

O LEGISLADOR ALIENISTA: A QUESTÃO DA CAPACIDADE DOS DEFICIENTES INTELECTUAIS À LUZ DO ÚLTIMO SÉCULO DE CIVILISMO BRASILEIRO E DA OBRA DE MACHADO DE ASSIS

Elias Cândido da Nóbrega Neto

Acadêmico da UFRN

RESUMO

Diante da vigência da lei nº 13.146/2015 – mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência – que retira do rol da incapacidade absoluta todos aqueles que são maiores de dezesseis anos, faz-se mister discussão acerca da linha tênue que separa o respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana em relação ao princípio da segurança jurídica, no que tange à pessoa com deficiência intelectual. Para tanto, far-se-á uma reflexão crítica sobre as transformações da jurisdição brasileira quanto à questão da capacidade à luz do conto “O Alienista” – de Machado de Assis – e da doutrina, a fim de se evidenciar a histórica incongruência legislativa para com a questão dos deficientes intelectuais.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade jurídica. Código Civil.

1 INTRODUÇÃO

Em se levando em consideração o fato de que o primeiro Código Civil só viera a surgir no ano de 1916, não seria equivocados afirmar-se que toda a trajetória civil brasileira, que antecede a referida data, tenha sido consequência direta do direito português, materializado nas Ordenações Filipinas, datadas do início do século XVII. Não obstante essas tenham sido “abrasileiradas” pela Consolidação das Leis Civis, em 1957, por Teixeira de Freitas, havia, ainda, o espírito luso no quesito. Contudo, apesar da inegável influência que tais codificações exerceram e até hoje reverberam em nosso plano jurídico e imaginário social, não interessa, aqui, discuti-las de forma aprofundada. A escolha por tratar de temas tão ricos em valor científico poderia acabar por alterar os rumos das discussões propostas.

Este projeto, portanto, possui como objeto de estudo primordial o Código Civil brasileiro, tanto em sua formatação de um século atrás, como na do ano de 2002, sem deixar de lado a perspectiva processual que se relaciona ao tema em pauta. De forma ainda mais específica, pleiteia análise dos artigos relacionados à pessoa com deficiência, sua posição quanto à capacidade jurídica e a motivação dos legisladores a assim valorá-los. As prescrições que trazem ao plano concreto a efetivação da vida civil de uma parcela considerável dos brasileiros passaram, ao longo dos anos, por profundas reformulações, malgrado nunca tenham conseguido proporcionar um total conforto por parte da comunidade jurídica, bem como da sociedade civil, à questão dos deficientes, sobretudo dos deficientes intelectuais¹. Ante a isso, consideraremos três momentos do ordenamento que, talvez não por coincidência, sigam ordem cronológica: um extremo, seguido de uma fase moderada, que levou a outro extremo. Tais momentos correspondem, respectivamente, aos códigos de 1916, de 2002 e à lei 13.146/2015.

É, ainda, pauta de discussão, a atemporal obra do icônico literata

¹ Daremos preferência ao uso do termo “deficiência intelectual” em detrimento de “deficiência mental”. O termo parece mais adequando uma vez que se refere especificamente à atividade intelectual. Outrossim, novos acordos e convenções, como a Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual, passaram a adotar a nova terminologia. Apesar da diferenciação feita por alguns especialistas da área, considerá-la-emos como sinônimas.



Machado de Assis que, em "*O Alienista*", expõe a dificuldade de se estabelecer os critérios científicos para delimitar a capacidade de exercer os atos da vida civil dos indivíduos, ao passo que evidencia a falta de conhecimento e a banalidade do corpo legislativo e da sociedade no referente à questão em pauta.

Por fim, o presente trabalho analisará o conflito travado pela doutrina com relação aos posicionamentos acerca do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, menos de um ano após a efetivação de sua vigência, enseja uma infinidade de interpretações e discussões.

