psíquica).

O direito à integridade física corresponde à tutela jurídica do corpo humano, estando este vivo ou morto, considerado em seu todo ou em partes, posto que integra a personalidade civil e se caracteriza como coisa fora do comércio (*extra commercium*)³².

Conforme lição de Cristiano Chaves sobre a tutela da integridade física no tocante aos direitos da personalidade, esta “é tratada fundamentalmente sob três aspectos: a) tutela do corpo vivo; b) tutela do corpo morto; c) autodeterminação do paciente”³³.

Nos relatos que se expõe, entretanto, torna-se absolutamente indissociável a violação à integridade física e à integridade moral. Fome, sede, frio, ausência de assistência médica, castigos físicos, estupros compunham o triste quadro dos pacientes psiquiátricos do hospital Colônia.

Iniciando pela tutela do corpo vivo, dispõe o art. 13 do código civil pátrio que, salvo por exigência médica e para fins de transplantes – quando observadas as exigências legais, “é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”³⁴. Entretanto, alguns internos do Colônia eram obrigados a doarem sangue aos internos mais debilitados³⁵, em especial os lobotomizados.

Regra do art. 15 do Código Civil estabelece ainda que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica³⁶. Ao arrepio da lei, ou de qualquer mínimo senso de respeito à vida, os internos do Colônia sofriam toda sorte de agressões.

Os eletrochoques – eletroconvulsoterapia – eram indiscriminadamente aplicados, sem nenhum tipo de anestesia, com características que mais se assemelhavam à tortura. O *tratamento* era utilizado com tal recorrência que a rede elétrica da cidade muitas vezes não aguentava a carga. Muitos morriam, outros sofriam fraturas graves em razão das contrações musculares. “O tratamento de choque e o uso de medicações nem sempre tinham finalidades terapêuticas, mas de contenção e intimidação”³⁷.

32 FARIAS, op. cit, p. 188.

33 Ibidem, op. cit, p. 188.

34 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.

35 ARBEX, op. cit, p. 51.

36 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.

37 ARBEX, op. cit, p. 35.

Durante os períodos de maior lotação do hospital, eram computados cerca de 16 óbitos diariamente, causados pelo frio, subnutrição, falta de higiene e de atendimento médico³⁸.

Quanto à tutela do corpo morto, muito embora disponha o mesmo diploma legal no caput do art. 14 que “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”³⁹, regra qualquer era observada ou cumprida nesse sentido. Pontue-se que, apenas entre os anos de 1969 e 1980, mais de 1853 corpos de internos foram vendidos pelo Colônia para faculdades de medicina do país.

“No pátio interno da faculdade havia dezenas de cadáveres espalhados pelo chão em grotescas posições. Parecia que um maníaco sexual havia passado por ali. Os corpos das mulheres, com as saias ou camisolas erguidas, pernas abertas, desnudando sua intimidade. Os homens, com as calças e cuecas – sujas umas, imundas outras – baixadas”⁴⁰.

Quando a oferta de corpos passou a ser maior que a procura pelas faculdades, os cadáveres passaram a ser “descompostos em ácido, na frente dos pacientes, dentro de tonéis que ficavam no pátio do Colônia. O objetivo era que as ossadas pudessem, então, ser comercializadas”⁴¹.

Aos internos do Colônia “a nudez não era uma opção”, visto que “muitas roupas eram peças únicas, por isso, no dia em que elas eram recolhidas para a lavanderia, o interno não tinha o que vestir”⁴². Em uma instituição onde o próprio direito à vida não era respeitado, não causa qualquer estranheza a inobservância do direito ao recato, à intimidade, à privacidade ou à reserva.

Nos campos de concentração nazistas, um dos primeiros direitos que o prisioneiro perdia era o de ser chamado pelo nome. Enfatiza Cristiano Chaves que, se uma das funções do nome é a formação dos caracteres psicológicos, retirar-lhe o próprio nome é uma forma de desumanizar, despersonalizar o indivíduo, prejudicar sua autoidentificação⁴³.

Tal direito encontra-se legalmente consagrado no art. 16 do código civil, o qual dispõe que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Os internos do hospital Colônia, porém, não eram *pessoas*, e assim não sendo consideradas, eram despojadas também de sua identificação pessoal, familiar e social.

38 Ibidem, p. 76.

39 BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.

40 ARBEX, op. cit, p. 72.

41 Ibidem, p. 78.

42 Ibidem, passim.

43 FARIAS, op. cit, p. 203.

Os pacientes do Colônia eram explorados ainda como mão de obra no conserto de vias públicas, limpeza de pastos, lavoura, preparação de doces e venda de roupas. Os valores arrecadados destinavam-se sempre à instituição, nunca aos seus internos.

Em razão das inúmeras lesões a toda espécie de direitos da personalidade, defende Requião que as internações, quando efetivamente necessárias, não podem ocorrer “em instituições que tenham características asilares, desrespeitadoras da dignidade dos portadores de transtorno mental”⁴⁴,

as leituras realizadas sobre os abusos ocorridos nesta parte da história, confessa-se, não são feitas sem que se fique com uma marca na alma. Ainda que não se trate de uma história sobre vilões, o abuso de poder e o tratamento do ser humano portador de transtorno mental como algo inferior na escala evolutiva, deixaram uma marca indelével na história da humanidade. Foi e é aterrador o papel destas instituições totais⁴⁵.

Dos relatos encontrados na obra de Arbex, nota-se evidente a constante violação aos direitos à liberdade e à honra. Entretanto, dos direitos da personalidade, parece-nos que o mais vilipendiado foi o direito à integridade moral.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

Hodiernamente, a existência do instituto do dano moral e o cabimento de indenização quando de sua ocorrência é tema assentado na doutrina e direito assegurado constitucionalmente pelos incisos V e X do art. 5º da Carta Magna de 1988⁴⁶, bem como pelo art. 186 do Código Civil⁴⁷ pátrio. Mesmo à pessoa jurídica é reconhecida a possibilidade de sofrer dano moral, bem como o direito à sua reparação, visto que os supracitados incisos da Carta Magna não distinguem pessoa física da jurídica. No atual contexto, a reparação civil revela um duplo caráter, posto que, além de buscar compensar a dor da vítima através do ressarcimento, possui também função punitiva, desestimulando o agressor a repetir o ato lesivo⁴⁸. Já Cristiano Chaves defende a existência ainda de uma função precaucional⁴⁹.

Enquanto Miguel Reale divide o dano moral em duas espécies: dano moral objetivo, o qual atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive;

44 REQUIÃO, op. cit, p. 198.

45 Ibidem, p. 198.

46 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

47 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.

48 PEREIRA, Caio Mário da Sila. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 62.

49 FARIAS, op. cit, p. 62.

e dano moral subjetivo, que compreenderia o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento⁵⁰, Arnaldo Rizzardo prefere classificar o dano moral em quatro espécies, sendo a primeira “o dano que representa a privação ou diminuição de um valor precípuo da vida da pessoa, e que revela-se na ofensa à paz, à tranquilidade de espírito, à liberdade individual”; a segunda espécie consistiria no “dano que alcança a parte social do patrimônio moral, atingindo a personalidade, ou a posição íntima da pessoa consigo mesma, como a honra, a estima, o apreço, a consideração, a reputação, a fama”; como terceira espécie, “o dano que atine o lado afetivo, ao estado interior, exemplificado na dor, tristeza, saudade, no sentimento”; e, por fim, uma quarta espécie que, embora sendo dano moral, teria “influência no patrimônio, e que envolve a conceituação íntima relacionada ao aspecto ou postura física externa, com prejuízos para a beleza, a aparência, a postura, a simetria corporal, e aí se encontram a cicatriz, o aleijão, a deformidade”⁵¹.

Já Maria Helena Diniz conceitua o instituto como a “lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”⁵².

Embora tema exaustivamente debatido pela doutrina, é ainda possível perceber a persistência da dificuldade dos doutrinadores na construção de um conceito completo, posto que tendem a conceituar o instituto partindo de um conceito negativo, ou seja, dano moral será todo dano que *não implique* em prejuízo de cunho material.

Para Carlos Alberto Bittar, os danos morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado⁵³.

Com frequência, autores tendem a citar alterações do estado anímico no próprio conceito do dano moral, v.g. Bittar. Entretanto, é pacífico na doutrina que elementos como dor, sofrimento, vexame, abalo emocional, aflição, entre outras alterações de cunho psicológico, são *consequências* do dano moral, e não sua causa, de modo que pode ocorrer ofensa à dignidade da pessoa humana sem que exista dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem, no entanto, violação da dignidade⁵⁴.

50 REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

51 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.236-237.

52 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.108.

53 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

54 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p.101.

Neste trabalho, optou-se por adotar como definição de dano moral o conceito de Maria Helena Diniz, a qual sintetiza o instituto como sendo a “lesão ao direito da personalidade”⁵⁵.

Enquanto lesão a direito da personalidade, já não paira dúvida acerca da possibilidade de configuração do dano moral em relação àquelas pessoas com prejudicado ou ausente discernimento e percepção da realidade, tais como os nascituros, os comatosos e as pessoas com transtorno mental⁵⁶.

Contrariando o entendimento jurisprudencialmente consolidado a respeito da pessoa com transtorno mental ser passível de ser vítima de dano moral, no ano de 2011 o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou sentença para excluir condenação de uma instituição financeira a indenizar cliente portador de demência⁵⁷ sob alegação de que não haveria dano moral sem dor, padecimento ou sofrimento.

O autor, curatelado, sofrera saques indevidos na sua conta bancária. Ajuizada a ação de ressarcimento por danos materiais e morais em face da instituição financeira, o magistrado sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o banco ao pagamento dos danos morais e materiais, este consistindo na restituição dos saques indevidos realizados.

Interposta apelação pelo banco, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais por dar parcial provimento ao recurso para excluir da condenação a indenização referente aos danos morais, sob alegação de que não houve experimentação de dano, uma vez que o autor, em razão de sua diagnosticada demência, nem sequer tomou ciência da ocorrência dos saques, não sendo submetido a qualquer aborrecimento ou constrangimento em razão da conduta da instituição financeira.

Interposto recurso especial, instaurou-se controvérsia no âmbito do tribunal superior se o autor incapaz seria passível ou não de sofrer dano moral, em razão de sua ausência de discernimento e percepção da realidade.

No ano de 2015, em deslinde do feito, proferiu voto o Min. Luís Felipe Salomão, relator, asseverando que a configuração do dano moral ocorre por violação a direito da personalidade, independentemente da capacidade cognitiva da vítima, vez que dor e padecimento são apenas resultado do dano, e não

55 DINIZ, op.cit, p. 111.

56 Pessoas com transtorno mental tão somente aquelas com importante prejuízo da percepção da realidade. Conforme já pontuado ao leitor.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.245.550 - MG (2011/0039145-4)*, Recorrente: Ministério Público Do Estado De Minas Gerais, Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, D.J 16 abr. 2015. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2017

o dano em si. Em seu voto, asseverou o relator que a ofensa aos direitos da personalidade constitui o fundamento do dano moral.

Para fins do objeto deste estudo, nenhuma diferença faz o grau de alienação do paciente psiquiátrico asilar, uma vez que o cerne do dever de indenizar reside na violação aos direitos da personalidade.

Prevê a Constituição Federal de 1988, no § 6º do seu art. 37, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público pelos danos causados a terceiros por seus agentes. Embora a existência de preceito constitucional a descortinar o tema, não pretende o presente artigo debruçar-se sobre a questão da responsabilidade civil do Estado quanto ao seu dever de observar o respeito e a segurança à integridade física e moral daqueles indivíduos sob sua tutela – no caso das instituições asilares públicas como o Colônia.

Assim, reserva-se momento posterior à análise da obrigação do Estado de Minas Gerais em indenizar os sobreviventes do Colônia – lesados diretos – bem como familiares dos internos mortos – lesados indiretos por dano reflexo ou dano em ricochete.

5. CONCLUSÃO

A partir dos ensinamentos de Foucault sobre o lento processo histórico de transformação do tratamento médico dispensado à pessoa com transtorno mental, passando pelo surgimento do modelo de internação em instituição asilar, chega-se ao tão recente e emblemático caso do hospital Colônia, maior hospício do Brasil.

Abrigando na década de 1960 cerca de cinco mil internos, em local inicialmente projetado para duzentos pacientes, entre relatos de fome, frio, torturas, ausência de critérios médicos para as internações e cerca de 60 mil pessoas mortas no curto espaço de cinco décadas, a história do hospital Colônia mostra de forma crua o quanto o ser humano pode ter vilipendiada a sua dignidade.

Cadáveres e vivos possuíam distinta relevância, aqueles valendo muito mais que estes. Posto que, enquanto o corpo morto do paciente poderia ser vendido, o indivíduo vivo não traduzia qualquer valor humano, em uma lógica completamente distorcida que demonstra o processo de *coisificação* da pessoa.

Da análise das ponderações dos principais autores, Foucault e Daniela Arbox, constata-se que desde a idade clássica até boa parte do século XX, a internação em instituição asilar foi utilizada não como forma de tratamento médico, mas sim como técnica de higienização social, excluindo do convívio com os

normais o sujeito que não se adequa às normas e padrões socialmente impostos, o indivíduo estigmatizado conceituado por Goffman.

Como resultado do processo de segregação do modelo asilar, tem-se a cronificação dos transtornos mentais, e se inviabiliza o exercício da dignidade da pessoa humana.

Com o movimento da reforma psiquiática, buscou-se a substituição daquele modelo de tratamento excludente pelo tratamento ambulatorial, como forma de reinserir o indivíduo no contexto social, buscando-se, paulatinamente, a promoção da personalidade e vida digna da pessoa com transtorno mental.

Muito embora a beleza do discurso de proteção dos grupos vulnerados e da utilização da reparação civil como forma de reafirmação dos direitos essenciais negados por tantos séculos, a ideia de indivíduo vulnerado ultrapassa a imagem do *louco* e atravessa o tempo até os dias atuais. Reclusos em presídios, hospitais, manicômios, ou simplesmente sobrevivendo à margem da sociedade, os vulnerados permanecem diuturnamente com seus direitos violados.

Considerando, em paralelo, a mudança de foco do direito civil nas últimas décadas, substituindo o patrimonialismo pela tutela da pessoa humana, observa-se então a necessidade de se utilizar da condenação ao ressarcimento por danos morais como meio de reparar as violações aos direitos da personalidade dos grupos vulnerados – aqui, as pessoas com transtornos mentais – bem como de se utilizar da função punitiva e precaucional da reparação civil na tentativa de se evitar que situações como a do Colônia voltem a ocorrer, compelindo o Estado e suas instituições ao oferecimento de tratamento respeitável e não degradante.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *A evolução do conceito de dano moral*. In Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, 2008.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.245.550 - MG (2011/0039145-4)*, Recorrente: Ministério Público Do Estado De Minas Gerais, Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, DJ 16 abr. 2015. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2017
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DUARTE, Josiane Coelho. *A incapacidade mental da vítima a impede de sofrer danos morais?* Disponível em: <<https://josianeclemente.jusbrasil.com.br/artigos/241794739/a-incapacidade-mental-da-vitima-a-impede-de-sofrer-danos-morais>>. Acesso em: 05 mar. 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – volume único*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2014.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Sila. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRIMEIRAS ANÁLISES SOBRE O SISTEMA DE (IN)CAPACIDADES, INTERDIÇÃO E CURATELA PÓS ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antonio Lago Júnior¹

Amanda Souza Barbosa²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo geral analisar os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015 na teoria das incapacidades, interdição e curatela de pessoas com deficiência de ordem psíquica. Foram traçados os seguintes objetivos específicos: a) apresentar a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e as mudanças efetuadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades; b) analisar a teoria das incapacidades a partir do CC/1916, passando-se pelo CC/2002 pré-reforma e as críticas doutrinárias que já vinham sendo efetuadas quanto à teoria das incapacidades; c) avaliar as mudanças no processo de interdição engendradas pelo CPC/2015. Com isto, pretende-se apresentar uma primeira análise a respeito das alterações provocadas pelos diplomas legais mencionados.

Palavras-chave: Teoria das incapacidades; interdição; curatela; deficiência mental; processo civil.

Abstract: This article aims to analyze the impacts of the Person with Disabilities Act and the 2015 Code of Civil Procedure on the theory of disabilities, interdiction and representation of people psychic disability. The following specific objectives were set: a) presenting the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the changes made by the People

- 1 Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Salvador (UNIFACS) e dos cursos de pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Estácio de Sá (CERS). Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. É membro do Conselho de Orientação Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC (ThomsonReuters-Revista dos Tribunais) e membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Ocupa o cargo de Procurador do Estado da Bahia. Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria da Relação Jurídica Processual Contemporânea (UFBA). Advogado. alagojr@lagoesarno.com.br
- 2 Doutoranda em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria da Relação Jurídica Processual Contemporânea (UFBA). Pesquisadora e Advogada. barbosa.asb@hotmail.com

with Disabilities Act in the theory of disabilities; b) analyzing the theory of disabilities from the 1916 and 2002 Civil Codes, before the reform, and doctrinal considerations that had already been made about the theory of disabilities; c) evaluating the changes in the interdiction process engendered by the 2015 Civil Procedure Code. Therefore, an initial analysis about the changes caused by the mentioned legislation is presented.

Keywords: Disabilities theory; interdiction; representation; mental disability; civil procedure.

Sumário: 1 Introdução; 2 O estado da arte do regime de (in)capacidades, interdição e curatela no Brasil; 2.1 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: suas premissas e impactos na tutela jurídica da capacidade legal das pessoas com deficiência; 2.2 Estatuto da Pessoa com Deficiência: mudanças na teoria das incapacidades, interdição e curatela; 2.3 O novo Código de Processo Civil e questões de direito intertemporal; 3 Análise das mudanças provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto à capacidade civil, interdição e curatela de pessoas com sofrimento psíquico; 3.1 Capacidade de direito e de fato: do CC/1916 ao CC/2002; 3.2 Crítica à generalidade e abstração do rol de incapazes e dificuldades práticas em sua aplicação; 3.3 Estatuto da Pessoa com Deficiência: novo paradigma, novas (e melhores?) soluções; 4 O processo de interdição do Código de Processo Civil de 2015; 4.1 Análise comparativa do CPC/1973 e CPC/2015 quanto ao processo de interdição; 4.2 Ampliação do rol de legitimados para promover a ação de interdição; 4.3 Considerações sobre a entrevista – antigo interrogatório – do interditando; 5 Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dispensa comentários o profundo impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) e do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) na teoria das incapacidades, interdição e curatela de pessoas com deficiência de ordem psíquica. Portanto, esse trabalho tem como objetivo geral analisá-los, reunindo-se as perspectivas do Direito Civil e Processual Civil. Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos, correspondentes a cada um dos itens de desenvolvimento: a) apresentar a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e as mudanças efetuadas pelo EPCD na teoria das incapacidades; b) analisar a teoria das incapacidades a partir do Código Civil de 1916 (CC/1916), passando-se pelo CC/2002 pré-reforma e as críticas doutrinárias que já vinham sendo efetuadas quanto à teoria das incapacidades; c) avaliar as mudanças no processo de interdição engendradas pelo CPC/2015.

Cada item de desenvolvimento foi subdividido em três subitens, da forma como apresentado a seguir. No primeiro deles, passou-se pelas premissas da CDPD e suas disposições sobre a capacidade legal das pessoas com deficiência; pelas mudanças provocadas pelo EPCD no ordenamento jurídico brasileiro ao intentar regular a Convenção referida; e análise dos conflitos de direito intertemporal entre o EPCD e CPC/2015. No segundo item de desenvolvimento, as alterações

do EPCD no âmbito da teoria das incapacidades foram analisadas de forma mais detida. Resgatou-se a teoria das incapacidades no CC/1916, suas transformações até a atualidade e as críticas doutrinárias realizadas nesse período.

No terceiro e último item do desenvolvimento, passou-se a analisar as modificações no processo de interdição inauguradas pelo CPC/2015. Além de uma análise comparada entre o novel Código de Ritos e o CPC/1973, foram destacadas as problemáticas em torno da legitimidade ativa e da entrevista, antigo interrogatório do interditando. Com isto, pretende-se pontuar as alterações provocadas pelos diplomas legais mencionados, analisando-se as suas possíveis vantagens e desvantagens. Espera-se contribuir com a doutrina pátria para que as eventuais divergências e lacunas sejam superadas, extraindo-se da norma toda a sua potencialidade, em consonância com a ordem constitucional e com a lei civil.

2. O ESTADO DA ARTE DO REGIME DE (IN)CAPACIDADES, INTERDIÇÃO E CURATELA NO BRASIL

A CDPD da ONU integra um segundo momento da teoria dos direitos humanos, no qual proliferaram documentos internacionais vocacionados a grupos especiais. Piovesan observa que os primeiros instrumentos internacionais a respeito, a partir da Declaração Universal em diante, ainda se referiam a uma igualdade genérica e abstrata. Já os instrumentos que integram o sistema especial de proteção vão além da concepção formal e abstrata de igualdade, no intuito de alcançar uma igualdade material e substantiva em sua dupla dimensão: redistribuição e reconhecimento de identidades³.

A Convenção é datada de 30 de março de 2007. Foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009 por quórum especial, nos moldes do § 3º do art. 5º da Constituição. Portanto, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional. Como se verá, esse diploma internacional inaugura o reconhecimento da capacidade de agir das pessoas com deficiência, seja ela física, psíquica ou intelectual, provocando um forte impacto no sistema civil de incapacidades⁴. A seguir, esses aspectos serão explorados, assim como

3 PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 18.

4 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jáder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 373. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50de ea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

sua regulação pelo EPCD e conflitos deste com o CPC/2015, no tocante aos aspectos de direito intertemporal.

2.1. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: suas premissas e impactos na tutela jurídica da capacidade legal das pessoas com deficiência

Já em seu preâmbulo, a CDPD reforça que deve ser garantida a todas as pessoas com deficiência, inclusive aquelas que requerem um maior apoio, o exercício pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais. É destacada, ainda, a importância de sua autonomia e independência individuais, a exemplo da liberdade para fazer as próprias escolhas. Sinaliza-se, também, embora reconheça que seja um conceito em evolução, o que se entende por deficiência: resultado da interação entre pessoas com deficiência e barreiras oriundas do ambiente que as impedem de participar de forma plena e efetiva da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁵.

Por sua vez, o conceito de pessoa com deficiência adotado pelo art. 1º da Convenção reflete uma mudança na percepção do corpo com impedimentos. Ele deixa de ser meramente um problema médico e passa a ser percebido como o resultado da opressão oriunda do binômio normalidade/anormalidade⁶. A deficiência não é resultado, apenas, de doenças e lesões identificadas por uma perícia biomédica, mas sim da relação de desigualdade oriunda de um ambiente que impõe uma série de barreiras ao corpo com impedimentos⁷ e que, portanto, passa a ser aferida a partir de critérios biomédicos e de direitos humanos. Diniz, Barbosa e Santos identificam que a ONU adotou como premissa o modelo social de deficiência, instrumento importante para a promoção da igualdade entre deficientes e não deficientes⁸.

5 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 23-24.

6 Segundo o referido art. 1º da CDPD, “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 26.

7 Essa perspectiva já se encontrava presente na Convenção de Guatemala, ratificada pelo Brasil em 2001. ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 104, v. 962, p. 65-80, dez. 2015. p. 70-71.

8 DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2016. p. 65-67.

A CDPD traz diversas diretrizes, desde questões sobre educação e acessibilidade, até discriminação e igualdade de gênero. Para o objeto deste trabalho, as considerações irão se concentrar em um de seus princípios (art. 3º, “a”): “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Nesse campo, a devida compreensão do art. 12 é fundamental. De acordo com ele, fica assentado que as pessoas com deficiência: a) devem ser reconhecidas como pessoas perante a lei; e b) gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida⁹.

Cabe, assim, aos Estados Partes promover medidas de acesso ao apoio que necessitem ao exercício de sua capacidade legal. Tais medidas devem contar com mecanismos de prevenção de abusos, respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, além de resguardá-las de influências indevidas. Devem, ainda, ser aplicadas pelo período mais curto possível e submetidas a revisão regular¹⁰. Por isso mesmo, Menezes e Carvalho, mesmo antes da publicação do EPCD, já afirmava que a curatela deve ser medida excepcional, adotada apenas quando o indivíduo necessitar de auxílio para realizar os atos da vida civil que não poderia realizar por si só. Destaque-se, nesse ínterim, a especial proteção à esfera personalíssima da pessoa com deficiência¹¹.

Pensando-se no ordenamento jurídico brasileiro ao tempo em que a Convenção sob análise lhe foi incorporada, tem-se que já havia o reconhecimento das pessoas com deficiência como pessoas perante a lei. No Direito Civil, cite-se o art. 2º do CC/2002, que atribui personalidade jurídica a todo aquele nascido com vida, salvaguardados os direitos do nascituro desde a concepção. O segundo momento do art. 12 da CDPD é mais problemático: afirma-se a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. Diz-se que é problemático porque, no Brasil e em diversos países de tradição romano-germânica, como se sabe, há duas espécies de capacidade: de direito e de fato¹².

-
- 9 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 85.
- 10 BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 85.
- 11 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jäder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 375-376. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- 12 A partir de uma leitura sistemática do dispositivo, parece que o termo “capacidade legal” se refere à capacidade de direito. Esta, referente à aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações, é

Menezes explica que a Convenção tem como premissas a máxima *in dubio pro capacitas* e o princípio de intervenção mínima. O regime de direito protetivo deixa de ser pautado na substituição de vontades. Sendo assim, o foco está no discernimento necessário, e não no mero diagnóstico de uma deficiência psíquica. Deve-se observar que o discernimento necessário à prática de atos patrimoniais não é o mesmo para a prática de atos existenciais¹³. A primeira demanda informações técnicas, enquanto a segunda se relaciona com o próprio modo de ser do indivíduo. Por isso, a autora em questão entende salutar a restrição da curatela aos atos de caráter negocial, como se verá no item a seguir¹⁴.

A avaliação do discernimento e análise dos casos de interdição – uma das medidas de apoio para exercício da capacidade legal – deve ser pessoal e casuística, observando-se o devido processo legal. Deve-se levar em consideração, ainda, que cabe à pessoa o controle de sua própria vida, ainda que venha a adotar comportamentos que seriam incompatíveis com seus interesses fundamentais. Menezes cita, a título de exemplo, o fumar. O mais importante é permitir a todo indivíduo a condução de sua própria vida, da forma mais íntegra e autêntica possível¹⁵. A seguir, será explorado como o EPCD regulou esse aspecto da Convenção, sobretudo seu impacto na teoria das incapacidades.

2.2. Estatuto da Pessoa com Deficiência: mudanças na teoria das incapacidades, interdição e curatela

De acordo com os arts. 6º e 84 do EPCD, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa e fica assegurado o exercício de sua capacidade legal

atribuída a toda e qualquer pessoa. Contudo, a percepção de que algumas pessoas apresentavam determinadas dificuldades para exercer seus direitos e travar relações jurídicas sem o apoio de terceiros, fez surgir a categoria da capacidade de fato ou de exercício. Esta, sim, é variável, sendo subdividida em incapacidade absoluta e incapacidade relativa. As especificidades técnicas do instituto serão abordadas mais adiante. Por ora, cabe apontar que o próprio art. 12, ao se referir a mecanismos de apoio para o exercício da capacidade legal, parece ratificar a interpretação aqui proposta e a ser retomada ao longo deste trabalho.

- 13 A doutrina já se atentava para essa diferença, como pode ser verificado pelo Enunciado nº 138 do CJF: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.
- 14 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016. p. 9.
- 15 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016. p. 14-15.

em igualdade de condições com as demais pessoas. Para Stolze, deixa-se claro que a deficiência, *per si*, não afeta a plena capacidade, ainda que o indivíduo precise recorrer a institutos assistenciais e protetivos, a exemplo da tomada de decisão apoiada e da curatela. Ter-se-ia, portanto, que a pessoa com deficiência é legalmente capaz, mesmo que não exerça os direitos postos à sua disposição de forma plena. O objetivo do novel diploma legal é desfazer a associação necessária entre deficiência e incapacidade¹⁶.

Para tanto, foram engendradas importantes mudanças no regime de incapacidades do Código Civil (CC). Desde a entrada em vigor do EPCD¹⁷, somente são considerados absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. Tartuce indica que, não havendo mais absolutamente incapazes maiores de idade, não há que se falar em interdição absoluta¹⁸. Por sua vez, serão relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, as pessoas que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente¹⁹, e os pródigos. Observe-se que foram retiradas dos dispositivos toda e qualquer menção à deficiência mental²⁰.

-
- 16 STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 07 mar. 2016. p. 1.
- 17 Para Lôbo, a rigor, a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência já havia derogado o CC, retirando as pessoas com deficiência mental do rol de absolutamente incapazes. LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Consultor jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficien-cia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 18 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*, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 19 A penúltima hipótese de incapacidade relativa (i.e., as pessoas que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente) pertencia, originariamente, ao rol dos absolutamente incapazes. Esse deslocamento tem recebido críticas da doutrina. Para Stolze, dever-se-ia manter essa situação entre os absolutamente incapazes ou criar um dispositivo autônomo para regular a situação (STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 07 mar. 2016. p. 1.). Correia menciona que o relativamente incapaz deverá ser assistido na prática dos atos da vida civil em geral, ou seja, o ato deverá ser praticado pelo incapaz e seu assistente, em conjunto. Nesse caso, isso não é possível. Por isso, aponta que será forçoso aceitar uma hibridização dos institutos, ou seja: admitir hipótese de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz (CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Consultor Jurídico*, 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 07 mar. 2016).
- 20 Decomain salienta que o fato das pessoas com deficiência mental não serem havidas por incapazes de acordo com o EPCD não implica em que sempre poderão praticar pessoalmente todos os atos da vida civil. Além da possibilidade de que a enfermidade provoque a impossibilidade de exprimir sua própria vontade, circunstância prevista no art. 4º do CC/2002, também deverão ser considerados

A curatela passou a ser uma medida extraordinária e restrita a atos de natureza patrimonial e negocial, como explicita o art. 85 do EPCD. Lôbo chega a afirmar que o estatuto sob análise pôs fim à interdição: “Assim, não há que se falar mais de ‘interdição’, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador”²¹. Stolze esclarece que o procedimento de interdição ou curatela continua existindo, inclusive sofreu mudanças importantes no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a serem pontuadas e analisadas mais adiante.

Além de medida excepcional, Pereira refere que a curatela assume o perfil de medida protetiva, e não de interdição do exercício de direitos²². Enquanto medida protetiva e extraordinária, a determinação da curatela deve conferir maior relevo às circunstâncias pessoais do curatelado, em decisão fundamentada, e deve durar o menor período possível²³. Requião esclarece que a pessoa com deficiência poderá ser submetida ao regime da curatela. Logo, as pessoas com deficiência não mais estão sujeitas à curatela, poderão estar. A regra passa a ser a garantia do exercício da capacidade legal em igualdade de condições com os demais sujeitos. Somente foi afastada a condição de incapaz, operando-se a dissociação entre transtorno mental e incapacidade necessária²⁴.

