ANÁLISE DO REGIME DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO APLICADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL: INSUFICIÊNCIA ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS

ANALYSIS OF THE DISABILITY SYSTEM IN BRAZILIAN CIVIL CODE APPLIED TO PERSONS WITH INTELLECTUAL DISABILITIES UNDER CIVIL-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE: FAILURE TO LEGAL EXISTENCIAL SITUATIONS

Ana Vládia Martins Feitosa*
Olívia Marcelo Pinto de Oliveira*

RESUMO

O expressivo número de pessoas com deficiência intelectual ou mental, atualmente, no Brasil, bem como o aumento de sua participação no cenário social, inclusive no mercado de trabalho, são realidades cada vez mais presentes. Em decorrência, a conquista de autonomia privada por essas pessoas choca-se com o regime das incapacidades previsto no Código Civil Brasileiro (CC/02), insuficiente por não se adequar às situações subjetivas existenciais. Observa-se um descompasso entre as medidas de proteção do "incapaz" com sofrimento psíquico voltadas, precipuamente, às questões patrimoniais, e a observância das liberdades individuais e a promoção do livre desenvolvimento da personalidade, garantidos a todos indistintamente. Dessa forma, explicitam-se os conceitos de personalidade e capacidade, aborda-se a *ratio* do regime das incapacidades, lançando-se uma crítica à restrição da capacidade de agir (factual) por meio do instituto da interdição à luz das novas diretrizes do ordenamento jurídico fundadas na dignidade da pessoa humana e na consequente funcionalização do direito civil, para, ao final, demonstrar propostas de reforma ou estabelecimento de um sistema de proteção civil dos incapazes inspirado na "doutrina da alternativa menos restritiva", adotada por alguns países da Europa.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade; Deficiência Intelectual; Interdição; Autonomia; Personalidade.

ABSTRACT

The significant number of people with intellectual or mental disabilities currently in Brazil, as well as increasing their participation in the social scene, including the labor market, are increasingly present realities. As a result, the achievement of private autonomy by these people clashes with the regime of disabilities under the Civil Code, insufficient because it does not suit the subjective existential situations. There is a mismatch between the measures of protection "unable" with psychological distress aimed, primarily, issues equity, and respect for individual freedoms and promote the free development of personality, guaranteed to all

*Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-Graduada latu senso em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará FESAC. Professora do curso de Graduação em Direito e do programa de Pós-Graduação latu senso em Processo Civil, em Direito e Processo de Família e Sucessões e em Responsabilidade Civil da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogada.

*Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora do curso de Graduação em Direito e do programa de Pós-Graduação latu senso em Direito e Processo de Família e Sucessões da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogada.

without distinction. Thus, to explain the concepts of personality and ability, it approaches the ratio of the system of disability, launching a critique of the restriction of the ability to act (factual) via the institute the ban in light of new planning guidelines legal based on the dignity of the human person and the subsequent functionalization of civil law, for in the end, reform proposals demonstrate or establish a system of protection of civil unable inspired by the "doctrine of the least restrictive alternative" adopted by some European countries.
KEYWORDS: Capacity; Intellectual Disabilities; Prohibition; Autonomy; Personality.

INTRODUÇÃO

Como revisitar o regime das incapacidades estabelecido pelo Código Civil vigente à luz da dignidade humana e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência?[1] Sobre esta questão central ocupa-se o presente trabalho, que tem por objetivo enfocar a necessidade de relativização dos parâmetros de fixação legal da incapacidade aplicados às pessoas com deficiência intelectual, a fim de que este instituto não represente instrumento de amarra impeditiva de seu desenvolvimento e de sua autonomia, mormente quanto às questões existenciais.

Nesse contexto, destaca-se o advento do Código de Civil de 2002, que a despeito das expectativas criadas em torno do tema, permaneceu dispensando tratamento ao regime jurídico das incapacidades fulcrado em elementos anacrônicos e, sobretudo, em evidente descompasso com a atual ordem constitucional, que tem a pessoa humana como seu centro e fonte (TEIXEIRA, 2008, p. 6). Na lição de Leite (2012, 302):

> Para o Código Civil vigente, pessoa é tão somente aquele que participa da relação jurídica, o sujeito de direitos. A definição de pessoa, portanto, é marcadamente formal, distante da realidade. Nesse contexto, pessoa não é ser humano real, que sofre, se alegra, tem vontade preferências, aspirações, sentimentos, mas simplesmente aquele que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, figurando no polo ativo ou passivo das relações jurídicas.
> Essa definição artificial de pessoa levou a um tratamento jurídico também distante e formal da capacidade civil. Com isso, a proteção da capacidade deixa de ser um instrumento de tutela da personalidade, aqui compreendida como valor jurídico, para figurar como meio de resguardo de interesses patrimoniais.