2 DOS LOUCOS DE TODO GÊNERO

Tendo entrado em vigor no dia primeiro de janeiro de 1917 e sofrido influência das codificações francesa e alemã, datadas de 1804 e 1896, respectivamente, o Código Civil inaugurou uma nova fase do direito brasileiro. Elaborado por Clóvis Beviláqua, foi comemorado, inclusive, por ilustres juristas estrangeiros. De acordo com a doutrina internacional, aquela codificação lograva inegável clareza e precisão científica. Reverberava, pois, os pensamentos dominantes de sua época e a realidade de uma sociedade que ainda não se desvencilhara de suas raízes coloniais (GONÇALVES, 2016, p 35-37).

Contudo, apesar da enorme valoração científica que lhe foi atribuída, não era capaz de estabelecer, claramente, aqueles que seriam ou não absolutamente incapazes. Ou, quando o fez, demonstrava seu aspecto discriminatório e conservador.

Antes de partirmos, definitivamente, para o texto normativo, é válido definir-se as terminologias personalidade e capacidade jurídica. A primeira "é a soma de caracteres da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade. Afirma-se, doutrinariamente, que a capacidade é a medida da personalidade" (TARTUCE, 2016, p. 74). "A personalidade é um quid (substância, essência) e a capacidade um quantum".² Pode-se afirmar, em última instância, que a capacidade plena é a aptidão do sujeito dotado de personalidade, isto é, de direito, para praticar, de forma independente, atos jurídicos. Dessa forma, a

² CHINELLATO, Silmara Juny. Código Civil interpretado. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2011. O. p. 27.



capacidade pressupõe autodeterminação (ANDRADE, 2003, p. 31).

O diploma afirmava, *in verbis*:

Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente atos da vida civil:

I - Os menores de dezesseis anos.

II - Os loucos de todo o gênero.

III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

O inciso I - que pautado menos na ideia de aptidão à procriação do que no desenvolvimento intelectual e adequação ao estabelecimento da vida social do indivíduo – seria o único dispositivo, do referido artigo, que até hoje vigoraria – em seu aspecto material. Contudo, a exemplo do inciso IV, que trata dos ausentes, será deixado de lado nesse projeto, sendo preterido pela temática dos deficientes. Também não haverá aprofundamento no inciso III, cuja disposição se direcionava aos “surdos-mudos” – terminologia essa extremamente rechaçada pela comunidade científica contemporânea – e reverberava mais um despreparo político-social do que uma incongruência jurídica³.

O inciso II, porém, seria a questão mais polêmica do art. 5º. Não somente por seu caráter arbitrário e desrespeitoso para com o deficiente, justificado menos pelas limitações impostas à comunidade científica à época, do que pelo desleixo dos legisladores para com a matéria. O caráter polêmico do dispositivo se devia, sobretudo, à vagueza da letra do texto.

2.1. Do problema de interpretação

O jusfilósofo Miguel Reale, sobre a questão da interpretação, pontua

³ Somente com a lei nº 12.319/2010 se regulamentaria as profissões de intérprete e tradutor de libras. Tal fato evidencia a dificuldade do Estado de compreender a linguagem dos surdos e dos mudos em 1916. Contudo não justifica a inércia daquele no sentido de proporcionar acessibilidade a essa categoria de deficientes.



o seguinte:

O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração da vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isso, muitas vezes, é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático. (REALE, 2002, p. 279).

A asserção *“loucos de todo o gênero”* enseja uma infinidade de possíveis interpretações e uma enorme insegurança jurídica. Para um correto entendimento relacionado ao conteúdo do referido artigo, em seu inciso segundo – com base na lição de Reale – fazia-se mister a compreensão acerca do que era a loucura, ou, em certa medida, do que representava a loucura para os legisladores.