O EPCD inseriu a possibilidade de curatela compartilhada, prevista no art. 1.775-A do CC. Fica permitida, portanto, a nomeação de mais de um curador. Em caso de divergência entre eles, o juiz deverá decidir, assim como ocorre na guarda compartilhada²⁵. Mesmo antes da reforma, Loureiro aponta a existência de julgados conferindo a curatela compartilhada de pessoa com síndrome

relativamente incapazes aqueles cujo discurso seja dissonante da realidade por força de alucinações ou delírios. DECOMAIN, Pedro Roberto. Incapacidade civil, interdição e tomada de decisão assistida: Estatuto da Pessoa com Deficiência e novo CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 94-104, out. 2015. p. 96-97.

- 21 LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Consultor jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 22 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 23 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016. p. 18.
- 24 REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 25 STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 07 mar. 2016. p. 1.

de Down aos seus pais e irmãos. Cita, como exemplo, o Agravo de Instrumento nº 0089340-38.2012.8.36.0000, julgado pelo TJSP²⁶. Para a autora, o objetivo é conferir à pessoa com deficiência sua plena proteção por todos os membros de sua família. Na falta de algum familiar, ela não ficaria desprotegida²⁷.

Além de delinear novos contornos à curatela, o EPCD disponibiliza um novo instituto: a tomada de decisão apoiada. De acordo com o art. 1.783-A do CC/2002, trata-se de processo em que a pessoa com deficiência elege duas pessoas idôneas para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. As pessoas eleitas devem manter vínculos e gozar da confiança do solicitante. Seu papel é fornecer elementos e informações necessárias para que o solicitante possa exercer a sua capacidade. Tal processo ostenta natureza de jurisdição voluntária e é de competência das varas de família. Caberá a juiz, ao longo do procedimento, ouvir o MP, o requerente e as pessoas por ele indicadas²⁸.

A indicação dos apoiadores será homologada judicialmente. O pedido, a ser formulado em conjunto pela pessoa com deficiência e apoiadores indicados, deve ser acompanhado de termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido, prazo de vigência e compromisso dos apoiadores em respeitar a vontade, direitos e interesses da pessoa apoiada, por todos eles subscrito. Trata-se de instituto que se aproxima da assistência, mas que com ela não se confunde, na medida em que o sujeito não é considerado incapaz²⁹.

A despeito do art. 12 da CPCP prever que as medidas de apoio ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência devem ser submetidas a

26 “*Curatela compartilhada. Interdição. Interdito portador de Síndrome de Down. Inexistência de bens* - Para o desenvolvimento do portador da Síndrome de Down, e sua inserção na sociedade e no próprio mercado de trabalho, exige-se muito mais do que vencer o preconceito e a discriminação, mas a dedicação incansável de pais e irmãos na educação e estimulação, desde o nascimento, e o acompanhamento em cursos e atividade especiais, e os cuidados perenes, havendo atualmente sobrevivida até os 50 anos, mas com uma série de problemas, como o Mal de Alzheimer, de forma, até a recomendar, no caso específico, que a curatela seja compartilhada entre os genitores, e, eventualmente, pelos irmãos - Divergências podem surgir, como, também, ocorrem no exercício do poder familiar e da guarda compartilhada, e se for necessário, caberá ao juiz dirimir a questão Ausência de vedação legal, recomendando-a a experiência no caso concreto Recurso parcialmente provido. (TJSP, AI 0089340-38.2012.8.36.0000, São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 02.10.2012, rel. Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

27 LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Curatela compartilhada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 15, v. 60, p. 279-290, out.-dez. 2014. p. 287-288.

28 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016. p. 16-18.

29 REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

revisão regular por autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial, tal previsão não foi aprovada na versão final do EPCD. Perdeu-se a oportunidade de viabilizar um maior controle sobre as medidas concedidas, sobretudo porque vocacionadas à provisoriedade. O CPC/2015, por exemplo, imputa ao curador a promoção da autonomia do curatelado. Sem um mecanismo de revisão sistemática, torna-se frágil o acompanhamento de sua observância. No item seguinte, ver-se-á que também o CPC/2015 trouxe mudanças em relação ao processo de interdição, o que gerou conflitos com o EPCD em termos de direito intertemporal.

2.3. o novo Código de Processo Civil e questões de direito intertemporal

A publicação e entrada em vigor do EPCD e do CPC/2015 gerou uma situação delicada em relação ao arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil. O EPCD, o qual alterou os artigos referidos, foi publicado após o CPC/2015, mas entrou em vigor primeiro (03.01.2016). O CPC/2015, por sua vez, que foi publicado antes do EPCD mas entrou em vigor posteriormente (18.03.2016), revogou expressamente os artigos do CC supramencionados. Portanto, tem-se que o EPCD altera artigos posteriormente revogados pelo CPC/2015, sem ter revogado a revogação³⁰.

Pereira assinala que o CPC/2015, ao revogar os artigos 1.768 a 1.773 do CC, desconsiderou o projeto de lei do EPCD, o que se evidencia na referência ao termo “interdição”. Para o autor, o CC teve uma nova redação nos artigos referidos por um curto período de tempo (2 meses e 14 dias), pois foram revogados com a entrada em vigor do CPC/2015. Destaca, contudo, que os artigos do novo Código de Ritos devem ser interpretados à luz da CDPD³¹. Simão confirma essa tese, ao afirmar que o EPCD teve curto período de vigência quanto aos artigos do CC revogados pelo CPC/2015³². Da mesma forma se posicionou Tartuce, referindo ter havido um “atropelamento legislativo”³³.

30 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial n. 187*, 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

31 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

32 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade – Parte 2. *Consultor Jurídico*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

33 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*, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

Menezes menciona que a revogação das regras do EPCD provocadas pela entrada em vigor do CPC/2015 pode ser contornada pela aplicação sistemática do Direito, observando-se o teor da Convenção que, frise-se, possui *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Não deve ser retirada, por exemplo, a possibilidade de pleitear sua própria curatela e indicar o curador³⁴. Didier Jr. se posiciona de forma diversa a depender de cada artigo do CC em conflito com a revogação determinada pelo CPC/2015. Em relação aos arts. 1.772 do CC e 755 do CPC/2015, o autor entende que estão em harmonia³⁵.

No tocante aos arts. 1.771 do CC e 751 do CPC/2015, tem-se que o primeiro impõe o acompanhamento por equipe multidisciplinar, enquanto o segundo permite o acompanhamento por especialista. Para Didier Jr., o EPCD revogou tacitamente a revogação do CPC/2015, contudo, a imposição deve ser observada se for o caso. Nas palavras do autor: “[...] em relação à exigência de o acompanhamento ser por equipe multidisciplinar, isso, obviamente, somente pode ser exigido se for o caso; além de encarecer demais o processo, o caso pode dispensar o conhecimento de vários ramos do conhecimento”³⁶. Tartuce, por outro lado, entende que os artigos do CC modificados pelo CPC/2015 serão revogados, nesse e nos demais casos³⁷.

Por fim, quanto aos arts. 1.768 do CC e 747 do CPC/2015, resta a dúvida se permanece no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de “autointerdicção”, a saber, da própria pessoa requerer a medida de curatela. Para Didier Jr., o CPC/2015 revogou o artigo do CC apenas em sua versão original, pois quando foi publicado tinha como referência a redação do dispositivo antes da reforma promovida pelo EPCD. Sendo assim, deve-se considerar que há mais

34 MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016. p. 11.

35 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial n. 187*, 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

36 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial n. 187*, 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

37 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*, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

um inciso no art. 747 do CPC/2015, tutelando essa possibilidade³⁸. Stolze compartilha do mesmo entendimento³⁹.

Já Tartuce⁴⁰ e Requião⁴¹ entendem que essa possibilidade deixa de existir com a entrada em vigor do CPC/2015, sendo necessária a aprovação de nova alteração legislativa para que a “autointerdição” volte a ser possível. Decomain faz análise inversa. Para o autor, as modificações provocadas pelo EPCD no art. 1.768 do CC/2002 revogam o inciso III do art. 747 do CPC/2015, de modo que foi retirada do ordenamento jurídico a legitimidade conferida à entidade no qual a pessoa se encontra abrigada. Parte da premissa de que o EPCD é mais recente que o CPC/2015⁴², o que denota que toma como referência a data de publicação da lei, e não de entrada em vigor para análise das situações de revogação.

Percebe-se que o choque entre as alterações dos diplomas legais sob comentário gera intensas divergências. Acredita-se que a questão deve ser resolvida de forma técnica e uniforme. Tem-se como premissa que a revogação de um dispositivo somente tem lugar quando a lei revogadora entra em vigor. Se o marco adotado fosse a data de publicação, durante o período de *vacatio legis* da segunda o fenômeno ficaria destituído de parâmetros legais, o que se faz inconcebível. Por isso, entende-se que o CPC/2015 revogou os arts. 1.768 a 1.773 do CC. Melhor seria se houvesse tido uma maior preocupação e discussão entre os parlamentares e a situação fosse evitada, mas uma vez consumada, acredita-se que tal conclusão se impõe⁴³. Anunciadas as mudanças inauguradas pelo EPCD e CPC/2015, os itens seguintes serão dedicados a analisá-las de forma mais detida.

-
- 38 DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial n. 187*, 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 39 STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 07 mar. 2016. p. 1.
- 40 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*, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+Lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 41 REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- 42 DECOMAIN, Pedro Roberto. Incapacidade civil, interdição e tomada de decisão assistida: Estatuto da Pessoa com Deficiência e novo CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 94-104, out. 2015. p. 101.
- 43 É preciso observar, ainda, que o CPC/2015 faz menção ao estado e desenvolvimento mental do interdito (vide seu art. 755, por exemplo), ao passo em que o EPCD retirou dos arts. 3º e 4º do CC/2002 qualquer menção à deficiência mental. Trata-se de outro fator que evidencia o referido “atropelamento legislativo”.

Cite-se, ainda, o encaminhamento do PLS nº 757/2015, de autoria dos Senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim⁴⁴, que busca justamente solucionar o imbróglgio gerado pela superposição de textos normativos de conteúdos distintos, sucessivos e aparentemente conflitantes. Apresentado no dia 1º de dezembro de 2015, antes da entrada em vigor do EPCD e CPC/2015, tem o objetivo de corrigir tais falhas legislativas, harmonizando os diplomas legais. Chegou-se a propor que o EPCD entrasse em vigor no mesmo dia do CPC/2015, para evitar que suas incompatibilidades fossem sanadas meramente pelo critério cronológico (art. 2º, § 1º da LINDB). Todavia, substancialmente, o referido projeto de lei vai além da simples tentativa de solução das falhas legislativas aqui enunciada, como se verá no próximo tópico.

3. ANÁLISE DAS MUDANÇAS PROVOCADAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUANTO À CAPACIDADE CIVIL, INTERDIÇÃO E CURATELA DE PESSOAS COM SOFRIMENTO PSÍQUICO

Para Lorenzetti, o Direito Privado funciona como limite ao poder, representa a necessidade de recuperar a juridicidade de fenômenos que pretendem ignorá-la. Cita, como exemplo, o limite à engenharia genética. O Direito Privado surgiu como limite ao poder do soberano, mas com o passar do tempo foram surgindo novos poderes e novas necessidades de controle. Em relação ao tratamento psiquiátrico, o autor sugere que o Direito Privado funcione como limite ao poder que qualificou a loucura, na linha como explicitou Foucault. Deve-se partir da debilidade jurídica do paciente psiquiátrico, exposto à manipulação por parte dos profissionais de saúde, a exemplo da sua internação indevida⁴⁵.

A possibilidade de limitar o cerceamento da liberdade nesses casos foi buscada com a indicação de parâmetros institucionais a serem seguidos para que ocorra a internação. Também se preconizou que o profissional deverá privilegiar as alternativas de maior liberdade para o paciente⁴⁶. As modificações efetuadas pelo EPCD na regulação da teoria da incapacidade civil, da interdição e curatela são justificadas pela necessidade de limitação do poder que, em exer-

44 VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.

45 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 133.

46 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 133.

cício, muitas vezes incorria em situações de abuso. Para que se possa analisar se as referidas modificações atingem sua finalidade, ou ainda se o fazem da melhor forma, esse item foi dedicado ao estudo da teoria das incapacidades e análise do EPCD.

3.1. Capacidade de direito e de fato: do CC/1916 ao CC/2002

Sabe-se que a capacidade civil é atributo conferido pela ordem jurídica, sendo classificada em capacidade de direito (ou gozo) e capacidade de fato (ou de exercício). A toda pessoa é atribuída a capacidade de direito (art. 1º do CC/2002), compreendida como aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Terá capacidade de fato, por sua vez, todo aquele que puder exercer seus direitos e cumprir suas obrigações por meio da manifestação de sua vontade, de forma livre e consciente. Presume-se que as pessoas têm condições de zelar por seus próprios interesses, sejam eles patrimoniais ou existenciais⁴⁷. Quando esta presunção não se confirma, faz-se necessário que um terceiro passe a auxiliar aquele que não consegue fazê-lo.

De acordo com os artigos 3º e 4º do CC/2002, a incapacidade de fato poderá ser absoluta ou relativa. Com exceção do critério etário, o reconhecimento da incapacidade deverá ser feito em juízo, via processo de interdição, no qual o juiz nomeará um curador (art. 1.767 do CC/2002). Conforme a disciplina legal anterior ao EPCD, se a incapacidade fosse absoluta, a interdição seria total, devendo o curador representar o curatelado em todos os atos da vida civil, sob pena de nulidade. Em caso de incapacidade relativa, a interdição seria parcial, de modo que o incapaz seria assistido por seu curador apenas em determinados atos definidos na sentença, sob pena de anulabilidade.

No rol dos absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil estavam “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Entre os relativamente incapazes, ao lado dos ébrios habituais e viciados em tóxicos, estavam “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, bem como “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (art. 4º, II e III do CC/2002), devido à presunção de que estes têm um discernimento limitado para gerir seus próprios interesses. Viu-se que, com o EPCD, todas essas referências à enfermidade mental foram suprimidas.

47 Para Maurício Requião, antes do EPCD, a regra do ordenamento jurídico era a incapacidade do portador de transtorno mental. Esclarece-se que, do ponto de vista normativo, a regra sempre foi a capacidade civil. Contudo, de fato, a prática demonstra que, muitas vezes, a interdição absoluta foi decretada pelo Poder Judiciário de forma arbitrária. REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan.-mar. 2016.

Aqueles considerados incapazes por razões de prejuízo ao seu discernimento provocado por enfermidade mental estariam sujeitos à curatela, instituto descrito como protetivo dos maiores de idade tidos por incapazes (os menores de idade estão sujeitos à tutela). Yoshikawa define a curatela como “[...] instituto protetivo por meio do qual se administram os bens e regem-se as pessoas maiores e incapazes de praticar atos da vida civil, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade”⁴⁸. Machado reforça que a curatela dos interditos sempre se destinou à proteção das pessoas cuja incapacidade não resultasse da idade⁴⁹.

Dias explica que, além da finalidade protetiva, a curatela é assistencial. As restrições à capacidade de agir não devem servir ao alheamento do incapaz, mas sim para integrá-lo ao mundo estritamente negocial. Antes mesmo do EPCD, a autora já identificava a tendência de dar maior liberdade ao curatelado, deixando-o praticar sem representação atos de ordem não-patrimonial, cujos efeitos se limitam à esfera existencial. Cita, como exemplo, o ato de reconhecimento de paternidade. Com isso, evita-se que haja a supressão dos espaços de liberdade⁵⁰.

Desde o Código Civil de 1916 havia a distinção entre capacidade de direito e de fato. Todo homem seria dotado de capacidade de direito (art. 2º do CC/1916), no plano do Direito Privado. Os artigos 5º e 6º traziam o rol de pessoas consideradas absoluta ou relativamente incapazes. No artigo 5º, II, os “loucos de todo gênero” figuravam entre os absolutamente incapazes. Entendia-se por “louco” aquele que não poderia determinar livremente a sua vontade e nem comunicar suas representações e sentimentos com exatidão. Pessoas com enfermidade mental que não apresentassem esse quadro poderiam ser consideradas relativamente incapazes ou capazes⁵¹.

No CC/2002, embora mantida essa divisão entre absoluta e relativamente incapazes, as hipóteses de incapacidade civil sofreram uma mudança sensível. Além de abolida a expressão “loucos de todo gênero”, inaugurou-se a possibilidade de pessoas com transtornos mentais serem consideradas relativamente incapazes⁵².

48 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 15.

49 MACHADO, Francisco Roberto. Da curatela dos interditos no novo código civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 12, p. 21-47, mar. 2004. p. 21.

50 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 652-653.

51 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. p. 208-209.

52 REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan.-mar. 2016. p. 46.

Para Abreu, a mudança da expressão supramencionada representou um relativo avanço, ainda que os termos “deficiência mental” e “enfermidade mental” ainda sejam estigmatizantes. Há um segundo aspecto que também pode ser considerado um avanço: no tocante à incapacidade absoluta, a mera enfermidade mental deixava de ser determinante para a interdição. Além de apresentar transtorno mental, é necessário que ele interfira no plano psicológico, impedindo o indivíduo de compreender o significado e implicações dos atos que pretende realizar⁵³.

Enquanto o CC/1916 levava em consideração um critério meramente biológico, o CC/2002 adotou um critério biopsicológico, pois além do diagnóstico do transtorno mental, deve ser aferido o seu impacto no plano psicológico e avaliada a existência do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. Aferir se um dado caso de deficiência mental implica na ausência de necessário discernimento ou em discernimento reduzido não é tarefa que pode ser executada aprioristicamente, sobretudo pela diversidade de estados psicológicos, gradação e extensão das qualidades psíquicas de cada pessoa. Por isso, faz-se adequada a previsão desse grupo tanto entre os absolutamente quanto entre os relativamente incapazes⁵⁴.

Comparando-se apenas as redações dos artigos dos Códigos de 1916 e 2002 sobre o tema, já é possível perceber que houve mudanças importantes, mas não a nível estrutural. Medeiros confirma que os institutos da interdição e da curatela, com sua dupla função de proteger tanto os interesses da sociedade quanto os dos incapazes, já estavam presentes no Direito Romano e, desde então, não sofreram modificações substanciais em sua estrutura⁵⁵. Deve-se ter em mente que o CC/1916 era marcadamente individualista e voluntarista. O Direito Privado tinha como valor fundamental o indivíduo, núcleo do Estado liberal de Direito, dedicando-se a regular a atuação do sujeito de direito, notadamente o contratante e o proprietário⁵⁶.

A sistemática das incapacidades no CC/1916 foi cunhada sob essas influências, de modo que a interdição era instituto que servia à proteção do patrimônio privado via adoção de mecanismos de substituição de vontades. O curador regia as relações jurídicas de natureza patrimonial e existencial do curatelado sem, muitas vezes, considerar os interesses fundamentais deste. Ocorre que, como foi possível verificar, muito do regime estabelecido pelo CC/1916 foi

53 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 102-103.

54 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 106-107.

55 MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 60, p. 23-45, ago. 2007-abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469001.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 3.

56 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4.

preservado no CC/2002. Contudo, a proteção das pessoas com deficiência se expandiu ao longo de conquistas históricas, como os direitos humanos e fundamentais. Por isso, o regime de incapacidades e a curatela tem sido alvo de críticas⁵⁷, as quais serão exploradas a seguir.

3.2. crítica à generalidade e abstração do rol de incapazes e dificuldades práticas em sua aplicação

Ainda que a interdição seja apresentada como um instituto de natureza protetiva, muitas vezes ela poderá representar uma redução indevida da autonomia da pessoa, violando direitos fundamentais⁵⁸. Medeiros descreve a interdição e a curatela em termos de exclusão/proteção. Por um lado, interdição representa a imposição legal de um impedimento, priva-se uma pessoa da administração de seus bens e da regência de si em nome do interesse da coletividade. A curatela, por outro lado, remete às noções de cuidado e direção. A autora também observa que, embora justificada em termos de proteção e tratamento, a interdição tem servido historicamente para a proteção da sociedade em face dos comportamentos desviantes que geram insegurança⁵⁹.

Estudiosos da Bioética vem tecendo críticas ao instituto da capacidade civil. Para Pithan, Bernardes e Pires Filho, por exemplo, autonomia e capacidade de fato não são categorias correspondentes. Haverá situações em que ambas serão contrapostas, como no caso de uma pessoa considerada absoluta ou relativamente incapaz pela ordem civil, mas que demonstra ser capaz de agir com autonomia numa dada circunstância. O contrário também é possível: pessoas plenamente capazes de acordo com a lei civil podem se encontrar diante de circunstâncias tais que lhe prejudiquem a capacidade de decisão. Para os autores, o Direito não é suficiente para estabelecer, sozinho, quem pode decidir o que é melhor para a sua saúde⁶⁰.

57 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jäder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 372. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

58 FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade Civil – Fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36-38.

59 MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. *Interdição civil: proteção ou exclusão?* São Paulo: Cortez, 2007. p. 80-87.

60 PITHAN, Livia Haygert; BERNARDES, Fabrício Benites; PIRES FILHO, Luiz Alberto B. Simões. Capacidade decisória do paciente: aspectos jurídicos e bioéticos. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.) *Ciclo de conferências em Bioética I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 121-122.

Em sentido semelhante, Abreu aponta a insuficiência do critério do discernimento para a aferição da incapacidade das pessoas com transtornos mentais, sobretudo no tocante à sua dimensão existencial. Meirelles e Teixeira mencionam que é forçoso o reconhecimento de que há outras causas, que não a enfermidade mental, capazes de provocar a redução do discernimento. São exemplos as pessoas com reduzido grau de instrução, que enfrentam dificuldades financeiras, dentre outras condições de vulnerabilidade que, a depender da decisão a ser tomada, gera impactos capazes de reduzir o discernimento do indivíduo, ainda que formalmente não esteja enquadrado em quaisquer das hipóteses dos arts. 3º e 4º do CC/2002⁶¹.

Para Rodrigues, as disposições dedicadas à fixação da capacidade civil parecem distantes da realidade por insistirem em uma taxionomia presa ao paradigma dos direitos patrimoniais. A presença de categorias genéricas, como “deficiente mental” e “viciados em tóxicos”, atesta a desconsideração da diferença existente entre tais indivíduos. Ao se tratar de situações existenciais, como aquelas relacionadas à disposição cultural e tratamento sanitário, a análise se torna mais complexa, por estarem inseridas em um ordenamento jurídico que valoriza a realização da pessoa. Nesses casos, ainda que se entenda que a vontade do incapaz não seja suficiente para o estabelecimento de relações jurídicas, ela não pode ser ignorada como se destituída de valor jurídico. O excesso de proteção poderá redundar na supressão da subjetividade de um indivíduo⁶².

Aponte-se, ainda, a desproporção entre o número de decisões que determinam a interdição total em face daquelas que determinam a interdição parcial das pessoas com transtornos mentais⁶³. Em pesquisa realizada em São Paulo, na qual foram analisados 1.183 registros de interdição durante o ano de 2001, chegou-se ao resultado de que a quase totalidade dos casos (99,3%) foram de interdição total⁶⁴. Todas essas pessoas foram consideradas absolutamente

61 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 164.

62 RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 25-26.

63 Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Audiência Pública. *Banalização da interdição judicial no Brasil: usos e abusos da psiquiatria, uma violência contra a democracia e os direitos humanos*. Brasília, 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/interdicao-judicial_Relatorio.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

64 VIEIRA, Patrícia Ruy. *Estudo de prevalência dos transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo*. 2003. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://unifesp.phlnet.com.br/cgi-bin/wxis.exe?IsisScript=phl82/052.xis&ccipar=phl82.cip&clang=por&pft=decorado&exp=TIT=018565>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

incapazes para manifestar sua vontade e decidir sobre diversas situações de seu cotidiano, como casar, dirigir, abrir conta em banco, filiar-se a partido político, comprar, vender ou alugar bem (i)móvel etc⁶⁵.

A despeito da existência de cláusulas gerais, a racionalidade codificadora constante no CC/2002 ainda segue uma lógica binária reducionista de inclusão/exclusão. Essa lógica está presente na teoria das incapacidades – ser ou não ser incapaz/interditado. Ainda que haja a gradação entre absolutamente e relativamente incapaz, viu-se que há dados indicando que as decisões de interdição total são mais frequentes. Está-se diante de uma situação em que a (má) aplicação da solução positivada exclui as possibilidades de reconhecimento de direitos onde eles são necessários, afastando-se de uma direção emancipatória. É esta direção que se quer tomar no tocante à incapacidade, interdição e curatela de pessoas com transtornos mentais⁶⁶.

Para Medeiros, o equacionamento do binômio exclusão/proteção que marca os institutos da interdição e curatela reside na real avaliação das possibilidades desses sujeitos. É essa análise que conduzirá aos reais limites das suas (in) capacidades e, conseqüentemente, da extensão da interdição da curatela. Essa avaliação exige uma maior aproximação entre os sistemas médico, legal, social e burocrático, no intuito de preservar os direitos do indivíduo da melhor forma possível. Os avanços nas pesquisas e terapias devem ser abraçados pelo Direito, sob pena de restrições injustas à liberdade das pessoas com sofrimento mental. A autora não advoga o fim da interdição e da curatela, mas sim a utilização desses instrumentos em prol da proteção das pessoas cujas incapacidades requerem cuidados, respeitando as suas diferenças como uma outra forma possível de estar no mundo⁶⁷.

Diante das novas possibilidades de tratamento, que focam no empoderamento e cuidado do sujeito, a interdição civil (sobretudo quando absoluta) traduz-se numa forma radical de (des)zelo, pois retira algo de precioso ao ser humano – sua autonomia. Brandão questiona se a interdição é um meio de desconstrução da autonomia ou de construção de um cuidado em face do in-

65 MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 60, p. 23-45, ago. 2007-abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469001.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015. p. 13.

66 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro, Renovar: 2015. p. 52.

67 MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 60, p. 23-45, ago. 2007-abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469001.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015. p. 18-19.

terditado⁶⁸. Deve-se ter em mente que o respeito ao projeto de vida é um direito fundamental, projeto este que deve ser concebido e vivido de acordo com as capacidades de cada um. Nesse caminho para a inclusão, o Poder Judiciário tem um papel de grande relevância, criando possibilidades em meio ao vazio legislativo e conferindo juridicidade a demandas de proteção contramajoritárias⁶⁹.

A necessidade de uma mudança cultural a respeito de como lidar com as pessoas, em algum grau, incapacitadas por motivos de transtorno psíquico é indubitável. O que ainda não está claro é de que forma o Direito Privado, mais especificamente o Direito Civil, poderá se tornar permeável a essa mudança. As críticas à insuficiência dos artigos 3º e 4º do CC revelam um problema anterior: a possível falência do Código enquanto projeto moderno de redução da complexidade, como identificado por Hespánha. O autor identificou que a tendência é que o direito formal se “complexifique”. Cada vez mais o Código se torna inadequado, pois sua linguagem é a da generalidade. Sua vocação é para a perenidade e imobilismo, sendo natural a sua insensibilidade àquilo que é particular e às mudanças⁷⁰.

3.3. Estatuto da Pessoa com Deficiência: novo paradigma, novas (e melhores?) soluções

De um modo geral, as mudanças provocadas pelo EPCD foram bem recebidas. Podem ser identificadas duas correntes quanto à sua (in)adequação no âmbito do regime de incapacidades do CC. A primeira, endossada por Simão, Basile e Kümpel, por exemplo, condena as modificações. As razões para tanto serão exploradas nesse item. A segunda, por outro lado, festeja as alterações, tidas como tutela da liberdade das pessoas com deficiência. Aderem a esse posicionamento pesquisadores(as) como Abreu, Bezerra, Lôbo, Rosenvald, Alves, Pereira, Stolze, Requião e Tartuce.

Simão mapeou uma série de impactos do EPCD no regime de incapacidades que demandarão respostas da doutrina. Refere que, em determinadas situações, há um descompasso entre a realidade e a lei civil. Pessoas com deficiência mental profunda, que seriam consideradas absolutamente incapazes conforme o

68 BRANDÃO, Sérgio Vieira. *Interdição civil solicitada por familiar em face de parente idoso: desconstrução da autonomia privada ou construção de um cuidado?* 2013. 25 f. Artigo Científico (Especialização em Saúde Mental Coletiva) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/78023/000898037.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 3-4.

69 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, Renovar: 2015. p. 34.

70 HESPANHA, António Manuel. Código y complejidad. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 149-158.

regime anterior, passam a ser consideradas capazes. Ainda que seja nomeado curador, somente poderá assistir o curatelado, o que ocasiona um descompasso já comentado⁷¹. O autor sugere que, em casos como esse, o magistrado deverá declarar a incapacidade absoluta, para que a representação seja possível. Conclui que o EPCD gera danos àqueles que precisariam de representação, e não de assistência⁷².

O EPCD desfigurou todo o regime de incapacidades, chega a afirmar Basile. Em lugar de eliminar cirurgicamente os elementos do CC que discriminavam as pessoas com deficiência, impossibilitou o apoio a quem, com ou sem deficiência, precise de auxílio para exercer os atos formais da vida civil. Sob o regime anterior, incorria-se na injustiça de associar necessariamente deficiência com incapacidade. Ocorre que a deficiência, a depender do comprometimento do discernimento e inteligência, pode prejudicar ou até eliminar a possibilidade de o indivíduo entender o que faz e comunicar os seus atos, o que tornará necessária a assistência ou representação, respectivamente⁷³.

Diante do regime inaugurado pelo EPCD, Basile questiona: “como uma pessoa inconsciente, que sobreviva em estado vegetativo, poderá agir na sua nova condição de relativamente capaz? Se ela não se comunica de modo algum, como saber qual é a sua intenção e como ela praticará um ato formal?”⁷⁴. O EPCD não oferece resposta a essas circunstâncias, o que poderá redundar em desproteção. O ponto fulcral para a revisão do regime de incapacidades não deveria ser a existência ou não de deficiência, mas sim a presença de discernimento e da capacidade de comunicação. Os critérios de discernimento e comunicabilidade assegurariam a igualdade civil das pessoas que precisam de apoio, tenham elas ou não algum grau de deficiência⁷⁵.

Simão prossegue em suas considerações ponderando que, se as pessoas com deficiência são legalmente capazes, mas podem estar sujeitas à curatela, inau-

71 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Consultor Jurídico*, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

72 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Consultor Jurídico*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

73 BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, out. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 02.

74 BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, out. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 02.

75 BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, out. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 17 mar. 2016. p. 02-03.

gura-se um novo instituto jurídico: a curatela de capazes. Sendo o curatelado capaz, questiona qual será o papel do curador. Caso o curatelado pratique atos sem seu curador, tecnicamente não haverá quaisquer consequências, afinal, se trata de um ato jurídico praticado por uma pessoa capaz. Sendo assim, a curatela é tornada inútil. Nesse tocante, sugere que os arts. 166, I, 171, I e 310 do CC sejam aplicados analogicamente aos capazes sob curatela. Reconhece que essa solução incorre em atecnia, pois a invalidade é excepcional e não admite analogia, mas não vê outra alternativa possível⁷⁶.

Ao serem consideradas capazes pela ordem jurídica, as pessoas com deficiência estariam perdendo algumas vantagens: a) a prescrição e a decadência correrão contra elas; b) deixam de ser aplicadas as invalidades (arts. 166, I e 171, I do CC); c) afasta-se o art. 310 do CC, de modo que a quitação por elas dada será válida e eficaz; d) passa-se a exigir o seu consentimento para receber doação (art. 543 do CC); e) passarão, ainda, a responder com seus próprios bens pelos danos provocados a terceiro, não mais de forma subsidiária (art. 928 CC)⁷⁷. Para Simão, sob o argumento de evitar discriminações, o EPCD nega as diferenças injustificadamente, recaindo-se em um cenário de abandono jurídico⁷⁸.