Ocorre que, em face da projeção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2007), as relações do direito civil se personalizaram, passando o sujeito de direito abstrato a ser compreendido como a pessoa, dotada de história própria, sustentada por sua subjetividade.

Por conseguinte, até mesmo as pessoas consideradas incapazes, mas que demonstrem algum grau de discernimento, merecem ser ouvidas em suas manifestações e ter reconhecido

[1] Convenção aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 06 de dezembro de 2006, através da Resolução A/61/611 e ratificada, em 09 de julho de 2008, pelo Decreto Legislativo nº186/08, publicado no DOU de 20 de agosto de 2008.

o poder de decidir como desejam conduzir suas vidas nos mais variados aspectos, na medida de sua autonomia, como orienta Perlingieri (2007, p. 164-165):

> O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado ou parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização e pleno desenvolvimento da pessoa.
> [...]
> É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina de interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma "morte civil". Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status* personae e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito. Contra essa argumentação não se pode alegar – sob pena de ilegitimidade do remédio protetivo ou do seu uso – a rigidez das proibições nas quais se substancia a disciplina do instituto da interdição, tendente à exclusiva proteção do sujeito: excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania.

Diante, portanto, do conflito existente entre a realidade estabelecida a partir dos valores e princípios constitucionais e o regime das incapacidades no padrão atualmente concebido, é premente a necessidade de se pensar na construção de alternativas para solucioná-lo.

1 O TRADICIONAL REGIME DAS INCAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Para tratar do regime das incapacidades disposto no Código Civil Brasileiro, necessário se faz abordar o conceito de *personalidade*, diferenciando-o do de *capacidade*. A personalidade, de acordo com Nery Júnior e Nery (2012), é a atribuição conferida a alguém para ser sujeito de direito e de deveres e obrigações, imanente ao ser humano. Essa possibilidade de participação nas relações jurídicas, estendida não só à pessoa natural como à pessoa jurídica, exprime o *caráter subjetivo* da personalidade, já que atualmente ela passou a ser considerada sob dois vieses, dizendo respeito, por sua vez, o *caráter objetivo* ao conjunto de atributos do homem encarado como objeto de proteção jurídica, como bem explica Tepedino (2008, p. 28-29):

> É que a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas.

> De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.
> Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.

A capacidade, segundo a doutrina civilista tradicional, subdivide-se em capacidade *de direito ou de gozo* e capacidade *de fato ou de exercício*. A primeira, muito confundida com a personalidade em seu viés subjetivo, consiste na manifestação dos poderes de ação inerentes a esta, ou seja, sua projeção no ordenamento jurídico (TEIXEIRA, 2008). Já a segunda é a "capacidade para praticar, por si, validamente os atos da vida civil" (NERY JÚNIOR; NERY, 2012, p. 247).

> A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam (AMARAL *apud* TEIXEIRA, 2008, p. 7-8).

Desta forma, a capacidade de direito é algo indissociável do ser humano desde o seu nascimento com vida (arts. 1º e 2º, CC/02), não podendo ser limitada ou suprimida, ao contrário da capacidade de fato, que por estar ligada a uma manifestação de vontade madura e consciente da pessoa, revela-se ausente ou limitada em determinados casos, em razão do pressuposto de validade legalmente subtraído dos comportamentos jurídicos por ela assumidos.

Nesse sentido, quem possui capacidade de fato é considerado civilmente capaz, estabelecendo-se o regime de incapacidades para aqueles que não a ostentam, como, por exemplo, os menores e os que são acometidos de doença ou deficiência mental.

O critério utilizado para que as incapacidades fossem fixadas, já que a capacidade é a regra, foi a inexistência ou redução do discernimento para a prática dos atos da vida civil. A depender, pois, do grau de seu comprometimento, a capacidade pode se dar de forma *absoluta* ou *relativa*, conforme estabelecido nos arts. 3º e 4º do CC/02:

> Art. 3º 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.
>
> 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 desenvolvimento mental completo;
> IV - os pródigos.

Assim, a capacidade fatual da pessoa pode ser restringida, total ou parcialmente, em processo judicial de interdição, por meio do qual lhe será nomeado curador para, respectivamente, representá-la ou assisti-la, suprindo sua incapacidade e possibilitando a sua inserção no trânsito jurídico.