Contudo, a necessidade de definição dos elementos que não podem ser mensurados, ou tão somente descritos, configura uma das maiores dificuldades na produção do conhecimento humano. Sobre a temática, Santo Agostinho, tratando da noção de tempo, disse o seguinte: “O que é, então, o tempo? Se ninguém me interroga, eu sei; se quero explicá-lo a alguém que me pergunta, já não sei” (HART, 2009, p.18). Herbert Hart, valendo-se do exemplo de Santo Agostinho, afirmava que definições poderiam atuar como mapas para que os indivíduos alcançassem determinada compreensão. O jurista britânico pontua, ainda, que uma definição acessível oferece um código que traduz a palavra em outros termos corriqueiros, ao passo que demonstra o tipo de coisa ao qual o vocábulo está ligado.

Segundo o dicionário Aurélio⁴, o vocábulo louco representa, pois, o seguinte: “1. *quem perdeu a razão; doido, maluco*. 2. *Contrário à razão; insensato*. 3. *Dominado por paixões intensas; apaixonado*. 4. *Extravagante, doidivasas*”.

Logo, com base na definição estrita do termo “louco”, seriam, então, absolutamente incapazes, aqueles que perderam a razão; os insensatos; os apaixonados – não necessariamente na conotação amorosa que enseja – e os extravagantes. Não se estabeleceram diretrizes relacionadas à gravidade ou nível tolerável de cada uma das possibilidades para a interdição e, em se

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 2009.



tratando de questões plenamente subjetivas e carentes de valoração, como “dominado por paixões insensatas”, criou-se margem para a instalação de um regime extremamente autoritário.

A quem compeliaria julgar a perda de razão? A partir de que grau de instabilidade poder-se-ia decretar a plena incapacidade? O decreto nº. 3084/1898, que à época funcionava como código de processo dizia, em seu art. 11º, II, o seguinte: “*Dar-se-ha curador á lide, sob pena de nullidade do processo: ao louco ou prodigo interdicto por sentença*”. O legislador transferiu, pois, para o judiciário, na medida em que a interdição era dada por sentença, a função de solucionar a questão. Diante da falta de clareza do dispositivo normativo cabia, por conseguinte, aos juizes, decisões que muitas vezes fugiam da sua esfera de compreensão, porquanto eram juristas, e não psiquiatras. Um juiz arbitrário poderia considerar plenamente incapaz todo e qualquer indivíduo, uma vez que o universo criado pela sentença “loucos de todo o gênero” poderia ser aplicado, por conveniência, a qualquer atitude humana.

2.2 Da obra de Machado

É interessante elencar que Teixeira de Freitas, autor da supra referida Consolidação das Leis Cíveis, esboçou um primeiro Código Civil brasileiro, que não chegou a vigorar. Sobre as incapacidades, dizia, pois, o seguinte:

Art. 41. A incapacidade é absoluta, ou relativa. São absolutamente incapazes: 1º - as pessoas por nascer; 2º - os menores impúberes; 3º os alienados declarados por taes em juízo; 4º - os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escripto; 5 - os ausentes declarados por taes em juízo”.

De forma evidente, se referia aos deficientes intelectuais como alienados. E, por definição, alienado “é aquele incapaz de compreender a realidade que o cerca”. O termo parece bem mais claro – e respeitoso – do que “louco”, ainda mais em uma época na qual os psiquiatras eram conhecidos como “alienistas”. A forma com a qual tratou a questão, antes mesmo do diploma de Beviláqua, ratifica a ideia de que o vocábulo utilizado foi deliberado já com base na ideia pejorativa que ensejava. Dessarte, demonstra a falta de



trato legislativa para com a questão dos deficientes mentais.

Eis que no ano de 1882, sob a égide do império e, ainda, da Consolidação de Freitas, Machado de Assis inaugura a fase realista de sua obra, com o conto, ou novela, *O Alienista*. A publicação versava sobre Simão Bacamarte, um respeitado homem da ciência que se instalara na cidade de Itaguaí, Rio de Janeiro, e passara a estudar a loucura humana.