Aparentemente, uma interpretação conforme a constituição do regime de incapacidades nos moldes anteriores às mudanças provocadas pelo EPCD conseguiria afastar algumas das críticas a ele direcionadas. Abreu menciona que a curatela é medida a ser determinada apenas quando em benefício da pessoa interdita, mediante efetiva demonstração de sua incapacidade. Os abusos cometidos, a exemplo da decretação arbitrária de interdições absolutas, são desvios decorrentes da aplicação das normas, e não da sua formulação *per si*. Sua inadequação reside na não diferenciação entre esferas patrimonial e existencial⁷⁹. Nesse sentido, é salutar a limitação trazida pelo EPCD, restringindo a curatela aos atos negociais e de ordem patrimonial.

Uma medida como a interdição requer que sejam consideradas as diversas potencialidades de uma pessoa. Se utilizado apenas o critério do discernimento, como no regime anterior ao EPCD, a interdição pode vir a configurar uma

76 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Consultor Jurídico*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

77 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). *Consultor Jurídico*, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

78 SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). *Consultor Jurídico*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

79 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 159-160.

medida desproporcional e drástica em determinados casos⁸⁰. Por isso, em boa hora veio a explicitação de sua excepcionalidade e afastamento de sua incidência sobre a esfera existencial do indivíduo. Para Abreu, urge a percepção de dois fatos: a) a importância de conferir à curatela um papel que vá além do aspecto patrimonial, tutelando-se a pessoa humana para que ela desenvolva suas potencialidades; b) a necessidade de que o instituto seja flexibilizado para evitar restrições descabidas ao livre desenvolvimento do indivíduo⁸¹.

Essa releitura permitiria que se privilegiasse a realização do ser humano e o respeito à sua dignidade. Sob essa perspectiva, o Poder Judiciário não encontraria dificuldades para aplicar a curatela parcial na quase totalidade dos casos, embora a interdição total continue a ser necessária em determinadas situações. Por isso, Abreu não chega a advogar a extinção da interdição, acreditando em sua revisão crítica⁸². Essas considerações conduzem ao seguinte questionamento: se as modificações do EPCD supraindicadas poderiam conviver com a permanência da possibilidade de pessoas com transtornos mentais serem consideradas relativamente ou absolutamente incapazes, a depender do quanto a enfermidade prejudicasse a prática dos atos da vida civil em âmbito estritamente patrimonial, exigindo-se análise detida de cada caso concreto.

Ainda na esteira das lições de Abreu, cabe o compartilhamento de uma importante reflexão: muitas incapacidades são supostas sem que haja uma real tentativa de entendimento das vontades e desenvolvimento das potencialidades do indivíduo. Cita, como exemplo, as pessoas acometidas por paralisia cerebral. A lesão do cérebro pode ter repercussões mais ou menos graves, restritas ao aspecto motor ou que cheguem a atingir o amadurecimento do cérebro. A deficiência deve ser concretamente avaliada e dificilmente haverá a incapacidade para a totalidade dos atos da vida civil. Por isso, a autora entende ser inadequada a restrição do cabimento da curatela relativa às hipóteses de incapacidade relativa. Tem como premissa que a incapacidade exige prova, não devendo ser engessada⁸³.

Em outras palavras: da forma como foi redesenhada a teoria das incapacidades pelo EPCD, pessoas em situação fática de incapacidade que não estiverem previstas nos arts. 3º, 4 e 1.772 do CC/2002 não serão abrangidas pela proteção jurídica, o que contraria a *ratio* dos institutos e coloca em risco a dignidade humana. Por isso, os dispositivos seriam inconstitucionais e estariam incorrendo na prática de discriminação. Para Abreu, o legislador do CPC/2015 perdeu a

80 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 102-103.

81 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 177.

82 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 178.

83 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009. p. 180-184.

oportunidade de revogar expressamente não só o art. 1.772 do CC/2002, mas também os arts. 3º, II e III e art. 4º, II, III, IV e parágrafo único, e 1.767, pois não cabe à lei designar quem é relativamente ou absolutamente incapaz⁸⁴. “A incapacidade é uma situação de fato, decorrente de diferentes causas, a serem comprovadas e identificadas de maneira cabal, para só, a posteriori, poder vir a ser nomeado um curador, com a fixação dos limites da curatela, nos termos do art. 755”⁸⁵.

As lacunas aqui apontadas, que para alguns deixariam desprotegidas pessoas com discernimento reduzido ou sem plena capacidade de manifestar a própria vontade quando não abrangidas pelas hipóteses dos arts. 3º e 4º do CC - após modificações feitas pelo EPCD -, motivaram a propositura do PLS nº 757/2015, já mencionado. As alterações legislativas propostas visam garantir que qualquer pessoa, com ou sem deficiência, tenha acesso aos mecanismos de apoio e proteção que necessite para praticar atos da vida civil⁸⁶.

Para tanto, inicialmente, propõe a repristinação de artigos do CC que regulam: a incapacidade civil (3º e 4º); os impedimentos para ser admitido como testemunha (art. 228, II e III); as pessoas sujeitas à curatela (art. 1.767, II e IV); o dever do curador de promover o tratamento do interdito em estabelecimento adequado (art. 1.776); a atribuição de todos ou alguns negócios/bens aos cuidados do curador (art. 1.780). Também seriam desfeitas alterações no CC promovidas pelo EPCD, em seu art. 114. Desse modo, os arts. 3º e 4º voltariam à sua redação original, retornaria a hipótese de nulidade do casamento do art. 1.548, I do CC, e as disposições dos arts. 1.767, 1.769 e 1.777 do CC⁸⁷.

Ocorre que o PLS ora sob comento não se limitou a propor alterações legislativas promovidas pelo EPCD e CPC/2015, pois também visa a conferir nova

84 ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015. p. 153-158.

85 ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015. p. 154.

86 VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.

87 VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.

redação a uma série de dispositivos com o escopo de conferir amplo acesso aos mecanismos de proteção – interdição, curatela e tomada de decisão apoiada – às pessoas que deles necessitem, independentemente da presença de deficiências de qualquer ordem. O inciso II do art. 3º, por exemplo, deixaria de fazer referência a “enfermidade ou deficiência mental”. Passariam a ser considerados absolutamente incapazes os que, por qualquer motivo, não tiverem o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. O mesmo se deu com o inciso II do art. 4º: seriam relativamente incapazes os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido⁸⁸.

Além disso, ficariam revogados os incisos III e IV do art. 4º do CC, referentes aos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e aos pródigos. Entende-se que tais modificações melhor se coadunam com a proposta dos institutos em comento e com a Convenção sobre os Direito da Pessoa com Deficiência⁸⁹. Há um só tempo, retira-se a menção à deficiência mental, desassociando-a da incapacidade civil, e permite que qualquer pessoa com o discernimento para a prática dos atos da vida civil prejudicado possa ter acesso aos mecanismos de proteção que se figurem mais adequados ao seu quadro⁹⁰.

88 VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.

89 O art. 1.777 do CC também mereceu proposta de revisão da sua redação pelo projeto, em lugar de ser revogado como fez o EPCD. A nova redação busca enfatizar o dever de preservar a convivência familiar e comunitária do interdito, evitando-se o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. Também artigos do EPCD sofreriam modificações se aprovado o PLS 757/2015. Seu art. 85, que hoje restringe a curatela aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, passaria a indicar que as limitações recairiam aos aspectos estritamente necessários para a defesa e promoção dos interesses da pessoa com deficiência, limitando-se preferencialmente ao âmbito patrimonial e respeitando-se a maior esfera de autonomia. (VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.) Como já aludido, este arranjo permite uma melhor adequação do instituto da curatela às necessidades do curatelado. O PLS evidencia a problemática em torno da aplicação do EPCD, desenvolvida ao longo do trabalho, para a qual a doutrina precisará envidar esforços.

90 VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. *Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015*. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251?o=d>>. Acesso em: 29 maio 2016.

Apesar de todo o esforço do legislador, forçoso é concordar com Abreu no sentido de que o grande problema da teoria das incapacidades reside no âmbito de sua aplicação, e não propriamente no texto legal. Entende-se, assim como a autora citada, que delimitar um rol de pessoas potencialmente incapazes, relativa ou absolutamente, enrijece a aplicação do instituto e alimenta condutas abusivas e discriminatórias⁹¹. Portanto, seja adotando a técnica por ela proposta – e aqui sumariamente exposta –, seja por meio de alteração legislativa, o importante é ressignificar o instituto e criar garantias para sua devida aplicação, o que também fez o EPCD e o CPC/2015, como se verá a seguir. Na base dessas transformações deve estar subjacente a mudança da concepção de loucura. Deve-se reconhecer que a razão iluminista é apenas uma das modalidades possíveis de subjetividade⁹².

4. O PROCESSO DE INTERDIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com as mudanças engendradas pelo EPCD, tem-se afirmado, ao arrepio das bases do Direito Civil, que passa a ser possível a curatela de pessoas legalmente capazes. A sentença nele proferida marca os limites da autonomia do curatelado, a partir de então interdito. Curatela e interdição são institutos jurídicos imbricados, sendo disciplinados pelo CC e pelo CPC respectivamente⁹³. Assim como no CPC/1973, o processo de interdição está entre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Isto porque se trata de uma atividade assistencial, em benefício da pessoa com incapacidade. Pressupõe-se a inexistência de conflito entre os interessados na medida protetiva⁹⁴. A despeito da seção correspondente ser nomeada de “Da Interdição”, a doutrina aponta que melhor seria referir-se a pedido de nomeação de curador e definição dos limites da curatela, por força do EPCD⁹⁵.

91 Abreu propõe que os arts. 3º e 4º do CC/2002 sejam interpretados como rol exemplificativo de situações que podem vir a ensejar incapacidade civil. Dessa forma, não seriam excluídas circunstâncias nelas não previstas, realizando-se análise minudente de cada caso concreto. Embora o posicionamento se dirija a colocar ao alcance de pessoas faticamente incapazes os mecanismos de proteção (interdição e tomada de decisão apoiada), entende-se não ser viável sustentar interpretação ampliativa para artigo que conduz à restrição de direitos. Melhor seria, como sugerido ao final deste trabalho, abandonar essa técnica legislativa no tocante à capacidade civil. (ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015. p. 157).

92 MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. *Interdição civil: proteção ou exclusão?* São Paulo: Cortez, 2007. p. 95.

93 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 453-454.

94 SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015. p. 308.

95 DECOMAIN, Pedro Roberto. Incapacidade civil, interdição e tomada de decisão assistida: Estatuto da Pessoa com Deficiência e novo CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.

4.1. Análise comparativa do CPC/1973 e CPC/2015 quanto ao processo de interdição

Nos termos do art. 749 do CPC/2015, além de especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e/ou para praticar atos da vida civil, deve-se indicar o momento em que a incapacidade se revelou na petição inicial. A impossibilidade de tal indicação, se houver, deve ser declarada na petição inicial, pois se trata de requisito específico da exordial da ação de interdição. Interessante notar a distinção entre administração de bens e atos da vida civil, como um primeiro passo à distinção de habilidades a serem aferidas ao longo do procedimento, interferindo-se o menos possível em sua autonomia⁹⁶. Não foi feita menção a “anomalia psíquica” nem à incapacidade de “reger a sua pessoa” (art. 1.180 do CPC/1973), o que denota a não redução da incapacidade à perspectiva biológica e a distinção entre os âmbitos existencial e patrimonial.

Nessa linha, o art. 750 do CPC/2015, sem correspondente no Código de Ritos anterior, exige que o requerente junte laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou informe a impossibilidade de fazê-lo. Tal exigência representa importante garantia ao interditando⁹⁷. A apresentação do laudo médico evita pedidos temerários, mas não exclui a necessidade de perícia, como se verá. Fica inserida, expressamente, a possibilidade de nomeação de curador provisório pelo juiz⁹⁸, em seu art. 749, parágrafo único. Com isso, tenta-se evitar os recursos contra as decisões de nomeação de curador em situações de urgência, pois retardam o trâmite processual e, por via de consequência, a tutela dos interesses do curatelado⁹⁹.

O termo “urgência” é conceito indeterminado a ser preenchido diante do caso concreto. Requião salienta que, embora a intenção seja possibilitar a tomada de medidas em prol do interditando de forma mais imediata, trata-se de hipótese a ser utilizada com cautela. Sugere que somente seja admitida a cu-

151, p. 94-104, out. 2015. p. 101-102.

96 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 456.

97 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 456.

98 A jurisprudência já admitia a hipótese, com fulcro no poder geral de cautela do juiz, como pode ser verificado em acórdão do STJ proferido no Recurso Especial nº 130.402/SP em 1998. (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 22).

99 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jáder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 379-380. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deca7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

ratela provisória para a disposição de bens para fins de custeio de tratamento de saúde, moradia ou demais interesses fundamentais; necessidades pontuais de internação e tratamento, e situações excepcionais em que a conduta do interditando gere riscos à sua vida ou de terceiros; ou, ainda, em casos em que o interditando esteja impossibilitado de externar a sua vontade. Indica, também, a necessidade de o magistrado pontuar os atos que poderão ser praticados pelo curador provisório. Pode-se pensar, ainda, na exigência de caução quando o ato a ser praticado envolva a disposição de bens¹⁰⁰.

Feito o pedido, o interditando será citado para entrevista, etapa a ser explorada no item seguinte. Após a sua realização, terá 15 (quinze) dias para impugnar o pedido, conforme o art. 752 do CPC/2015. No CPC/1973 o prazo era de 5 (cinco) dias, de modo que a nova regra privilegia a proteção dos interesses do interditando ao ampliar o prazo referido. Note-se que esse prazo ainda poderá ser dilatado pelo magistrado, com fulcro no art. 139, VI do CPC/2015. O interditando poderá nomear advogado. Se não o fizer, será nomeado curador especial e seu cônjuge, companheiro(a) ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente¹⁰¹. No regime anterior, o parente sucessível somente poderia constituir advogado em seu favor, respondendo pelos honorários.

O MP intervirá como fiscal da ordem jurídica. Não foi disciplinada a hipótese de ter sido o MP o autor da ação. O art. 1.182, § 1º do CPC/1973 referia que, sendo o MP o requerente, o curador à lide representaria o interditando nos autos. Entende-se que a omissão indicada não traz prejuízos, até porque já são vivenciadas situações em que o MP atua como legitimado extraordinário e *custos legis* simultaneamente. Observe-se que, no CPC/1973, a nomeação de curador especial tinha como pressuposto ter sido o MP o requerente da interdição, pois assim se asseguraria ao interditando uma defesa técnica na relação processual. No CPC/2015, basta a não constituição de advogado, não havendo qualquer correlação com a posição do MP no processo. Transcorrendo o prazo *in albis*, a revelia não produzirá os seus efeitos típicos, pois a autonomia do interditando não poder ser retirada levemente¹⁰².

De acordo com o art. 753 do CPC/2015, após o prazo para oferecimento de impugnação, “o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil”. Em seus parágrafos, foi prevista a possibilidade da perícia ser realizada por equipe multidisci-

100 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 456.

101 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 459.

102 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 459.

plinar, bem como a necessidade de especificação dos atos para os quais haverá a necessidade de curatela, quando for o caso. Consolida-se a diretriz do EPCD, qual seja, a adoção de medidas protetivas personalizadas, que somente restrinjam a autonomia nos aspectos estritamente necessários. Deve-se ter atenção à linguagem e interlocução entre peritos, partes e juristas. Deve-se evitar termos genéricos, como “atos da vida civil” e linguagem excessivamente técnica¹⁰³.

Diz o art. 754 do CPC/2015: “Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença”. O art. 1.183 do CPC/1973 determinava que, “[...] apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento”. Cabe mencionar que a mudança na redação não implica na impossibilidade de realização da audiência de instrução, até porque o CPC/2015 faz referência à possível produção de outras provas em momento anterior ao proferimento da sentença. Sua realização estará condicionada à necessidade de produção de prova oral e às regras a ela pertinentes constantes na parte do CPC dedicada ao procedimento comum.

O artigo seguinte refere que, na sentença que decretar a interdição, deverá ser nomeado curador. O requerente da interdição poderá sê-lo, contudo, a curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. Na sentença também serão fixados os limites da curatela¹⁰⁴, segundo o estado e desenvolvimento mental do interdito, devendo o magistrado levar em consideração as suas características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e referências. Requião menciona que, mais uma vez, o CPC/2015 deixa claro se tratar de uma medida individualizada e atenta à esfera existencial¹⁰⁵.

De acordo com o art. 758 do CPC/2015, sem correspondente no CPC/1973, “o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito”¹⁰⁶. Tem-se que o papel do curador não se limita a su-

103 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 460-461.

104 Observe-se que essa exigência já era destacada pelo Enunciado nº 574 do CJF: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”.

105 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 462.

106 Abreu faz referência ao princípio do melhor interesse do interditando/interdito: “a nova lei processual civil acolheu o entendimento da flexibilização da curatela e, nesta esteira, consagrou o ‘princípio do melhor interesse do interdito ou curatelado’ [...] Reforçam este posicionamento as previsões expressas em diversos dispositivos, dentre os quais, exemplificativamente, as do art. 755, art. 757 e art. 758 do novo CPC, bem como o fato de que este princípio seria uma decorrência inafastável da cláusula geral de tutela da pessoa humana, destinada a proteger todas as pessoas, em situação de lesão ou ameaça e, mais do que isto, promover o próprio desenvolvimento digno do ser humano.” (ABREU, Célia Barbosa. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015. p. 163).

prir as necessidades do interditando, mas também promover a sua autonomia para que venha a dispensar a curatela, total ou parcialmente¹⁰⁷. Pode-se dizer, na esteira da Bioética, que o curador tem compromisso com o empoderamento do curatelado, entendido como o emprego de meios de amplificar as vozes dos grupos historicamente e culturalmente alijados do poder de decisão, inserindo-os socialmente¹⁰⁸.

Para Menezes, as alterações do CPC/2015 ainda estão aquém da CDPD quanto à garantia da integral realização do curatelado. Para a autora, deveriam ter sido definidas bases mais sólidas para a garantia do pleno exercício da vontade do incapaz, inclusive quanto ao objeto da curatela, bem como para atrelar o curador à vontade do curatelado ou seu interesse fundamental. Não foram abordadas as questões existenciais, aspectos pessoais e direitos da personalidade do indivíduo. Referindo-se ainda ao projeto do CPC/2015, entende que ele mantinha uma perspectiva mais substitutiva da vontade do que propriamente integrativa do curatelado à sociedade¹⁰⁹.

Por outro lado, Requião faz uma avaliação positiva do novo Código de Processo Civil. Entende que houve avanços na regulamentação da interdição, sobretudo quanto à maior atenção conferida às questões existenciais. A despeito de haver falhas pontuais, entende que as mudanças normativas se coadunam com uma mudança de cultura quanto ao respeito às pessoas incapazes¹¹⁰. Nessa linha, entende-se que o procedimento assumiu contornos capazes de melhor direcionar seu uso aos interesses do próprio interditando, a exemplo da possível avaliação por equipe multidisciplinar, da ampliação do objeto da entrevista e alterações na legitimidade ativa. Esses dois pontos, por serem considerados mais sensíveis, serão abordados separadamente a seguir.

4.2. Ampliação do rol de legitimados para promover a ação de interdição

De acordo com o art. 747 do CPC/2015, tem legitimidade *ad causam* para promover a interdição: a) cônjuge ou companheiro; b) parentes ou tutores;

107 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 462.

108 GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 122-132, 2005. Disponível em: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2016. p. 127.

109 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jäder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 381-382. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

110 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 463-464.

c) representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; d) Ministério Público. Em seu parágrafo único, fica determinado que a legitimidade deverá ser comprovada por documentação anexada à petição inicial¹¹¹. Houve um alargamento do rol de legitimados em comparação com o disposto no art. 1.177 do CPC/1973. A adição do companheiro se coaduna com o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

A priori, o(a) companheiro(a) deverá provar a sua condição mediante apresentação de documento hábil. Menezes questiona se a ação poderá ser proposta sem o documento de reconhecimento da união estável. Observa que há julgados admitindo a declaração da união estável de maneira incidental nos autos do processo principal, ainda que seu objeto não seja diretamente o reconhecimento do vínculo¹¹². Mesmo antes da inclusão expressa do(a) companheiro(a) no rol de legitimados para pedir a interdição, cuja importância emana do fato de se tratar de um rol taxativo, a doutrina já indicava essa possibilidade, como pode ser extraído das lições de Yoshikawa¹¹³.

Embora o texto do último autor referido seja anterior ao CPC/2015 e ao EPCD, entende-se devido o compartilhamento de algumas considerações. Em relação às pessoas mais próximas ao interditando, não há uma ordem de preferência no ajuizamento do pedido de nomeação de curador. Sugere-se, contudo, que o juiz analise as circunstâncias, pois a inércia dos familiares mais próximos, como o cônjuge e filhos(as), pode ser indício de sua desnecessidade. Deve verificar, ainda, se o pedido foi motivado por razões egoísticas, até porque o curador nomeado, se for o caso, deverá prezear pelos interesses do interditando. Quem não tem legitimidade para tanto poderá instar ao MP que o faça, dentro dos limites legais¹¹⁴.

Ainda sobre a legitimidade do cônjuge e companheiro, Schenk assinala que o rompimento do vínculo jurídico com o interditando a esse título faz cessar a

111 O PLS nº 757 de 2015 propõe que a legitimidade ativa para propositura da ação de interdição não seja regulada pelo CPC/2015. Seu art. 747 faria remissão ao art. 1.768 do CC (hoje revogado pelo CPC/2015), o qual indica as pessoas por quem a interdição deve ser promovida. Entende-se que essa matéria, por ter natureza preponderantemente processual, deve ser regulada pelo CPC. O mesmo se aplica às mudanças sugeridas ao art. 748 do CPC/2015, que passaria a fazer referência ao art. 1.780 do CC (legitimidade ativa do MP para a ação de interdição).

112 MENEZES, Joyceane Bezerra de; CARVALHO, Jäder Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 379. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

113 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 17.

114 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 18.

legitimidade. No caso do cônjuge, havendo separação de fato, a legitimidade para pedir a interdição se manteria hígida, mas a circunstância interferiria na possibilidade de sua nomeação como curador. Em relação aos parentes, o autor indica a observância dos limites hoje aplicáveis ao Direito Sucessório¹¹⁵. Essa sugestão não parece estar em sintonia com o CPC/2015 que, em artigo posterior, determina que a curatela deverá ser exercida por quem melhor possa atender os interesses do curatelado. Considerando-se a pluralidade da configuração familiar e os laços socioafetivos, realizar uma interpretação restritiva da legitimidade ativa no tocante aos parentes pode conduzir a situações de desproteção.

No tocante ao representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, Requião assinala a importância de que essa hipótese seja regulamentada, indicando-se requisitos a serem cumpridos para aquisição da legitimidade *ad causam*. Dessa forma, seria possível evitar que o instituto sirva à degradação da autonomia alheia em nome de interesses negociais¹¹⁶. De fato, deve-se ter em vista que o instituto pode ter a sua finalidade desviada de maneira espúria. Como forma de demonstrar ser essa preocupação legítima, cite-se as recorrentes denúncias de maus tratos sofridas por pessoas com deficiência em locais supostamente dedicados ao seu cuidado.

A legitimidade ativa do MP continua subsidiária, mas com limites mais estreitos. De acordo com o art. 748 do CPC/2015, o *parquet* somente promoverá a interdição em caso de doença mental grave. Além disso, só poderá fazê-lo se os demais legitimados não existirem ou, havendo, não promoverem a interdição ou forem incapazes. No CPC/1973, conforme seu art. 1.178, o transtorno mental era uma das hipóteses de legitimação¹¹⁷. Por força do perfil colaborativo do processo civil enfatizado pelo CPC/2015, Schenk aventa a possibilidade de o MP requerer, na exordial, que os demais legitimados manifestem interesse em assumir a promoção da interdição. Assim, o *parquet* passaria a atuar como fiscal da ordem jurídica¹¹⁸.

Quanto à possibilidade do próprio interditando solicitar a nomeação de curador, há dúvidas se ela se mantém pelas problemáticas de direito intertemporal enfrentadas no item 2.3 deste trabalho. Como já aludido, entende-se que

115 SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015. p. 310.

116 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 454-455.

117 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 455.

118 SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015. p. 312.

o CPC/2015 revogou o dispositivo. Contudo, vale apontar a possibilidade de se extrair a hipótese diretamente da CDPD, pela via interpretativa. Mesmo antes das recentes mudanças legislativas, já havia julgados admitindo que a interdição pode ser requerida pelo próprio interditando quando sua incapacidade decorrer de deficiência física, não lhe sendo conveniente a nomeação de procurador¹¹⁹.

4.3. Considerações sobre a entrevista – antigo interrogatório – do interditando

De acordo com o art. 751 do CPC/2015, o interditando será citado para comparecer a entrevista perante o juiz. Além de versar sobre sua vida, negócios e bens, como já previa o CPC/1973, também será objeto da entrevista as vontades, preferências, laços familiares e afetivos do interditando, e o que mais for considerado necessário para que o juiz forme seu convencimento a respeito da sua capacidade para prática de atos da vida civil. Note-se que o termo “entrevista” veio substituir o termo “interrogatório”, utilizado no Código de Ritos anterior. A mudança se faz adequada na medida em que o contato do interditando com o juiz não tem natureza inquisitorial. Seu objetivo é compreender as necessidades e potencialidades do primeiro¹²⁰.

O alargamento da matéria a ser analisada durante a entrevista demonstra uma maior preocupação com os aspectos existenciais. Deve-se ter em mente, ainda, que não cabe ao interditando provar que possui autonomia para gerir os seus interesses, pois a capacidade é presumida. O objetivo desse ato processual também sofreu mudanças com o advento do CPC/2015. Enquanto o juiz deveria emitir juízo sobre o estado mental do interditando à luz do código anterior, o novo diploma legal refere que seu objetivo é se convencer sobre a capacidade para prática de atos da vida civil. Trata-se de correção de uma falha técnica pois, a rigor, o juiz não detém habilitação profissional para emitir juízo sobre o estado mental de uma pessoa¹²¹.

Nos parágrafos do art. 751, fica determinado que o juiz ouvirá o interditando no local onde estiver caso ele não possa se deslocar. Para Requião, a exceção deveria se tornar regra. O ambiente do Poder Judiciário é intimidador. Melhor seria realizar a entrevista na residência ou instituição em que o interditando se encontra, pois ali estará mais à vontade e poderá ser melhor avaliada a sua ca-

119 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 19.

120 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 457.

121 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 457-458.

pacidade para os atos da vida civil. Deveria haver, ainda, mais de um encontro, para que o convencimento do juiz fosse mais realista. O autor reconhece que sua proposta enfrentaria dificuldades de ordem cultural e de recursos perante o Poder Judiciário, contudo, acredita que esses elementos devem ser levados em consideração no momento da entrevista¹²².

De fato, as impressões do juiz a respeito do interditando seriam mais precisas caso ocorressem no ambiente em que vive e em número suficiente para avaliar seu comportamento em diversas situações. Ocorre que, como apontado pelo próprio autor supramencionado, há obstáculos institucionais e de ordem econômica para que tal intento seja viável. Por outro lado, por mais que essas questões fossem ajustadas, o magistrado continua destituído da capacidade técnica de avaliar a capacidade para a prática dos atos da vida civil, tanto é que há momento reservado para a realização de perícia, possivelmente por equipe multidisciplinar. A entrevista oferece indícios ao magistrado que, em conjunto com as demais provas, o conduzirão ao convencimento.

Durante a entrevista poderá haver o acompanhamento por especialista, e será assegurado o uso de recursos tecnológicos que permitam ou auxiliem o interditando a expressar as suas vontades, preferências e responder às perguntas formuladas. Deixa-se claro que eventual dificuldade de comunicação não implica em incapacidade civil. Na mesma oportunidade, poderá ser realizada a oitiva de parentes e pessoas próximas, a critério do juiz. Acredita-se que essa oitiva as coloque na condição de testemunhas ou informantes, o que pode explicar a ausência de menção à designação de audiência de instrução e julgamento no art. 754. Tais possibilidades, positivadas pioneiramente pelo CPC/2015, não eram vedadas sob o regime anterior. Contudo, sabe-se que sua positivação possivelmente terá o condão de fomentar a sua prática¹²³.

O CPC/2015 insere a entrevista como etapa necessária do processo de interdição, assim como era com o interrogatório no CPC/1973. Carvalho refuta a essencialidade dessa etapa, embora ela apresente uma real importância na maior parte dos casos. Sustenta que, quando a entrevista for considerada desnecessária, inútil ou impossível, poderá ser substituída por outros meios de prova harmônicos entre si e suficientes para convencer o juiz a respeito da (in)capacidade do indivíduo. Portanto, a ausência do interrogatório não conduziria necessariamente à invalidade da sentença, desde que fundamentada a sua não realização¹²⁴.

122 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 458-459.

123 REQUIÃO, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015. p. 459.

124 CARVALHO, Wesley Corrêa. A real importância do interrogatório nas ações de interdição e curatela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 129-136, out. 2015. p. 129-130.

Antes de expor as suas premissas, o autor refere que a alteração do nome “interrogatório” para “entrevista” não tem o condão de alterar a natureza jurídica do instituto, a saber, a de interrogatório – prova judicial cuja desnecessidade dispensaria a sua produção. Ao levantar a hipótese do interrogatório desnecessário, situação em que o magistrado já teria formado seu convencimento com base em outros elementos probatórios, colacionou precedente que se referia à dispensa de novo interrogatório para análise do pedido de levantamento de interdição. Há, ainda, situações em que o interrogatório seria inútil, como quando o interditando apresentar lucidez ao responder as perguntas ou quando essa situação é referenciada na petição inicial¹²⁵.

É difícil imaginar uma situação em que o juiz possa se convencer a respeito da (in)capacidade de um indivíduo exclusivamente por provas documentais, ainda que de natureza técnica, sobretudo porque caberá a ele, na sentença, especificar os limites impostos à autonomia do interditando que, após EPCD, somente estará sujeito à interdição parcial. Ao indicar situações de inutilidade do interrogatório, deu exemplos que pressupunham ou a realização do próprio interrogatório ou a possibilidade de convencimento do magistrado exclusivamente por alegações constantes na exordial, o que não se pode admitir. Essa última situação feriria de morte o contraditório, inclusive.

Carvalho refere, ainda, que o interrogatório pode ser dispensado quando for impossível, a saber, quando o interditando estiver impossibilitado de se expressar ou desaparecido, por exemplo. Menciona que, “[...] não obstante o juiz possa deslocar-se até o interditando, este simplesmente não pode se expressar, seja por estar em coma, em estado de choque, acometido da síndrome do encarceramento [...]”¹²⁶. Nesses casos, ele poderia ser substituído por perícia médica ou estudo social. No final das contas, o interrogatório ou entrevista do interditando serviria, apenas, como “prova dos nove” de toda a prova produzida nos processos de interdição e curatela¹²⁷.