No caso das pessoas com deficiência intelectual, foco de análise deste trabalho, a prática forense vem demonstrando que, na quase totalidade dos casos de interdição, elas são declaradas absolutamente incapazes e lhes é determinada a curatela total para a representação dos interesses patrimoniais e existenciais. [2]

Em síntese, "esses são os contornos hodiernos do regime da capacidade civil e, por conseguinte, do processo de interdição e da curatela" (LEITE, 2012, p. 307), que tem como finalidade proteger o incapaz de ocasionais prejuízos causados a si ou a terceiros quando da realização de seus negócios jurídicos, como assevera Pereira (2004, p. 272):

> O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. [...] A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, entendendo que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.

Essa proteção inspirada pelos valores liberais é voltada para os interesses patrimoniais, que necessitam de maior certeza e segurança, remontando desde a época das Ordenações Filipinas[3] o mais antigo registro de estabelecimento de curadoria para os bens dos incapazes, no Brasil, conforme se observa de alguns de seus dispositivos:

> Livro 4º
>
> Título CIII
>
> Dos Curadores, que se dão aos Prodigos e Mentecpatos.

---

[2]"Confirma esse entendimento a análise dos resultados da pesquisa feita por Patrícia Ruy Vieira, na qual se verificou que a existência de problema mental leva à interdição civil total de 99% dos portadores de transtornos mentais. No estudo, foi constatada a tendência da Justiça de São Paulo de decidir pela retirada de todos os direitos civis daqueles que sofrem problemas mentais. Dos 1.183 analisados registros encontrou-se em apenas 1% deles recomendação de interdição parcial" (ABREU apud LEITE, 2012, p. 306).

[3]Com a chegada da família real ao Brasil (1808) e o começo do período imperial, as Ordenações Filipinas, datadas de 1603, eram o ordenamento jurídico vigente no país, tendo tratado da questão dos "incapazes" no Livro 4º, título CIII, detendo-se mais especificamente a curadoria dos pródigos e mentecaptos.

> Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte e cinco annos, **se devem também dar Curadores aos Desasisados e desmemoriados**, e aos Prodigos, que mal gastarem suas fazendas.
>
> [...]
>
> **E os bens que o Sandeu tiver, serão entregues ao dito seu pai por inventario** feito pelo Scrivão dos Orfãos, e o Juiz ordenará certa cousa ao dito pai per que o haja de manter.
>
> 1. **E sendo o Sandeu**, ou o Prodigo **ou desmemoriado casado, será entregue ao seu pai, se o tiver, e será feito pelo Juiz e Scrivão dos Orfãos inventario de todos os bens moveis e de raiz, e da sua renda delles**, e assinará o Juiz à sua mulher o necessário para seu mantimento, e dos filhos se o tiver, e para vestir e calçar e alfaias de casa, e outras despezas necessarias, conforme a qualidade de sua pessoa, e da fazenda do dito seu marido; **e ao pai, que he dado por seu Curador, se dará juramento, que bem e fielmente governe a fazenda e bens do filho**, e faça delle curar com bòa diligencia a Medicos, segundo lhe for necessario, e qualidade de sua pessoa requerer.
>
> [...]
>
> 2. E esta Curadoria administrará o pai ou a mulher, em quanto o filho ou o marido durar na sandice. **E tornando a seu perfeito siso e entendimento, ser-lhe-ão tornados e restituidos seus bens com toda a livre administração delles**, como a tinha, antes que perdesse o entendimento.
>
> [...]
>
> 3. E sendo furioso por intervallos e interposições de tempo, não deixará seu pai, ou sua mulher de ser seu Curador no tempo, em que assi parecer sesudo, e tornado a seu entendimento. **Porém, em quanto elle stiver em seu siso ou entendimento, poderá governar sua fazenda, como se fosse de perfeito siso.** (grifou-se)

O Código Civil de 1916 igualmente privilegiou as situações patrimoniais, na tentativa de proteger os incapazes das artimanhas do mercado. A tutela da relação contratual sobrepunha-se a dos direitos ditos existenciais. Com isso, "os atos de autonomia privada, para os quais era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial" (STANZIONE *apud* TEIXEIRA, 2008, p. 12).

Nessa linha de pensamento, o Código Civil de 2002 também se firmou, inclusive para conferir validade aos negócios jurídicos, uma vez que a capacidade do agente, prevista em seu art. 104, I, é elemento essencial.