Diante do respeito que sua figura transpassara para a cidade, foi permitido, por parte da câmara – sem objeções por parte da população – que ele construísse um hospício para estudar e curar os problemas mentais das pessoas daquela cidadela. Em um primeiro momento, a chamada Casa Verde – local de trabalho do alienista – gozara de enorme prestígio por parte de todos. Bacamarte recolheu aqueles que todos consideravam loucos e passou a tratá-los. Com o tempo, porém, passou a internar, na Casa Verde, pessoas que todos consideravam em pleno gozo das faculdades mentais. Sob a égide do discurso de que onde não havia razão só poderia existir loucura, criou novas modalidades de loucura que, até outrora, eram consideradas condutas “normais”. Em dado momento, praticamente todos os moradores da cidade tinham sido internados no manicômio de Bacamarte – desde o pródigo Costa – até sua vaidosa esposa d. Evarista, pelos mais diferentes motivos. E o foram em função da materialização da aplicação da cessão de capacidade aos “loucos de todo o gênero”.

O conto, apesar de ficcional – e anterior à legislação de 1916 – parece uma crítica diretamente voltada à insegurança jurídica criada pelo diploma em questão. Plenos poderes de limitação da capacidade civil dos indivíduos foram dados com base nas asserções de um homem que, respaldado por frio apontamento científico cuja validade, por influência da escola positivista, era tratada como incontestável, sabia o que era a loucura. Na obra, as pessoas eram reclusas em um manicômio. De acordo com o código, eram tratadas como absolutamente incapazes, segundo uma decisão judicial que, muitas vezes, parecia despótica. Quando o alienista passou a encontrar nas mais variadas ações sinais de deficiência intelectual, ensejou-se uma crise institucional em Itaguaí e, até mesmo, uma revolução. Felizmente, no plano da realidade, a paz social não foi destruída pela leviandade da atividade legislativa, contudo essa possibilitava, como já dito, um estado de arbítrio.



3 A ZONA INTERMEDIÁRIA

É bem verdade que com o passar do tempo surgiram leis especiais que puseram em questão a eficácia daquele longínquo código datado do início do século XX. A fim de modernizar o tal defasado diploma criou-se, em 1967, comissão especial para a elaboração de um novo código, presidida pelo ilustre jurista Miguel Reale. O plano, submetido à aprovação em 1975, só entraria em vigor no ano de 2002, inaugurando, de forma decisiva, uma nova fase do civilismo brasileiro. Muito embora viesse com inovações diversas, conservava o arcabouço fornecido pelo seu predecessor. Machado já dizia: *“o menino é pai do homem”*.

Dentre as grandes alterações propostas, estavam os princípios norteadores. Agora se primava menos pela individualidade do que pelo aspecto coletivo. O valor da pessoa humana passou a sustentar todos os demais valores, elevando os princípios éticos a um mais elevado patamar. Outrossim, deu-se privilégio à eficácia, no sentido de simplificar-se os procedimentos. Os princípios descritos, respectivamente da sociabilidade, da eticidade e da operabilidade; ao lado da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tornaram mais coerente e humana a lei civil do país.

Como não poderia ser diferente, a questão das capacidades foi revolucionada, na medida em que buscava equiparar o ordenamento jurídico civil nacional aos avanços das esferas científicas, sociais e, também, constitucionais. Trabalhou de forma a romper com a insegurança jurídica anterior, sobretudo na questão dos deficientes intelectuais.

No que tange às incapacidades absolutas frisava, o art. 3º, que *“são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”*

Destarte, nesse novo cenário, é possível perceber, com muita facilidade, uma maior clareza por parte do texto normativo, bem como um maior respeito – mesmo que não o ideal – à pessoa com deficiência intelectual.

Em primeiro lugar, substitui a terminologia “loucos” por enfermos ou deficientes. Isso transparece, com propriedade, a influência dos princípios da sociabilidade e da eticidade anteriormente descritos.