Machado aponta que, sob a égide do CC/2002 e do CPC/1973, a jurisprudência admitia a dispensa do interrogatório somente em casos especiais, “de pessoas gravemente excepcionais”, não havendo sinais de fraude¹²⁸. Por outro lado, Schenk confirma que a realização da entrevista é obrigatória. Para

125 CARVALHO, Wesley Corrêa. A real importância do interrogatório nas ações de interdição e curatela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 129-136, out. 2015. p. 132-133.

126 CARVALHO, Wesley Corrêa. A real importância do interrogatório nas ações de interdição e curatela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 129-136, out. 2015. p. 134.

127 CARVALHO, Wesley Corrêa. A real importância do interrogatório nas ações de interdição e curatela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 129-136, out. 2015. p. 136.

128 MACHADO, Francisco Roberto. Da curatela dos interditos no novo código civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 12, p. 21-47, mar. 2004. p. 32.

o autor, sua finalidade é permitir ao magistrado a formação de uma convicção inicial quanto à capacidade do interditando para a prática de atos da vida civil, na medida em que poderá aferir seu comportamento, a forma e clareza com que expõe suas ideias e vontades. Contudo, salienta que o interditando poderá apontar a inépcia da inicial ou ausência de índices mínimos de incapacidade antes da entrevista, por meio de petição simples, com fulcro nas garantias do contraditório e ampla defesa, evitando a ocorrência da entrevista e eventuais constrangimentos¹²⁹.

Yoshikawa sustenta que não só o interrogatório, mas também a perícia médica, são meios de prova essenciais no processo de interdição, de modo que a sua não realização implica na nulidade da sentença. Para ratificar seu posicionamento, menciona acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, proferido na Apelação Cível nº 484.484-4/2-00 em 2007, no qual ficou consignado que a falta do interrogatório e da perícia médica impossibilita a formação do convencimento quanto ao estado mental da interditanda¹³⁰. Segundo o referido autor, no interrogatório o magistrado forma suas primeiras impressões a respeito do estado do interditando e poderá, inclusive, aferir a suficiência da perícia para contornar o seu convencimento¹³¹.

A interdição e curatela, de fato, depende de prova robusta para ser determinada. Essa percepção leva Schenk a afirmar que não tem lugar neste procedimento: os acordos de saneamento e procedimento (art. 357, § 2º e art. 190 do CPC/2015), pois estão condicionados à disponibilidade dos interesses em discussão e a plena capacidade dos estipulantes, bem como o julgamento antecipado total ou parcial do mérito (arts. 355 e 356 do CPC/2015), pela necessidade de se adentrar a fase instrutória. A prova pericial não pode ser dispensada, mesmo que tenha sido acostado laudo médico particular ou elaborado pela equipe de peritos da Previdência Social. Também haveria incompatibilidade do procedimento com o depoimento pessoal do interditando, pois não se aplica a

129 SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015. p. 315-316.

130 Vale citar que o STJ já se manifestou de maneira diversa: “*Civil e processual. Interdição. Laudo art. 1.183 do CPC. Não realização. Nulidade. Não ocorrência.* 1 - Constatado pelas instâncias ordinárias que o interditando, por absoluta incapacidade, não tem condições de gerir sua vida civil, com amparo em laudo pericial (extrajudicial) e demais elementos de prova, inclusive o interrogatório de que trata o art. 1181 do Código de Processo Civil, a falta de nova perícia em juízo não causa nulidade, porquanto, nesse caso, é formalidade dispensável (art.244 do CPC); 2 - Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 253.733 - MG, 4ª Turma, j. 16.3.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 5.4.2004).

131 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008. p. 24-25.

pena de confesso e, já na entrevista, o magistrado tem a oportunidade de colher as suas próprias impressões¹³².

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CPDP, sem sombra de dúvidas, é diploma internacional que reúne e salvaguarda uma série de direitos humanos e garantias fundamentais às pessoas com deficiência. Ao retirar a deficiência de um universo meramente biológico e tratá-la como resultado de um corpo com barreiras presentes no ambiente, inclusive de ordem social, impulsiona uma mudança cultural importante no olhar dirigido às pessoas com deficiência por parte da sociedade em geral e suas instituições. Por conta do objeto deste trabalho, enfatiza-se o respeito à sua autonomia, independência e liberdade de escolha.

Recepcionada pelo Brasil em 2009 com *status* de norma constitucional, a Convenção referida somente foi regulada em 2015 pelo EPCD. Em ambos é afirmada a capacidade legal das pessoas com deficiência, expressão que parece ter conduzido o legislador e parte da doutrina civil a alguns equívocos. Recorde-se que há dois tipos de capacidade civil – de direito e de fato. Aparentemente o termo “capacidade legal” foi interpretado como capacidade de fato, vide a exclusão das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa que faziam referência à deficiência mental dos arts. 3º e 4º do CC/2002. Como já explorado, essa medida trouxe uma série de problemas e atecnias.

A partir do EPCD, parece restar admitida a possibilidade da interdição de capazes. Essa afirmação é uma contradição em si mesma pois, a rigor, capaz é aquele que não precisa de apoio para praticar atos da vida civil. Além disso, disposições específicas não alteradas pelo EPCD, como a dispensa do consentimento para receber doações e regime de nulidades diferenciado, aparentemente perdem a sua razão de ser. Essa mudança é justificada pela necessária desvinculação entre deficiência e necessária incapacidade. Ocorre que a solução proposta resulta em uma séria dissociação entre a norma jurídica e a realidade.

Parece irrefutável a conclusão de que a deficiência não tem como resultado necessário a incapacidade, até porque pode ter diversas naturezas, graus e manifestações em cada uma das pessoas que a apresentem. Mesmo em um grupo de pessoas que tenham recebido o mesmo diagnóstico (ex. Síndrome de Down), haverá pessoas plenamente capazes, relativamente incapazes e absolutamente incapazes. Existe um *continuum* que passa por esses três estados jurídicos, por isso a avaliação deve ser, sempre, pessoal e casuística. As disposições

132 SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015. p. 319-321.

do CC/2002, uma vez vocacionadas à generalidade e abstração, não captam de forma perfeita essa complexidade.

Inclusive, foram exploradas uma série de críticas à técnica legislativa de listar um rol de pessoas absoluta e relativamente incapazes. Melhor seria um artigo que afirmasse, simplesmente, a presunção da capacidade civil e a necessidade de prova do contrário (ressalvado o critério etário que, embora também seja problemático, desborda os limites desse artigo), devendo-se especificar as limitações e potencialidades do sujeito, no intuito de que a medida o proteja e o empodere para que se torne desnecessária. Ocorre que, da forma como o EPCD transformou a teoria das incapacidades, em determinadas situações sua aplicação redundará em desproteção, como nos casos de pessoas com deficiência que sejam, de fato, absolutamente incapazes. Entende-se que, nesses casos extremos, não existe razão para não se declará-la como tal, mediante a ação de interdição.

Toda essa problemática aparentemente advém da compreensão do termo “capacidade legal”, importado da CDPD, enquanto capacidade de fato. Sustenta-se, aqui, que ela deve ser compreendida como capacidade de direito, esta sim titularizada por toda e qualquer pessoa. Continuar-se-ia admitindo, portanto, a existência de pessoas com deficiência mental que possam vir a ser consideradas relativamente ou absolutamente incapazes. Sabe-se que, sob este regime, alguns abusos vêm sendo cometidos, como a determinação arbitrária de interdições totais. Contudo, esse é um problema que extrapola o campo da norma jurídica em si, pois diz respeito à sua aplicação.

Inicialmente, acredita-se que, com a sistemática da teoria das incapacidades anterior ao EPCD no tocante ao estado, poderiam ser alcançados os objetivos que se visou alcançar com as alterações legislativas. A dissociação entre deficiência e incapacidade é necessária, mas as alterações referidas não constituem o melhor meio de alcançá-la, até porque se trata de uma questão cultural. Sabe-se que, mesmo no regime anterior, a capacidade de fato é presumida. Já não era suficiente o mero diagnóstico, nem o enquadramento em um dos incisos dos arts. 3º e 4º do CC/2002 para se considerar alguém incapaz. Além da enfermidade, deveria haver um impacto no discernimento do indivíduo para que se concluísse pela incapacidade.

Acredita-se que dar novos contornos à interdição e à curatela, como também foi feito pelo EPCD, aproxima os institutos de suas finalidades. Por isso, mais importante e positiva para a mudança do tratamento direcionado às pessoas com deficiência é a disciplina da curatela como medida de apoio excepcional, restrita ao âmbito patrimonial. O instituto, criado para a preservação do patrimônio exclusivamente, assume contornos mais definidos e sem prejudicar o âmbito existencial do curatelado, que vinha sendo ignorado. Além disso, foi

criada uma nova forma de apoio à prática de atos da vida civil, a tomada de decisão apoiada, menos restritiva e mais humanizada¹³³.

O CPC/2015, nessa linha, também trouxe contribuições importantes para garantir que a curatela realmente funcionará como medida protetiva e de empoderamento, e não como forma de interdição de direitos. Cite-se, como exemplo, as reconfigurações do interrogatório, doravante denominado de entrevista, ampliando-se seu objeto em direção aos aspectos existenciais do sujeito e à preocupação em identificar não só as suas limitações, mas também suas potencialidades. Também foi enfatizado o dever de fundamentação do juiz, que deverá delimitar os limites da curatela, e adicionada às funções do curador a de estimular a autonomia do curatelado.

6. REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2009.
- _____. *Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil*. Curitiba: Editora CRV, 2015.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 104, v. 962, p. 65-80, dez. 2015.
- BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Boletim do Legislativo*, Brasília, nº 40, out. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- BRANDÃO, Sérgio Vieira. *Interdição civil solicitada por familiar em face de parente idoso: desconstrução da autonomia privada ou construção de um cuidado?* 2013. 25 f. Artigo Científico (Especialização em Saúde Mental Coletiva) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/78023/000898037.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Audiência Pública. *Banalização da interdição judicial no Brasil: usos e abusos da psiquiatria, uma violência contra a democracia e os direitos humanos*. Brasília, 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.defen.soria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/interdicao-judicial_Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- _____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Co-*

133 Conferir a esse respeito: REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan.-mar. 2016.

mentários à *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014.

- CARVALHO, Wesley Corrêa. A real importância do interrogatório nas ações de interdição e curatela. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 129-136, out. 2015.
- CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. *Consultor Jurídico*, 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Incapacidade civil, interdição e tomada de decisão assistida: Estatuto da Pessoa com Deficiência e novo CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 151, p. 94-104, out. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 652-653.
- DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial n. 187*, 2015. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, Renovar: 2015.
- _____. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade Civil – Fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35-53.
- GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 122-132, 2005. Disponível em: <<http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/garrafa.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2016.
- GONZAGA, Eugênia Augusta. Art. 12 – Reconhecimento igual perante a lei. In: BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014. p. 85-89.

- HESPANHA, António Manuel. Código y complejidad. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffré Editore, 2000. p. 149-164.
- LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Consultor jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Curatela compartilhada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, a. 15, v. 60, p. 279-290, out.-dez. 2014.
- MACHADO, Francisco Roberto. Da curatela dos interditos no novo código civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 12, p. 21-47, mar. 2004.
- MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 60, p. 23-45, ago. 2007-abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469001.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- _____. *Interdição civil: proteção ou exclusão?* São Paulo: Cortez, 2007.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jul. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- _____; CARVALHO, Jádier Figueiredo. Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Êcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Org.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: Conceito, 2014. v. 1. p. 369-387. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 17 mar. 2016.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa

com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014.

- PITHAN, Lúvia Haygert; BERNARDES, Fabrício Benites; PIRES FILHO, Luiz Alberto B. Simões. Capacidade decisória do paciente: aspectos jurídicos e bioéticos. In: GAUER, Gabriel José Chittó; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.) *Ciclo de conferências em Bioética I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 121-137.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan.-mar. 2016.
- _____. Considerações sobre a interdição no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 239, p. 453-466, jan. 2015.
- _____. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-34.
- SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, a. 13, n. 97, p. 308-325, set.-out. 2015.
- SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade – Parte I. *Consultor Jurídico*, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- _____. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade – Parte 2. *Consultor Jurídico*, 07 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 07 mar. 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*, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- _____. 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 II).

Migalhas, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIEIRA, Patrícia Ruy. A interdição civil no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 93, v. 826, p. 93-118, ago. 2004.

_____. *Estudo de prevalência dos transtornos psiquiátricos na determinação da interdição civil no município de São Paulo*. 2003. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://unifesp.phl.net.com.br/cgi-bin/wxis.exe?IsisScript=phl82/052.xis&cipar=phl82.cip&lang=por&pft=decorado&exp=TTT=018565>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Aspectos da ação de interdição. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 15-28, maio 2008.



OS EFEITOS CONTRA TERCEIROS NA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: LIMITES E RESPONSABILIDADE DOS APOIADORES

Rodrigo Castro Nascimento¹

Resumo: O presente artigo visa analisar o Apoiador, figura trazida pela Lei nº 13.146/2015 com a criação do instituto da tomada de decisão apoiada. Procurou-se demonstrar o papel do apoiador nesse novo instrumento de apoio à autonomia da pessoa com deficiência, traçando os objetivos deste novo sujeito para com o apoiado, e esclarecendo de que forma o apoiador poderá, no mundo prático, interferir em um negócio jurídico firmado entre a pessoa apoiada e terceiros. A partir de então, buscou-se trazer uma discussão acerca dos limites e responsabilidades do apoiador no âmbito da tomada de decisão apoiada, e de que maneira ele poderá ser responsabilizado no caso de cometer algum ato ilícito, não apenas na relação que possui com o Apoiado, mas também em determinado negócio que este venha a firmar com terceiro.

Palavras-chave: Autonomia. Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Tomada de decisão apoiada. Apoiador. Limites. Responsabilidade.

Abstract: This article aims at analyzing the Supporter, figure brought by Law 13,146 / 2015 with the creation of the institute of Supported Decision Making. The aim was to demonstrate the role of the Advocate in this new instrument to support the autonomy of the disabled, outlining the objectives of this new subject with the Supported, and clarifying how in a practical world the supporter can interfere in a legal business signed Between the supported person and third parties. From then on, we sought to bring up a discussion about the limits and responsibilities of the Supporter in the context of the Supported Decision Making, and in what way he could be held liable in the event of committing some unlawful act, not only in the relation he has with the Supported, but also in a certain business that it will establish with third party.

Keywords: Autonomy. Inclusion of Persons with Disabilities Act. Decision Making Supported. Support. Limits. Responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada: Uma conquista social. 3 O papel dos apoiadores nas relações firmadas com o apoiado e terceiros: Limites e responsabilidades. 4 Conclusão. Referências

¹ Advogado, pós-graduado, *lato sensu*, em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, mestrando pela Universidade Federal da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015, também chamada de Estatuto da pessoa com deficiência (EPD), trouxe diversas inovações no mundo jurídico, dentre elas, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (TDC).

Esse novo instituto, que foi influenciado pelo direito estrangeiro e pela convenção da pessoa com deficiência de 2006, visa auxiliar a concretização do modelo de apoio à autonomia da vontade dos deficientes, o qual se opõe ao antigo, e já defasado, modelo de substituição da vontade dos mesmos, que previa como principal instrumento a interdição.

O objetivo atual do direito privado é, portanto, se valer de instrumentos que forneçam suporte à liberdade de escolha dos deficientes, para que assim, eles não vivam mais de acordo com os desejos e vontades de terceiros, mas sim de acordo com suas convicções.

Com a tomada de decisão apoiada, o sujeito com deficiência poderá se valer de pessoas da sua confiança, chamadas de apoiadores, para que assim consigam exercer amplamente a sua autonomia mediante um suporte.

Sendo assim, surge a figura do apoiador, pessoa que tem por objetivo fornecer todo suporte necessário à liberdade do deficiente, o qual pode, em alguns casos, causar determinadas influências na vida do apoiado, a fim de que este consiga se manifestar como sujeito de direito, capaz para firmar negócios jurídicos e se autodeterminar perante a sociedade.

A ideia do novo instituto é tornar a figura da curatela cada vez mais em desuso, a fim de ser tratada, efetivamente, como uma exceção. O importante agora é conferir uma base para a manifestação de vontade do deficiente, e não lhe tratar como sujeito incapaz que necessite, em todos os casos, de alguém que exerça o papel de substituto dos seus desejos.

Contudo, em que consiste esse novo instrumento de apoio? Quais seriam as implicações de uma pessoa se tornar um apoiador? Quais suas responsabilidades para com o apoiado? Em quais casos o seu apoio poderá implicar em uma interferência negativa ao deficiente? Quando os apoiadores devem ser responsabilizados e quais os limites de sua atuação?

O presente debate objetiva trazer esclarecimentos tanto para os apoiados, como para os apoiadores, a fim de que o desconhecimento do instituto não gere o seu desuso. É importante que a tomada de decisão apoiada seja elucidada, até para se demonstrar que o presente instituto chegou, de fato, para somar na sociedade e que o sistema de apoio à Autonomia da pessoa seja cada vez mais valorizada.

Para isso, o presente trabalho se vale de dois tópicos principais. No primeiro, é explanado o surgimento do instituto da tomada de decisão apoiada, que teve o seu nascimento com o advento da Lei de Inclusão da pessoa com

deficiência. Conforme é abordado, a nova Lei trouxe consigo um reforço à proposta de valorização das liberdades das pessoas com deficiência. O referido reforço é concretizado pela criação de instrumentos de apoio, e é exatamente essa ideia de conferir suporte à Autonomia do deficiente, com a utilização da tomada de decisão apoiada, que o aludido tópico busca dar enfoque.

Logo após, o trabalho pauta-se na questão das responsabilidades, obrigações e limites dos Apoiadores no âmbito da tomada de decisão apoiada, principalmente no que tange à relação entre apoiador e apoiado, bem como aos negócios jurídicos firmados entre o Apoiado e terceiros estranhos à TDA, para que assim, haja um esclarecimento maior acerca do papel dos Apoiadores no mundo fático e jurídico.

2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA: UMA CONQUISTA SOCIAL

O direito privado passou por um processo de descodificação. Esse processo foi causado tanto pelo fato dos Códigos Civis não terem conseguido acompanhar as diversas mutações ocorridas na sociedade ao longo dos tempos, quanto pela constitucionalização do direito privado. O processo de descodificação

reflete um fenômeno mais profundo, na medida em que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores divergentes daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microssistemas, apto a dirigir a interpretação das suas normas e a colmatar as suas lacunas, diante desta irreconciliável divergência axiológica.²

A fragmentação do direito privado, que antes se concentrava apenas no Código Civil, e a ausência de grandes avanços desta norma jurídica, fizeram com que surgissem não só leis esparsas para tratar de determinado assunto, como também verdadeiros microssistemas jurídicos, os quais nascem com autonomia para regulamentar grandes matérias, para conferir, por exemplo, proteções especiais a determinados grupos de pessoas tidas por vulneráveis.

O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do idoso e o Estatuto da criança e do adolescente, são exemplos dos referidos microssistemas jurídicos e representam a evolução do direito privado no Brasil. São normas que visam conferir à pessoa uma vida mais digna no sentido de trazer uma proteção especial nas interações sociais firmadas por elas, com a finalidade de obter uma igualdade real para estes sujeitos perante a sociedade.

² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

Seguindo essa ideia de proteção especial, surge a Lei de Inclusão da pessoa com deficiência, a Lei 13.146 de 2015. Também chamada de Estatuto da pessoa com deficiência, essa nova norma nasce como instrumento de aplicabilidade da Convenção da Pessoa com Deficiência de 2006 que foi ratificado pelo Brasil em 2008 com status de norma constitucional³.

A Referida Convenção “visa a superação das barreiras externas, de modo a reabilitar a sociedade para que esta possa acolher a todas pessoas, administrando as suas diferenças e integrando a diversidade.”⁴

Em seu artigo 1º, a Convenção já deixa claro que tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.” Esta redação é repetida no artigo 1º da Lei 13.146/2015, a qual também objetiva assegurar as liberdades das pessoas com deficiência.

Conforme é cediço, ao longo dos tempos, os deficientes no Brasil viveram o significado da palavra descaso, por não se adequarem ao que a sociedade ditou como o que é ser uma pessoa “normal”, eles tiveram muitas vezes sua dignidade reduzida a quase nada. Um bom exemplo disso está no caso do Holocausto brasileiro que ocorreu em grande parte do século XX no Hospital Psiquiátrico de Barbacena no Brasil (chamado de O Colônia), muito bem explanado na obra de Daniela Arbex⁵. A partir do mencionado acontecimento, foi constatado que no Brasil existiu um verdadeiro campo de concentração, sendo a maior prova de que o ser humano pode se tornar o carrasco da sua própria espécie.

Vale registrar que os gregos utilizavam um termo chamado de “estigma”, o qual se refere “a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava.”⁶

A sociedade brasileira, importou essa ideia de “estigma” na figura do deficiente mental, por conta de serem pessoas que apresentam comportamentos dis-

- 3 O 5º, § 3º da Constituição federal é claro ao dispor que Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
- 4 MENEZES, Joceane Bezerra De. *O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- 5 ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.
- 6 GOFFMAN, Erving. *Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/92113/mod_resource/content/1/Goffman%3B%20Estigma.pdf> Acesso em: 16 ago. 2017.

tintos do casual, com uma noção de realidade que muitas vezes não se amolda ao “mundo ideal” criado por quem detém o Poder, ou algum tipo de “hipersuficiência” em relação à estas pessoas tidas como vulneráveis. Veja que

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída.⁷

É exatamente nesse ponto que a sociedade tida como “normal” se utilizou dos estigmas para alimentarem a discriminação e segregação dos deficientes mentais no Brasil. Busca-se então a concretização da teoria do estigma a fim de ser justificada uma suposta inferioridade de pessoas que não se enquadram dentro dos parâmetros impostos pela sociedade e pelo Estado.

É exatamente por conta de os deficientes mentais serem caracterizados como “diferentes” que a sociedade, de alguma maneira, se sente ameaçada, assustada e irritada, fazendo com que a mesma oprima, diminua e se esqueça de que os deficientes são portadores de direitos fundamentais, possuem humanidade e necessitam, de fato, de uma proteção especial do Estado e da sociedade.

O estigma se mostra, portanto, como um sentimento social negativo e prejudicial, haja vista que a sua utilização impede a inclusão de determinado sujeito nas relações sociais quotidianas, sob a justificativa deste ser incompatível com os padrões sociais da normalidade, o que acaba afastando “aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus.”⁸

Além disso, o tratamento que a legislação brasileira conferiu aos deficientes também não foi a ideal. Conforme é cediço, as Ordenações Filipinas, que futuramente participariam da compilação das leis civis brasileiras realizada por Teixeira de Freitas, se voltava ao deficiente mental como “louco, desassisado, mentecapto, furioso, sandeu”⁹.

O código de 1916 e o Código Civil de 2002, por sua vez, tratavam os deficientes como incapazes para administrarem seus negócios, seus bens, seu ser, preferindo adotar um sistema de substituição da vontade do incapaz, onde este não possuía qualquer autonomia negocial ou existencial para sua vida.

Note-se que a aplicação da teoria da incapacidade no Brasil, surge sob a promessa de proteção dos incapazes, contudo, muitas vezes a aplicação da alu-

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 REQUIÃO, Mauricio. *Estatuto da pessoa com deficiência e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.63.

dida teoria afastou determinadas pessoas de suas liberdades. A integridade e autonomia dos considerados incapazes, em diversos casos ficou em segundo plano, a fim de saciar interesses patrimoniais de terceiros.

O Estado muitas vezes não se preocupou com os aspectos existenciais da pessoa considerada incapaz, pouco importava se o negócio jurídico poderia ser ou não benéfico a ela, pois caso este sujeito firmasse algum contrato, por exemplo, o negócio seria considerado nulo¹⁰. Dessa forma questiona-se: seria a incapacidade um instituto que realmente visava a proteção do incapaz?

Com a incapacidade absoluta decretada, surgiram diversos processos de interdição judicial que acabaram sendo banalizados¹¹ e muitas vezes se mostraram não como uma medida que visasse o amparo dos incapazes, mas como medida de interesse de quem seria o curador que iria administrar o patrimônio de determinada pessoa.

Um bom exemplo é o instituto da interdição, que ainda é objeto de preocupação no Brasil, haja vista o grande número de interdições totais de “pessoas com deficiência efetuadas a pedido de familiares ou responsáveis, com o objetivo principal, mas não exclusivo, de receber Benefício de Prestação Continuada.”¹²

É claro que a interdição possuía como objetivo a proteção do interditando, porém a própria sociedade muitas vezes se valeu do instrumento para lucrar em cima do incapaz, no Brasil ocorreram diversos casos de abusos envolvendo idosos, muitas vezes na plenitude da sua capacidade, mas que são privados da sua autonomia em prol dos interesses patrimoniais dos seus parentes.¹³

Muitas vezes o curador, pessoa que deveria atuar na administração do patrimônio do interditado, usufruía dos bens deste, como ocorreu no Distrito Federal o caso de uma curadora que utilizava indevidamente o imóvel do curatelado¹⁴, ou o caso do ex-governador de Minas Gerais Hélio Garcia que sofreu

10 Ibidem. p.77.

11 Para maior aprofundamento acerca da banalização da interdição judicial, aconselha-se a leitura do relatório da audiência pública que ocorreu na Câmara do Deputados Federais no ano de 2005, disponível em: <<http://www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/interdicao-judicial.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

12 ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. **Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Disponível em: <www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/download/134/120>. Acesso em: 30 jun. 2017.

13 REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.99.

14 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. “Curadora é condenada por uso indevido de imóvel do curatelado. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2017.

desvio de dinheiro do seu antigo curador (ex-secretário do Estado de Minas Gerais) durante anos.¹⁵

Nessa esteira, o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência significou, portanto, o resultado das lutas que foram travadas contra as crueldades e descasos causados aos deficientes, os quais sofreram muito com o tratamento social e legal que lhes foram conferidos ao longo dos tempos.

Um bom exemplo das lutas por mudanças na vida dos deficientes, foi a luta por uma reforma psiquiátrica que surge por volta da década de 70 “em resposta à verificação da ineficiência do método asilar para a maior parte dos casos, bem como pelos diversos abusos constatados ao longo da sua existência”¹⁶.

Observe-se que tanto a Convenção sobre as pessoas com deficiência, quanto a Lei de Inclusão trazem a ideia de que ser “diferente” não quer dizer ser inferior, que o conceito de “pessoa normal” é relativo, errôneo, falho, atrasado e discriminatório.

Todos merecem ter uma vida digna e é importante que a sociedade tenha em mente que “a deficiência não é uma ‘doença’ que deva ser *tratada*, mas um especial modo de ser da pessoa que precisa ser de alguma forma *completada*, para que não tenha a sua vida prejudicada em razão da sua deficiência.”¹⁷

A Lei de inclusão da pessoa com deficiência visa, antes de tudo, proteger os direitos da personalidade da pessoa, pois estes são o “reflexo jurídico do que há de mais íntimo, de mais próprio da pessoa, ao direito só cabe intervir se a consequência de tal atuação exceder a esfera jurídica da própria pessoa, atingindo a esfera jurídica de terceiros”.¹⁸

Sendo assim, o Estatuto da pessoa com deficiência modificou significativamente o rol dos absolutamente incapazes contido no artigo 3º do Código Civil de 2002, hoje contando apenas com um inciso que se refere ao menor de 16 anos. Já o rol dos relativamente incapazes, constante no art. 4º do mesmo Código, passa a possuir em seu rol os maiores de 16 e menores de 18 anos, bem como os ébrios habituais, os viciados em tóxico e aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade.

15 Brasil 247. “Curador é condenado por desviar dinheiro do ex-governador Hélio Garcia”. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/minas247/175588/Curador-%25C3%25A9-condenado-por-desviar-dinheiro-do-ex-governador-H%25C3%25A9lio-Garcia.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

16 REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.99.

17 ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tomada de decisão apoiada**. Revista Brasileira de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

18 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108.

Essa inovação demonstra a importância que o ordenamento jurídico passa a conferir à autonomia existencial que se traduz na liberdade do sujeito em ser quem ele é, em poder “gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna”¹⁹. A finalidade é concretizar um sistema que fomente o apoio à liberdade de escolha do deficiente.

Essa ideia de se fornecer um suporte para a autonomia da pessoa com deficiência, fez com que a Lei de inclusão apresentasse o ordenamento jurídico brasileiro com o instituto da tomada de decisão apoiada, o qual foi incluído ao Código Civil pelo artigo 1.783-A. Esse novo instrumento é fruto de grande influência do direito estrangeiro, dentre outros o *Codice Civile* que trouxe a *amministratore di sostegno*, pelo *Representation Agreement Act* (acordo de representação) do Canadá²⁰, e pelo *sauegarde de justice* na França²¹, os quais já buscam concretizar a adoção desse modelo de apoio à autonomia da pessoa.

A tomada de decisão apoiada é um negócio jurídico vinculado a um ato de Estado para se aperfeiçoar, no caso, uma decisão judicial. Se traduz como processo de jurisdição voluntária sendo uma medida alternativa ao processo de curatela, este por sua vez aparece como “mecanismo protetivo extremo e extraordinário [...] não implica, necessariamente, a interdição da pessoa, mas a viabilização de um cuidado especial.”²²

A criação da tomada de decisão apoiada cumpre com a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, o qual prevê em seu artigo 12 que os “Estados devem se valer de mecanismos de apoio e salvaguardas para estes indivíduos”.

O novo instituto está localizado no artigo 1.783-A do Código Civil, e dispõe que a pessoa com deficiência poderá se valer do judiciário para eleger duas ou mais pessoas idôneas, com as quais mantenham vínculos e sejam de sua confiança, a fim de que esses apoiadores lhe auxiliem nas decisões que tomar acerca dos atos da vida civil.

-
- 19 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.63.
- 20 MENEZES, Joceane Bezerra De. *O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- 21 REQUIAO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência*. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- 22 MENEZES, Joceane Bezerra De. *O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

O instituto preza a liberdade da pessoa decidir quem ela quer ser e de que maneira acha melhor gerir sua vida, pois suas escolhas fazem parte da sua realização como pessoa digna, detentora de direitos. Observe-se que o instituto em análise não pode ser confundido como um “modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.”²³

De acordo com o artigo 1.793, §1º do Código Civil, o futuro apoiado, juntamente com os apoiadores, apresentarão em juízo o termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e o compromisso dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito a liberdade da pessoa que se irá apoiar. O juiz, se valendo de uma equipe multidisciplinar e ouvido o Ministério Público, analisará o termo do apoio, levando em consideração a autonomia e a capacidade do futuro apoiado, a fim de que o termo não venha afetar os direitos da personalidade do requerente.

A decisão do apoiado, caso esteja dentro dos limites do apoio acordado, será válida contra terceiros. Observe-se que nesse caso, “a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em reforço à validade de negócios por ele realizados.”²⁴

Nessa esteira, o instituto da tomada de decisão apoiada reforça o novo paradigma do direito privado de separação entre o instituto da incapacidade com o a figura do deficiente, ou seja, o fato de uma pessoa ser deficiente não significa que deva ser tratada como incapaz. O ordenamento jurídico deve se utilizar de instrumentos de apoio para que este indivíduo se mantenha como sujeito detentor de sua própria autonomia.