Contudo, apesar de ter surgido para amparar os incapazes, resguardando seus bens, o posicionamento da pessoa como objeto de tutela pelo ordenamento jurídico alterou a *ratio* da interdição, devendo-se ponderar se tal intervenção proporcionada pelo Estado, em realidade, está cumprindo sua função social?

Para tanto, é primordial que se proceda a uma releitura do assunto sob a ótica civil-constitucional, levando-se em consideração a (in)pertinência da aplicação do regime das incapacidades às questões concernentes à esfera do *ser*, intrínsecas à personalidade.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A FUNCIONALIZAÇÃO DO REGIME DAS INCAPACIDADES

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, solidariedade, dentre outros, revolucionaram a maneira de se enxergar o homem, dando ênfase ao *ser*. As alterações ocorridas "determinaram uma virada paradigmática no direito civil a favor da pessoa humana, devendo ser esta, que agora está no vértice do ordenamento jurídico, prioritariamente realizada na ordem civil." (MACHADO, 2011, p. 5). Tais valores impactaram as relações privadas, influenciando a visão civilista do indivíduo, dantes considerado apenas sob um viés patrimonialista, para integrar um rol de questões existenciais ao grupo de interesses merecedores de tutela legal.

Nesta seara, insere-se também a propriedade, que ao se funcionalizar, deixa de ser considerada um fim em si mesma, mas sim um instrumento para a realização do projeto constitucional. Por conseguinte, percebe-se uma evolução no conceito de propriedade, repercutindo na liberdade negocial de seu respectivo titular, como assevera Tepedino (2008, p. 337):

> A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Isso tudo possibilitou um elo entre os princípios fundamentais, a autonomia privada e o Direito Privado (MAILLART; SANCHES, 2011), fenômeno conhecido como publicização do Direito Civil. Diante dessa realidade, questiona-se se no esquema tradicional das capacidades, a autodeterminação que deve ser reconhecida a qualquer pessoa para tratar de questões atinentes a sua personalidade, envolvendo situações subjetivas existenciais, está sendo contemplada, em cumprimento aos propósitos constitucionais de efetiva tutela da pessoa humana.

A concepção clássica do direito civil, fortemente influenciada pelo liberalismo e pelo individualismo característicos do século XIX, conforma o regime jurídico geral da capacidade de agir de acordo com um *paradigma patrimonialista.* Desta forma, as categorias e conceitos estabelecidos desde o Código Civil de 1916, estendendo-se também ao de 2002, estão atados à propriedade privada, ao contrato e à noção de patrimônio (MACHADO, 2011).

A lei, então, sob a justificativa de proteger os que, por ausência de maturidade, tirocínio ou senso prático na defesa de seus interesses, são considerados incapazes, os submete a um regime *privilegiado* (RODRIGUES, 2002).

É nessa categoria que a doutrina civilista encaixa as pessoas com deficiência intelectual. Entretanto, conforme referência aos artigos do CC/02, o legislador não elencou casuisticamente quais seriam as deficiências causadoras de eventual incapacitação, fosse absoluta ou parcial, inviabilizando, portanto, qualquer enquadramento *a priori*. Afinal, o fato de um sujeito possuir um transtorno psíquico, por si só, não implica necessariamente a limitação da capacidade de agir, nas advertidas palavras de Leite (2012, p. 312):

> Apenas da análise da situação concreta, mediante a avaliação do grau de comprometimento do discernimento da pessoa, é que será possível identificar o enquadramento legal. Ademais, um mesmo transtorno mental pode apresentar intensidades diferentes de pessoa para pessoa. Também os elementos concretos inerentes à vida de cada um influirão decisivamente na avaliação da capacidade, como o fato de estar em tratamento médico, tomando medicação, por exemplo. Igualmente, as diversas barreiras culturais, econômicas, físicas e de outras espécies enfrentadas por cada pessoa com deficiência em seu cotidiano, suscetíveis de limitar sua autonomia, variam de caso a caso.

Esta visão, essencialmente patrimonialista, acaba por desconsiderar a relevância das situações subjetivas existenciais, que, por sua vez, possuem ligação estrita com o desenvolvimento da pessoa. Diante da atual conjuntura de valores, não se pode mais analisá-las sob a mesma ótica das categorias erigidas no ordenamento jurídico vigente, tendo-se em vista que o objeto de tutela é a pessoa, que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A personalidade é um valor, o *valor fundamental do ordenamento* (PERLINGIERI, 2008).