Em segundo lugar, porquanto define os acometidos de deficiência



que estarão impedidos de praticar atos da vida civil. Como já foi dito, o texto de 1916 valia-se da expressão “de todo gênero”, a qual ensejava uma imensurável insegurança jurídica, na medida em que qualquer grau do pouco esclarecedor termo vocábulo “louco” era passível de interdição. Agora, em função da compreensão de que não são todos os deficientes intelectuais alheios à realidade em que vivem, adotou-se o discernimento dos indivíduos como fator preponderante à manutenção de capacidade plena.

Malgrado não haja uma objetividade plena no que tange à mensuração do “discernimento”, é esse o parâmetro mais eficaz, na *práxis*, para avaliação da capacidade jurídica. A grande crítica que pode ser feita à codificação, em seu art. 3º, é a manutenção de uma preponderância patrimonialista sobre a questão humana. E em função disso passou-se a trabalhar a lei nº 13.146/2015, no sentido de materializar, de forma mais visível, a personalização do direito civil, como consequência da aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

Apesar disso, essa seria a etapa mais coerente e do ordenamento brasileiro no tocante à questão da capacidade dos deficientes. E o seria porque apregoava – por meio de regime de curatela, disposto no Art. 1.767 – segurança jurídica àqueles indivíduos que não possuíam discernimento para exercer os atos da vida civil bem como aos terceiros que pudessem vir a desenvolver relações jurídicas com eles.

4 A ANARQUIA JURÍDICA

No ano de 2007 foi aprovada, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assinada por mais de 120 países, apregoava, sobretudo, a efetivação e promoção dos direitos dos deficientes e a repulsa pela discriminação para com esses indivíduos em qualquer hipótese. Segundo o texto original, o propósito da Convenção *“é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”*⁵

⁵ Trecho retirado do texto original da Convenção. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-



Destarte, o documento passou a influenciar legislações em todo o mundo. No Brasil não seria diferente. O decreto nº 6.949/2009 ratificou a convenção e a lei nº 13.146, de 2015, viria a modificar dispositivos do Código Civil brasileiro.

Com a adoção da nova lei, considera-se deficiente aquele 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.*

É inegável a contribuição proporcionada pela lei em voga para com a materialização dos direitos fundamentais de toda a população dotada de deficiência, bem como sua participação nos atos da vida civil. E o é na medida em que insere o modelo da tomada decisão apoiada em detrimento ao estigma da curatela, nos casos em que esta não é necessária. Todavia, no tocante à questão da capacidade jurídica, não é possível afirmar que logrou o êxito necessário a uma prescrição, uma vez que comprometeu a segurança jurídica do texto anterior.

O chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou todos os incisos do art. 3º e passou a considerar, como absolutamente incapazes, somente os menores de 16 anos. O novo Estatuto considerou como discriminação o fato de se considerar uma pessoa como absolutamente incapaz em decorrência de sua deficiência. Portanto, todos os deficientes são, agora, capazes.

4.1 A relação entre os princípios da dignidade e da segurança jurídica

Seria discriminatória a classificação de pessoas que não conseguem ou não podem autodeterminar-se, seja por razão de falta de discernimento, seja por deficiência; como absolutamente incapazes? Um portador, por exemplo, da Síndrome de *Angelman* – ou mesmo de idiotia em grau avançado – cujas implicações são o não desenvolvimento da linguagem, hiperatividade, retardo mental, problemas com movimentos e constantes convulsões; deve ser considerado capaz quando, na verdade, tudo o que lhe disser respeito será gerido pelo seu curador, em função de sua clara dependência para com ele, da mesma forma que na legislação anterior?