A finalidade principal do instituto seria então, o de “resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais.”²⁵

Quando o Estado tratava o deficiente mental como incapaz, por exemplo, ele acabava por limitar uma liberdade conferida pelo direito privado que era o direito a se ter uma vida digna de acordo com suas escolhas e realizações, ou seja, a autonomia da pessoa era mitigada em detrimento de uma utópica proteção fornecida pelo ordenamento jurídico.

23 ROSENVALD, Nelson. *A Tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

24 REQUIAO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência*. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

25 ROSENVALD, Nelson. *A Tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Portanto, a tomada de decisão apoiada surge como uma verdadeira conquista social, o ordenamento jurídico busca com esse instituto instaurar um sistema protetivo-emancipatório de apoio, no qual o sujeito possa manter uma vida mais independente possível, e caso precise de algum suporte, que este seja conferido nos limites dessa necessidade.²⁶

Ocorre que para que esse instrumento de apoio seja utilizado no mundo prático, e não caia em esquecimento, o mesmo necessita ser atraente não só para as pessoas com deficiência que buscarão se valer dele, como também para os próprios apoiadores que irão se submeter ao acordo de apoio.

Para tanto, é necessário que se entenda os limites da responsabilidade desses apoiadores, principalmente no que tange às relações firmadas entre o deficiente e terceiros. Tais fatos são de extrema relevância para que os apoiadores aceitem se valer da tomada de decisão para auxiliar o deficiente na utilização plena da sua capacidade civil.

3. O PAPEL DOS APOIADORES NAS RELAÇÕES FIRMADAS COM O APOIADO E TERCEIROS: LIMITES E RESPONSABILIDADES

Entender ao certo a natureza jurídica dos apoiadores é uma tarefa difícil, pois eles fazem parte de uma inovação no ordenamento. Veja-se que a tomada de decisão apoiada se difere do instituto da tutela, da curatela, sendo uma figura autônoma, única e ímpar na legislação vigente. O Apoiador surge como uma figura nova no ordenamento jurídico, que tem a pretensão de apoiar o deficiente na manifestação plena da sua autonomia.

Quando se fala em Apoiador, é necessário ter em mente que a pessoa Apoiada procura se valer de indivíduos que mantenha determinado vínculo, que sejam de sua confiança. Por ser um negócio jurídico intrínseco ao direito privado, a tomada de decisão apoiada fixa seus alicerces na boa-fé e no dever de confiança que as partes devem ter umas com as outras.

O princípio da boa-fé deve se fazer presente ao longo de todo acordo de apoio. No caso de haver divergência entre os apoiadores e o apoiado na celebração de negócio jurídico, que implicar em relevante risco ou prejuízo, a nova redação do Código Civil possibilita que as partes da TDA se valham do juiz para decidir acerca da questão (Art. 1.783, §6º).

26 MENEZES, Joiceane Bezerra De. **Tomada de decisão apoiada**: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Nos casos em que a divergência não verse acerca de negócios jurídicos de relevante risco ou prejuízo, deve-se priorizar a vontade do apoiado, mesmo porquê o instituto da TDA privilegia exatamente a sua autonomia.²⁷

No que tange à confiança, desdobramento da boa-fé, o Código civil deixa claro que no caso de negligência ou inadimplemento das obrigações por parte do apoiador, qualquer pessoa, inclusive o Ministério Público, poderá denunciá-lo e caso a denúncia seja julgada procedente, o mesmo será destituído e o apoiado poderá indicar outra pessoa para prestar o apoio (Art. 1.783, §7º).

Além disso, o apoiado poderá requerer a exclusão do apoiador e este, por sua vez, também poderá requerer ao juiz a sua exclusão da TDA (Art. 1783-A, §8º a 10). Acredita-se que, embora a lei seja omissa, para que a tomada de decisão apoiada fosse mantida, seria necessário a existência de no mínimo dois apoiadores, no caso de não haver, a mesma deveria ser extinta²⁸.

Ocorre que a lei não é clara a respeito dos limites da responsabilidade dos apoiadores, fazendo com que o instituto da tomada de decisão apoiada fique menos atrativa, pois fica muito complicado firmar um acordo de apoio, no qual haja grande risco de prejuízo para as partes que procuram apoiar o deficiente.

Um grande exemplo é o caso do disposto no §5º do art. 1.783 do C.C, em que o apoiado celebra negócio jurídico com terceiro e este pode “solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado”.

Tendo em vista que a TDA é relação jurídica firmada entre o apoiado e os apoiadores, a lei não deixa claro a finalidade dos apoiadores terem que contra assinar determinado contrato firmado entre o apoiado e terceiros quando solicitados por este, que nada tem a ver com o instrumento de apoio.

Nesse caso, surgem as dúvidas: Caso haja prejuízo em um determinado contrato firmado com terceiro, este poderá reclamar não só para o apoiado, mas também para os apoiadores que contra assinaram? E afinal, quais seriam, de fato, os limites e responsabilidades dos apoiadores no acordo de apoio firmado com o deficiente no âmbito da tomada de decisão apoiada?

Inicialmente, deve-se conceber que “os terceiros por não participarem da relação jurídica entre apoiado e apoiador, por ela não podem ser alcançados, nem prejudicados. Assim, os negócios realizados com terceiros, pelo apoiado,

27 REQUIAO, Maurício. *As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência*. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

28 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.186.

mesmo sem a participação do apoiador, são válidos.”²⁹ Dessa forma, é vislumbrado que a solicitação de contra-assinatura do contrato, por parte de terceiro aos apoiadores (§5º, art. 1.783, C.C), não possui qualquer efeito jurídico para o aperfeiçoamento do negócio a ser firmado entre terceiro e apoiado, o que demonstra que os apoiadores não necessitam apresentar qualquer contra-assinatura caso não desejem.³⁰

É preciso ter em mente que quando se fala em negócio jurídico firmado entre terceiros e apoiado, deve-se analisar duas relações jurídicas independentes: A primeira seria a relação jurídica atinente à tomada de decisão apoiada, que precede o negócio jurídico e implica no papel dos apoiadores em auxiliarem o apoiado nas decisões atinentes à celebração de determinado negócio. A ideia é fazer com que o apoiado enxergue se aquele acordo é possível, vantajoso e benéfico para ele, o objetivo é trazer influências positivas para o apoiado, para que assim ele utilize a sua autonomia da melhor maneira possível.

A segunda relação jurídica seria o negócio que o apoiado firma com terceiros. Neste caso, apenas o apoiado é quem se obriga, não há que se cogitar, portanto, responsabilidade dos apoiadores perante terceiros, pois, conforme salientado, existe duas relações jurídicas, uma entre o apoiado e apoiadores (TDA), e outra entre o apoiado e terceiros (negócio jurídico firmado após a TDA).

Conforme já exposto acima, a tomada de decisão apoiada é instrumento de apoio à Autonomia, então, a princípio, os apoiadores podem auxiliar na decisão do apoiado, contudo, no final das contas é este quem deterá a liberdade de decisão para a celebração dos acordos com terceiros, valendo aqui a ressalva de que se os apoiadores não concordarem com o negócio jurídico, e este implicar em risco ou prejuízo relevante, eles poderão submeter a questão ao juiz para que ele decida.

É normal que em determinado momento da tomada de decisão apoiada, os apoiadores tenham “percepções distintas sobre decisões que refletirão na vida da pessoa apoiada. Por tal razão, não obstante o silêncio da norma, será

29 MENEZES, Joiceane Bezerra De. **Tomada de decisão apoiada**: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

30 Cumpre salientar a esse respeito que o projeto de Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 busca, em seu artigo 2º, adicionar o §12º ao art. 1.783 do C.C, com a seguinte redação “Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.” O que deixa claro a dispensa da contra-assinatura dos apoiadores.

recomendável que o termo de apoio estabeleça uma ordem de prioridade, ou um critério de resolução de conflitos.”³¹

Percebe-se que a responsabilidade dos apoiadores, no âmbito da TDA, restringe-se às obrigações que os mesmos se submeteram no momento em que firmaram o acordo de apoio homologado pelo juiz. Nessa esteira, para que os apoiadores sejam responsabilizados, se faz necessário demonstrar que eles agiram com algum tipo de negligência, que tenham exercido pressão indevida, ou de alguma maneira tenham inadimplido com algum dos deveres que se obrigaram no mencionado acordo.

Os apoiadores devem fornecer suporte a autonomia do deficiente a fim de que ele a exerça de forma plena, caso esse apoio não seja cumprido, deve-se responsabilizar os apoiadores, não só por terem descumprido com um dever firmado em juízo (o acordo de apoio que deu origem à TDA), mas por terem quebrado com a confiança que lhes foi conferida pelo apoiado, atingindo assim a boa-fé da relação jurídica firmada.

Observe-se que caso o apoiado firme determinado negócio jurídico com terceiro, tendo o referido acordo sido fruto de induzimento ardiloso do seu apoiador, o negócio pode ser anulado por se configurar como causa de dolo (*dolus malus*³²), sendo este defeito do negócio jurídico.³³

Tendo havido dolo por parte do apoiador, independentemente de ensejar, ou não, a anulação do negócio jurídico, obrigará o mesmo à satisfação “das perdas e danos, por conta das condições menos vantajosas estabelecidas no negócio para o declarante.”³⁴

Cumpra registrar que o apoiador responderá em perdas e danos, no caso de agir em dolo, não pelo seu papel como sujeito prestador de suporte da autonomia do deficiente, mas pelo fato de incidir em dolo de terceiro³⁵, recaindo

31 ROSENVALD, Nelson. *A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. Disponível em <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2016/08/01/14_08_08_161_Artigo_jur%C3%ADdico_A_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O_APOIADA_Por_Nelson_Rosenvald.pdf> Acesso em: 01 jul. 2017.

32 Acerca da discussão entre o *dolus malus* e o *dolus bonus* vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.637.

33 Conforme é cediço, para que haja a anulação do negócio jurídico por conta de dolo, é necessário que este seja “*principal (essencial)*, caracterizando-se como aquele que funciona como elemento necessário para a realização do negócio, ou seja, como sua causa determinante [...] sem o dolo a parte não realizaria o negócio”. *Ibidem*. p.637.

34 *Ibidem*. p.637.

35 Vale ressaltar que o representante legal ou convencional da parte não é considerado como terceiro, pois de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o representante, “uma vez atuando nos limites de seus poderes, considera-se o ato praticado pelo próprio representado.” Contudo, conforme já ilustrado no presente artigo, o apoiador não é representante do apoiado, podendo, portanto, ser considerado como terceiro que agiu com dolo em determinado negócio jurídico. *Ibidem*. p.638.

assim no disposto no artigo 148 do Código Civil, que deixa claro o dever de responder por perdas e danos da parte a quem ludibriou.

É claro que as perdas e danos devidas pelo apoiador, no caso dele recair em dolo de terceiro, não retiram o possível dever do mesmo em ser responsabilizado por uma comprovada negligência, pressão indevida ou inadimplemento das suas obrigações para com o apoiado (art. 1.783-A, § 7º, C.C), o que poderá ensejar, inclusive, a sua retirada, como apoiador, da TDA.

Outra situação possível será o caso de o apoiador interferir no negócio jurídico firmado entre o apoiado e terceiro, tendo tal interferência gerado prejuízo ao terceiro (parte no negócio), seja pelo fato do apoiador ter induzido maliciosamente o apoiado, seja por qualquer outra ação do apoiador que tenha ensejado o dano.

Nesse caso, o sujeito que firmou o negócio jurídico com o apoiado fará jus a indenização por todos os danos que o apoiador causou ao interferir no mencionado acordo. Aqui, a responsabilização do apoiador decorrerá do fato de ter agido ilicitamente, gerando danos e violando assim direitos de outrem, o que ensejará seu dever de reparação, com base no disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais deixam claro que o ato ilícito gera o dever de reparação por todos os danos causados.

Apesar de todos os casos aqui explanados, os quais o apoiador deverá ser responsabilizado, vale salientar que o seu dever de reparar quaisquer danos gerados por dolo ou ato ilícito, a princípio, não guarda relação com a tomada de decisão apoiada. Este instrumento não traz embasamento no dever de reparação em relação a interferência que o apoiador possa causar nos negócios jurídicos firmados entre o apoiado e terceiros. A responsabilidade do apoiador, nesses casos, irá ser pautada nos atos ilícitos, no abuso de direito que o mesmo se valer e que gerar danos a outrem.

É necessário que se tenha em mente que o apoiador que atue ilicitamente na vigência do acordo de apoio firmado, merece ser duramente punido, pois o que a TDA busca, conforme já explanado, é conferir um suporte à autonomia do deficiente. Portanto, o Estado deve tomar todas as precauções devidas para que o aludido instituto não seja desvirtuado por condutas contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

Contudo, é importante que seja levantada a presente discussão, pois a própria lei presume que os apoiadores são pessoas de confiança do apoiado, então os mesmos detêm, em muitos casos, grande influência nas decisões, e conseqüentemente, nas ações do apoiado, e com isso, é preciso ficar atento para que as influências que forem engendradas, não levem os negócios jurídicos, firmados entre o deficiente e terceiros, ao fracasso.

É preciso deixar claro que a responsabilidade do apoiador, no âmbito da tomada de decisão apoiada, fica limitada aos casos em que ele agir com negligência, com pressão indevida, ou não adimplir com suas obrigações perante o apoiado, devendo ser garantida a boa-fé na sua atuação para com o deficiente que lhe confiou a enorme tarefa de prestar suporte, para que consiga utilizar de sua autonomia de forma plena, e assim cumprir com a finalidade do instituto da TDA.

No instante em que o acordo de apoio for homologado, dando assim início à tomada de decisão apoiada, o deficiente deve contar com todo suporte necessário para o exercício de sua autonomia. Esse auxílio busca não só conferir maior força as suas liberdades, como também visa prevenir ao máximo que o deficiente não tome decisões precipitadas, ou manifestamente prejudiciais.

É preciso ter em mente a importância do instituto da tomada de decisão apoiada, a ideia é que as pessoas se valham dele sempre que o interesse da pessoa com deficiência convergir com o empenho de dois ou mais apoiadores para a instauração de “um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.”³⁶

A TDA visa estimular a “capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa.”³⁷ O instituto se amolda aos anseios sociais de inclusão da pessoa com deficiência, motivo pelo qual merece ser abraçado pelo ordenamento jurídico vigente.

Os apoiadores devem, portanto, auxiliar o deficiente a ser incluído na sociedade, alertando esses sujeitos contra possíveis decisões que impliquem em riscos para o seu patrimônio ou até para o seu bem-estar, a fim de guiar o deficiente para o alcance de uma vida inclusiva, liberta e digna.

4. CONCLUSÃO

A Convenção da Pessoa com Deficiência de 2006 possibilitou que o Brasil tivesse um novo avanço no Direito Privado. Esse avanço significou uma nova forma de tratamento das pessoas com deficiência, por parte não só do ordenamento jurídico, como também dos Estados e da própria sociedade.

Se antes muitos deficientes eram tratados como seres inferiores, por serem diferentes do “normal social”, hoje essa concepção é duramente rechaçada. Percebe-se que a utilização da teoria da incapacidade, como um instrumento de

36 GABURRI, Fernando. *Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa Com Deficiência no Direito Civil*. Disponível em <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/viewFile/711/394>> Acesso em: 01 jul. 2017.

37 ROSENVALD, Nelson. *A Tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

proteção, foi um erro na medida em que acabou retirando liberdades de muitos e atentou contra suas próprias maneiras de viver, de ser, de escolher.

O ordenamento jurídico entendeu que a ideia de proteção não deve estar atrelada a concepção de limitação de direitos e liberdades, deve, na realidade, estar ligada a garantia de salvaguarda destes valores, para que assim seja permitido que a pessoa viva dignamente. Deve-se optar por modelos que possibilitem o deficiente de exteriorizar sua vontade, e caso ele se encontre limitado de exercer sua autonomia, é preciso que haja um suporte às suas liberdades para que possibilite seu pleno exercício.

É visível uma mudança de paradigmas entre um antigo modelo de substituição de vontades do deficiente, embasado na teoria da incapacidade, em contraponto com um “recém” chegado modelo de apoio à autonomia do deficiente. Essa troca de percepções é observada com o advento da Lei de Inclusão da pessoa com deficiência, a qual traz a tomada de decisão apoiada como um dos principais instrumentos de suporte à Autonomia desses indivíduos.

Esse novo instrumento traz os apoiadores como agentes que buscam auxiliar o deficiente (apoiado) no exercício de sua liberdade, ou seja, devem fornecer todo suporte necessário para que o deficiente consiga praticar todos os atos da vida civil de forma plena, digna. Dessa forma, negligências, maus tratos, ou inadimplementos de obrigações que os apoiadores tenham se submetido perante o apoiado, ensejará a sua responsabilidade e até a retirada dos mesmos no âmbito da TDA.

O fato dos apoiadores serem pessoas, presumidamente, da confiança do deficiente, faz com que surja a possibilidade de eles terem, em alguns casos, uma alta carga de influência nas decisões do apoiado. Dessa forma, caso os apoiadores atrapassem o negócio jurídico firmado entre o apoiado e terceiros, de forma que gere danos a alguns destes, poderão ser responsabilizados.

Contudo, nesses casos, a responsabilização dos apoiadores não decorrerá do instituto da TDA, mas sim de institutos como o dolo de terceiros, ou a violação de direitos de terceiros, conforme analisado acima.

O objetivo do presente trabalho foi exatamente trazer um maior esclarecimento acerca de possíveis consequências que as interações dos apoiadores podem vir a causar no mundo prático, para que assim, não parem dúvidas acerca dos limites de atuação destes sujeitos que possuem como finalidade, o suporte das liberdades da pessoa com deficiência.

A tomada de decisão é um instituto que visa concretizar o apoio à Autonomia dos deficientes. É importante que os futuros apoiadores entendam seu papel fundamental na vida dos apoiados, que entendam que o suporte que irão conferir, na vida dos deficientes, ajudará estes a serem livres, a viverem dignamente para que cada vez mais ocupem um verdadeiro lugar na sociedade.

Por fim, cumpre ressaltar que a figura do curador não deixará de existir, existem casos em que ele será necessário para a devida proteção do deficiente. É preciso que se tenha em mente que só se deve cogitar a utilização de um curador para determinada pessoa, em casos extremos, em que a TDA não suprirá as necessidades da mesma.

A tomada de decisão apoiada é a nova regra, o apoio à autonomia da vontade do deficiente é o que deve falar mais alto. É preciso conferir uma maior importância a este instrumento de apoio, buscando não só esclarecer as suas disposições, como também incentivar a sua utilização, conferindo a ele uma ampla publicidade, para que assim, ele não recaia em desuso, e a sociedade acabe por ignorar uma grande ferramenta de alcance da isonomia material e de combate às violações de liberdades que perpetraram no Brasil por tanto tempo.

5. REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. **Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência.** In: Revista de Estudos Empíricos em Direito. Disponível em: <www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/download/134/120>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tomada de decisão apoiada.** In: Revista Brasileira de Direito Processual. Disponível Em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil.** São Paulo: Geração, 2013.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Audiência pública: Banalização da interdição judicial no Brasil.** <<http://www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/interdicao-judicial.pdf>> Acesso em 2 jul. 2017.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 757, de 2015.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>> Acesso em 25 jun. 2017.
- BRASIL 247. **“Curador é condenado por desviar dinheiro do ex-governador Hélio Garcia”.** Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/247/minas247/175588/Curador-%25C3%25A9-condenado-por-desviar-dinheiro-do-ex-governador-H%25C3%25A9lio-Garcia.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas.** In: Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acesso em 19 jun 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

- GABURRI, Fernando. **Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: Implicações do Estatuto da Pessoa Com Deficiência no Direito Civil**. Disponível em <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/viewFile/711/394>> Acesso em: 01 jul. 2017.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/92113/mod_resource/content/1/Goffman%3B%20Estigma.pdf> Acesso em: 16 ago. 2017.
- MENEZES, Joceane Bezerra De. **O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- _____. **Tomada de decisão apoiada**: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). In: Revista Brasileira de Direito Civil. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência e interdição**. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- _____. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência**. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- _____. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela**. In: Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em 20 jun 2017.
- ROSENVALD, Nelson. **A Tomada de decisão apoiada**. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- _____. **A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. Disponível em <http://www.mngo.mp.br/portal/arquivos/2016/08/01/14_08_08_161_Artigo_jur%C3%ADdico_A_TOMADA_DE_DECIS%C3%83O_APOIADA_Por_Nelson_Rosenvald.pdf> Acesso em: 01 jul. 2017.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade?**. Carta Forense. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 25 jun. 2017.
- 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**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes>>. Acesso em 20 jun. 2017.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **“Curadora é condenada por uso indevido de imóvel do curatelado”**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 26 jun. 2017.

CAPACIDADE DE TESTAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: INFLUÊNCIA DO EPD NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

*Rafael da Silva Santana*¹

Resumo: O objeto deste artigo é analisar como uma das mais recentes, e relevantes, alterações trazidas no Código Civil, que se deu em razão da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja a modificação da teoria das capacidades, afetou o rol das pessoas que podem dispor de seu patrimônio, via testamento. Investigou-se o novo modo de entender a capacidade civil e o impacto sobre a disposição patrimonial do indivíduo, para, por fim, responder ao seguinte problema: pode a pessoa com deficiência dispor de seu patrimônio via testamento?

Palavras-chave: Capacidade. Autonomia. Autonomia Patrimonial. Testamento. Capacidade Testamentária Ativa.

Abstract: The purpose of this article is to analyze one of the most recent, and relevant, changes promoted in the Brazilian Civil Code, which was due to the validity of the law 13.146/2015, which has modified the theory of capacities, affecting the role of people who can dispose of their assets, via a will. It was investigated the new way of understanding the civil capacity and the impact on the individual's disposition, in order to finally answer the following problem: can the disabled person dispose of their assets through a will?

Keywords: Capacity. Autonomy. Patrimonial Autonomy. Will. Active Testamentary Capacity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Disposição patrimonial como elemento da autonomia. 3. Capacidade testamentária ativa pré EPD. 4. Efeitos do EPD sobre a capacidade de testar da pessoa com deficiência. 5. Considerações finais. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Desde a primeira tentativa de codificação civil até o diploma vigente, entendeu-se que o testamento é fruto de ato de disposição, majoritariamente patrimonial, unilateral e com efeitos verificáveis após a morte do seu autor,

¹ Advogado, pós-graduado, *lato sensu*, em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito, mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

características que o torna uma modalidade eficaz e legítima de planejamento sucessório.

Por se tratar de negócio jurídico, o ordenamento pátrio exigia, e ainda exige, que o autor seja pessoa capaz, conforme se depreende da dicção do art. 1.857 do Código Civil vigente. Deste modo, não poderiam dispor dos bens pela via testamentária aquelas pessoas identificadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Assim, pessoas com enfermidade ou deficiência mental, em regra, eram impedidas de testar, de modo que, hodiernamente, restavam-lhe apenas a solução comum, entregue quase como uma forma padrão pelo Estado, que é a sucessão hereditária.

Este cenário, que permaneceu estático até o ano de 2015, retornou ao estado de ebulição a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, que, dentre outras disposições, alterou o rol dos absolutamente e relativamente incapazes.

A partir das mudanças propostas, a capacidade civil passou a ser a regra do ordenamento jurídico pátrio, fato este que se difunde nos mais diversos títulos do Código Civil, e, dentre eles, o que trata sobre a sucessão testamentária.

Nota-se, também, que as modificações propostas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não permaneceram hermeticamente adstritas à reforma legislativa, mas há clara provocação que possibilita uma nova forma de compreendermos a sociedade, sob um prisma inclusivo e de aceitação do outro como igual, possibilitando que a pessoa com deficiência se identifique como cidadão.

É sabido que a sociedade consumerista em que vivemos é marcada pela prática de negócios jurídicos e, dentre eles, os atos de disposição patrimonial, sem os quais se mostra difícil, para dizer o mínimo, internalizar a ideia de pertencimento a este núcleo social.

Sem pretensão alguma de esgotar o tema, intenta-se iniciar a discussão para aclarar os fundamentos jurídicos, legais e principiológicos, com a finalidade de investigar se, diante das modificações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil, ainda existe vedação das pessoas com deficiência praticarem atos de disposição patrimonial, em especial o testamento.

2. DISPOSIÇÃO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO DA AUTONOMIA

O conceito de autonomia a ser trabalhado neste capítulo encontra-se em um campo cinzento, mas de interseção, entre a autonomia privada e a autonomia existencial.

Maurício Requião, na obra *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*², já havia identificado este campo indeterminado que influencia certos tipos de negócios jurídicos, e assim leciona:

Em que pese se acreditar possível e de interesse prático a cisão da ideia de autonomia nestes dois conceitos diferentes, de modo algum isso significa que a promoção de uma das facetas esteja necessariamente desvinculada da outra. Por um lado, isso pode ser percebido porque o próprio uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade na esfera negocial-patrimonial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta atual sociedade de consumo. A possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade e da sua autonomia pessoal. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a autonomia existencial, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado, que inclui no dizer de Paulo Lôbo, o respeito às diferenças.

Não significa que a identificação pessoal do sujeito se dê, exclusivamente, em razão do que ele possui ou da capacidade de transmitir seu patrimônio a terceiros, via negócios jurídicos, entre vivos ou em razão da morte, mas sim que, uma vez tolhido o direito da disposição patrimonial, a própria ideia de completude da pessoa é fragilizada.

Assim, o conceito de autonomia aqui abordado é fruto de uma evolução interpretativa do Direito Privado, que tem na dignidade da pessoa humana o seu centro gravitacional e, na órbita deste, o patrimônio. Desde as primeiras tentativas de codificação do direito civil brasileiro até a edição que originou o Código Civil de 1916, o Direito Privado, por influência da doutrina liberal, conferia maior proteção ao patrimônio do que ao sujeito, excluindo certas pessoas, a exemplo de mulheres e portadores de deficiência, do mercado jurídico utilizando costumeiramente como subterfúgio o argumento da segurança jurídica do terceiro contratante.

Paulo Lôbo assim relata:

A codificação civil liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontestável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.³

2 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 32.

3 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

Com a revogação do Código Beviláqua e a entrada em vigência do Código Civil de 2002, já sob a luz da Constituição Cidadã, passa-se a interpretar o Código Civil sob nova perspectiva. Este não mais é considerado como verdadeira Constituição de Direito Privado, impenetrável e alheio às normas públicas, mas entrelaçado fortemente com a interpretação constitucional. Passa-se, então, a estudar o Direito Civil a partir da Constituição.

Há o desenvolvimento dos institutos jurídicos tradicionais, que passam a ser interpretados por contornos existenciais e que somente conseguem reunir elementos que os tornem juridicamente tuteláveis quando vinculados à ideia de promoção da dignidade humana.⁴ Esta mudança de paradigmas impacta drasticamente a forma organizacional e interpretativa do Código. Onde antes pensava-se exclusivamente na proteção ao patrimônio, agora concentra-se na tutela aos direitos pessoais.

Daniel Sarmento, ao observar o traslado conceitual e interpretativo do direito privado, afirma que o atual desenvolvimento da tecnologia jurídica permite tutelar mais adequadamente as questões existenciais, do que em outrora quando as análises econômica e patrimonial eram alocadas no centro do ordenamento jurídico civil.

Observa Sarmento⁵ que o deslocamento do princípio da dignidade da pessoa humana para a posição solar da compreensão do direito privado atraiu consigo princípios outros, a exemplo do princípio da justiça social, que permitem explorar e desenvolver as liberdades existenciais, bem como mitigar a rigidez da interpretação legal atribuída à autonomia negocial, cuja relativização se deu, não só pelo texto magno, mas pelo legislador infraconstitucional que passou a relacionar patrimônio ao indivíduo, e não, necessariamente, o indivíduo ao patrimônio.

Sem adentrar na discussão atual e pujante da interferência do direito público no ramo privado, é inequívoco que o estudo do Direito Civil à luz da Constituição permitiu ao cientista privatista elencar outros elementos da vida em sociedade, além dos patrimoniais, como merecedores de tutelas jurídicas específicas, bem como compreender o patrimônio como meio, e não fim, de satisfação e completude do sujeito.

Neste sentido, completa Paulo Lôbo:

4 OTERO, Marcelo Truzzi. *Os artigos 1.829, I e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional – uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório*. Disponível em: < http://fundacao-padrealbino.org.br/facfipa/ner/pdf/Revista%20N%C2%BA9_Direito%20e%20Sociedade_2014.pdf>. Acessado em: 19 de ago. 2017.

5 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 220.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direito, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.⁶

Com efeito, não se coaduna com o atual estado de desenvolvimento da tecnologia jurídica a interpretação do patrimônio como se este fosse um fim em si mesmo, desvinculado do sujeito que o possui.

Igualmente difícil é imaginar que algum membro da sociedade, em especial na de consumo em que vivemos, possa se desenvolver e ser visto efetivamente como tal sem que seja possível praticar negócios jurídicos, entre eles os atos de disposição.

Deste modo, a aplicação das limitações clássicas da autonomia – Lei, Bons Costumes, Moral e Ordem Pública – não podem ser invocados sob falsas premissas ou se valer impropriamente de conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da proteção da segurança jurídica dos contratantes, que visem resguardar o patrimônio em detrimento do direito negocial das pessoas envolvidas nas tratativas.

Roxana Borges⁷, citando o Ministro Edson Fachin, ao tratar sobre patrimônio mínimo e o livre desenvolvimento da personalidade ensina que a “proteção jurídica da pessoa está acima da proteção do patrimônio, e este deve ser garantido como instrumento daquela.”. E conclui fazendo referência à citação do Ministro: “Os objetos tem a função de servir à realização do projeto existencial da pessoa.”.

Isto posto, não há como desvincular da ideia de autodeterminação do sujeito a disposição do seu patrimônio, seja através de negócios jurídicos *inter vivos* ou *mortis causa*, uma vez que esta é uma das formas de comunicação e identificação da pessoa enquanto membro da sociedade.

Fixadas estas premissas, passaremos a nos dedicar à investigação da influência deste novo pensar sobre o direito civil, cumulado com as mudanças ocorridas na teoria das capacidades em razão da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, aplicado ao instituto do Testamento, que, conforme aponta Flávio Tartuce, “representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma da autonomia privada, como típico instituto *mortis causa*.”.⁸

6 LÔBO, op. cit.

7 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

8 TARTUCE, Flávio. *O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0521_0561.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2017.

3. CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA PRÉ EPD

A vigência do atual Código representou marco importantíssimo para delinear a capacidade testamentária passiva, que atualmente não nos parece carecer de maior atenção, uma vez que o anterior Código Civil de 1916, sequer trazia vocação hereditária específica para a sucessão testamentária.

Isto porque o Código Reale traz nos artigos 1.799 a 1802 um amplo rol das pessoas que podem ser chamadas a suceder, a exemplo dos filhos, ainda que não concebidos, pessoas jurídicas existentes e ainda aquelas que surgirão da disposição patrimonial, assim como traz a especificação daquelas pessoas impedidas de suceder, tais quais a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, estendendo a limitação ao cônjuge, companheiro, ascendentes e irmãos, dentre outros.

No que tange a capacidade testamentária ativa, objeto do presente artigo, o Código Beviláqua dispunha, em seu artigo 1.627 rol taxativo das pessoas impossibilitadas de testar, e, para tanto, citava os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo e os surdos-mudos, que não puderem manifestar sua vontade.