> Por essa razão, os espaços de liberdade devem ser garantidos, se a pessoa tiver condições para preenchê-los de forma responsável, caso aparente discernimento para tal. O regime das incapacidades não pode servir de limite intransponível às manifestações de liberdade e às escolhas pessoais, sob pena de se tornar instrumento de desvio do objetivo de proteção do incapaz, que constitui sua *ratio* (TEIXEIRA, 2008, p. 20).

Partindo desta concepção unitária da pessoa, o ser humano passou a ser visto através de um perfil ético-axiológico, intrinsecamente ligado à realidade humana, ao invés de um ser neutro e geral (proprietário), fazendo-se necessária uma definição da capacidade de agir baseada na "realidade biopsicológica da pessoa humana, e não no etéreo elemento voluntarístico ou num fechado sistema de direito" (MACHADO, 2011, p. 6).

Surge então um contraponto entre os paradigmas patrimoniais e existenciais da capacidade do homem. O primeiro estabelece uma separação entre titularidade e exercício de direito, delineando-se, por consequência, duas modalidades de capacidade: a *jurídica*, que é a

própria aptidão genérica para ser titular de direitos, e a *de agir*, que está relacionada ao exercício de tais direitos. Este viés se adequa perfeitamente ao rol das situações subjetivas patrimoniais, que necessitam, repita-se, de certeza e segurança.

Porém, para tutelar situações subjetivas existenciais, que, como dito alhures, são de extrema relevância para a constituição do homem enquanto pessoa, esta categorização não se conforma, pois tais situações são extremamente dinâmicas, o que impossibilita uma classificação exaustiva, deixando de fora algumas questões inerentes à pessoa, cuja não realização acaba ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico, como assinala Perlingieri (2008, p.242-244):

> Muito debatido, entre as questões de técnica legislativa, é o valor das definições. Quando uma lei dita definições para os termos utilizados na mesma lei, ou em outras fontes, pergunta-se se a definição é, como as outras normas, vinculante para o intérprete. O ensino tradicional contestava, com poucas exceções, que o legislador pudesse inserir definições em qualquer tipo nos textos de lei, admitindo que fosse subtraída à sua esfera de competência a atividade de interpretação e de sistematização do direito, reservada exclusivamente à doutrina. As definições, em tal perspectiva, são ou supérfluas ou podem levar a um engano, e, se em contraste com a disciplina estabelecida pelas normas propriamente ditas, não devem ser observadas porque não vinculantes para o interprete. [...] A definição legislativa não tem, por natureza, uma força meramente indicativa ou explicativa, não vinculante para o intérprete. Embora com funções e fins diversos, é vinculante para o intérprete de acordo com o conteúdo e o valor que, cada vez, a interpretação sistemática e unitária do ordenamento lhe atribui. As definições legislativas, portanto, mesmo quando, diretamente, não exprimem normas, têm sempre uma relevância normativa, porque fazem parte de um contexto unitário com outros enunciados; eles também estão sujeitos a interpretações e isso constitui um limite intrínseco de ordem semântica.

Faz-se necessário o exercício de uma hermenêutica voltada para o *ser* enquanto *valor* pleno. Neste conjunto de valores, insere-se uma nova teoria, que propõe a superação do binômio capacidade jurídica/capacidade de agir na esfera das situações existenciais, visto que titularidade e exercício coincidem com a existência mesma do valor. A capacidade de agir é a possibilidade de ação juridicamente assegurada a quem tem discernimento bastante para arcar com as implicações de seu próprio agir, com a finalidade de garantir o exercício da autonomia privada, justamente na medida do discernimento da pessoa (MACHADO, 2011).

Nesse sentido, Teixeira, Sales e Souza (2008) afirmam que para essas situações existenciais, não há que se falar em separação da capacidade de direito e capacidade de fato. Isso porque o exercício dos direitos de personalidade é intransferível. Nenhum curador ou tutor poderá se substituir à pessoa com discernimento para uma específica decisão de cunho extrapatrimonial.

Essa *incindibilidade* entre capacidade de agir e titularidade de relações jurídicas dá azo a críticas. Segundo essa teoria, a ausência do discernimento implicaria na impossibilidade de titularidade de situações subjetivas existenciais (MACHADO, 2001). Isso significa que

uma pessoa com deficiência intelectual enquadrada como absolutamente incapaz não poderia ser titular de tais situações, o que configuraria um absurdo. Para o mesmo autor, o que realmente ocorreria seria uma *inseparabilidade* entre titularidade e exercício das relações subjetivas existenciais, já que ambas geralmente se verificariam juntas. Em situações excepcionais, em que ocorra uma falta real de discernimento para práticas de atos não patrimoniais, elas deverão ser separadas.