[c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192>.](#)



É importante lembrar que a declaração de incapacidade, quando necessária, não é feita de forma a diminuir a integridade moral e a dignidade da pessoa deficiente. Ela é, pelo contrário, feita para dar segurança jurídica e resguardar os direitos desse e dos terceiros que, com ele, possam vir a desenvolver relações jurídicas. Sobre o tema da dignidade o professor português Paulo Ferreira da Cunha disse:

E, por outro lado, perante uma crise de valores e dignidade, sempre estão à espreita vendedores de sonhos e paraísos, fariseus em ação e inquisições em potência. E é óbvio que a ordem e a salvação que prometem são muito sedutoras para pessoas equilibradas, ante o bródio envolvente. A anarquia e o desnorte têm também como resultado o extremar de posições, e o agonismo de um mundo sem matrizes. Ouve-se cada vez mais essa terrível loucura, frases de guerra: “quem não é por nós é contra nós...” (DA CUNHA, 2009, p.251).

O professor ainda nos brinda com a ideia de que a dignidade deve partir antes de cada um. Não seria, pois, a declaração de capacidade a pessoas dependentes – feita pelos “vendedores de sonhos” – que faria delas seres mais dignos. Quando o deficiente puder desempenhar a vida civil plenamente, que o faça. Porém, quando não, que tenha respeitadas suas limitações para que possa viver da melhor forma possível. Seria, pois, assim, que se alcançaria a igualdade material disposta na Constituição Federal e na maioria dos acordos internacionais sobre a temática.

4.2 A tomada de decisão apoiada como benefício do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Como fora dito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revolucionou a forma com a qual se trata os deficientes no ordenamento jurídico brasileiro. Malgrado a lacuna aberta no que tange à incapacidade absoluta, inaugura uma forma menos agressiva do que o processo curatela/interdição para os casos em que não são necessários. O art. 1783-A diz que “a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.



Dessa maneira, cria-se um elemento intermediário entre os indivíduos que não se encontram em situação de vulnerabilidade e aqueles que nela se estão de forma profunda. A importância desse novo dispositivo é bastante clara, porquanto coloca em primeiro plano a decisão do beneficiário, que, assistido por duas outras pessoas, probas, deliberará o que pretende fazer.

O advento desse modelo pode ser considerado como um avanço em relação ao que apregoava o diploma de 2002, uma vez que respeita a teoria da incapacidade ao mesmo tempo que protege o indivíduo em situação de vulnerabilidade. Como coloca Nelson Rosenvald (2015, p. 11), “modelos jurídicos como esse materializam o princípio da Dignidade da pessoa Humana na dupla acepção: protetiva e promocional das situações existenciais”.

Por fim, o capítulo da decisão apoiada promove mais uma contradição do Estatuto em voga. E o faz quando admite meio alternativo de assistência a pessoas com discernimento parcial para praticar atos da vida civil, isto é, existenciais, pressupondo, assim, a incapacidade absoluta daqueles indivíduos que não podem autodeterminar-se. Sendo a escolha dos assistentes necessária à tomada de decisão apoiada, quem não o pode fazer deve ser submetido ao regime de curatela, não somente na área patrimonial.

4.3 A nova redação e o conflito doutrinário

A pauta é extremamente polêmica e causa divergências, inclusive, na doutrina. A única certeza derivada do Estatuto é que os deficientes que se encaixavam naquele art. 3º, do Código de 2002, passaram a ser plenamente capazes. Porém, há discordância quanto à capacidade relativa.

Flávio Tartuce (2016, p. 153) é bastante claro ao afirmar que, eventualmente, deficientes podem ser considerados relativamente incapazes, em função da alteração feita nessa matéria. Agora, o art. 4º diz: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos”.

Os deficientes passariam, então, eventualmente a encaixar-se no inciso III do referido artigo. É importante, ainda, salientar que as limitações seriam somente patrimoniais. No que tange às questões de caráter existencial, o curador em nada poderia interferir. Sobre isso, Tartuce disse:



Em complemento, merece destaque o art. 6. da Lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e j) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar, para os atos existenciais, há uma inclusão plena das pessoas com deficiência. (TARTUCE, 2016, p. 1209).

Contudo, Carlos Roberto Gonçalves diz que o tal inciso IV do art. 4º – *“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade* – não abarca os deficientes mentais, somente os acometidos de patologias outras.