O Código Civil de 2002, em que pese ter sofisticado a técnica legislativa, não representou grande avanço ao tratar da matéria. No artigo 1.857, a normativa vigente estabelece que, além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento, além dos menores de dezesseis anos.

Nota-se que, além da restrição da capacidade testamentária ativa dos menores de dezesseis anos, elemento presente em ambas as codificações, o tratar da pessoa com deficiência foi historicamente vulgarizado, sendo, até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tratados como absoluta ou relativamente incapazes, em um universo em que somente os capazes poderiam testar.

Sem perder de vista a natureza jurídica do testamento, na classificação adotada por Zeno Veloso, que é a de negócio jurídico personalíssimo, unilateral, formal ou solene e revogável⁹, e complementada por Maria Berenice Dias ao notar o caráter unipessoal, gratuito, imprescritível e com projeção para após à morte do instituído¹⁰, a restrição à capacidade testamentária ativa, em especial da pessoa com deficiência em momento anterior ao Estatuto, era hodierna-

9 Sobre a natureza jurídica do testamento, Zeno Veloso é categórico em afirmar que se trata de negócio jurídico, e não de ato jurídica *strictu sensu*, porque a manifestação de vontade do disponente não é mero pressuposto do qual decorrem efeitos jurídicos necessários, pré-estabelecidos, mas, além disto, a vontade é de resultado, prescrevendo, indicando, ordenando diversas consequências. VELOSO, Zeno. *Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/zeno_testamento.doc>. Acessado em: 20 de ago. 2017.

10 DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015. P. 356-361.

mente justificada pelas razões comumente aferidas quando há envolvimento de disposição patrimonial, a saber a proteção do incapaz e a segurança jurídica das relações.

Ao explicar as limitações à capacidade de testar, rememorando lição anterior sobre validade do negócio jurídico, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹¹ lembram que o testamento pressupõe capacidade jurídica ativa do sujeito, destacando que “a incapacidade civil, bem como a ausência de pleno discernimento, afiguram-se, logicamente, como óbices para a prática pessoal de um ato jurídico”.

Os autores citados alhures, uma vez referendada a natureza negocial, sugerem que a razão da limitação da capacidade testamentária ativa se dá em razão da preservação de interesses, sem determinar quais interesses ou de quem são os interessados, bem como em consideração à situação especial do sujeito, que remete a ideia de proteção do incapaz¹².

Para Maurício Requião, a justificativa da proteção dos interesses do incapaz, através da limitação da autonomia, e por conseguinte da capacidade testamentária ativa, é pautada na premissa de que o ordenamento jurídico assume que os atos praticados acabariam, inevitavelmente, por causar mais danos do que trazer proveitos ao sujeito já vulnerável¹³.

Ocorre que, na concepção deste autor, a qual adotamos no presente artigo, há um evidente conflito entre a limitação da autonomia do incapaz com a tutela do seu melhor interesse¹⁴.

Requião afirma que diante da decretação da incapacidade, o Estado passa a não analisar a situação fática que lhe é apresentada, limitando-se a classificar como nulos ou anuláveis todos os atos, ou conjunto de atos abrangidos pela interdição, praticados por incapazes.¹⁵

De modo a ilustrar o quanto narrado, retrata o autor:

Pouco importa se um contrato de compra e venda celebrado por um sujeito absolutamente incapaz lhe foi extremamente vantajoso ou lhe trouxe enorme prejuízo. A consequência determinada pelo ordenamento será a mesma: nulidade. Começa-se assim a notar que a incapacidade não existe única e exclusivamente no interesse do incapaz.¹⁶

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 7. Ed. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. P. 275.

12 Ibidem. P. 274 – 275.

13 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 76.

14 Ibidem. P. 76.

15 Ibidem. P. 76.

16 Ibidem. P. 77.

Ao tratar sobre a eficácia do testamento feito por aquele que, posteriormente, venha a ter a interdição declarada, Zeno Veloso traduz o pensamento de parte numerosa da doutrina à época, ao afirmar que a interdição “é declaração insofismável da insanidade; a perturbação mental se presume, *juris et de jure*.”¹⁷, não sendo facultado ao curatelado a elaboração de ato de disposição patrimonial de última vontade.

Pois bem. A crítica proposta por Requião se mostra adequada e tem reflexos diretos com a capacidade testamentária ativa pois, quando da vigência do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico pátrio passou a regular a possibilidade de disposição testamentária de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado, consoante redação do artigo 1.857, parágrafo segundo. Assim, ao analisar o dispositivo legal em comento, percebe-se que, além da manifestação patrimonial, o testamento é via adequada para outros tipos de manifestação da liberdade pessoal¹⁸.

Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze revelam que o Código Civil vigente, em evolução ao de 1916, permite que o testamento disponha não somente sobre transmissão de bens patrimoniais, mas também sobre bens não econômicos, a exemplo de “manifestação autobiográfica sobre o testador e sua visão de vida, até a determinação de preceitos que, somente de forma indireta, poderiam apresentar efeito econômico.”¹⁹

Assim, pertinente questionar qual o prejuízo que poderia advir da disposição testamentária que visasse transmitir um relato de vida ou um item sem valor econômico, mas de extremo valor emocional?

Em que pese existir tal modalidade de disposição testamentária, o Código Civil vigente tolhe, de forma genérica e indiscriminada, a capacidade testamentária ativa de todos os não capazes, sem que seja analisado o grau da incapacidade.

Com relação à aparente tutela dos incapazes, Maurício Requião²⁰ conclui:

Pois então que seja declarado: a teoria da incapacidade, certamente, não existe unicamente para atender ao bem-estar do incapaz. Isto porque a noção de capacidade no atual Código Civil continua sendo direcionada para um cunho extremamente patrimonialista, dissociada, portando, dos princípios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana.

17 VELOSO, Zeno. *Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acessado em: 20 de ago. 2017.

18 HIJAZ, Taíline Fátima. *Testamentos e codicilos: breves considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/179/122>>. Acessado em: 17 de ago. 2017.

19 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. Cit. P 262.

20 REQUIÃO. Op. Cit. P. 77.

Diante de tudo que foi exposto resta claro que a vigência do novo Código Civil muito embora tenha representado marco importante no que concerne a sucessão testamentária, não se mostrou suficiente a sanar problemas referentes à capacidade ativa testamentária.

4. EFEITOS DO EPD SOBRE A CAPACIDADE DE TESTAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A inserção da pessoa com deficiência no seio social é objetivo primário do Estatuto, sendo revelado desde o seu dispositivo preambular. Sem tentar prever rol exaustivo, a Lei 13.146/2015 traz diretrizes que devem ser seguidas para que seja alcançada a igualdade substancial entre os indivíduos.

Há, portanto, movimento legislativo e social de substituição do binômio dignidade-vulnerabilidade, já relatado no tópico anterior, pelo dignidade-igualdade ou ainda dignidade-inclusão²¹. A busca pela igualdade fática é um dos muitos objetivos da sociedade moderna, que leva Robert Alexy^{22a} a defender que esta seja um subprincípio do princípio do Estado Social.

Com efeito, o tratar da capacidade e, em especial, da incapacidade, deve ser repensado. Normas que estratifiquem o indivíduo na tentativa de ofertar resposta cômoda e massificada não se coadunam com o atual estado de desenvolvimento jurídico. O sistema das incapacidades passa, pois, de um regime rígido, a outro mais maleável “pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social.”²³.

Fixadas estas premissas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 114, alterou a redação de alguns artigos do Código Civil, e, dentre eles, o 3º e o 4º do Código Civil. Mudou-se, portanto, o rol dos incapazes. A partir do EPD são incapazes, somente, os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, bem como aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além dos pródigos.

Assim, pela primeira vez no nosso ordenamento, as deficiências físicas ou mentais não se amoldam como causas de incapacidade, de per si, no Direito Civil brasileiro. A capacidade passa a ser a regra.

21 TARTUCE, Flávio. *O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0521_0561.pdf>. Acesso em: 19 de ago. 2017.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. P. 428.

23 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*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 20 de ago. 2017.

Pondere-se que com tal afirmativa não se pretende consagrar máxima de que a pessoa com deficiência é imune à limitação da capacidade. Caso afirmada, a assertiva não seria juridicamente verdadeira, uma vez que o artigo 4º, inciso III, do Código Civil explicita que aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a vontade serão relativamente incapazes para a prática de determinados atos.

Requião lembra que a legislação veio modificar, e vedar, a identificação legal desta pessoa como incapaz. E mais, lembra que “a incapacidade decorreria não do status de portador de transtorno mental como antes, e sim da impossibilidade em exprimir a vontade, que pode decorrer de causas outras como, por exemplo, o estado de coma.”²⁴ Assim, além da manifestação biológica da enfermidade, para que haja a subtração de direitos do sujeito, se mostra necessária uma análise psicológica, de modo a entender até que ponto o distúrbio limita a percepção de mundo do indivíduo.²⁵

As mudanças que o Estatuto trouxe no rol dos incapazes irradiou para outros campos do próprio código, a exemplo da sucessão testamentária. A despeito do artigo 1.857 do Código Civil ter permanecido com redação inalterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não temos dúvidas sobre a expansão dos legitimados a se valer deste mecanismo como instrumento de disposição patrimonial.

Em sendo a capacidade a regra do ordenamento, somente aquelas pessoas identificadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil estarão impedidas de testar. Neste diapasão, diferentemente do que se viu até então no nosso ordenamento jurídico, a pessoa com deficiência pode testar, desde que possa exprimir vontade correspondente.

Flávio Tartuce é cirúrgico ao afirmar que “como são apenas absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, menores impúberes, não há mais testamento nulo em situações envolvendo a pessoa com deficiência.”²⁶. Sintetizando o pensamento construído pelo doutrinador em voga, a pessoa com deficiência encontra, no aparato jurídico, autorização que a possibilita dispor do patrimônio via testamento. Todavia, caso seja verificado vício de vontade na manifestação outorgada, tal negócio jurídico ficará situado no campo dos negócios anuláveis, e não mais dos nulos.

Além das inovações já tratadas, o Estatuto também representa novidade na relação entre o curatelado e a capacidade testamentária ativa. A curatela passa

24 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 162.

25 ANDRIHI, Fátima Nancy. *Interdição e curatela*. Disponível em: < http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acessado em: 21 de ago. 2017.

26 TARTUCE, Flavio. Op. cit.

a ser concebida como alternativa jurídica de caráter excepcional, aplicável tão somente quando e na medida em que for necessária. Há, portanto, a revogação dos incisos I, II e IV do art. 1.767, do Código Civil, onde estava previsto que os portadores de transtorno mental deveriam ser submetidos à curatela. “Não mais estão; podem estar, e entender o grau de tal mudança é crucial.”²⁷.

O artigo 85 do referido diploma deixa claro que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, que, na doutrina de Tartuce, fulminaria, a priori, a possibilidade do curatelado testar.

Como palavras finais, vale retomar a regra do art. 85 do EPD, segundo o qual a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, o que inclui o testamento. Assim, em caso de interdição (ou de instituição de curatela) da pessoa com deficiência, poderá ela ser tida como relativamente incapaz, não tendo discernimento específico para expressar sua última vontade, o que deve vir apontado pelo laudo médico e reconhecido pelo juiz, após ouvir equipe multidisciplinar.²⁸ [...]

A despeito do brilhantismo do artigo do autor, permitimos discordar sobre este ponto específico. Inclinamo-nos a acreditar que a capacidade testamentária ativa somente se encontraria fragilizada se, na sentença de interdição, o julgador de modo extremamente restritivo, especificasse que o curatelado não pudesse praticar qualquer negócio jurídico, inclusive os gratuitos de cunho não patrimonial.

Isto porque, conforme já tratado no tópico anterior, a despeito do testamento possuir natureza de negócio jurídico, este não contempla, necessariamente, atos de disposição de cunho patrimonial. E a fonte normativa desta afirmação é o parágrafo segundo do artigo 1.857 do Código Civil, também já discutido.

Neste sentido, assim como a incapacidade não decorre do status de portador de transtorno mental, a instituição da curatela não é motivo suficiente para tolher a capacidade testamentária ativa da pessoa com deficiência, devendo ser analisada casuisticamente a limitação ao direito de testar com base nos limites fixados na sentença que a instituir.

Sem a pretensão de esgotar o tema, é de fácil percepção que diversas são as influências do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a capacidade testamentária ativa, e que houve, inequivocamente, aumento substancial no rol dos legitimados. Estas modificações têm como pano de fundo uma nova interpretação do instituto, que passa a ser visto como mais um dos meios jurídicos de

27 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87543/2015_requiao_mauricio_estatuto_pessoa.pdf?sequence=1>. Acessado em: 21 de ago. 2017.

28 Ibidem.

materialização da existência do sujeito, que, ainda que envolvam bens monetizáveis, servem como “instrumento para a tutela de valores fundamentais e extrapatrimoniais.²⁹”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro passa por mudanças. As normas pensadas sobre a ideologia oitocentista já se revelam anacrônicas com o atual estado de desenvolvimento da tecnologia jurídica. Pensar o indivíduo e suas liberdades por meio de análise institucionalizada e patrimonialista não conseguem traduzir a complexidade do homem enquanto sujeito determinado, tampouco quanto membro de ente social. Em verdade, arriscamos afirmar que nunca conseguiram.

Somente uma fração do ser humano se identifica com a disposição patrimonial e a liberdade de usar dos bens, de fato e de direito. Já o oposto não é verdade. O patrimônio só se materializa no mundo em razão da inteligência humana. E esta noção de pertencimento e de verdadeiro instrumento à satisfação do ser humano é o novo balizador da compreensão dos institutos jurídicos, inclusive do testamento.

A autodeterminação do indivíduo não se limita aos atos de disposição patrimonial, mas também de regulação do modo de viver, de se relacionar com os terceiros e consigo mesmo, bem como a prática de negócios jurídicos, onerosos e gratuitos, entre vivos ou em razão da morte.

Esse novo pensar visa possibilitar a ideia de pertencimento a um núcleo social ativo. É a autonomia existencial que está em voga. E neste novo panorama jurídico e social, a inclusão da pessoa com deficiência é medida que se impõe.

Evidenciar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu a alteração substancial no rol dos legitimados a transmitir bens, patrimoniais e extrapatrimoniais, via testamento com a modificação da teoria das incapacidades é a menor parte deste trabalho, ainda que reflita o texto do artigo. Isso porque, ao modificar os artigos 3º e 4º do Código Civil, excluindo menção às deficiências como causa de limitação da capacidade civil, chegar à conclusão de que estes indivíduos podem se valer do testamento como meio lícito de planejamento sucessório, desde que possam exprimir vontade, é algo que o conhecimento jurídico possibilita alcançar com certa facilidade.

O maior exercício que temos pela frente, enquanto sociedade, é quebrar com os preconceitos do passado, de épocas quando estes sujeitos foram verdadeiramente exilados dos grandes centros, em uma política higienista crimino-

29 NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 6.

sa, e nos foi tolhido aprender com as diferenças. A inclusão social da pessoa com deficiência, que por óbvio tem influência nos institutos jurídicos debatidos neste artigo, é o verdadeiro objetivo.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. P. 428.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Interdição e curatela*. Disponível em: < http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acessado em: 21 de ago. 2017.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 7. Ed. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.
- HIJAZ, Tailine Fátima. *Testamentos e codicilos: breves considerações à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/179/122>>. Acessado em: 17 de ago. 2017.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>>. Acesso em: 06 jul. 2017.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- OTERO, Marcelo Truzzi. *Os artigos 1.829, I e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional – uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório*. Disponível em: < http://fundacaopadrealbino.org.br/facfipa/ner/pdf/Revista%20N%C2%BA9_Direito%20e%20Sociedade_2014.pdf>. Acessado em: 19 de ago. 2017.
- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87543/2015_requiao_mauricio_estatuto_pessoa.pdf?sequence=1>. Acessado em: 21 de ago. 2017.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.
- TARTUCE, Flávio. *O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa*. Disponível em: < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0521_0561.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2017.

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.* Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 20 de ago. 2017.

VELOSO, Zeno. *Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais.* Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/zeno_testamento.doc>. Acessado em: 20 de ago. 2017.

PORTADORES DE NECESSIDADES NORMAIS: APONTAMENTOS SOBRE JUSTIÇA SOCIAL PARA PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

Rafael Blusky Pinto dos Santos¹

Resumo: Este artigo propõe análise de perspectivas sobre justiça social cujas teorizações direta ou indiretamente incluem problemas relevantes aos portadores de transtornos mentais, e como elas se relacionam com as mudanças legislativas efetuadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Inicialmente se realizará breve apresentação sobre a essência das teorias em questão, tratando das existentes interações entre elas, para que em seguida sejam identificadas zonas de convergência entre as concepções de justiça citadas e o novo paradigma legal instaurado.

Palavras-chave: Justiça social. Contrato social. Transtorno mental. Capacidades. Reconhecimento.

Abstract: This article proposes an analysis of social justice perspectives whose theorizations directly or indirectly include problems relevant to mentally disordered persons, and how they relate to the legislative changes made by the Statute on Persons with Disabilities. Initially a brief presentation on the essence of the theories in question will be made, dealing with existing interactions between them, so that in sequence convergence zones between the mentioned conceptions of justice and the newly instated legal paradigm are identified.

Keywords: Social justice. Social contract. Mental disorder. Capabilities. Recognition.

Sumário:

1. Introdução. 2. Uma idealização moderna do contrato social. 3. A abordagem das capacidades. 4. Problemas do contrato e capacidades centrais mínimas. – 5 Esferas de reconhecimento social e progresso moral – 6 Estatuto da pessoa com deficiência e justiça social – 7 Conclusão – 8 Referências

1. INTRODUÇÃO

Sendo o primário responsável pelo reavivamento da filosofia política que ocorreu no século passado, John Rawls figura como o mais importante teórico deste campo no século XX. No centro de suas concepções sobre justiça social

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. rafaelblusky@hotmail.com

está a ideia de que a sociedade deve ser estruturada levando em conta principalmente uma noção de ajustada imparcialidade, que necessariamente toma nota dos interesses e preocupações dos que serão abrigados pelo arranjo resultante, o que de acordo com o autor pode ser alcançado por meio de um contrato social. Entretanto, apesar da notável importância de sua teoria (ou talvez justamente por isto), vários de seus pontos centrais foram objeto de severa crítica especializada por parte de outros estudiosos sobre o tema da justiça.

Neste sentido destacam-se Amartya Sen e Martha Nussbaum, que além de discordarem incisivamente de certas questões que encaram como problemas na concepção de Rawls, entre outras coisas no que tange o lugar ocupado por pessoas deficientes em seu trabalho – no qual a inclusão de portadores de transtornos mentais mostra-se como particularmente difícil, e no máximo tratada como questão secundária –, trazem propostas sobre como alcançar patamares mais elevados de justiça social que destoam consideravelmente da estrutura transcendental e contratualista que se encontra na tradição rawlsiana, preferindo abordagens que têm como foco a expansão das liberdades substantivas dos indivíduos em vez da perfeição das instituições sociais.

As relevantes contribuições teóricas de Axel Honneth sobre o reconhecimento social adicionam ainda outro ponto de vista ao mesmo debate, em que a concretização de maior igualdade e liberdade para pessoas é encarada também por uma perspectiva biopsicológica de formação de identidade do ser humano, processo em que a intersubjetividade das relações coletivas tem papel fundamental para o adequado desenvolvimento dos sujeitos e para o progresso moral da sociedade, ideário no qual a luta pelo fim do desrespeito tem posição central.

A escolha de recorte temático desta exposição, que tangencia questões dos portadores de deficiência (com foco em distúrbios mentais), foi influenciada preponderantemente pelas ainda recentes modificações promovidas pela lei 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), instrumento de notória magnitude na promoção de uma sociedade mais igualitária e inclusiva pelo grau de proteção conferido a essa categoria de indivíduos.

Grande parte dessa elevada importância decorre do histórico tratamento dado aos deficientes, tidos como cidadãos de segunda classe, além da também histórica desconsideração legal da capacidade do portador de transtorno mental, motivos pelos quais rotineiramente têm sua dignidade humana violada por razões arbitrárias e racionalmente infundadas.

A implantação de um novo modelo jurídico em que se reafirma e reconhece de forma mais apropriada as necessidades dos deficientes de terem possibilidades razoáveis de cumprimento de seus projetos existenciais, visando maior

paridade entre os membros da coletividade, mostra claramente a relação entre o EPD e a justiça social, objeto de análise do presente artigo.

2. UMA IDEALIZAÇÃO MODERNA DO CONTRATO SOCIAL

Para tentar chegar ao resultado de uma sociedade justa, John Rawls utiliza-se de um experimento mental em que delineia uma situação hipotética pré-societária, a partir da qual pessoas se reúnem para formar um arranjo social ideal via consenso unânime sobre que princípios de justiça servirão como norteadores para as estruturas sociais básicas, exercício que denominou de posição original.

Com vista a assegurar que o procedimento será adequadamente imparcial, Rawls estipula que os indivíduos realizarão suas escolhas sob um véu de ignorância, uma assunção que serve como instrumento para impedir os participantes de saberem informações específicas sobre si, mas que permite que estejam cientes de fatos gerais sobre o mundo, de maneira a restringir as possibilidades de argumentação em favor de princípios voltados a avantajá-los em detrimento de outros, ou a privilegiar visões particulares de mundo.² O que sabem de si é que “possuem em grau suficiente as necessárias faculdades de personalidade moral e as outras capacidades que lhes permitem ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade a vida toda”.³

Deste processo surgem dois princípios: um concebe o direito irrevogável a um sistema de liberdades básicas para todos, e o outro, que se divide em duas partes, determina que as desigualdades econômicas e sociais só se justificam se, além de estarem acopladas a posições sociais que todos tenham condições iguais de alcançar (igualdade equitativa de oportunidades), também gerem o maior benefício possível para os socialmente mais desfavorecidos (princípio da diferença). No caso de conflitos sobre a efetivação dos princípios citados, o primeiro possui prioridade sobre o segundo, e a igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença.⁴

Com o fim de realizar comparações interpessoais para analisar quem são os socialmente mais desfavorecidos, Rawls utiliza-se da métrica dos bens primários, bens que as pessoas (numa concepção política do termo) precisam e exigem como indivíduos livres e iguais, que são melhores de se ter em maior quantidade do que em menor, que ajudam no êxito do que quer que um indivíduo se proponha a realizar, e cujas exigências relativas a esses bens são tidas como

2 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

3 Idem, *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

4 Ibidem, p. 60.

válidas.⁵ O autor indica a existência de cinco tipos de bens com essa natureza: 1) direitos e liberdade básicas; 2) liberdades de ir e vir e de livre escolha ocupacional; 3) vantagens que decorrem de cargos de autoridade; 4) renda e riqueza; 5) bases sociais do autorrespeito.⁶

Após a adoção dos dois princípios como norteadores da criação das instituições sociais básicas, passa-se consecutivamente para três outras fases: um estágio constitucional, em que há a formalização destas instituições numa convenção constituinte, um estágio legislativo, em que leis são criadas em conformidade com o estabelecido na fase anterior, e o estágio de vivência social sob a ordem formada.⁷

3. A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES

Diferentemente da visão rawlsiana de justiça que traça a estrutura básica da sociedade com base num contrato unanimemente acordado, Amartya Sen entende que é a liberdade substantiva das pessoas (o conjunto de possibilidades que estão realmente livres para fazer de acordo com suas condições individuais, ou seja, suas capacidades) que deve nortear o padrão avaliatório em relação ao qual o agrupamento social em que estão inseridos deverá ser considerado como exitoso ou não,⁸ tendo a ideia de prevenção e eliminação de injustiças manifestas na sociedade como algo recorrente dentro de seu pensamento sobre o tema.⁹

Essas diferenças sobre o que os princípios da justiça social devem priorizar, segundo o autor, ocorrem pela discrepância nas “bases informacionais” utilizadas pelas diferentes teorias, que consistem nas informações factuais consideradas como relevantes para as concepções de justiça adotadas. Por intermédio das informações implícita ou explicitamente incluídas ou excluídas é possível delinear como serão formados os juízos sobre o que é mais adequado de acordo com cada abordagem, revelando assim o que cada teoria concebe como socialmente justo.¹⁰

O primeiro princípio de justiça produzido a partir do experimento mental da posição original de Rawls estabelece um conjunto essencial de liberdades

5 RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81; idem, **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 225-228; idem, **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97-98.

6 Idem, **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82-83; idem, **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 228; idem, **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98.

7 Idem, **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 68.

8 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Schwarcz, 2007, p. 32.

9 Idem, **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 56.

10 Idem, op. cit., p. 73-74.

formais para os membros da sociedade – como liberdades políticas e liberdades civis mínimas para o adequado convívio social –, princípio dotado de prioridade total até mesmo em relação a questões de bem-estar geral.¹¹

A crítica de Sen neste ponto está voltada não ao nível de importância dado às liberdades formais, e sim a como as questões de bem-estar geral na sociedade (demandas econômicas, por exemplo) não deveriam ser preteridas com tanta facilidade quando conflitassem com a efetivação de liberdades formais, visto que em circunstâncias extremadas os problemas de bem-estar podem se tratar de questões de vida e morte.¹²

Embora também repute alto grau de importância às liberdades formais, a discordância tem como objetivo estabelecer que a relevância política desta categoria de direitos não reflete adequadamente o grau em que a vantagem pessoal dos cidadãos aumenta pelo simples fato de serem seus titulares,¹³ já que as liberdades formais têm como objetivo permitir a possibilidade abstrata de fazer alguma coisa sem necessariamente constituir as condições para sua concreta realização, algo que está a cargo das liberdades substantivas.

Quanto ao segundo princípio de justiça, ligado à distribuição das desigualdades econômicas e sociais, apesar do desenvolvimento teórico acerca dos bens primários gerar uma base informacional bem mais ampla do que em teorias da justiça pretéritas à de Rawls, Sen ainda assim considera insuficiente a definição de que o padrão avaliatório do que é justo sobre questões distributivas deverá ser medido unicamente em função de recursos (no caso, os bens primários), já que existem pelo menos cinco possibilidades diferentes de variação na dinâmica que se dá entre a posse de recursos e as vantagens possíveis de se obter por meio deles.¹⁴

A primeira se refere às heterogeneidades pessoais: pessoas diferentes convertem os recursos obtidos em vantagens de maneira diferente a depender de suas características individuais, sejam temporárias ou definitivas. Por exemplo, pessoas doentes naturalmente precisam de maior quantidade de recursos para que possam atingir o mesmo nível de bem-estar de pessoas saudias, e a depender da enfermidade em questão, independentemente da quantidade de recursos possuídos pode simplesmente não ser possível ter a mesma qualidade de vida de alguém sadio e relativamente mais pobre.¹⁵

A segunda trata das diversidades ambientais: variações relativas ao meio ambiente em que o indivíduo habita geram diversas dificuldades em variados

11 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, Conferência VIII.

12 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Schwarcz, 2007, p. 83.

13 Ibidem, p. 84.

14 Idem, *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 289.

15 Ibidem, p. 289.

graus. É o caso de fatores climáticos que exigem a tomada de medidas específicas para que sua influência seja aliviada, como temperatura e pluviosidade, ou índices elevados de poluição ambiental.¹⁶

A terceira lida com variações no clima social: as condições sociais em que se vive criam diferentes possibilidades de conversão de recursos em qualidade de vida. Nesta categoria é possível elencar questões de administração pública, como qualidade dos serviços de saúde, educação e segurança, ou questões comunitárias intersubjetivas relacionadas, por exemplo, ao tratamento dado a minorias socialmente vulneráveis.¹⁷

A quarta cita a questão das diferenças de perspectivas relativas: devido a convenções e costumes, comunidades diferentes criam as mais diversas necessidades em relação aos aspectos de convivência intersocial entre seus membros. Comunidades ricas podem apresentar padrões mais elevados de consumo mínimo, de tal maneira que indivíduos apenas relativamente pobres podem ter dificuldades de participar sem restrições da vida comunitária, mesmo sendo possuidores de uma maior quantidade absoluta de bens e vantagens do que pessoas de comunidades mais pobres que não têm impedimentos em sua participação coletiva.¹⁸

A última explora a distribuição na família: levando em conta que os recursos auferidos por um membro de um núcleo familiar é compartilhado em alguma medida com os outros participantes do mesmo núcleo, e que as famílias possuem formas distintas de organizarem a utilização e distribuição de recursos entre seus membros, suas regras distributivas internas podem influenciar como cada familiar é capaz de realizar seus objetivos. A diferente percepção sobre elementos como idade ou sexo tem o condão de fazer com que certos indivíduos tenham predileção sobre outros aos olhos de sua família, tornando mais fácil para uns e mais difícil para outros converter em vantagens individualizadas os recursos que todos compartilham.¹⁹

Naturalmente, também se percebe que algumas situações, por sua própria natureza, geram um acoplamento de desvantagens entre as causas que dificultam a conversão de recursos, como deficiências ou enfermidades debilitantes. Estas impactam de forma múltipla o conjunto das coisas que alguém pode efetivamente concretizar ao reduzir as possibilidades de tomada de ação, que por sua vez embaraçam a obtenção de outras vantagens por diversos motivos, como impedimentos físicos que requerem quantidade maior de gastos correntes com medidas que sirvam para aliviá-los.²⁰

16 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 289.

17 *Ibidem*, p. 289-290.

18 *Ibidem*, p. 290.

19 *Ibidem*, p. 291.

20 *Ibidem*, p. 290-291.

Devido a essas razões, Sen propõe uma abordagem de justiça social com foco nas capacidades, que prioriza o desenvolvimento da liberdade substantiva que um indivíduo tem para realmente conseguir promover objetivos pessoais, pois mesmo que um sujeito tenha disponível para si um conjunto maior de bens primários do que outro, suas circunstâncias peculiares podem impedir que a conversão desses bens em vantagens seja suficiente para que viva dignamente.

Por uma lógica similar, outras pessoas podem não passar pelo mesmo problema com conjuntos menos vultosos de bens primários por não estarem em situações tão desvantajosas do ponto de vista das capacidades, desta forma possibilitando a percepção da existência de um problema de justiça na distribuição de bens e vantagens na sociedade, mesmo que haja intenção de criar e manter condições sociais equitativas para todos.

Com o objetivo de descrever a natureza da capacidade de um indivíduo, Sen utiliza o conceito de “funcionamentos”, que são as mais variadas coisas que alguém pode querer ter ou fazer por lhes considerar valiosas, afirmando que a capacidade de uma pessoa se refere a todo o conjunto de funcionamentos que ela tem a possibilidade de efetivamente realizar, o que se traduz nas reais possibilidades (liberdade substantiva) de levar estilos de vida diferentes.²¹

Neste sentido, por exemplo, pessoas abastadas que por qualquer motivo decidam jejuar possuem um conjunto de capacidades mais desenvolvido do que pessoas pobres que não possuem recursos para adquirir alimentos em quantidade e variedade suficientes, apesar desses dois grupos de pessoas realizarem funcionamentos semelhantes quanto a questões de alimentação e nutrição.²²

Conclui-se então que a grande vantagem possibilitada pela abordagem das capacidades, da maneira proferida por Amartya Sen, é a expansão da base informacional utilizada na análise das comparações interpessoais que têm como objetivo determinar o quanto indivíduos são desiguais, pois o foco no que as pessoas estão substantivamente livres para fazer permite que o problema seja avaliado de maneira mais precisa tendo em vista o imperativo de prevenir e eliminar situações tidas como manifestamente injustas na sociedade.