Para além da divergência de opiniões, recusa-se a concepção apriorística do homem, que o qualifica de maneira artificial, para se apresentar uma capacidade medida em consonância com a realidade de cada indivíduo e com seus interesses. "Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas". (PERLINGIERI, 2008, p. 764-765) Seria, assim, uma capacidade adequada ao reconhecimento das mencionadas situações existenciais.

3 NOVOS RUMOS PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Trazendo essas considerações para as questões existenciais das pessoas com deficiência, mais especificamente a psíquica, percebe-se a sua compatibilidade com o disposto na já referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que determina como um de seus princípios gerais, no art. 3º, *a*, "o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas".

Outrossim, a Convenção, em seu art. 12, itens 2 , 3 e 4, proíbe a supressão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência, determinando, ainda que os Estados Partes colaborem com medidas promocionais para o seu exercício:

> Art. 12 – Reconhecimento igual perante a lei.
> 2. Os Estados Partes deverão reconhecer que **as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida**.
> 3. Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no **exercício de sua capacidade legal.**
> 4. Os Estados Partes deverão assegurar que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam **salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos**, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. **Estas salvaguardas deverão assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa,** sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. **As salvaguardas deverão ser**

> **proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.** (grifou-se).

Em termos pragmáticos, isso implica em derrogação dos dispositivos do Código, que consideram, presumidamente, incapazes as pessoas com deficiência intelectual para fazerem valer sua vontade, conforme assevera Leite (2012, p. 318):

> [...] a Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio com *status* de Emenda Constitucional (E.C.), cuja posição hierárquica dentro do sistema normativo, por óbvio, é superior à do Código Civil. Por essa razão, havendo eventual discrepância entre os diplomas legais mencionados, a prevalência é do primeiro.

Ao versar sobre a possibilidade das pessoas com deficiência possuírem e exercerem livremente sua capacidade jurídica em condições de igualdade que as demais pessoas, a Convenção avança e concorre para materializar o movimento de vida independente desses indivíduos, visando uma sociedade inclusiva.

Até mesmo com relação às questões patrimoniais, a Convenção, ainda no seu art. 12, item 5, estende a vedação de qualquer discriminação com relação às pessoas com deficiência, sendo-lhes garantido o pleno e equitativo exercício dos seguintes direitos:

> Art. 12, item 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito **de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro**, e assegurarão que as pessoas com deficiência **não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.** (grifou-se)

De todo o exposto, percebe-se que a rigidez do tratamento legal (CC/02) voltado à capacidade das pessoas com deficiência não respeita suas liberdades individuais e a promoção do livre desenvolvimento de sua personalidade, pois desconsidera os níveis de limitações que realmente cada uma ostenta, acarretando a decretação de uma curatela desproporcional.

Em se tratando desses diferentes níveis de limitação entre as pessoas com deficiência intelectual, é sabido que sua ocorrência deriva não somente de aspectos biomédicos, mas da interação destes com componentes sócio-psíquico-ambientais envolvidos. Desta forma, é patente a necessidade de se averiguar as condições pessoais do indivíduo, caso a caso, antes de categorizá-lo como incapaz e privá-lo da capacidade de agir em questões de cunho existencial ou até mesmo patrimonial que possuam implicação com a personalidade.

Conforme pensamento de Abreu (2007), é questionável a ideia de que apenas uma visão parcial da pessoa, baseada somente em sua saúde mental, possibilite a intervenção em seus direitos fundamentais e a desconsideração da sua vontade. Um sujeito não é só integridade psíquica, mas também privacidade, intimidade, honra, imagem, entre tantos aspectos da sua personalidade:

> Necessário considerar que, mesmo numa única patologia, muitas vezes existem diferentes graus em que ela pode se apresentar; sem falar que, a forma como uma pessoa reage ao comprometimento de sua saúde pode ser inteiramente distinta da de outra, em razões de questões referentes não só às diferenças inerentes a cada organismo, mas também ao histórico de cada um, à personalidade de cada pessoa, ao humor, à formação cultural, a aspectos de ordem social e econômica, entre tantos outros fatores que podem influir para que a situação de dois seres humanos com o mesmo problema de saúde seja inteiramente distinta. (ABREU, 2007, p.34)

É o que também defende Menezes (2009, p. 372):