A expressão, também genérica, não abrange as pessoas portadoras de doença ou deficiência mental permanentes, referidas no revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, mas as que não puderem exprimir totalmente sua vontade por causa transitória ou permanente, em virtude de alguma patologia. (GONÇALVES, 2016, p. 117).

Caso venhamos a tomar como verdade o que escreveu Gonçalves, os deficientes são, a todo tempo, absolutamente capazes, mesmo que sob regime de curatela, porquanto não se encaixam no rol dos absolutamente, tampouco no dos relativamente incapazes.

4.4 A confusão procedimental

A questão procedimental a ser seguida é que chama bastante atenção. Flávio Tartuce⁶ levanta o ponto de que quando a lei nº 13.146/2015 altera o Código Civil, no art. 1768, passando a apregoar que *“o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”*, o próprio processo de interdição foi posto à prova. Esse poderia dar lugar a uma simples demanda

⁶TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015.



com nomeação de curador. Contudo, o novo Código de Processo Civil, cuja vigência manifestou-se alguns meses após a efetivação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, revogou o artigo em discussão e voltou a preferir a interdição.

Situação semelhante se dá com o art. 1.771 do Código Civil, cujo texto versava que “antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando”. Com a lei nº 13.146/15, passou a apregoar que antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade”. Com menos de três meses de vigência, o artigo recém-alterado foi revogado pelo novo Código de Processo Civil. A tradicional confusão legislativa brasileira se apresentou mais uma vez. Duas leis, publicadas no mesmo ano, se contradiziam. Na pequena margem de três meses, se alterou duas vezes o critério a ser seguido.

Mesmo Nelson Rosendal (2015, p.7), grande defensor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, considera o processo de interdição em razão de “impossibilidade de autogoverno”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em outubro de 2016, decidiu interessante jurisprudência⁷ acerca da matéria. Uma apelação cível objetivava a suspensão de interdição plena, a fim de que fosse determinada parcial. Reivindicava-se que, a interdita, portadora de esquizofrenia, pudesse exercer o poder de voto e gerir suas questões patrimoniais. Após análise de pareceres de equipe multidisciplinar, julgou-se ação parcialmente procedente. Com base na avaliação da interdita, avaliou-se que ela poderia sim exercer o poder do voto, uma vez que possuía discernimento para tal. Contudo, no que tange à administração patrimonial, não se logrou êxito, em função da insegurança que enfrentaria em função das limitações que carregava.

O caso concreto exemplifica a contradição da lei nº 13.146/15. O juiz, diante da apelação, com base no laudo de especialistas, considerou a revogação parcial da interdição discutida, da mesma maneira que se faria com base na lei de 2002. A grande diferença é que, na situação passada, o indivíduo, tendo comprovado discernimento necessário à prática de alguns atos da vida civil, poderia desempenhá-los, uma vez que não eram mais absolutamente, e sim relativamente incapazes. No novo modelo, a pessoa que não possui o

⁷ TJRS, AC Nº 70069331346, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Oitava Câmara Cível, J. 13/10/2016.



discernimento mínimo à vida civil – salvo às práticas negociais – é, segundo o Estatuto da Pessoa com deficiência, apta a realizá-los. Mesmo que se espere que aqueles que possuem deficiências mais graves não venham a desempenhar as ações que são formalmente competentes a realizar, em decorrência da dependência que possuem para com os curadores, é possível que o façam. Assim, é válida afirmação no sentido de que a insegurança hodierna é potencial, enquanto aquela do Código de Beviláqua era real, uma vez que qualquer um estava passível de discricionária declaração de incapacidade plena.