4. PROBLEMAS DO CONTRATO E CAPACIDADES CENTRAIS MÍNIMAS

Quatro aspectos da situação de escolha inicial de Rawls são analisados como problemáticos por Martha Nussbaum, que acredita ser imprescindível modificar todos eles para poder estender os princípios e ideias intuitivas que os constituem para o caso das pessoas com deficiência.²³

21 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Schwarcz, 2007, p. 95.

22 Idem, *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 271.

23 NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 64-67.

O primeiro deles faz referência à questão das comparações interpessoais com objetivo de medir o nível de desigualdade dos sujeitos na sociedade, fazendo referência apenas a recursos (bens primários), e não a um conjunto mais plural e heterogêneo de índices, como as capacidades, discussão já analisada *supra* mediante a obra de Amartya Sen.

O segundo problema é a concepção política de natureza kantiana que Rawls atribui à pessoa, que é central em vários aspectos de sua teoria. Como sua visão sobre a personalidade requer um alto grau mínimo de moralidade e prudência por parte dos sujeitos, torna-se impossível conceber cidadania igual entre pessoas com essas faculdades e indivíduos que não as possuem por conta de deficiência mental.

Essa condição de grau mínimo de capacidade, em tese, não seria muito exigente, pois para o autor, a grande maioria dos seres humanos seria possuidora dos atributos necessários, e apenas “indivíduos isolados” seriam desprovidos dele.²⁴ Porém, é possível enquadrar pessoas com certos tipos de distúrbios mentais nesta categoria de indivíduos, e sua baixa distribuição quantitativa na população não afeta em nada a gravidade das consequências dessa afirmação.

Ao expor sobre as possibilidades de inclusão de animais não humanos em sua teoria, Rawls deixa claro que a capacidade para um senso de justiça realmente constitui uma exigência absoluta para que alguém seja tratado justamente, de modo que não seria necessário tratar assim os seres desprovidos desta qualidade (mesmo que sejam humanos).²⁵ Portanto, para ele a justiça política está necessariamente associada à capacidade de fazer parte e de cumprir com um acordo.

A terceira questão problemática a ser analisada é a noção de que as partes do contrato social são aproximadamente iguais em possibilidades e habilidades. Pelo fato da abordagem das capacidades não usar um relato idealizado acerca da igualdade entre as pessoas, torna-se possível adotar um entendimento sobre os indivíduos que reflete melhor as disparidades da vida real.

Ao nascerem, seres humanos requerem muitos cuidados enquanto lentamente se desenvolvem, e durante o auge desse desenvolvimento os indivíduos possuem as necessidades comuns que são geralmente abarcadas pela teoria do contrato social. Mas elas podem também ter outras demandas, por exemplo, advindas de acidentes ou enfermidades, que acabam por colocá-las em uma posição de grande dependência por um tempo que varia em sua duração exata.

É comum que com o passar do tempo os seres humanos precisem de uma quantidade progressivamente maior de cuidado, e que desenvolvam alguma

24 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 561-562.

25 *Ibidem*, p. 568-569.

espécie de déficit, seja físico ou mental. Existe também uma quantidade considerável de sujeitos que já nascem debilitantemente deficientes, sem possibilidade de reversão, como pessoas com surdez ou paralisia congênita. Nesses casos, os avanços obtidos pela espécie humana permitem possibilidades de participação social efetiva mesmo para quem tem relevantes debilidades, visto que nossa capacidade de controle sobre o ambiente permite que a estrutura social acomode uma ampla gama de déficits.²⁶

As partes na posição original conhecem fatos gerais sobre o mundo, e conhecem, portanto, que algumas formas de vulnerabilidade, como articulações frágeis, manifestam-se frequentemente em indivíduos normais, e que outras, como paralisia e surdez, são relativamente muito menos comuns. Mas a própria ideia de normalidade usada para defini-los como pessoas normais possuidoras de atributos medianos é apenas uma ideia de frequência estatística, que acaba por determinar arbitrariamente as configurações sociais e suas dinâmicas.²⁷

Naturalmente as pessoas normais também apresentam déficits, como, por exemplo, mortalidade ou audição restrita a certo alcance de frequências, mas a sociedade hodierna está estruturada para levar em conta as limitações tidas como regulares. Nessa perspectiva, o que há de diferente em relação a pessoas surdas ou cadeirantes é que suas deficiências não são atendidas da mesma maneira por conta de suas imperfeições se apresentarem de uma forma menos habitual.²⁸ Assim, o tratamento diferenciado para aqueles que apresentam deficiências menos comuns poderia ser percebido como pouco solidário, quando não incoerente.

A quarta e última questão está relacionada à ideia de vantagem mútua como um objetivo a ser alcançado via cooperação em vez de não cooperação. Se há um grupo de pessoas muito desiguais em poder e recursos em relação ao grupo dominante, não há grandes incentivos para que os mais poderosos considerem que a cooperação equitativa com os mais fracos é mais vantajosa do que a dominação ou o tratamento caritativo. Em sua insistência de que os cidadãos são possuidores de capacidades normais, a ideia de justiça para Rawls permanece conectada à noção de que cooperar é mais vantajoso do que dominar pelo motivo de todos os envolvidos serem beneficiados de alguma forma.²⁹

Haveria um limite de grau discutível em relação ao quanto se poderia exigir da capacidade de reciprocidade das pessoas, e a aceitação de desvantagens na

26 NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 87-88.

27 *Ibidem*, p. 116.

28 *Ibidem*, p. 116-117.

29 *Ibidem*, p. 61-62.

sociedade que a teoria rawlsiana cria está ligada tanto à segurança de que todos os outros também aceitaram uma situação menos vantajosa do que a que possivelmente estaria presente numa sociedade não igualitária, quanto à certeza de que todas as outras pessoas são “participantes integrais e ativas da sociedade e estão direta ou indiretamente associadas entre si durante toda a sua vida”.³⁰

Dessa forma, para poder abarcar também os indivíduos que não são tão socialmente produtivos, e que poderiam ser simplesmente dominados ou tratados como meros destinatários de caridade em vez de igualdade, seria necessário que os cidadãos normalmente produtivos realizassem esforços ainda maiores do que o originalmente esperado, situação em que se poderia passar dos limites previstos de exigência quanto à reciprocidade social. Isto ocorre porque as teorias contratualistas tipicamente estipulam que a justa cooperação só faz sentido quando há vantagens em sair do estado de natureza e criar um acordo que visa vantagem mútua equitativa para todos os envolvidos, incluída aí a relação entre esforço e recompensa.

De outro lado, a abordagem das capacidades proposta por Martha Nussbaum parte de uma concepção aristotélica e marxista do ser humano como um ser social e político, que inerentemente encontra satisfação em suas associações com outros sujeitos, especialmente quando as relações são norteadas por uma noção comum de justiça.³¹

Tal abordagem nega que a justa cooperação deve assegurar vantagem mútua, e que mesmo quando a não cooperação é possível e rotineira devido à facilidade em praticar dominação, a justiça seria boa para todos porque é algo que os seres humanos valorizam fortemente. As acomodações sociais necessárias para que haja trato adequado às pessoas com graves deficiências não iriam gerar vantagem mútua no sentido estritamente econômico do termo, mas o que é justo constituiria um fim em si mesmo, de modo que sua concretização estaria deveras limitada se houvesse, além disso, a exigência de gerar vantagens mútuas para todos.³²

Assim, chega-se à ideia de elaboração de uma lista com capacidades centrais, cujo pleno atendimento de todas seria necessário para providenciar um mínimo de respeito que a dignidade humana requer, de modo que suas realizações devem ser encaradas como objetivos políticos que visem beneficiar a todos indistintamente. Ademais, deve-se levar em conta a necessidade de efetivação de um patamar mínimo de cada uma das capacidades, patamar que serve como padrão avaliatório absoluto para nortear o progresso social, abaixo

30 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 104.

31 NUSSBAUM, Martha, *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 85-86.

32 *Ibidem*, p. 89-90.

do qual as capacidades não estariam desenvolvidas de maneira satisfatória,³³ impedindo neste caso que o arranjo social em questão seja considerado como adequadamente justo.

A lista de dez capacidades humanas centrais trazida por Nussbaum é composta por 1) vida de duração normal; 2) saúde corporal; 3) integridade e liberdade corporal; 4) livre expressão de sentidos, imaginação e pensamento; 5) adequado desenvolvimento e expressão emocional; 6) viabilidade de formação de razão prática pessoal; 7) liberdades positivas e negativas de associação; 8) convívio respeitoso com outras espécies; 9) ampla possibilidade de entretenimento; 10) controle sobre o próprio entorno político e material (liberdade política, social, e de desenvolvimento do próprio projeto existencial). A ideia básica é que não seria possível imaginar uma vida humana digna sem o desenvolvimento adequado de qualquer dessas capacidades.³⁴

A abordagem trazida não tem pretensões de completude em relação à justiça social, pois não faz menções a como resolver questões de desigualdade acima do patamar mínimo a ser garantido para todas as categorias apresentadas, e também não considera que exista uma lista definitiva e permanente de capacidades a serem resguardadas, de maneira que é possível a inclusão de outros valores políticos que norteiem a expansão do âmbito de proteção capacitária.³⁵

Deve-se ressaltar que, diante da grande versatilidade própria da abordagem das capacidades, a idealização de Martha Nussbaum sobre uma estrutura social mínima de suporte para a dignidade humana é apenas uma das possibilidades de seu emprego como método eficaz para alcançar uma sociedade mais igualitária, visto que está concentrada em prevenir e eliminar injustiças manifestas independentemente da maneira como será usada.

5. ESFERAS DE RECONHECIMENTO SOCIAL E PROGRESSO MORAL

Axel Honneth inspira-se principalmente nas teorizações de Hegel (no período em que este lecionou na universidade de Jena) e George Herbert Mead para estruturar sua noção referente à luta social como uma luta pelo fim do desrespeito social e pelo reconhecimento.

De acordo com o autor, a teoria social moderna teve início com Maquiavel e Hobbes, que estruturavam o modelo de resolução de conflitos intersubjetivos pela realização de um contrato social por indivíduos que, por interesse próprio, associavam-se visando autoconservação ao estabilizarem suas relações

33 Ibidem, p. 70-71.

34 NUSSBAUM, Martha, *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 76-78.

35 Ibidem, p. 75-76.

(em linhas gerais o cerne da tradição contratualista, à qual Rawls está vinculado), o que, para Honneth, é um modelo teórico falho e que traz consequências que não se verificam na prática. Isto porque se, como afirmou Hegel (inspirado na teoria do reconhecimento de Fichte, seu contemporâneo), o estopim para o conflito social é a crença dos indivíduos de que suas identidades particulares foram desrespeitadas, o resultante confronto entre sujeitos não é somente por uma questão de autopreservação, mas sim pelo “reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana”.³⁶

Porém, o projeto hegeliano referente à reconstrução da sociedade como uma sucessão de estágios da luta por reconhecimento foi abandonado antes de ser concluído, fazendo com que Honneth buscasse em Mead o suporte teórico para formar a ponte entre suas próprias concepções sobre o reconhecimento e as de Hegel, possibilitando então a conclusão do projeto anteriormente inacabado.

Com apoio da psicologia social de Mead, Honneth pôde elaborar as necessárias questões referentes à forma de socialização, inspirando-se na concepção intersubjetivista da autoconsciência humana, em que um ser humano só teria a possibilidade de estar consciente de suas ações “na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa”,³⁷ e a partir desse entendimento estaria montada uma base para uma nova forma de autoconsciência baseada primariamente na percepção em relação aos outros sujeitos. Para Honneth, todavia, as soluções propostas tanto por Mead quanto por Hegel para as questões que eles suscitaram em suas obras contêm problemas similares entre si que não são resolvidos pelos próprios autores.

A crítica a Mead tem como base a noção de que o reconhecimento dos indivíduos em relação a suas circunstâncias particulares poderia ser operado via engajamento em trabalho socialmente útil, o que se pode relatar como equivocado pelo fato de que a avaliação referente à utilidade dos trabalhos presentes na sociedade depende da própria postura da coletividade em relação a eles, o que impediria que um sujeito pudesse avaliar de forma objetiva a extensão ou qualidade de suas contribuições para a sociedade pela lente de uma divisão laboral funcional.³⁸

Já a crítica a Hegel está fundada em seu desenvolvimento dialético acerca da noção de solidariedade, a partir da qual os indivíduos teoricamente passariam a respeitar uns aos outros pela simpatia demonstrada a seus modos de vida, mas que é desprovida de um nexos causal que faz com que as pessoas possam ofere-

36 HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003, p. 47-48.

37 Ibidem, p. 131.

38 Ibidem, p. 151-152.

cer reconhecimento, visto que para isto seria necessário que compartilhassem ideias sobre como viver adequadamente em sociedade, caracterização ausente na teoria hegeliana sobre o tema.³⁹

O modelo proposto como uma solução para as dificuldades das teorias anteriores é constituído por três esferas relativas ao reconhecimento intersubjetivo: amor (que possui o papel de gerar autoconfiança), direito (a cargo da geração de autorrespeito dos indivíduos), e solidariedade (responsável pelo desenvolvimento da autoestima pessoal). Essas três formas de reconhecimento passam por um processo dinamizado pelo qual alguém pode se identificar como possuidor de determinados status necessários para sua formação identitária, respectivamente um receptáculo de preocupação vinda de outras pessoas, um agente capaz de responsabilidade, ou um membro do corpo social visto como valioso para o cumprimento de projetos comunitários.⁴⁰

Para que um sujeito possa se sentir dessa forma e alcançar uma vida bem-sucedida, necessariamente teria que ser reconhecido por outros nessas três categorias, e, portanto, a própria autopercepção individual, assim como a própria noção de reconhecimento, é ladeada pela intersubjetividade das relações travadas com os outros.

Levando em conta as diferentes lógicas internas de cada uma das esferas cognitivas, é preciso se levar em consideração as peculiaridades de cada uma delas para que se possa identificar e obter o que constituiria o progresso moral para a sociedade, de forma que seriam necessárias medidas especificamente direcionadas a cada uma delas, visto que possuem exigências diferentes para a sua adequada concretização.

No campo do amor, o progresso poderia vir por meio da supressão de estereótipos e atribuições culturais que dificultam as possibilidades de ajustamento da conduta social em face das eventuais demandas dos indivíduos afetados por estas formas de prejulgamento. Em relação ao direito, o desenvolvimento pode surgir, por exemplo, na forma de legislação garantidora de maior proteção aos que dela necessitam por conta de desigualdades sociais, de modo a gerar maior igualdade. Quanto à esfera da solidariedade, consegue-se imaginar progresso pela reavaliação minuciosa das estruturas culturais que têm por função determinar o que se considera por atividades passivas de gratificação e o quanto se deve recompensar por elas.⁴¹

39 Ibidem, p. 153-154.

40 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003, capítulo 5.

41 Idem, *Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003, p. 187-188.

Além disso, também é possível alcançar patamares maiores de progresso moral social mediante uma orquestrada redefinição dos limites materiais atinentes a cada esfera, dinâmica na qual o âmbito das relações jurídicas detém papel de destaque, pois por sua própria natureza tem a capacidade de incorporar de maneira estável pretensões tipicamente associadas aos outros dois campos, proporcionando melhoria duradoura da conjuntura social por força de processos de legalização dos avanços obtidos politicamente.⁴²

Destarte, fundamentalmente por intermédio de legislação protetiva que visa tratar de necessidades de grupos particulares de indivíduos, o Direito tem função privilegiada na realização de justiça social, seja pela atuação legislativa, judiciária, ou da ciência jurídica, que geram oportunidade de assentar as bases para a transformação (ou manutenção) da sociedade de acordo com o que for necessário para que seja mais justa com todos.

6. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E JUSTIÇA SOCIAL

A partir das recentes alterações ao regime das incapacidades no direito brasileiro devido à promulgação do EPD em 2015, os portadores de transtornos mentais, que anteriormente tinham a condição de absolutamente incapazes, agora não figuram mais no rol das incapacidades pelo simples fato de apresentarem distúrbio psíquico, o que configura uma alteração legislativa de grande relevância para o digno desenvolvimento dos projetos existenciais daqueles afetados por esta mudança de paradigma.

Isto não quer dizer, entretanto, que o novo regime deixa de conferir proteção para aqueles que dela precisam, visto que ainda é possível a limitação de capacidade do portador de transtorno mental via curatela (art. 1.767 e segs. do Código Civil), com a diferença de que o motivo para que se determine tal restrição ao indivíduo em questão não mais se daria meramente em decorrência do distúrbio mental, e sim do enquadramento em uma das hipóteses constantes na nova redação do art. 4º do Código Civil.⁴³

Para reforçar a ideia de promoção de maior igualdade e autonomia que está no cerne do EPD, pode-se chamar a atenção à presença de dispositivos expressamente direcionados a este fim, como o art. 6º, que estabelece um rol exemplificativo de hipóteses em relação às quais a plena capacidade do deficiente deverá ser assegurada (como questões relativas a matrimônio, união estável, e exercício de direitos sexuais, reprodutivos e familiares).

42 Ibidem, p. 188-189.

43 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162.

Logo, nota-se a intenção legislativa de propiciar maior liberdade para que os deficientes consigam realizar o que delinearão para sua existência, pois mesmo que sofram alguma espécie de intervenção no direito de administrarem seu patrimônio, as restrições decorrentes não podem obstaculizar a efetivação de atividades que podem encarar como necessárias para o cumprimento de seus projetos de vida.⁴⁴

Outro exemplo de novidade legislativa que mostra o foco do EPD em relação ao incremento da autonomia desta categoria de indivíduos vulneráveis é o art. 116, que cria o instituto da tomada de decisão apoiada, instrumento pelo qual a pessoa com deficiência elege dois ou mais apoiadores, sujeitos que lhe ajudarão na tomada de decisões sobre atos da vida civil, com o objetivo de proporcionar maior segurança tanto para o apoiado quanto para os terceiros que venham a constituir relações jurídicas com ele. Importante ressaltar que a tomada de decisão apoiada não transfere aos apoiadores a possibilidade de realizar atos em nome do apoiado, já que a dinâmica desse mecanismo envolve o fornecimento de informações aos apoiadores para que estes apenas auxiliem o apoiado a exercer sua própria capacidade.

Tendo em vista essas e outras mudanças trazidas pelo EPD com o propósito de beneficiar sujeitos historicamente tidos como cidadãos de segunda classe, podemos avaliar sua promulgação como uma medida necessária para a prevenção e eliminação de injustiças manifestas perpetradas contra os deficientes, que até pouco tempo atrás estavam em uma situação consideravelmente pior quanto a seus conjuntos capacitários tomando como referência os sujeitos sem deficiências graves.

Isso porque os portadores de transtornos mentais, além de já sofrerem com o acoplamento de desvantagens na obtenção e conversão de recursos que é inerente a suas circunstâncias, também tinham legalmente um grau reduzido de autonomia justamente por conta de suas vulnerabilidades. Embora em grande parte desses casos não seja possível remediar significativamente os prejuízos intrínsecos à deficiência mental, o advento do EPD pôde mitigar uma parte considerável da desigualdade social entre deficientes e não deficientes, garantindo mais liberdade substantiva para um grupo desfavorecido de cidadãos, resultado desejável de acordo com as teorizações de Amartya Sen.

Em referência a Martha Nussbaum, ao considerarmos que o aspecto material da capacidade central humana de controle sobre seu ambiente se relaciona ao desenvolvimento do próprio projeto existencial, podemos dizer que os benefícios trazidos pelo EPD também ajudam ao menos parcialmente no objetivo de promover uma sociedade mais justa, pois expandir o conjunto capacitário

44 Ibidem, p. 163.

de portadores de deficiência mediante legislação protetiva é uma providência efetiva para alcançar e manter um maior patamar mínimo de dignidade humana para uma relevante parcela social, que por muito tempo tem sofrido com posturas sociais infundadas, arbitrárias, carentes de alteridade, respeito e solidariedade.

O EPD também contribui para o progresso moral social conforme as elaborações de Axel Honneth, servindo como exemplo claro da atuação do direito em seu papel de estabilizador de pretensões vindas das três esferas de reconhecimento intersubjetivo.

Na esfera do amor, gerou progresso colaborando para a eliminação de julgamentos nocivos que obstaculizam o desenvolvimento da autoconfiança de portadores de transtornos mentais ao promover inclusão social e cidadania. Na esfera do direito, avançou ao propiciar maiores graus de desenvolvimento de autorrespeito para aqueles que agora estão menos desiguais em relação a seus pares, por exemplo, ao poderem oficialmente se perceber e serem percebidos como sujeitos capazes. Na esfera da solidariedade, há desenvolvimento pelos dispositivos voltados à reafirmação de direitos laborais dos deficientes, que terão sua autoestima fortalecida com a garantia de que podem ser membros contribuintes da coletividade.

Porém, aqui há de se fazer um comentário sobre uma chance perdida pelos legisladores de também estabilizar outra pretensão cognitiva vinda da esfera da solidariedade, desta vez referente ao pleito de pessoas responsáveis por cuidar de pessoas deficientes, que apesar de cooperarem de forma essencial para uma sociedade mais justa e digna, não têm seu trabalho reconhecido na medida de sua importância.

Isso poderia ser remediado, por exemplo, com determinações voltadas ao objetivo de beneficiar familiares responsáveis por portadores de deficiência, que pela soma das dificuldades de conversão referentes tanto às heterogeneidades pessoais dos que estão sob seu cuidado, quanto aos problemas de distribuição familiar adequada, não conseguem converter os recursos que obtêm da mesma maneira que indivíduos de famílias em que não há deficientes.

7. CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto que as sociedades de hoje em dia não tiveram suas bases constituídas levando em conta as demandas dos portadores de transtornos mentais, e supondo que este é um dos fatores para que a estrutura social seja tão desfavorável a esses indivíduos, pode-se discutir se os problemas de desigualdade tratados no presente trabalho também ocorreriam em sociedades

que se organizaram com base nos dois princípios de justiça resultantes de uma hipotética posição original que tivesse permitido participação adequada de deficientes (que estão cientes de sua condição) no procedimento, de modo que o obstáculo não seria relativo à representação das partes no contrato fundante, mas sim de cumprimento do acordo estabelecido.

Por óbvio, tratando-se de uma situação fictícia, não cabe estabelecer uma verificável relação de causa e efeito que determina que a desconsideração dos pleitos dos que ficaram de fora da posição original – que gera princípios que decorrem desta ausência de representatividade – é o motivo responsável pela produção de disparidades que só são resolvidas em um estágio legislativo posterior, cuja importância secundária leva a sofrimento desnecessário e sem previsão de fim daqueles que poderiam ter estado em condição equitativa desde o início do arranjo social.

Contudo, a tradição de justiça social de parte considerável das civilizações hodiernas (pelo menos no mundo ocidental) está voltada principalmente para tratamento das pessoas de forma mais equânime e inclusiva possível em processos socialmente relevantes, o que leva intuitivamente a crer que, caso a posição original fosse um fenômeno real de constituição social, e que garantisse participação abrangente com uma base informacional mais apropriada, talvez tivéssemos historicamente atribuído maior importância e urgência à solução de problemas dos portadores de transtornos mentais (assim como os de todos os outros que não figuravam na proposta tradicional do procedimento). Afinal, deficientes possuem as mesmas necessidades de reconhecimento igualitário e intersubjetivo que são inerentes a todos os outros seres humanos, de modo que não pensar na estrutura da sociedade levando em conta também os seus anseios parece hoje ser um equívoco do qual resultam manifestas injustiças a serem combatidas.

8. REFERÊNCIAS

- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.
- _____. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003, p. 110-197.
- NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Schwarcz, 2007.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CONTRATO DE EMPREGO

Adriana Wzykowski¹

Resumo: A pesquisa buscou verificar a compatibilidade do instituto da tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego. Para tanto, verificou-se o conceito de pessoa com deficiência, demonstrando a necessidade de proteção da mesma. Fez-se ainda uma breve análise das ações afirmativas voltadas à promoção da isonomia substancial da pessoa com deficiência. Percebeu-se que a pessoa com deficiência é dotada de capacidade para praticar os atos da vida civil e de autonomia existencial e patrimonial, após modificação feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Utilizou-se o método lógico-dedutivo para a realização da pesquisa, com revisão de literatura, análise de textos jurídicos e jurisprudência. Concluiu-se ser possível a utilização do instituto da seara trabalhista, uma vez que este promove maior autonomia da pessoa com deficiência na tomada de decisões relativas ao contrato de emprego.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Tomada de decisão apoiada. Contrato de emprego.

Abstract: The research sought to verify the compatibility of the institute of supported decision making and the employment contract. For this, the concept of a person with a disability was demonstrated, demonstrating the need to protect this person. A brief analysis was also made of affirmative actions aimed at promoting the substantial equality of the person with disability. It was noticed that the person with disability is endowed with the capacity to practice the acts of civil life and existential and patrimonial autonomy, after modification made by the Statute of the Person with Disabilities. The logical-deductive method was used to carry out the research, with literature review, analysis of legal texts and jurisprudence. It was concluded that it is possible to use the institute of the labor contract, since it promotes greater autonomy of the disabled person when making decisions regarding the employment contract.

Keywords: Disabled person. Decision-making supported. Employment contract.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pessoa com deficiência e o ordenamento jurídico brasileiro 2.1. A necessária proteção da pessoa com deficiência 2.2. Ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho 3. A tomada de decisão apoiada 3.1. Autonomia e pessoa com deficiência: uma análise à luz do sistema de capacidade civil 3.2. Conceito 3.3. Características e efeitos 4. A tomada de decisão apoiada e o contrato de emprego 5. Conclusões 6. Referências

1 Doutoranda em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Professora assistente da Universidade Federal da Bahia. Professora auxiliar da Universidade do Estado da Bahia. Professora da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Email para contato: adrianawzy@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Nesta senda, a retirada das doenças mentais do rol das incapacidades absolutas e relativas faz com que o ordenamento jurídico brasileiro passe a enxergar a pessoa com deficiência por meio da isonomia substancial, dando à mesma autonomia para decisões relativa aos atos da sua vida, bem como garantindo o exercício da liberdade negocial.

Surge, como forma de promover tal capacidade, o instituto da tomada de decisão apoiada, por meio do qual a pessoa com deficiência pode suprir alguma falta que exista em decorrência da sua deficiência, levando a mesma a tomar decisões de forma esclarecida e informada.

Questiona-se se tal instituto produziria efeitos na seara laboral, uma vez que o termo de decisão apoiada poderia ensejar situações práticas até então não conhecidas no âmbito da relação de emprego.

Tal pesquisa possui como objetivo principal compreender como a tomada de decisão apoiada seria utilizada em âmbito laboral, haja vista que o sistema jurídico brasileiro prevê ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Busca, ainda, compreender as nuances da autonomia da pessoa com deficiência, em âmbito existencial e privado, e possíveis questionamentos que o exercício desta autonomia pode trazer no que tange à relação de emprego, em especial diante do termo de decisão apoiada.

Utilizou-se nesta pesquisa o método dedutivo, com revisão da literatura jurídica, interpretação de textos jurídicos e análise da jurisprudência.

2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Numa acepção histórica, a pessoa com deficiência fora, durante muito tempo, deixada à margem da sociedade, sob a perspectiva de que a mesma não era produtiva ou que poderia ser considerada como um fardo social. Infere-se desse relato que discriminação, marginalização e poucas oportunidades laborais eram extremamente comuns.

Na pré-história e antiguidade, crianças com deficiência eram abandonadas ou assassinadas, como forma de exclusão social. Em Roma, as pessoas com deficiência serviam como pedintes ou juntavam-se às atividades circenses, o que demonstrava o total descaso e exclusão social destes indivíduos².

2 RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolin. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. 12º Vol. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008, p. 7. Disponível em: <http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/livro2.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.

Infelizmente, na sociedade atual, tais pensamentos ainda são reproduzidos, obviamente fruto de desconhecimento e discriminação na grande maioria das vezes.

Em razão de tais aspectos, faz-se necessária a proteção da pessoa com deficiência, como forma de garantia da igualdade substancial³. Assim, não basta visualizar mecanismos de formais de igualdade, sendo necessários direitos específicos voltados a tal grupo, de sorte a consagrar um verdadeiro patamar de igualdade material, com integração e inclusão destes.

Para se chegar a tal conclusão, primeiramente, é salutar conhecer o conceito de pessoa com deficiência e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, adentrar-se-á na questão da autonomia da pessoa com deficiência, que trará reflexos diretos no instituto da tomada de decisão apoiada e sua aplicabilidade no contrato de emprego.

2.1. A necessária proteção da pessoa com deficiência

Utiliza-se a terminologia pessoa com deficiência em face da opção legislativa feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁴. Nos dias atuais, as expressões “deficientes” ou “pessoas portadoras de deficiência” estão sendo utilizadas em menor proporção, haja vista que podem refletir um conteúdo pejorativo, relacionado à incapacidade ou inaptidão do indivíduo⁵.

Conceituar pessoa com deficiência não é uma tarefa fácil, haja vista que tal conceito está em constante mutação. Sandro Melo conceitua pessoa com deficiência como aquela que possui algum tipo de limitação física, mental ou sensorial, associadas ou não, e que demandam ações compensatórias por parte das próprias pessoas com deficiência, por parte do Estado e da sociedade, visando extirpar ou minorar tais limitações⁶.

Em sede internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe conceito atualmente repro-

3 ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. Vol. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 166.

4 Lauro Luiz Gomes Ribeiro também opta por esta expressão. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*. Ano 5, n. 21, jan/mar, 2006, p. 89. Manoel Jorge e Silva Neto, por sua vez, discorda desta posição, adotando a terminologia “portador de necessidades especiais”. Para o autor, a expressão “portador de deficiência” induz à acepção de que a pessoa é deficiente, ou seja, inapta. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001, p. 189.

5 A expressão “deficiente”, por exemplo, é utilizada por Moacyr de Oliveira. OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 70, vol. 553, Nov. 1981, p. 11.

6 MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo, 2004, p. 52 e 53.

duzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁷, ao considerar que: “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”⁸.

Vislumbra-se, neste conceito, a premissa de que a deficiência não se encontra ínsita ao indivíduo, mas sim no ambiente e na sociedade que o rodeia⁹. Diminuir ou eliminar as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência faz com que a deficiência não seja tão relevante, de sorte a promover bem estar e, conseqüentemente, garantir a consagração da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, ainda, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou no tocante ao método avaliativo utilizado para fins de aferição da deficiência, ao estabelecer, no artigo 2º, §1º, que a avaliação será biopsicossocial, a ser realizada por equipe multidisciplinar e que levará em consideração os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, bem como fatores socioambientais, psicológicos e pessoais. Ademais, será observada a limitação no desempenho de atividades e restrição na participação das mesmas para fins avaliativos.

Tal mecanismo de avaliação é deveras importante para a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, em especial no mercado de trabalho, haja vista que possibilita, com maior precisão, a análise minuciosa da deficiência e possibilidade de exercício laboral.

Percebe-se, portanto, que a proteção da pessoa com deficiência busca a consagração do princípio fundamental da igualdade, uma vez que este, em sua acepção substancial, prega tratamento desigual para se atingir um critério igualitário¹⁰. A isonomia substancial é importante no que tange à pessoa com deficiência, uma vez que o constituinte tratou de reconhecer o processo de exclusão vivenciado¹¹, de sorte a garantir proteção especial. Nesta senda, faz-se

7 BRASIL. *Lei 13.146/2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

8 BRASIL. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.

9 MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição de retrocesso*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873, acesso em 27 de junho de 2017. Nesse mesmo sentido: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012.