> Importa compreender, na tutela da personalidade humana os seguintes pontos: *A personalidade humana é metamórfica*, embora possua unidade e continuidade transtemporais. Conhece o ciclo da gestação, do crescimento, da maturidade e da decomposição; *Cada homem é uma unidade físico-psíquico-ambiental*, com contradições internas e externas, potencialidades e carências, defeitos e virtudes, saúde e doença. Mesmo o indivíduo portador de anomalia psíquica não pode ter desconsiderado o direito de personalidade. (grifo original)

Portanto, o fato de um sujeito possuir alguma deficiência psíquica não o descaracteriza, antes de tudo, como pessoa, que, na medida de seu discernimento, tem a necessidade de se autoafirmar nas mais diversas áreas da subjetividade. Destarte, se a pessoa com deficiência intelectual se posiciona com segurança acerca de questões pessoais, faz-se necessário reconhecer e respeitar esta manifestação de sua autonomia, desde que não se perca de vista a consequente assunção de responsabilidade pela decisão tomada.

Observa-se que o regramento da preservação da capacidade jurídica das pessoas com deficiência de forma mais fluida pela Convenção, ao revés do Código Civil, gera, portanto, a necessidade de se revisar a curatela (ou até mesmo criar novos institutos para lá da interdição), cujo estabelecimento deve sempre e somente se dar de forma personalizada às necessidades individuais e na exata medida do grau de comprometimento intelectual para o exercício de seus atos, já que proteger não é, nem pode ser, sinônimo de incapacitação judicial.

Nesse sentido, alguns países europeus passaram a adotar soluções menos formais e mais adaptáveis à concreta situação da pessoa em consonância com a chamada *doutrina da alternativa menos restritiva*, incorporada na Recomendação nº. (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comitê de Ministros, em 23 de fevereiro de 1999.

Essa doutrina propicia a mínima restrição dos direitos fundamentais e máxima garantia da autodeterminação das pessoas tidas como incapazes, consubstanciada em princípios como a *máxima preservação da capacidade*, a *prevalência dos interesses e bem estar da pessoa incapaz* e *respeito pelos seus desejos e sentimentos*, aliados ao da *flexibilidade na resposta jurídica, necessidade, subsidiariedade e necessidade desta.*

Na Áustria, por exemplo, foi incorporada, desde 1984, em substituição à Lei de Interdição, de 1916, a *Sachwalterschaft*, em cujo desempenho da função de assistente compete primeiramente às pessoas próximas e, posteriormente, a profissionais de várias áreas, circunscrevendo-se a três situações: "(a) assistência para um único assunto; (b) assistência para um círculo de tarefas e; (c) assistência para todos os assuntos" (RIBEIRO, 2010, p. 292).

Já na Alemanha, a reforma da tutela e da curatela ocorreu com a Lei do Acompanhamento ou *Betreuunngsgesetz*, em 1990, baseada no modelo austríaco. O instituto é voltado para as pessoas com doença ou deficiência mental, através da nomeação de um ou mais acompanhantes, que "no exercício das suas funções, deve(m) agir no interesse da pessoa protegida, determinando a lei que este interesse inclui a possibilidade de a pessoa sob acompanhamento, dentro de suas capacidades, conformar a sua vida segundo seus próprios desejos e ideias" (PINHEIRO, 2009, p. 14).

Na Suécia e na França, verificam-se, respectivamente, a *Ombudsperson* e a *Sauvegarde de Justice*, modelos desburocratizados que prescindem de processo judicial, sendo suficiente, neste segundo caso, o parecer médico atestando a incapacidade do sujeito, que pode ser por ele anulada mediante apresentação ao Ministério Público de novo parecer médico em sentido contrário.

A despeito das peculiaridades de cada sistema, sendo eles reformistas ou inovadores, a proteção às pessoas incapacitadas se mostra flexível e de concretização casuística personalizada às necessidades individuais.

CONCLUSÃO

Embora o atual Código Civil tenha progredido em alguns aspectos se comparado ao de 1916, já nasceu defasado em relação ao tratamento dispensado ao regime de incapacidades, contrastante com os valores e princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 passou a considerar a pessoa humana como núcleo fundante do ordenamento jurídico, devendo a ela ser dadas garantia e proteção prioritárias. Por conseguinte, a tutela jurídica das situações existenciais sobrepôs-se a das patrimoniais.