Com base na jurisprudência apresentada, cuja decisão demonstra que o advento da lei nº 13.146/15 pouco alterou, pragmaticamente, a questão da capacidade dos indivíduos, fica evidente que o cerne da discussão é muito mais formal do que material. O foco não é nem a potencial insegurança criada, mas sim a barganha jurídica sem precedentes que tira a credibilidade do ordenamento jurídico nacional. O ganho real oferecido pelo Estatuto em questão no que tange a capacidade jurídica é o advento da tomada de decisão apoiada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica claro que somente num intervalo de quatorze, dos últimos cem anos, o ordenamento jurídico brasileiro conseguiu responder de forma, senão perfeita, pelo menos coerente à questão dos deficientes intelectuais. Em um primeiro momento, padecia da insegurança de uma generalização que podia ser aplicada a tudo e a todos. Hodiernamente, sofre com a anarquia gerada por uma bem-intencionada – mas não tão eficiente – luta em busca da dignidade-liberdade que seria alcançada à custa de uma asserção de capacidade meramente formal.

O título deste artigo trata dos legisladores como alienistas não no sentido de que eles são estudiosos da mente humana e inteiros das temáticas psiquiátricas. Mas sim em razão do fato de eles não conseguirem dizer aqueles que são e aqueles que não são capazes. Ao construir-se uma ponte com a obra de Machado de Assis, encontrou-se essa inegável semelhança entre os legisladores e o alienista Simão Bacamarte. Contudo, até agora não fora dito que, no final da obra, Bacamarte passou a considerar-se como louco e morreu internando, tentando decifrar sua própria loucura. A exemplo da obra, os criadores das leis mostram-se, pois, incapazes de aferir onde começa e onde



termina a capacidade dos indivíduos, na questão dos problemas mentais. Ficamos, portanto, inseridos em um limbo de barganha e insegurança.

O estudo desenvolvido também atua no sentido de desmistificar a ideia de evolucionismo do ordenamento jurídico. A análise de diplomas anteriores, isto é, da história do direito, demonstra que esse não obedece a uma sequência retilínea de acontecimentos que culminaram no plano ideal da realidade. O direito é construído ante um emaranhado de eventos que levam a avanços e retrocessos indefinidos. A postura crítica para com as alterações ao texto de lei é postura, pois, imprescindível ao desenvolvimento da ciência do direito e da legislação.

O novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, há menos de um ano em vigência, apesar de ter trazido benefícios como a decisão apoiada, sacrificou os ganhos em segurança jurídica do diploma de 2002 e colocou à prova a eficácia da lei brasileira, uma vez que não há consenso sequer na doutrina acerca da nova realidade. Com base no estudo desenvolvido, a única incapacidade absoluta evidenciada – além da dos menores de dezesseis anos – foi a dos legisladores, no sentido de compor uma legislação coerente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO SÍNDROME DE ANGELMAN. Disponível em: <<http://angelman.org.br/>>. Acesso em 01 de nov. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPEL, Vitor Frederico. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em:



10 de out. 2016.

DE ASSIS, Machado. **Seus trinta melhores contos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. **Filosofia jurídica prática**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

DE BRITO, Vinicius Figueredo; DE OLIVEIRA, Fabiane Araújo. Análise das controvérsias nas incapacidades à luz do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista jurídica In Verbis**, Natal, v.40, p.55-70. nov. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. v. 1.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes. 2009.

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

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. [s.l.; s.n.]. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Método v. único.



_____. **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.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 10. Out. 2016.

THE ALIENIST LEGISLATOR: THE MATTER OF ABILITY OF INTELLECTUAL DISABLED BY BRAZILIAN LAST HUNDRED YEARS CIVIL LAW AND MACHADO DE ASSIS WORK

ABSTRACT

Facing the vigency of the Status of person with disabilities, which takes off from the matter of absolute incapacity all people older than sixteen years, it's necessary discussion about the conflict between legal certainty and fundamental rights in relation to the intellectual disabled. To reach it, will be made an analysis of the brazilian law changes based in the tale "O Alienista", from Machado de Assis, and in the doctrine to show the historic incongruity from legislators to the mental disabled.

Key-words: Civil law. Juridical capacity. Statute of person with disabilities.