10 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, *in passim*.

11 ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito *in* ARAUJO, Luiz Alberto

necessária a implementação de ações afirmativas voltadas à tutela da pessoa com deficiência.

2.2. Ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

Ações afirmativas relacionadas à pessoa com deficiência são deveras importantes em face da consagração da dignidade humana e, por conseguinte, dos direitos fundamentais. Questões relacionadas à acessibilidade, proteção do mercado de trabalho e política de cotas, prevenção no que tange à discriminação, educação, lazer, etc. são essenciais à consagração de interesses transindividuais da pessoa com deficiência.

Mas para tratar das ações afirmativas voltadas especificamente à pessoa com deficiência, faz-se necessário conceituar ações afirmativas. São estas ações voltadas a implementar maior inclusão social de grupos conhecidos historicamente como minorias, em face das dificuldades vivenciadas pelas mesmas ao longo de um processo histórico.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as minorias foi reforçada pela constatação de que existe uma propensão do ser humano a exercer o papel de opressor¹².

Esses mecanismos de inclusão podem ser vistos como forma de se garantir que os direitos fundamentais das minorias fossem respeitados, haja vista que buscam efetivar uma igualdade social maior, evitando, assim, discriminações em face da raça, cor, sexo, origem ou qualquer outro fato que diferencie esta pessoa da maioria dominante¹³.

São, portanto, políticas públicas e privadas voltadas a inserção de discriminações positivas¹⁴, concebidas com o objetivo de combate à discriminação negativa e para corrigir os efeitos presentes em face das discriminações ocorridas no passado¹⁵.

David . *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 208. Nesse mesmo sentido PENTEADO, Fernanda. Ação Civil Pública e os direitos das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*. Ano 35, n. 189, Nov. 2010, p. 165.

- 12 Appio sustenta, tratando de minorias, que o ativismo judiciário está justificado como um instrumento democrático de proteção dos direitos fundamentais das minorias, como decorrência de sua baixa capacidade de mobilização política e econômica, da qual resulta histórica discriminação. AP-PIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.
- 13 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.
- 14 BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas racionais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.
- 15 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

No tocante à inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, os dispositivos constitucionais sobre o tema garantem alguma inclusão do empregado com deficiência, contudo ainda estão aquém das medidas adequadas. Faz-se necessária uma mudança de mentalidade na classe patronal e nos próprios empregados, visando receber de forma adequada esta pessoa no âmbito laboral.

O art. 203 da Constituição Federal de 1988, por exemplo, assegura renda mínima à pessoa com deficiência que não consegue manter-se com recursos próprios ou de sua família. Já o art. 7º, inciso XXXI e art. 37, VIII garantem “proteção jurídica ao mercado de trabalho”¹⁶.

Em âmbito infraconstitucional, reconheceu-se a necessidade de cotas, no importe de 2% a 5% dos empregados de empresas com mais de 100 empregados a pessoas com deficiência ou reabilitadas, consoante artigo 93 da Lei 8213/91.

Para Christiani Marques, tal legislação possui um conteúdo discriminatório velado, haja vista que limita-se a proteção a um escalonamento percentual somente para empresas com mais de 100 empregados¹⁷.

Concorda-se com tal posição, embora se ressalte que a implementação da política de cotas traz consigo enorme avanço na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho pelo Legislador brasileiro.

A lei 7853/89¹⁸, por sua vez, garante apoio governamental à formação profissional, educacional e garantia de acesso aos serviços de formação, bem como reserva de mercado às pessoas com deficiência.

No tocante à aprendizagem e ao estágio, não se verifica limites temporais no tocante ao aprendiz ou estagiário com deficiência, conforme disposição do art. 428, §5º da CLT e art. 11 da lei 11.788/08. O Legislador buscou com tais normas proteção ao aprendiz e estagiário que, provavelmente, teriam dificuldades em acesso a oportunidades no mercado de trabalho. Para Erotilde Minharro, tal disposição acaba por precarizar estas relações, transformando o aprendiz e o estagiário em mão de obra barata¹⁹.

O Brasil ratificou, ainda, a Convenção nº 159 da OIT, que trata das medidas voltadas ao fomento e acesso das pessoas com deficiência a uma atividade

16 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 4, p. 99-104, 2010, p. 101.

17 MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 44-59, out./dez. 2011, p. 50

18 BRASIL. Lei 7953/89. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm, acesso em 27 de junho de 2017.

19 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 4, p. 99-104, 2010, p. 103

produtiva, bem como manutenção no emprego adequado. Ademais, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, incluindo a discriminação que ocorre na esfera laboral²⁰.

Sem o fito de esgotar o tema, percebe-se que o Brasil encontra-se munido de diversas ações afirmativas voltadas à proteção da pessoa com deficiência. Contudo, ainda carece de uma mudança de comportamento na sociedade, especialmente no ambiente de trabalho, para a boa implementação de tais ações.

Uma ação especial trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, além dos dispositivos voltados à proteção do mercado de trabalho²¹, foi a mudança no sistema de capacidades civis do Código Civil. Passou-se a promover, por conseguinte, a autonomia da pessoa com deficiência, não a considerando incapaz aprioristicamente. Tal tema será abordado agora.

3. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Para tratar da temática da tomada de decisão apoiada, faz-se necessária uma breve incursão no tocante à autonomia da pessoa com deficiência e o novo regime das capacidades civis adotado após o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Vislumbra-se, em primeiro plano, que tal modificação é fruto de um processo histórico ocorrido no âmbito do direito civil, quer seja a constitucionalização do direito privado, que desloca para a tábua axiológica da Constituição o ponto de referência antes localizado no Código Civil²².

O Direito Civil, assim, passou por um processo de repersonalização, onde o patrimônio passa ao papel de coadjuvante e a pessoa humana ocupa o status central da análise deste ramo do direito²³. A dignidade humana é incorporada aos ditames civilistas, que passam a analisar os valores existenciais acolhidos pela Constituição Federal de 1988²⁴.

O exercício da autonomia, assim, corrobora para o exercício da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito privado. Passar-se-á a análise da autonomia da pessoa com deficiência, portanto, no âmbito do Direito Civil.

20 MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de F. Pilatti Ferreira. Pessoas com deficiência, discriminação e mercado de trabalho : o direito como instrumento de transformação social. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 34-45, jul. 2015, p. 42.

21 Vide art. 35 e art. 36, por exemplo, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

22 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *In: Temas de Direito Civil*, 3ª Ed. Atual. Rio De Janeiro: Renovar, 2004, P. 13.

23 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Do Senado*, Brasília A. 36 N. 141 Jan./Mar. 1999, P. 103.

24 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

3.1. Autonomia e pessoa com deficiência: uma análise à luz do sistema de capacidade civil

Autonomia e vontade são fenômenos inerentes ao ser humano e, por isso, são objetos de estudos nos mais diversos campos do conhecimento, como a filosofia, a sociologia, a psicologia²⁵ e o metafísico.

No campo do direito, fala-se muito em autonomia da vontade ou autonomia privada e em autonomia existencial, sem que se faça a necessária distinção entre os institutos.

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade²⁶. Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeito se obrigassem, senão era necessária observância de certos pressupostos de validade²⁷. Já a autonomia existencial é vista como a dimensão onde os direitos da personalidade se realizam²⁸, com a liberdade do sujeito em gerenciar a sua vida com base na noção de dignidade.

Em face de tal premissa, a autonomia existencial possibilita o direcionamento da liberdade negocial, garantida pela autonomia privada, a fim de que se realizem negócios jurídicos com conteúdo voltado aos direitos da personalidade²⁹.

25 No campo psicológico, por exemplo, Piaget trabalhava com as noções de autonomia e vontade para determinar o desenvolvimento da criança. Para ele, o desenvolvimento de uma criança passa por alguns estágios. No estágio pré-operacional (dos 2 aos 7 anos), a criança começa a ter os primeiros sentimentos sociais em decorrência da linguagem falada e da representação. Somente no estágio operacional concreto, onde o raciocínio da criança adquire maior estabilidade no raciocínio, terá a criança que desenvolver seu sentimento de autonomia e vontade, sendo a vontade uma escala permanente de valores construídas pelos indivíduos, que acabam por segui-la e a autonomia o raciocínio de acordo com um conjunto próprio de normas. Tudo isso contribui para o desenvolvimento afetivo. SHAFFER, David R. *Psicologia do Desenvolvimento: infância e adolescência*. Trad. Cíntia Regina Pemberton Cancissu. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 221-241.

26 A liberdade contratual das pessoas é trazida à baila por meio da autonomia da vontade, de sorte que as mesmas podem auto-regulamentar seus interesses. LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009, p. 35.

27 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.52-53.

28 HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, *in passim*.

29 REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 33.

Feitas tais considerações, passa-se à modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no que tange ao regime de capacidades civis, que garante, atualmente, autonomia ao sujeito com deficiência.

Tal modificação, por conseguinte, afeta a capacidade de agir do indivíduo, haja vista que garante que, mesmo diante da deficiência, este possa praticar atos da vida civil, independentemente de assistência ou representação³⁰. Antes da mencionada modificação, o ordenamento brasileiro trazia uma limitação subjetiva da autonomia das pessoas com deficiência, com especial destaque às pessoas com deficiência mental, uma vez que a capacidade destas era restrita, de forma absoluta ou relativa, pelo Código Civil³¹. Presumia-se, portanto, a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, retirando-lhe o status da capacidade.

Tal posição legislativa, contudo, era passível de críticas, uma vez que o fato da pessoa possuir uma deficiência mental não era, por si só, condição para que a mesma fosse inserida de forma automática no rol dos incapazes³².

Buscando resguardar a autonomia da pessoa com deficiência, foram retirados do rol de incapacidade absoluta aqueles que, por enfermidade ou doença mental, não teriam o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil. Ademais, modificou-se o rol das incapacidades relativas, retirando as hipóteses que tratavam dos excepcionais e os que, por deficiência mental, teriam o discernimento reduzido. Assim, o novo critério estabelecido pelo Código Civil é a falta de discernimento e não mais a deficiência em si, modificação que representa um avanço no tocante à autonomia do sujeito com deficiência³³.

30 A capacidade de direito, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, consiste na “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direito e obrigações na ordem civil”, enquanto que a capacidade de agir estaria ligada à prática dos atos da vida civil, sem a necessidade de assistência ou representação. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

31 Redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, antes da alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único: a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

32 REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 6/2016, p. 37 - 54, Jan - Mar / 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

33 TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*. Vol. 75. Ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar 2017, p. 63-77.

Nesta linha, Maurício Requião acredita que a modificação não afasta a possibilidade de que a pessoa com deficiência não pratique certos atos da vida civil, uma vez que se mantém a possibilidade de utilização do regime de curatela. O que fora afastado, ao revés, diz respeito à sua condição de incapaz³⁴.

Percebe-se, com a supracitada alteração, que mesmo o regime de curatela deve ser visto como medida excepcional, haja vista a possibilidade da gerência dos atos da vida civil pela pessoa com deficiência como regra. Verifica-se, ainda, outra ferramenta, quer seja a tomada de decisão apoiada, como nova medida a ser adotada, que garante maior espaço de escolha e, conseqüentemente, autonomia existencial e patrimonial da pessoa com deficiência. Tratar-se-á desta temática agora.

3.2. Conceito de tomada de decisão apoiada

Em princípio, a pessoa com capacidade plena não depende de apoio ou auxílio de outras para tomada de decisões no que tange aos seus direitos da personalidade ou patrimônio, a não ser deseje algum tipo de aconselhamento, típico da vida em sociedade. Dessa mesma forma deve ser vista a pessoa com deficiência, haja vista que “pode ser tão capaz quanto qualquer outra pessoa, desde que disponha dos meios necessários para suprir o que lhe falta”³⁵. É neste contexto que surge o instituto da tomada de decisão apoiada.

Segundo Atalá Correia³⁶, a pessoa com deficiência que apresente dificuldade prática na condução de sua vida civil, poderá “optar pela curatela, diante de incapacidade relativa, ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada”.

A tomada de decisão apoiada surge então como um mecanismo de apoio à pessoa com deficiência, apoio este variável e com base na vontade do sujeito interessado, como forma de se garantir que se supra alguma falta no exercício da sua capacidade legal, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁷.

Tal instituto não substitui a curatela, portanto, mas anda ao lado do mesma, como um mecanismo apto a fomentar o seu desuso. A tomada de decisão apoiada constitui, assim, inovação no Brasil, embora haja experiência semel-

34 REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015, p. 29.

35 ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 83.

36 CORREIA, Atalá. Dúvidas que surgem com a vigência do Estatuto da pessoa com deficiência. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 65-68, nov. 2015, p. 66

37 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 336.

hante em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano - por meio do instituto da *amministrazione di sostegno*³⁸, e argentino - por meio dos *sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*³⁹.

Segundo o caput do art. 1783-A do Código Civil, a tomada de decisão apoiada consiste no processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhes elementos e informações necessários para que a mesma possa exercer sua capacidade⁴⁰.

Deste conceito, infere-se a conceituação da figura dos apoiadores. O sistema jurídico atual prevê, pelo menos, dois apoiadores, não trazendo limitação máxima no número de sujeitos que podem funcionar como tais. Ademais, devem os apoiadores ser pessoas de confiança, idôneas, além de possuir algum vínculo com o apoiado. Carreia Alvim⁴¹, fazendo uma leitura do dispositivo, entende ser possível que apenas um apoiador seja escolhido, de forma fundamentada pela pessoa com deficiência, sendo esta decisão validada pelo magistrado. Vale-se o autor, portanto, da noção de autonomia da pessoa com deficiência, cabendo a esta decidir os rumos da tomada de decisão apoiada, desde que haja justificativa para tanto.

Nesta toada, questiona-se se seria possível que os apoiadores também fossem pessoas com deficiência, ante a inexistência de vedação legal. Entende-se ser possível tal situação, desde que a pessoa com deficiência que funcione como apoiadora esteja apta a prestar o apoio necessário⁴².

38 ITÁLIA. Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04006l.htm>, acesso em 09 de agosto de 2017. Anderson Schreiber, por sua vez, relata que a doutrina italiana concebe o instituto como forma de proteção moldada à luz das características de cada pessoa, de sorte que alguns sustentam a vocação geral do instituto, podendo o mesmo ser utilizado em situações outras que não apenas a da pessoa com deficiência, como nos casos da população carcerária. SCHREIBER, Anderson. *Tomada de Decisão Apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>, acesso em 09 de agosto de 2017.

39 GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación* / Liliana Abreut de Begher ... [et al.] ; compilado por Graciela C. Wüst. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-97935-8-9. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf>, acesso em 09 de agosto de 2017.

40 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 09 de agosto de 2017.

41 ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 86.

42 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337.

Assim, a tomada de decisão apoiada fundamenta a escolha dos apoiadores com base na noção de confiança estando, portanto, de acordo com os ditames inerentes à codificação civil atual.

3.3. Características e efeitos

O artigo 1783-A do Código Civil, ao tratar da tomada de decisão apoiada, determina que a mesma dependa de processo judicial⁴³, onde a petição inicial deverá conter os requisitos estabelecidos pelos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil. Tal petição deve conter um termo, com determinação de prazos, limites, compromissos e interesses do apoiado, de sorte que seus desejos e vontade sejam tratados e resguardados.

Critica-se tal burocratização na utilização de instrumento judicial para fins de determinação do termo de decisão apoiada. Entende-se ser plenamente possível a utilização de mecanismos mais simplificados, tal como registro cartorário ou utilização do contrato de mandato, como forma de desburocratizar este processo, tornando-o mais célere e mais pautado em seu objetivo primordial, quer seja a autonomia da pessoa com deficiência.

Ademais, infere-se do §2º do art. 1783-A que a pessoa com deficiência é a legitimada a pleitear o pedido de tomada de decisão apoiada, indicando aqueles que têm aptidão para serem apoiadores de imediato. Cristiano Chaves de Farias⁴⁴ entende que os legitimados para propor a ação de curatela também o seriam no tocante à tomada de decisão apoiada. Discorda-se deste posicionamento, haja vista que o instituto visa, com suas vicissitudes, a consagração da autonomia da pessoa com deficiência. Tal pensamento esposado pelo autor vai à contramão de toda a ideia de que a pessoa com deficiência possui capacidade para decidir sua própria vida, inclusive se tem necessidade de ser apoiada ou não nas decisões a serem tomadas.

Recebida a petição inicial, o magistrado, que estará acompanhado de equipe multidisciplinar, deverá proceder à oitiva do Ministério Público. Mais uma vez, critica-se tal solução legal, haja vista que não há justificativa alguma para a participação do Ministério Público neste processo. Para Anderson Schreiber⁴⁵,

43 Na visão de Taisa Lima, tal processo necessariamente será de jurisdição voluntária, a ser analisado pela Vara de Família. LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan./jun. 2015, p. 231.

44 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338.

45 SCHREIBER, Anderson. *Tomada de Decisão Apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>, acesso em 09 de agosto de 2017.

aliás, tal intervenção demonstra apenas o preconceito que ainda paira sob a legislação no tocante à pessoa com deficiência.

Em seguida, o juiz ouvirá pessoalmente o apoiado e os candidatos a apoiadores, proferindo sua decisão em seguida. Nesta, o magistrado indicará os limites do apoio que será prestado à pessoa com deficiência, sempre levando em consideração a sua vontade.

Ressalta-se que a legislação não menciona a possibilidade de remuneração aos apoiadores. Poder-se-ia pensar que, na falta da recomendação legal, o instituto deve ser prestado de forma gratuita exclusivamente. Discorda-se de tal situação, haja vista que tal determinação deve estar no âmbito da autonomia da pessoa. Imagina-se, como exemplo, situação onde o apoiador deve ter conhecimento específico para bem prestar o apoio. Carreira Alvim⁴⁶, em linha semelhante, entende ser possível aplicação analógica do art. 1752 do Código Civil, que determina recebimento de retribuição ao tutor pelos bens administrados do seu tutelado.

Ademais, deve se reconhecer que, caso o apoiador exerça sua função de forma negligente, não venha a adimplir obrigações assumidas ou ainda, exerça pressão indevida sob o apoiado, cabe a este último ou a qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou juiz, conforme determinação do Código Civil (§7º do art. 1783-A). Verificada a ocorrência das situações relatadas, cabe ao juiz destituir o apoiador e nomear outro, se assim for da vontade da pessoa com deficiência.

A legislação pátria determina, ainda, que caso o negócio possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir a questão.

Inferese, ainda, do parágrafo 4º do supracitado dispositivo que a tomada de decisão apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, nos limites do que fora acordado. Estranhamente, o parágrafo 5º permite que uma parte que firme negócio jurídico com a pessoa com deficiência solicite que os apoiadores contra-assinem o negócio jurídico firmado.

Tal situação revela, mais uma vez, um ranço preconceituoso da legislação com a pessoa com deficiência no tocante ao exercício da sua capacidade. Torna-se praxe, com tal inclusão, que qualquer parte solicite tal contra-assinatura⁴⁷. Se por um lado a medida parece proteger aquele que contrata com a

46 ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015, p. 87.

47 SCHREIBER, Anderson. *Tomada de Decisão Apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>, acesso em 09 de agosto de 2017.

pessoa com deficiência, por garantir autenticidade ao documento, por outro reafirma a incapacidade então rechaçada pelo Código Civil, após modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por fim, o apoiador pode solicitar a exclusão ao magistrado, que analisará a situação concreta e decidirá pela exclusão ou não do apoiador. Nada impede, ainda, que o apoiado solicite o término do termo que indica a decisão apoiada. Caso tais medidas não sejam tomadas, o termo de decisão apoiada vigorará no prazo estabelecido, caso assim este tenha sido firmado.

4. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O CONTRATO DE EMPREGO

Firmado termo de decisão apoiada, questiona-se como este termo poderia produzir efeitos no contrato de emprego, haja vista que, conforme dito alhures, a pessoa com deficiência é capaz e apta a exercer atos da vida civil, incluindo-se neste rol as atividades laborais.

Tal questionamento mostra-se ainda mais interessante quando se pensa que uma das políticas de inclusão da pessoa com deficiência é exatamente a sua inserção do mercado de trabalho, de sorte a garantir isonomia substancial.

Defende-se neste trabalho que o termo de decisão apoiada é plenamente compatível com a relação empregatícia. Explica-se o porquê.

Primeiramente, o contrato de emprego é firmado em face da autonomia privada individual dos sujeitos integrantes daquela relação jurídica. Quanto aos fins, é possível afirmar que a autonomia individual visa satisfazer um interesse individual, pertinente a pessoa singularmente considerada.⁴⁸ Tal noção é essencial para compreender que o contrato de emprego com a presença de uma pessoa com deficiência consiste num ato de autonomia privada individual, voltado à consagração da liberdade negocial das partes envolvidas. Assim, afirma Luciano Augusto de Toledo Coelho, que “a autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa autoregular autônoma e responsavelmente sua vida. [...] É dado ao trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista”⁴⁹.

É importante salientar que, no que diz respeito à relação de emprego, questiona-se o grau de autonomia privada do empregado, seja ele pessoa com deficiência ou não, em face do desequilíbrio marcante que ocorre nesta seara. Sa-

48 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho. v. III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 48-65

49 COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) *Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade*, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 147.

be-se que o empregador detém um poder econômico, social e diretivo sob o empregado, fatores que podem limitar, mas não extinguir, a autonomia privada individual trabalhista.

Dessa forma, atuando os sujeitos da relação de emprego com autonomia, não há por que se falar em impossibilidade de aceitação do termo de decisão apoiada. Corroborando com tal premissa a modificação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil, ao consagrar a capacidade da pessoa com deficiência.

Assim, o termo de decisão apoiada não altera o requisito de validade “capacidade do agente”, haja vista que a pessoa com deficiência, física ou mental, possui capacidade de firmar contrato de emprego.

Entende-se que, ao revés, o termo de decisão apoiada funciona como um mecanismo de maior proteção ao empregado com deficiência, uma vez que, pela presença dos apoiadores, o empregado pode se sentir mais seguro no tocante às decisões que irá tomar no que diz respeito à sua vida laboral.

E o empregador estaria vinculado ao termo de decisão apoiada? Mais uma vez, não se vê empecilhos a tal questão, afinal a decisão não é tomada pelos apoiadores e sim pela pessoa com deficiência. Ademais, embora questionável, pode o empregador solicitar a contra-assinatura dos apoiadores no que diz respeito ao negócio jurídico firmado com a pessoa com deficiência.

Numa situação concreta de assinatura de um contrato de emprego, pode a pessoa com deficiência solicitar o auxílio dos apoiadores para que esses possam esclarecer possíveis pontos benéficos ou prejudiciais ao exercício daquele labor. Sabe-se que, em face das barreiras de interação social que a pessoa com deficiência pode possuir, seria mais fácil que esta fosse enganada ou até mesmo que esta ficasse confusa diante de um contrato de emprego.

Tal termo, portanto, resguarda que a decisão tomada pela pessoa com deficiência, no sentido de estabelecer vínculo empregatício ou não, seja a mais abalizada possível, evitando prejuízos futuros e funcionando também como um mecanismo interessante ao próprio empregador.

Não pode ainda o empregador, num processo seletivo, dar preferência a empregado com deficiência que não possua termo de decisão apoiada, sob pena de ofensa à isonomia. A realização do termo de decisão apoiada consiste num direito garantido à pessoa com deficiência, o que impede que seja utilizado como mecanismo discriminatório.

No decorrer da relação empregatícia, o termo de decisão apoiada ainda poderia ser bastante útil, haja vista que situações corriqueiras da prestação do serviço podem ser facilmente esclarecidas pelos apoiadores, facilitando o

desenrolar desta relação. Imagina-se uma situação onde existe a cogitação de transferência da pessoa com deficiência. Para fins de garantia de uma decisão adequada sobre tal transferência ou não, a presença dos apoiadores faz-se necessária, afinal estes, por serem pessoas de confiança da pessoa com deficiência, podem indicar os malefícios ou benefícios da hipotética transferência.

Um problema que surge diante de tal questão diz respeito à divulgação das estratégias, segredos, informações e dinâmicas da empresa e do emprego aos apoiadores. Empregadores poderiam alegar que, em face de tais considerações, não poderiam divulgar todas as informações aos apoiadores, por estes serem estranhos à relação empregatícia.

Contudo, discorda-se de tal situação hipotética. O empregador teria um dever de informar os apoiadores, de sorte a compartilhar todas as informações relevantes à vida laboral do empregado com deficiência, sob pena de restringir o exercício adequado da autonomia deste empregado.

Ademais, caso ocorra divulgação de informação sigilosa por parte dos apoiadores, nada impede que o empregador se utilize das medidas cíveis relativas a tal divulgação indevida. Os apoiadores devem ter acesso a tais informações com a finalidade única e exclusiva de auxiliar o empregado com deficiência para que este possa tomar a melhor decisão possível no tocante ao seu trabalho e, por isso, devem ser responsabilizados civilmente neste caso.

Por isso, defende-se que é possível que o empregador firme com os apoiadores termo de confidencialidade e sigilo, a fim de inibir eventuais condutas que eventualmente possam surgir por parte dos apoiadores. Tal termo, inclusive, facilita a responsabilização caso ocorra uma futura violação.

Outra argumentação que poderia ser vislumbrada diz respeito à ingerência dos apoiadores no exercício das atividades do empregado com deficiência. Poderia o empregador alegar que os apoiadores, embora não decidam, exercem influência sob o empregado, o que comprometeria a personalidade na prestação dos serviços.

Tal hipótese, contudo, é passível de críticas. Os apoiadores não possuem poder decisório, conforme já fora dito alhures. No que diz respeito à possível influência, tal circunstância não é passível de ser controlada pelo empregador, afinal qualquer pessoa, estranha ou não à relação empregatícia, pode exercer influência sob o empregado. Exemplifica-se o caso de um empregado que apenas toma decisões após consultar familiares. Tal situação não pode ser alvo de controle do empregador, por não estar na alçada do poder diretivo.

No momento da extinção contratual, a tomada de decisão apoiada firmada será de grande valia, haja vista que terá o condão de facilitar o encerramento

contratual com a informação que os apoiadores podem fornecer acerca das verbas trabalhistas ali dispostas.

Nesta senda, defende-se que o termo de decisão apoiada funciona como verdadeiro mecanismo protetor no que diz respeito ao empregado com deficiência. Se um empregado sem deficiência, por desconhecimento, pode ter dificuldades no momento do encerramento contratual, quiçá um empregado com deficiência.

Tal garantia, inclusive, funciona também como mecanismo apto a coibir, ainda que de forma indireta, dispensas discriminatórias em face da deficiência do empregado, uma vez que a presença do termo de decisão apoiada pode inibir o empregador de tomar alguma atitude que vise violar o direito fundamental à isonomia da pessoa com deficiência.

Em suma, entende-se que a tomada de decisão apoiada funciona com um mecanismo adequado e eficaz na garantia da autonomia e da proteção da pessoa com deficiência. Embora tal instituto ainda precise passar por adaptações e maiores reflexões acerca do seu uso, funciona como instrumento de difusão da autonomia do empregado com deficiência.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que:

I - É necessária a proteção da pessoa com deficiência, de sorte que diminuir ou eliminar as dificuldades enfrentadas por estas faz com que a deficiência não seja tão relevante, garantindo seu bem estar e, conseqüentemente, consagrando a dignidade da pessoa humana;

II - As ações afirmativas voltadas à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho consistem numa forma de se garantir isonomia substancial, afinal a inclusão social de grupos conhecidos historicamente como minorias justifica-se em face das dificuldades vivenciadas pelas mesmas ao longo de um processo histórico;

III - O Estatuto da Pessoa com deficiência promoveu um novo critério para fins de aferimento da incapacidade, quer seja a falta de discernimento e não mais a deficiência em si, modificação que representa um avanço no tocante à autonomia do sujeito com deficiência;

IV - A tomada de decisão apoiada surge como um mecanismo de apoio à pessoa com deficiência, apoio este variável e com base na vontade do sujeito interessado, como forma de se garantir que se supra alguma falta no exercício da sua capacidade;

V - O instituto da tomada de decisão apoiada é compatível com o contrato de emprego, haja vista que é uma forma de garantir a autonomia negocial da

pessoa com deficiência no momento em que esta firma o contrato, bem como durante o desenvolvimento desta relação laboral e, ainda, no encerramento da mesma.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Tomada de Decisão Apoiada. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, out/dez 2015.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito *in* ARAUJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*. Vol. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das quotas racionais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Lei 13.146/2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.
- _____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 09 de agosto de 2017.
- _____. *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 27 de junho de 2017.
- _____. *Lei 7953/89*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm, acesso em 27 de junho de 2017.
- COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) *Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade*, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CORREIA, Atalá. Dúvidas que surgem com a vigência do Estatuto da pessoa com deficiência. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 65-68, nov. 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012.
- GIAVARINO, Magdalena Beatriz. La Recepción Del Sistema De Apoyos En El Nuevo Código Civil Y Comercial. *Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de La Nación / Liliana Abreut de Begher ... [et al.] ; compilado por Graciela C. Wüst. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-97935-8-9. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/giavarino.pdf>, acesso em 09 de agosto de 2017.*
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HUPSEL, Francisco. *Autonomia provada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ITÁLIA. Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040061.htm>, acesso em 09 de agosto de 2017.
- LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan./jun. 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Do Senado*, Brasília A. 36 N. 141 Jan./Mar. 1999.
- LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009.
- MAIA, Maurício. *Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição de retrocesso*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873, acesso em 27 de junho de 2017.
- MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de F. Pilatti Ferreira. Pessoas com deficiência, discriminação e mercado de trabalho : o direito como instrumento de transformação social. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 34-45, jul. 2015.
- MARQUES, Christiani. A discriminação na aplicação das normas de proteção às pessoas com deficiência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 44-59, out./dez. 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

- MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo, 2004.
- MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, SP, n. 4, p. 99-104, 2010.
- OLIVEIRA, Moacyr. Deficientes: sua tutela jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 70, vol. 553, Nov. 1981.
- PENTEADO, Fernanda. Ação Civil Pública e os direitos das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*. Ano 35, n. 189, Nov. 2010.
- REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 6/2016, p. 37 - 54, Jan - Mar / 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Social*. Ano 5, n. 21, jan/mar, 2006.
- RODRIGUES, Olga Maria Piazzentin Rolin. *Educação especial: história, etiologia, conceitos e legislação vigente*. 12º Vol. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008, p. 7. Disponível em: <http://www2.fc.unesp.br/educacaoespecial/material/livro2.pdf>. Acesso em 27 de junho de 2017.
- SHAFFER, David R. *Psicologia do Desenvolvimento: infância e adolescência*. Trad. Cíntia Regina Pemberton Cancissu. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Tomada de Decisão Apoiada: o que é, qual a sua utilidade*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>, acesso em 09 de agosto de 2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Oriane Gonçalves (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho. v. III*. São Paulo: LTr, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, In: *Temas de Direito Civil*, 3ª Ed. Atual. Rio De Janeiro: Renovar, 2004.
- TORRES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*. Vol. 75. Ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar 2017.