A tutela e a curatela, formatadas nos moldes de uma sistemática codicista, têm como objetivo proteger o incapaz inserido no trânsito jurídico quando da realização de negócios que possam ser valorados pecuniariamente, conferindo-lhes certeza e segurança. Todavia, esses institutos se revelam insuficientes para a promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que suprimem o exercício da capacidade civil para questões referentes à esfera do *ser*, intrínsecas à personalidade, como afirma Abreu (*apud* LEITE, 2012, p. 314):

> O critério da falta de discernimento, aplicado às situações patrimoniais, não é adequado para a solução das situações existenciais, por várias razões. *Em primeiro lugar*, porque a pessoa é um valor unitário, que não comporta fragmentações. Logo, vincular a aferição de sua capacidade ao critério do discernimento seria o mesmo que considerar uma pessoa apenas levando em conta a sua integridade psíquica, ou seja, um único aspecto de sua personalidade. *Em segundo lugar*, porque a pronúncia da interdição com base exclusivamente nesse critério pode configurar medida desproporcional, consistindo em desrespeito aos direitos fundamentais do portador de transtorno mental. *Em terceiro lugar*, também é certo que limitações a situações existenciais, dado seu reconhecimento prioritário no ordenamento jurídico, só se justificam no interesse do interdito. *Em quarto lugar*, o critério do discernimento é essencial para situações patrimoniais, porém não é decisivo quando se trata de um valor indisponível como a personalidade humana. *Em quinto lugar*, é critério impessoal e rígido, logo, incompatível quando a matéria é a personalidade humana, que é, por sua própria natureza, dotada de elasticidade.

Assim, o fato de uma pessoa com deficiência intelectual não dispor, ocasionalmente, de totais condições para administrar seu patrimônio, não implica na impossibilidade dela expressar sua vontade com relação a outros assuntos afeitos à família, sexo, cultura, corpo, educação, religião, dentre outros que promovam o desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse sentido, é preciso que se preservem e defendam os direitos humanos e de personalidade das pessoas com deficiência já assegurados na esfera interna e internacional, a fim de evitar violações de qualquer natureza.

Para isso, caberá ao legislador rever a aplicação da interdição, flexibilizando-a e adaptando-a às necessidades do interditando, ou até mesmo criar outros institutos que prescindam da declaração de incapacitação da pessoa.

Enquanto a reforma legislativa não ocorre, ao julgador deverá ser reconhecida a competência para personalizar o cuidado com o sujeito protegido, através de uma interpretação sistemático-teleológica da CF/88 e da Convenção sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Celia Barbosa. Um critério contemporâneo para a pronúncia da incapacidade civil. **Dissertar,** Rio de Janeiro, v.12, p. 30-35, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas dificuldades para Efetivação dos Direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 911-923.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

DINIZ, Debora; BARBORA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino e. **Deficiência, direitos humanos e justiça. SUR** – Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência:** garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo**, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=438&id_pagina=1>. Acesso em: 10 mar. 2012.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 302-321.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. **Revista Trimestral de Direito Civil,** Rio de Janeiro, v. 46, abr./jun. 2011.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra dal Farra Naspolini. Os limites à liberdade na privada. **Pensar, Revista Jurídica.** V. 16, n. 1, p. 9-34, 2001.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A tutela geral da personalidade e a defesa do patrimônio mínimo indispensável ao desenvolvimento. In: Carla Sofia Pereira e Gabrielle Bezerra Sales. (Org.). **Entre o ter e o ser:** atualização jurídico-conceitual do direito de propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009. v. 1. p. 361-390.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES. Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional.** Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORDENAÇÃOES FILIPINAS. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p1004.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Direitos do Deficiente Mental.** 1971. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%AAncia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>. Acesso em: 02 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção de Guatemala** - Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. 1999. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-65.htm>. Acesso em: 02 mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.I.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento - a visão do jurista – Texto base à intervenção na 4ª sessão do Curso de Pós-Graduação **"O Direito e os Direitos de Pessoas com Deficiência",** na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2009. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/600-886.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2012.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

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

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Manual de direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. **A proteção do incapaz adulto no direito português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Parte Geral. 32. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. V.I.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. **Lua Nova,** São Paulo, 2006, n. 66, p. 109-137. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000100006>. Acesso em: 16 nov. 2012.

SOUZA, Fábio Araujo de Holanda. Direitos da pessoa com deficiência. **Artigonal.** 24 ago. 2009. Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/direitos-da-pessoa-com-deficiencia-1154337.html>. Acesso em: 11 nov. 2012.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 00, p. 57-73, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. **Temas de direito civil.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25-62.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de direito civil.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 321-349.

TESÓN, Inmaculada Vivas. **La dignidad de las personas con discapacidad:** logros e retos jurídicos. Madrid: Difusión Jurídica, 2010.